

# El precepto de las XII Tablas, Tab. 1, 6, rem ubi pacunt, orato, convertido en aforismo jurídico, y su plena vigencia en el Derecho procesal vigente

Beatriz García Fueyo<sup>1</sup>

---

1. Universidad de Málaga.



## Introducción

La gloria del legislador decemviral consiste en presentar a los ciudadanos una recopilación normativa genuina, autóctona y romana<sup>2</sup>, aunque tenga influjos helenísticos, más en la forma, con su estilo escueto y lapidario<sup>3</sup>, y por la finalidad, en cuanto pretende fijar, por escrito, normas consuetudinarias, comunes para asegurar la igualdad de todos los ciudadanos, dado el monopolio del secreto pontifical, aunque en el contenido pueden encontrarse algunas coincidencias con las normas griegas<sup>4</sup>. Se trata de un conjunto que responde a la peculiaridad del pueblo romano, expresión del espíritu civilizador del pueblo romano y de su genio artístico<sup>5</sup>, singularizado, en este caso, como un arte cuali-

2. Es reiterado el elogio de los estudiosos, a partir de las afirmaciones que realizaron algunos juristas, historiadores y oradores romanos, como vemos en Ay. du RIVAIL, *Civilis Historiae iuris, sive in XII Tabularum Leges commentariorum libri quinque, iam denuo diligenter recogniti*, Lugduni, apud Ioan. Tornaesium et G.. Gazeium, 1551, p. 8: «*Leges XII Tabularum Cicero in De Oratore I, his verbis extulit: "Praepotens et gloriosa philosophia fontes habet omnium disputationum suarum, qui iure civili et legibus continentur... Fremant omnes licet, dicam quod sentio, bibliothecas Mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et autoritatis pondere, et utilitatis ubertate superare."*»

3. Cf. Livio lib. III. «*Centuriatis comitiis Decem Tabularum leges perlatae sunt: qui nunc quoque hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est iuris. Cicero lib. IV De republica: Admiror non rerum solum sed etiam verborum elegantiam. Si iurgant, inquit etc. Aulo Gelio lib. 20, 1, 4: Eas leges cum Sex. Caecilius (Africanus), inquisitis exploratisque multarum urbium legibus, eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas diceret... Non enim minus cupide Tabulas istas XII legi, quam illos decem libros Platonis de legibus... Diodoro Sículo lib. XII: Et hae quidem leges breviter, et absolute conscriptae, ad nostram aetatem in admiratione summa perdurarunt. Discebant pueri XII Tabul. Ut Carmen necessarium. Cicerón I de Oratore, sub Marci persona. Hoc plus ne facito, rogum ascia ne polito. Nostis quae sequuntur. Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*»». Cf. Iac. GOTHOFREDO, *Fontes quatuor Iuris civilis in unum collecti: Puta, Legis XII Tabularum. Fragmenta quae supersunt, ordini suo restituta, una cum ejus Historia, probationibus, notis et glossario; Legis Iuliae et Papiae, Edicti perpetui ut et Sabinianorum librorum ordo seriesque...*, Genevae, sumpt. Ioannis Ant. et Samuelis de Tourmes, 1653, pp. 37-38.

4. Señalaba Pérez y López, a mediados del siglo XIX, que "debemos convenir en la originalidad del Código Romano, entendiéndolo por su originalidad que este Código no ha sido copiado ni acomodado de intento a la legislación de otro país", sin negar que la civilización griega era conocida por los romanos y de la misma han recibido gran influjo, de modo que «el espíritu de las XII Tablas es todo Romano». J. PÉREZ y LÓPEZ, *Leyes de las XII Tablas. Discurso leído por... en la investidura de doctor en Derecho civil y canónico*, Madrid, establecimiento tipográfico de G. Estrada, 1862, pp. 29-38.

5. Será suficiente recordar algunas de las consideraciones que vemos en Cicerón, Tito Livio y Aulo Gelio, entre los autores literarios, pero también algún testimonio tomado de la Compilación justinianea: Cicerón, *De oratore* 1, 43: «*Sive quis civilem scientiam contempletur totam hanc XII Tabulis contineri videbitis: sive quem ista praepotens et gloriosa philosophia delectat, dicem audacius, hosce habet fontes omnium disputationum suarum qui iure civili et legibus continentur... Fremant omnes, licet, dicam quod sentio: bibliothecas, mehercule, omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus... superare*»». Cicerón, *De republica* 4, 8: «*Admiror nec rerum solum, sed verborum elegantiam*»». Cicerón, *De legibus* 2, 23: «*Discebamus enim pueri XII Tabulas, ut carmen necessarium... quas iam nemo discit*»». Tito Livio, 3, 34: «*nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique iuris*»». Aulo Gelio, *Noct. Att.* 20, 1: «*Eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas*»». Aulo Gelio, *Noct. Att.* 20, 1: «*Non minus cupide tabulas istas XII legi, quam illos decem libros Platonis de legibus*»». Inst. Iustiniani 3, 2, 3: «*Lex XII Tabularum... simplicitatem legibus amicam amplexa (est)*»». C. Iust. 6, 58, 14: «*Lege XII Tabularum bene Romano generi prospectum est... Huiusmodi*

ficado a la hora de hacer leyes o interpretar las normas jurídicas, en lo que los romanos permanecen insuperables, como maestros que nunca han sido superados.

Entre los diversos contenidos de la *Lex duodecim Tabularum* romana, de mediados del siglo V a. C.<sup>6</sup>, hay uno que examinamos, porque tiene especial relevancia a causa de su frecuente aplicación en los juicios, civiles y penales, pero también en otras jurisdicciones dentro del Derecho vigente, ya que, en razón del mismo, el acuerdo celebrado entre las partes procesales, durante la tramitación de la controversia, marca su finalización, con respaldo de la autoridad jurisdiccional.

Ramos Méndez<sup>7</sup> habla de una decisión importante, respecto de las alternativas al litigio, con el objeto de «evitar la confrontación, ensayando una vía de negociación, o un modo dulce de resolver la controversia», mediante contactos previos, propios, sin perjuicio de otros recursos como la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La regla jurídica del Código decenviral, que analizamos, no presenta actualmente

---

itaque legis antiquae reverentiam et nos anteponi novitati legis censemus>>.

6. Además de la bibliografía consultada sobre el fragmento de las XII Tablas, que aparece en nuestro trabajo, vid. la siguiente bibliografía referida por Guillén, BOUCHAUD, *Commentaire sur la loi des douze Tables*, dédié au premier cónsul, 2ª ed., Paris, 1803; N. CORTELLINI, *Leggi delle XII Tavole, testo e traduzione*, Milano, 1900; G. GOETZ, *Ad legem XII Tabularum adnotationes glossematicae*, Jenae, 1889. Ch. G. HAUBOLD, Ch. G., *Tablas cronológicas o ilustración sinóptica de la Historia del Derecho Romano. Fragmentos de las leyes de las XII Tablas*. Publicadas en español Antonio M. Valderrama, Madrid, 1848. La traducción está hecha sobre Dirksen, Leipzig, 1824; Fr. HOTOMANUS, *De legibus XII tabularum tripartita... commentatio*, Lugduni, 1564; M. F. LEPRI, *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942; A. B. LOCELLA, *Tria tentamina ad illustrandas leges XII Tabularum*, Vieniae, Austriae, 1754; Th. MARCILIUS, *Collectanea et interpretament. Ad leges XII Tabularum*, Parisiis, 1599, 1600 y 1603; V. L. da NOBREGA, *A lei das XII Tábulas*, Rio de Janeiro, 1948. J. L. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine*, Paris, 1844; F. PITHOEUS, *Commentaria ad legem Decenviralem*, Paris, 1586; F. POCHINTESTA, *Del diritto decenvirale*, Torino, 1865; G. RATEUS, *De lege XII tabularum*, Parisiis, 1600; R. SCHÖLL, *Commentationes de lege XII tabularum specimen prius*, Lipsiae, 1865. R. SCHÖLL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae, 1966; L. VALERIANI, *Leggi delle XII Tavole*, vol. I, Roma, 1796; Firenze 1839; R. VITUS, *Comment. ad leg. Regum et XII Tabularum*, Paris, 1603; C. W. WESTRUP, *The laws of the Twelve Tables*, London 1950; P. F. GIRARD, *La loi des XII tables. Leçons faites en 1913 à l'Université de Londres*, Univ. of London Press., 1914; *id.*, *Textes de Droit Romain*. Publiés et annotés, 5ª ed. rev. et augm., Paris Arthur Rousseau, 1923, p. 12: Tabula I.6. *Rem ubi pacunt, orato*, con remisión, en la nota, a las fuentes clásicas que sirven de fundamento, *Auctor ad Herennium* 2, 13, 20; Prisciano 10, 5, 52 y Quintiliano 1, 6; C. G. BRUNS, *Fontes Iuris romani antiqui. Leges et negotia*. Post curas Th. Mommsen, 5ª y 6ª ed., 7ª ed. Otto Gradenwitz, Tubingae, P. Siebeck, 1909, p. 19; Tab. I, 6: *Rem ubi pacunt, orato*. No solamente remisión a las fuentes, sino que en nota, se transcriben, a veces parcialmente, los fragmentos de los autores clásicos que permiten fundamentar el precepto: *Rhetorica ad Herennium*, 2, 13, 20: *Pacta sunt, quae legibus observanda sunt hoc modo: 'rem... cuicito'*. Prisciano, *De arta grammatica* 10, 5, 32: *antiqui 'pago' quoque dicebant pro paciscor, citans ex Cicerone: pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo: 'rem ubi pagunt orationi (sic) pagunt'*. Quintiliano 1, 6, 11: *cum legeremus in XII Tab. 'ni ita pagunt'*. Scaurus, *De orthographia* p. 2253: *(testantur) XII Tabulae, ubi est: 'ni ita pacunt' pec hanc formam, quod male quidam per C enuntiant, est enim praeteritum eius pepigi a pango*. Censorinus, *De die nat.* 23: *in XII tabulis nusquam nominatas horas invenies, sed 'ante meridiem'*. Nonius 267: *coicere, agere*. Pseudo Asconio in Verrin. 2, 1, 27. Gayo 4, 15: *cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae coniectio*; P. R. COLEMAN-NORTON, *Cicero's contribution to the text of the Twelve Tables*, *Class. Journ.* 1950, pp. 51-60 y 127-134.

7. F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, t. I, Barcelona, Atelier, 2008, p. 85.

novedad alguna a la hora de reconstruir su primigenia redacción, por lo que se refiere a la reconstrucción de aquel primer conjunto normativo procedente de un derecho consuetudinario transformado en letra escrita, aprobada por los ciudadanos y publicada en el foro, para conocimiento universal de la comunidad política, patricios y plebeyos.

La redacción latina es concorde en los estudiosos desde inicios de la Edad Contemporánea, y como tal se explicita en los modernos estudios histórico-críticos de la romanística de nuestros días<sup>8</sup>: *rem ubi pacunt, orato*, tomado de la *Rethorica ad Herennium* 2. 13. 20<sup>9</sup>.

## Planteamiento general interpretativo de la Tabla I,6

El profesor Fuenteseca Díaz<sup>10</sup>, enmarcando la regla jurídica en el conjunto de regulación del proceso civil contemplado en las XII Tablas, se muestra decidido partidario de identificar su contenido con la situación del *confessus*<sup>11</sup> y fruto de una transacción, frente a la reclamación del actor o demandante, ya presentada “*in iure*”, pues según sus palabras: «el supuesto de que el demandado confiese y transija frente a la pretensión del demandante (*pactum*): *rem ubi pacunt orato*. Si no se llega a esta pacífica finalización de la controversia, tiene lugar la *causae coniectio*, una exposición sumaria de los términos del litigio ante el juez.»

Con un enfoque similar, el alemán Düll<sup>12</sup>, entiende que «*Wenn sie (die Parteien) eine Sache gültlich beilegen, soll er (der Prätor) dazu sprechen*», es decir, si las partes resuelven un asunto de manera amistosa, el pretor debe proclamarlo.

8. Cf. P. COGLIOLO, *Manuale delle Fonti del Diritto romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica, contenente 1ª Le XII Tavole...*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1885, p. 3: Tabla II.1: *Rem ubi pacunt orato...*; P. F. GIRARD, *Textes de Droit Romain*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 12: Tab. 1, 6: *Rem ubi pacunt orato*. Nota: *Auctor ad Herennium* 2, 13, 20. Aulo Gelio 17, 2, 10;

9. Ruiz Castellanos interpreta el fragmento del siguiente modo: “El derecho se basa en un pacto si las partes convinieron algo entre sí, esto es, si llegaron a algún acuerdo. Hay acuerdos que las leyes obligan a respetar. Por ejemplo: ‘Cuando las partes han llegado a un acuerdo, <<hay que reclamar ante el juez>>. Si no hay acuerdo, la causa debe presentarse en el comicio o en el foro antes del mediodía’”. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas...*, pp. 58-59, y el comentario pp. 105-107. Vid. CICERÓN, *De inventione* II, 22, 68; CICERÓN, *Retórica a Herenio*. *Introd., trad. y notas* de Salvador Núñez, Madrid, Gredos, 1997, pp. 132-133. Nota 43: la interpretación del pasaje es muy discutida. NOTA 44: Las XII Tablas no reconocieron eficacia jurídica a los pactos o convenciones entre las partes, y su efecto se limitaba a la alegación del pacto por el demandado frente a la acción ejercitada con el fin de evitar la *condemnatio*. Se trata de los pactos que por carecer de *causa civilis* no engendran obligaciones jurídicas entre las personas que intervienen en ellos. Este latinista confunde la vigencia del desarrollo del proceso entre las *Legis Actiones* y el *Agere per formulas*.

10. P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho Romano*, Salamanca, 1970, p. 44.

11. Sobre la consecuencia de esta categoría procesal, vid. J. B. COSTA, *De iudiciis theorico praxis, hoc est, tractatus compendiosus*, Venetiis, apud Kac. A. Somaschum, 1610, pp. 21-22: «<<*Dari iudicium sine contradictore, veluti in confessum, et contra contumacem... Occurri potest, quod in confessum nullae aliae sunt partes iudicis, nisi in condemnando, atque ita desideratur adhuc sententia, quod si confessio debiti supervenerit fere in calculo*>>».

12. R. DÜLL, *Das Zwölftafelgesetz. Texte Übersetzungen und Erläuterungen*, München, Ernst Heimeran Verlag, 1959, pp. 26-27: *Rem ubi pacunt, orato*.

Juan Iglesias entiende que el pacto de las XII Tablas tiene una naturaleza determinada por su eficacia procesal, y la regla que nos ocupa tiene, en su criterio, una relación sustancial con la transacción, acogiendo al fragmento jurisprudencial de Gayo, recogido en D. 2, 4, 22, 1<sup>13</sup>, adhiriéndose a la interpretación aportada por Dirksen<sup>14</sup>, de donde deduce el romanista español que «pacto significa tanto como transacción, y se caracteriza por la renuncia, gratuitamente o mediante compensación, a la persecución judicial de un derecho», aunque el fragmento conservado y reconstruido no habla de semejante contenido.

Montes recuerda que el significado más antiguo y originario del sustantivo *pactum*, junto a los verbos *pacere* y *pacisci*, implicó el acuerdo entre dos personas, recíprocamente vinculadas, «encaminado a eliminar total o parcialmente una acción», sirviendo, en realidad, como medio para dirimir pacíficamente una controversia a partir del acuerdo entre las partes litigantes, «concluido ante el magistrado mismo, es decir, constituía un modo de conciliar el litigio en su fase *in iure*», aludiendo de inmediato a la eficacia procesal del pacto en las XII Tablas, en relación con las lesiones graves, que evita la ley de talión, o el hurto, con perdón del ladrón, interpretando que «los pactos servirían, por vía de composición, para extinguir las acciones judiciales derivadas del delito», tal como refiere Paulo, en D. 2, 14, 17, 1<sup>15</sup>, a propósito de las acciones por injurias y hurto.

Dada su finalidad, Montes entiende que el pacto está sustancialmente compenetrado con la transacción, lo cual explica que aparezcan unidos en los Códigos posclásicos bajo un mismo título, concluyendo el romanista venezolano: «pacto, en consecuencia, viene a significar tanto como *transactio*, y se cualifica por la renuncia, gratuita o mediante precio, a perseguir judicialmente un derecho.»

Este enfoque lo encontramos en Álvaro d'Ors<sup>16</sup>, cuando al tratar de las formas que hay para evitar el proceso por parte del pretor, antes de conceder una acción, señala tres situaciones: a) la *transactio*, que es un convenio de renuncia a la acción, a cambio de entregas efectivas o promesas formales del reo, o incluso recíprocas, aunque el negocio en Derecho clásico no es más que un pacto, de modo que pasará a ser contrato innominado en época posclásica, y entonces dispone de acción procesal para su protección; b) la *confessio in iure* o allanamiento ante la reclamación del actor, ya que el *confessus* se tiene por condenado, pudiendo pasarse a la ejecución, y c) mediante un juramento prestado voluntariamente por una parte, si la parte contraria le ofrece atenerse a lo que jura.

Warmington<sup>17</sup>, siguiendo un enfoque que es compartido por gran parte de la doctrina actual, en su edición del Código decemviral, no duda en considerar el precepto conjuntamente con las reglas que le siguen, I, 6-9 a partir del testimonio que facilita la *Rhetorica ad Herennium* 2, 13, 20, «*pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo...*», para interpre-

13. «*Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est... et si dum in ius venit, de re transactum fuerit*». Gayo, libro 1 *ad legem duodecim tabularum*, cuyo contenido tiene correspondencia exacta con el precepto decemviral, dado el contexto en el que se sitúa el texto gayano, acorde con esta interpretación.

14. A. C. MONTES, *Curso de Derecho Romano (Derecho de obligaciones)*, Caracas, Universidad central de Venezuela, 1964, pp. 594-595.

15. «*Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur; ut iniuriarum, item furti*». Paulo libro 3 ad ed.

16. A. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano*, 5ª ed., Pamplona, EUNSA, 2014, pp. 74-75.

17. E. H. WARMINGTON, *Remains of Old Latin, ed. vol. III. Lucilius. The Twelve Tables*, London, W. Heineman, 1957, pp. 428-430,

tarlo en un sentido literal: «When parties compromise the matter, official shall announce it», si bien atribuye, más tarde, la proclamación oficial al *iudex*, que podrá anunciar el acuerdo previo de los contendientes no necesariamente en *dies fasti* o *comitiales*.

Recientemente, en la edición de la Ley de las XII Tablas, publicada por César Rascón y José María González, estos romanistas interpretan escuetamente la norma, sin aludir al término *res* del aforismo: «cuando haya pacto, proclámes»<sup>18</sup>, aunque no indican a quién corresponde hacerlo. Por su parte, los autores de un libro de fuentes jurídicas romanas, para uso de los estudiantes de la Facultad de Derecho, añaden a la expresión latina, en su literalidad, la nota de «cosa litigiosa»<sup>19</sup>, sin ulterior matización.

Pisani<sup>20</sup>, reiterando la remisión a las fuentes clásicas, literarias y jurídicas que sirven de apoyo para acercar el precepto decenviral, no duda en señalar, que «è probabile si debba leggere col Mommsen *tum*: 'e allora essi perorino, essendo presenti ambedue'».

## Principales interpretaciones históricas del precepto decenviral

Muchos intérpretes de la norma decenviral explican que este fragmento ha sido muy controvertido, y expresan diversas traducciones, sin especificar ni su autor, ni lugar de exposición<sup>21</sup>.

Para “algunos estudiosos”, debe traducirse del siguiente modo: «Trátese la causa en el lugar en el que las partes acuerden que se trate», lo cual difiere sustancialmente de «otros», que lo entienden de esta manera: «Si las partes llegan a un acuerdo, ratifíquelo el magistrado», aunque, «finalmente», se le ha dado esta interpretación: «Si las partes llegan a un acuerdo, ratifíquelo el juez.»

Es decir, es posible que no tenga relación más que con la elección del lugar donde se examine la controversia. Este significado tiene como apoyo textual, que pueda corroborarlo, el adverbio *ubi*, no con un sentido temporal sino locativo, lo cual es muy poco probable, máxime en el siglo V a. C., porque el ciudadano tenía el *mundus y pomerium*

18. C. RASCÓN GARCÍA – J. M. GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones de...*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, pp. 3-4: «<Tabula I.6. Rem ubi pacunt, orato. Tabla I, 6. Cuando haya pacto, proclámes>».

19. AA. VV., *Textos de Derecho Romano*. Coord. Rafael Domingo, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 21: Tabla I.6. «<Rem ubi pacunt, orato (Rh, ad Her. 2.13.20). Cuando haya pacto sobre la cosa (litigiosa), proclámes>».

20. V. PISANI, *Testi latini arcaici et volgari, con comment glottologico*, 3ª ed. riv., Torino, Rosenberg et Sellier, 1975, p. 47: XII Tablas, V = I,6. *Rem ubi pacunt, orato*. Rhet. ad Her. II 13, 20: «<pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo: Rem... cuicito>». El fragmento está así citado por Prisc. X 5, 32: «<pacta... hoc modo: rem ubi pagunt orationi pagunt>». Scaurus *De orthographia* p. 15 K: «<testatur... item XII Tabulae, ubi est ni pagunt...>». Nota VI. Cf. Gaius IV, 15: «<Cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent solebant breviter et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae coniectio>». Caussam 679: coiciunto: cf. ad B. 46. «<Cum... praesentes>». Vid. B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto Giuliano*, Milano, Giuffrè, 2002; U. AGNATI, *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, AV, 2002, pp. 66-85: *rem ubi pacunt orato*; F. M. d'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2003; *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, IUSS Press, 2005.

21. C. RASCÓN GARCÍA – J. M. GARCÍA GONZALEZ, o. c., p. 70.

como perímetro de vigencia de la *lex*, y dentro del mismo se hacía el ideal de *libertas*, de modo que la causa se disputaba en el comicio o en el foro, lugares frecuentes de reunión de los *cives*, bien para celebrar la asamblea o cuestiones relacionadas con la jurisdicción, bien por motivos de mercado.

La segunda interpretación, antes citada, se ceñiría al acuerdo privado de los contendientes sin la presencia del magistrado jurisdiccional, lo que algunos denominan los pactos que celebran las partes mientras van de camino hasta el lugar en el que ejerce la jurisdicción el magistrado<sup>22</sup>.

Así lo admite Antequera<sup>23</sup>: «Tabla 1.<sup>a</sup> 7. Si caminando hacia el juicio ambos contendientes, pactasen entre si alguna cosa sobre el punto de su discordia, tengan por válido lo que pactasen.... 8. Pero si... ni transigiesen su negocio en el camino por medio de un pacto, el Pretor, por la relación que ambos litigantes le hagan hasta el mediodía, conocerá de la causa en los comicios, o en el foro. 9. Después del mediodía, aunque no se halle presente más que uno de los dos, a ese debe dar el pretor la acción, y abrir de este modo el juicio», mientras que, en otro lugar de la obra, refiere su texto latino<sup>24</sup>: «*De in Ius vocando... Endo via rem uti paicunt orato. Ni paicunt, in comitio aut in foro... causam conscito cum perorant ambo presentes.*»

La primera Tabla se refiere a la *in ius vocatio*, y las leyes contenidas en ella comprenden tres puntos principales: el primero, la citación a juicio y los medios de obligar al reo a comparecer en él; el segundo, las fianzas que son bastantes a garantizar su persona, y en virtud de las cuales puede dispensársele de la comparecencia; y el tercero, la exposición judicial de la causa ante el Pretor, cuando el asunto no alcanzaba transacción o avenencia entre las partes contendientes, pero añade<sup>25</sup>:

También podía terminarse amigablemente el asunto<sup>26</sup>, cuando las partes lo transigían en el camino por medio de un pacto. Mas cuando... ni entre este (el reo) y el actor había mediado pacto alguno, iban ambos delante del pretor y podían ocupar hasta el medio día en exponer

22. Es algo similar a lo que se lee en el Evangelio, cf. F. RAGUEAU, *Leges politicae, ex sacrae iurisprudentiae fontibus haus-tae, collectaeque et ob commodiorem usum, ad formam Iustinianei Codicis digestae, ac per titulos, edictique perpetui seriem, concinnatae*, Francofurti, 1577, pp. 48-49: título VIII. <<De iurisdictione, iudicio et litibus. In evangelio secundum Mathaeum cap. 5, vers. 25 et 26: *Esto amicus adversario tuo cito, dum es in via cum eo: nequando te tradat adversarius iudici, et iudex te tradat ministro, et in custodiam conijciaris. In evangelio secundum Lucam cap. 12 vers. 58 et 59: Dum abis cum adversario tuo ad magistratum, da operam in via, ut libereris ab eo: ne pertrahat te ad iudicem et iudex tradat te exactori et exactor conijciat te in carcerem*>>.

23. J. M. ANTEQUERA, *Lecciones de Historia de la Legislación romana, que comprenden los desarrollos y progresos sucesivos de esta legislación desde el establecimiento de Roma hasta el reinado de Justiniano, y sus vicisitudes desde los tiempos de este emperador hasta la época presente*, Madrid, imp. del Colegio de sordo-mudos y ciegos, 1845, pp. 280-281: Apéndice II. Fragmentos de las XII Tablas. Traducción castellana.

24. Apéndice II. Fragmentos de las XII Tablas, p. 268. *Tabula I*.

25. J. M. ANTEQUERA, o. c., pp. 60-61:

26. Esta finalización concertada, por la respuesta positiva del demandado ante la petición del que inicia la reclamación, previamente a la citación para comparecer en juicio, viene defendida por Odofredo en *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Iudiciis*, tomi III. Pars 1, Venetiis, 1584, fol. 33. ODOFREDUS, *Brevis et utilis tractatus iudiciorum in causis civilibus*. <<Ante citationem, duo sunt notanda: unum generale et ex honestate, ut antequam adversarium ad iudicium trahat, eum moneat quod sibi satisficiat>>.

el objeto y las razones de su contienda; principiando a correr desde esta hora en adelante el término dentro del cual debía el Pretor dar la acción al que estuviese presente, y comenzar de este modo el juicio, que no podía dilatarse más allá de la hora en que el sol se ponía.

El planteamiento parece parcialmente recogido por Terrason, a mediados del siglo XVIII<sup>27</sup>, cuando sostiene que “las convenciones o acuerdos que las partes hagan durante el camino, deciden el contenido que debe pronunciar el juez”<sup>28</sup>. Con esta conducta, o bien no había que comparecer en juicio, o se evitaba el decreto de condena, cuando estando en camino, después de haber sido citado para comparecer ante el tribunal, se lograron acuerdos, o una transacción con la parte contraria.

Desde su punto de vista, las palabras *endo via* equivalen a *in via*. Los términos *rem orato* se dirigen al Juez, y tienen el mismo significado que los de *judex oret*, o *dicat sententiam*, es decir, que el juez pronuncia lo que se decide sobre el negocio por los sujetos. Las palabras *uti paicunt* admiten varias lecturas. Para algunos en lugar de *paicunt* leen *pacunt*, mientras otros ponen *paxunt*, y añade: «Para mí se diría *paxsint*, derivada del verbo *pago*, del que proviene el verbo *paciscor*. De este modo *uti paxunt* o *pacsint* significan la misma cosa que *uti pacti sint*, es decir, conforme al acuerdo que las partes celebraron entre ellas.» Según estas explicaciones, hay coincidencia con la precedente interpretación de Jacques Godefroy, parafraseando el texto decenviral de la siguiente manera: «*item si de re transactum fuerit inter vocantem et vocatum, dum in jus venit, ita jus ratumque esto.*»<sup>29</sup>

Esta manera de hacer convenciones o transacciones en el camino, habría sido tomada de las Leyes Griegas, y a ello se refiere Petit, aunque confunde el pacto con la situación generada por el *confessus*<sup>30</sup>:

*Pactiones adversariorum coram testibus, non vi, non coacte, in ita, ratae erant ex hac lege: 'Quaecumque alter cum altero volens cum volente coram testibus pactus fuerit, ratae sunt'. Legem hanc non semel laudat Demosthenes, è variis locis eam descripsimus... Cuius legis ratio pendet ex hoc iuris Attici axiomate et regula apud Harpocratonem... Stare enim unumquemque oportet suae confessioni, cum ei non possit obviare: nam confessus quodammodo sua sententia damnatur*<sup>31</sup>.

Consecuentemente, las leyes atenienses precedieron a las de la ley decenviral, aun-

27. A. TERRASON, *Histoire de la Jurisprudence romaine*, Paris, por M.- E. David Pere, 1750, p. 99: Tabla I, ley 7.

28. Esta ley se cita en el autor *Ad Herennium* libro 2 y en Prisciano libro 10: *Endo. Via. Rem. Uti. Paicunt. Orato*.

29. Ley octava: Si no hay acuerdo alguno entre las partes, el juez podrá conocer de su causa desde la salida del sol hasta mediodía, y durante la causa se situará en la plaza pública o en los comicios, teniendo presentes a las partes. Las palabras *ni ita paicunt, in comitio aut in foro...* Estas palabras *ni ita paicunt* tienen el mismo significado que estas otras: *si non ita paciscuntur inter se*, es decir, si no han hecho las partes ningún acuerdo. La otra parte de la ley, *in comitio aut in foro*, indica el lugar de finalización de los negocios, por acuerdo o por decisión de un juez... las palabras *Causam conscito* equivalen a *causam cognoscito*, y no tiene el mismo significado que *judicato...* Godefroy ha parafraseado el texto de la siguiente manera: <<Si neque videx aliquis sit, neque de re in via transactum fuerit, tum in comitio, tum in foro, causam cognoscito ante meridiem, cum ambo litigatores praesentes perorant>>.

30. S. PETIT, *Leges Atticae, collegit, digessit et libro commentario illustravit*, Parisii, sumpt. C. Morelli, 1635, p. 339.

31. <<Sed tamen videndum erat ne Legibus pactiones adversariorum adversarentur. Adversus Leges ne paciscitor. Legem hanc laudat Aristoteles, libro 1 Rhetor. cap. 25>>. Cf. S. PETIT, *Leges Atticae...*, o. c., pp. 339-340.

que esta última tradujo el precepto con las palabras ‘*Rem ubi pakunt orato ni pakunt*’, si bien esta norma está enlazada con las anteriores y con la siguientes, ‘*ni pakunt*’, a las que atribuye este significado de dar origen a un juicio ante el pretor, «*nisi inter se velint pacisci adversarij*», previendo el lugar y tiempo del desarrollo del juicio con las normas posteriores: ‘*Ante meridiem, in foro aut comitio...*’<sup>32</sup>.

La regulación prevista en las XII Tablas daba respaldo legal al pacto-transacción que hubieran celebrado las partes litigantes si no estuviera viciada la voluntad, lo que posteriormente se traducía en el uso de la *exceptio* para paralizar la *actio* del reclamante y así evitar la *condemnatio*, entendiendo Petit<sup>33</sup>: «*Meminit huius legis Demosthenes... Exceptio utebantur, ne res acta apud Iudices repeteretur, vel de transacta moveretur controversia, aut ubi praescriptio temporis opponitur...*».

Otra cuestión diferente es el alcance del acuerdo adoptado entre los litigantes, consistente en si estaban dispuestos a someter la controversia a un árbitro, o a nombrar un *arbitrator*, porque en el primer supuesto no sería posible, conforme a las normas áticas, disentir de su contenido, sino que las partes tenían el deber legal de asumirlo, sea cual fuere su contenido, justo o inicuo, a diferencia del *arbitrator* o mediador, que debía resolver conforme al criterio del buen varón<sup>34</sup>.

La interpretación del acuerdo adoptado por los sujetos contendientes, mientras acuden al proceso, es la opinión de Vincenzo Ragusa<sup>35</sup>, quien, estudiando el conjunto normativo decenviral, empieza por sostener que la regla que nos ocupa trata del «*accordo delle parti prima di presentarsi in ius*», y “*l’obbligo di osservare le pattuizioni*.”

En su criterio, la ley VII de la misma Tabla primera, contempla «*l’ulteriore possibilità di accordo fra i contendenti, lo cual podría tener lugar mediante la situación de confessus*»<sup>36</sup>, aunque ambas situaciones son distintas, si tenemos presente que uno reco-

32. S. PETIT, *Leges Atticae...*, o. c., pp. 336-338.

33. «*Pacta conventa facta adeo rata erant, ut de iis, quae pacti essent adversarij, litem moveri, aut iudicium reddi Lege ius non esset: ‘Eorum, de quibus pacta conventa facta sunt, lites ne sunt’. Meminit Legis auctor Argumenti Orationis Demosthenicae... nam si quis iudicio experiri vellet, exceptione... utebantur, de qua Lex est: ‘Exceptionem interopponito actioni ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est’>>./ S. PETIT, *Leges Atticae...*, o. c., p. 341.*

34. Vid. P. PATREIUS, *Iurisprudentia vetus. Draconis et Solonis leges*, Lugduni, apud G. Rivillium, 1559, pp. 56-57: ley XI. «*Si quidam inter se de privatis contractibus litigaverint, velintque rem ad arbitrum deferre, deligendi quem voverint, ius esto. Postquam vero illum communiter elegerint, eius sententiae stant: nec amplius causam ad aliud tribunal deferant, sed iudicia illius rata sunt. Legis huius capita duo observate adnotari possunt: altero quidem quae res ad arbitrium deferri possunt: altero vero arbitrij vis continetur: quae omnia merito iunxit Solon. Quod ad primum caput attinet, ad eos, qui privatorum sunt, contractus, spectat. Quod et ita expressit atque explicuit Javolenus libro XI ex Cassio, ley 39 De arbit. Non ex omnibus causis... sed ex ijs duntaxat quae ad solutionem pecuniae, aut operam praebendam pertinent... Huius rei fortissimum est argumentum, quod de privatis contractibus compromitti liceat, ut ex Solone et Javoleno liquet. Alterum huius legis caput explicat clarissimus apud Graecos Orator Demosthenes, quod et Ulpiano nostro placuit l. diem et 2 ff. eodem, aient stari debere arbitri sententiae, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit: et sibi imputet, qui compromisit... Quod observari debere Proculus ait, cum ex compromisso ad arbitrum itum est. Diversum est in arbitratore: eius enim sententia ad arbitratum boni viri redigenda est>>.*

35. V. RAGUSA, *Le XII Tavole (parte prima)*, Roma, Athenaeum, 1924, p. 44, cap. II, *tavola prima, lex VI*; *ibid.*, pp. 63-65: Tabla 1, ley VI: *Rem ubi pacunt, orato*.

36. Vid. AA. VV., *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Iudiciis*,

noce de plano la petición del actor, como sería la *confessio*, o llega a un acuerdo sobre el alcance de la reclamación, en cuyo caso habrá un pacto-transacción.

Este autor italiano afirma que «*speciale importanza hanno i frammenti sesto e settimo di questa prima Tavola*», porque el primitivo legislador romano «*ebbe l'intuito e la sensazione che il modo migliore di por fine a una lite è quello di giungere a un accordo. Le liti che vengono composte fra gl'interessati sone le sole che si chiudano con sodisfazione di tutte le parti contendenti e le sole che non lasciano dietro di sé uno strascico di risentimenti e di odi*», para añadir que este recurso al acuerdo «*è l'unico modo, il più umano, il più civile, il più generoso di farsi giustizia da sé, senza bisogno dell'intervento del potere statale e senza comprimere gli altrui diritti.*»

Entiende Ragusa<sup>37</sup>, que fue preciso, no solamente que se aprobara la regla jurídica, sino que debió imponerse a través del uso, porque implicaba un recurso civil y benéfico, ya que permitía a los litigantes resolver privadamente las controversias, con su recíproca ventaja y notorio beneficio de la paz social. Por ello, los decenviros no se limitan a exponer un consejo o invitación a los litigantes para llegar a un acuerdo en la controversia, antes de que el propio magistrado adopte alguna medida, conforme a su facultad jurisdiccional, dejando las facultades más amplias a las partes, a fin de que tomaran la resolución, por sí mismas, de eliminar la disputa, bien a través de transigir en sus propios derechos, o bien debatirlos en los cauces procesales legalmente vigentes.

Una vez que los litigantes llegan al acuerdo, ninguna de las partes, según la norma decenviral, tienen facultad alguna para apartarse del mismo, ya que «*esse devono stare all'accordo*», de modo que el legislador romano, con este precepto, *rem ubi pacunt orato*, sancionaría solemnemente esa eficacia, aunque más tarde vendría recogida en otra máxima, bien conocida: «*pacta sunt servanda, si disse più tardi*».

El carácter vinculante de las palabras pronunciadas solemnemente tenía como resultado que no cabía la retractación impune, como vemos en el *uti lingua nuncupassit*, de la *mancipatio*, por ejemplo. Si la ley decenviral hubiera permitido que alguno de los litigantes pudiera apartarse del acuerdo al que habían llegado, entiende Ragusa<sup>38</sup>, «*sarebbe a tutto danno degli onesti e a tutto vantaggio dei furfanti, i quali, per evitare le noie e le incertezze del giudizio, si presterebbero facilmente a tutte le transazioni, salvo poi a rimangiarsi le promesse fatte e le concessioni date e metter nell'imbarazzo i paciscenti di buona fede*». El precepto normativo no lo permite, por razones de moralidad y justicia, pero también por motivos de orden público, que exigen la firmeza de los pactos y acuerdos libre y voluntariamente celebrados, de modo que sus transgresores incurrieran en la sanción prevista en la Ley.

El significado de pacto, como acuerdo privado, pero respaldado por el magistrado

---

tomii III. pars 1, Venetiis, 1584, fol. 36r: G. de ZUZARIA, *De ordine iudiciorum*: <<Si reus respondeat (libello actoris), dico me non teneri, et hoc dico non animo protestandi litem, nunquid facta est litis contestatio, et certe non... nunquid positioni negative est respondendum, et videtur quod non, quia negativa non potest probari, et tamen dicendum est contrarium si iudici videbitur, ut negativa positio fiat, et specialiter in defectum probationum, cum confessio sit unum genus probationis, et probationum facultas non debet angustari, sed debet pinguari et dilatari... et cum pertineat ad officium iudicis, veritatem inquirere et indagare et eam examinare... lex dicitur veritas eruatur>>.

37. V. RAGUSA, *Le XII Tavole (parte prima)*..., o. c., p. 64.

38. V. RAGUSA, o. c., pp. 64-65.

competente, es asumido por François Bauduin<sup>39</sup>, al estudiar el texto decenviral, porque analizando la obra de Aulo Gelio, Noct. Att. 17, 2, 10: «*ait, in XII Tabulis scriptum fuisse: Ante meridiem causam conscito, cum perorant ambos praesentes...*», temporalmente sitúa dos aspectos complementarios: la presencia de ambas partes ante el magistrado y la discusión entre los litigantes, que permite llegar al acuerdo, lo cual se correspondería con la exposición de este precepto que, de modo más completo, aparece en la *Rhetorica ad Herennium*:

*Priorem huius legis partem videtur auctor Rhetoricorum ad Herennium, libro secundo, magis integram edere: Ex pacto (inquit) ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, oratione pacunt. In comitio aut in foro ante meridiem causam coniciito. Ac ita quidem etiam legendum plerisque videtur apud Gellium, non Causam Conscito. Quid olim fuerit causam conijcere, docet Asconius: Cum (inquit) ad iudicium ventum esset, antequam causa ageretur, litigatores quasi per indicem rem exponebant: idque dicebatur causae coniectio, quasi causae in breve coactio. Porro comitium, ubi et praetor ius dicebat, et iudicia exercebantur, partem Romani fori fuisse constat.*

La vigencia del pacto vinculante, por disposición de la ley de las XII Tablas<sup>40</sup>, está suficientemente probada con ocasión del régimen previsto para algunos de los delitos, especialmente en caso de hurto y de injuria, de modo que al celebrarse el acuerdo, entre agresor y víctima, después de la comisión de alguno de estos delitos, es posible la transacción, que tiene lugar a través de un acuerdo privado<sup>41</sup>.

Con este mismo enfoque de la norma encontramos a Jacob Reyvaert<sup>42</sup>, aunque se muestra seguidor de François Pithou o Piteo y de Théodore Marcile, acogiendo la reconstrucción de la norma con la siguiente redacción: «*Rem ubi pacunt (vel pagunt) ratum esto. Nei pacunt ante meridiem in foro aut in comitio, causam consciscito, Quum perorant ambo praesentes. 2. Post meridiem... 3. Solis occasus...*»<sup>43</sup>, si bien admite que

39. F. BALDUINUS, *Commentarij De legibus XII Tabularum, tertia, sed plane nova editio*, Cicero: *Discebamus pueri XII, ut carmen necessarium*, Basileae, per Ioannem Oporinum, 1557, p. 240.

40. A. du RIVAIL, *Civilis Historiae iuris, sive in XII Tabularum Leges commentariorum libri quinque, iam denuo diligenter recogniti*, Lugduni, apud Ioan. Tornaesium et Guil. Gazeium, 1551, p. 7. <<Pactum quod inter aliquos convenit>>.

41. F. BALDUINUS, *Commentarij De legibus XII Tabularum, tertia, o. c.*, pp. 64-65: <<Lex XII Tabularum, de furtis pacisci et transigere licere significavit: sicuti et membro rupto... Ulpianus l. Iurisgentium & si paciscar De pactis ait: De furto pacisci lex permittit. Id autem permittitur non quidem antequam furtum fiat, sed postquam factum est. Paulus l. si unus & pacta De pactis. Pacta (inquit) quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel iniuriarum, si feceris. Expedit enim timeri furti vel iniuriarum poenam. Sed post admissa haec pacisci possumus. Idem l. si tibi decem & 1 De pactis. Quaedam (ait) actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut iniuriarum, furti. Sed et Diocletianus imperator meminit decisionis furti l. post decisionem C. de furtis. Decisionem vocat transactionem. Atqui idem Diocletianus alibi rescripsit, transigere aut pacisci non licere de criminibus, nisi quae sanguinis poenam irrogant. L. transigere C. de transaction. Respondeo, primum cum de actione furti transigitur, non nisi de re pecuniaria et familiari, sive (ut loquimur) de civili actione transactum videri...>>.

42. K. RITTERSHAUSEN, *Dodecadeltos, sive in Duodecim Tabularum leges, commentarius novus*, Argentorati, sumpt. haer. Lazari Zetzneri, 1616, pp. 186-188: Cap. VII. *De pactis: item de tempore ac loco legitimo iudicii: deque agendi forma et modo* etc.

43. *Vid.* P. PATREIUS, *Iurisprudentia vetus. Draconis et Solonis leges*, Lugduni, apud G. Rovillum, 1559, pp. 254-255: *Leyes*

Francisco Hottmann hizo otra recuperación diferente, en el original de las XII Tablas, que no comparte.

Este jurista no podía menos de analizar lo concerniente al pacto que pueden celebrar los litigantes, comenzando por el momento temporal que, en su opinión, podía producirse, y que, desde su punto de vista, tenía lugar antes de acudir al magistrado y examinarse la causa: «*Et quidem primo de paciscendo sive de pactis litigatorum. Si quid igitur litigantes inter se pacti fuerint, priusquam in Jus eatur et causa cognoscatur*». Desde su planteamiento, era una posibilidad muy trascendente para la controversia, puesto que por medio de los pactos se excluyen y desaparecen tanto las comparencias ante el tribunal, como la necesidad de garantías para la celebración del proceso, así como el examen de la causa, tal como vemos en sus términos empleados: «*per ejusmodi pacta excluduntur et removentur et in jus itiones, et vadimonia, et causae cognitiones.*»

Consecuente con la regla jurídica romana, todo lo que las partes hubieran acordado debía ser considerado como definitivo, ya que no precisaba ni de la intervención del pretor, ni del conocimiento por parte del juez, pues el órgano jurisdiccional y el juzgador debían conseguir, antes que nada, la composición de la controversia entre los litigantes, y su apartamiento del litigio: «*omninoque ratum est id quod inter litigantes convenerit. Ratio est: quia si rei paciscantur, nihil opus est cognitione praetoris vel iudicis: cum etiam si ad praetorem vel iudicem ventum fuerit, tum is ante omnia operam dare debeat ut causa quamprimum fieri potest componatur et a lite discedatur.*»<sup>44</sup>

Después de un breve *excursus* sobre la utilización de la C o de la G en el verbo *pac-*tar, *pacunt* o *pagunt*, Rittershausen estudia la posterior norma<sup>45</sup>, que previene lo que debe aplicarse si no tuvo lugar el pacto entre los litigantes. En este caso, diserta sobre la palabra utilizada originariamente en el texto decenviral, porque entiende que sería *ni*

---

de las XII Tablas. LVI. <<Ante meridiem causam conijcito, quam perorant ambo praesentes, post meridiem litem, si ambo sint praesentes, addicito. Hanc legem a F. Balduino omissam ex XII Tab. esse scribit Alexander ab Alexandro libro VI Genialium dierum: qua litis cognoscendae, finiendaeque tempora praestituere Decemviri. Pedaneos autem iudices a summo statim diluculo in vespertinum crepusculum sedere iubet novissima Iustiniani constitutio: Const. 82. Legis autem sententia iudicia producenda in multa tempora non sunt, sed die uno absolvenda iubet expressim. Sed haec in desuetudinem abijt pragmaticorum industria...>>.

44. <<Unde quasi proverbium jactatum est olim: omnia iudicia esse absolutoria & ultimo Instit. De perpetuis et temporalibus actionibus. Porro haec pars legis extat apud Cornificium libro 2 Rhetorica ad Herennium: et apud Gellium libro 17 cap.

2. Tangitur etiam a Quintiliano libro 1 cap. 6 et apud Scaurum in Orthographia; qui annotat a Decemviris scriptum esse *pakunt* per K litteram graecam. Veteres enim dicebant, *paco* et *pago*: pro quo tandem in usum receptum est *paciscor*: quo et hodie utimur. / p. 187 Sic in veteri glossario legimus *pago* et *comparo*, pro *paciscor* vel *compaciscor*>>.

45. <<Sequitur altera: *Ni pacunt*, id est, si non possit inter litigantes convenire, sive si nihil inter se pacti sint, quo controversia sive lis componatur et a lite discedatur, ante meridiem in foro aut in comitio causam consciscito, (vel ut alii, conscito), cum perorant ambo praesentes... De loco ait lex nostra in Foro aut in Comitio. Forum aliud Romae fuit rerum venalium, sive forum promercii; aliud vero iudiciale. Et de varia significatione fori videatur Isidorus libro 5 Etymologiarum, relatus etiam in Jus Canonicum cap. Forus Extra de Verb. S. Qua de re agitur etiam titulo de foro competenti. Differunt autem forum et comitium, sicut totum et pars, nam comitium est fori pars, et secundum Varronem libro 4 De Lingua Latina, comitium dictum est, quod eo litium causa coirent. Unde etiam Plautus in Poenulo Scena 6, Comitiales appellavit advocatos: quasi qui in comitio crebro commorentur. Sic apud Macrobius libro 2 cap. 12 iudices dicuntur venire in comitium>>.

*pacunt... ante meridiem... conscitito*, o, como quieren otros. *conscito*<sup>46</sup>, apoyándose en Aulo Gelio, y rechazando que el término empleado sea *coniicito*, que ya había expuesto Balduino, a través de un estudio filológico, a partir de su significado, el cual le lleva a identificar el destinatario del precepto. Mientras *coniicere* implica una exposición sumaria y sintética de los términos de la disputa, por lo que sus afectados eran los litigantes, de acuerdo con el comentario de Asconio a Cicerón, y el fragmento de Paulo en D. 50, 17, 1, al definir la regla de Derecho, «*quasi causae coniectio, id est, summariam comprehensionem esse*», por el contrario, *consciscere* equivale a *cognoscere*, que era la tarea propia y específica tanto del pretor como del juez, de modo que no duda en sostener:

*Sed verior lectio et Hotomanno, et Marcilio, et aliis videtur, in lege nostra, Conscito vel consciscito, quam coniicito. Nam conijcere causam pertinet ad reos eorumque patronos: Conscire autem, vel consciscere, sive cognoscere, est praetoris sive iudicis. Lex autem nostra directa est non ad reos sive litigantes eorumve causidicos: sed ad praetorem vel iudicem: ut apparet ex particula sequenti litem addicito. Addicere enim proprium est praetoris et iudicis...*<sup>47</sup>.

Este mismo enfoque lo encontramos en Raevardus<sup>48</sup>, quien tampoco deja de presentar algunas conjeturas sobre la terminología empleada por los decenviros y su plasmación en la norma que consideramos, puesto que además de acoger la palabra *gnoscito*, en lugar de *coniicito*, trata de fundamentar su elección de modo similar a Rittershausen, ya que desde su punto de vista el precepto se dirige no a los litigantes sino al juez, deduciéndolo de la exposición verbal que hacen las partes, *perorando ambo praesentes*, a diferencia de la *causae coniectio* que afecta a los contendientes; el conocimiento de la causa, en ningún caso, es tarea de las partes, sino del juez, que entraría a conocerla antes de mediodía, después de la exposición hecha por actor y reo:

*Ante meridiem causam Gnocscito, quum perorant ambo praesentes. Post meridiem litem addicito, si ambo praesentes...*

*Constat quidem haec verba, causam conscito, non ad litigatores, sed ad ipsum iudicem esse referenda, propter haec verba, quum perorant ambo praesentes. Ergo quod causae coniectio, ut satis ex Asconio et Marcelo constat, non ad iudicem, sed ad litigatores referatur, certissimum est loco conscito, reponi non posse conicito. Ea enim legis videtur*

46. Cf. Io. CRISPINI, *Iuris Civilis Romanorum initia et progressus. Ad leges XII Tabularum brevis commentatio, ex Ulpiani fragmentis tituli XXIX. Selectis notis et argumentis illustratis... Iulius Pacius recensuit, notas auxit, argumentis illustravit*, Nova editio, Coloniae Allobrogum, sumpt. S. Crispini, 1622, pp. 23-24: <<De iure publico legis XII Tabularum. 12. In comitio aut in foro, ante meridiem causam conscito, cum perorant ambo praesentes. Tria haec fragmenta ex Gellio sunt. Extant hae reliquiae apud Gellium libro 7 cap. 2. Primus etiam versus legitur in 2 Rhetor ad Heren. Lex videtur iubere iudicem in comitio aut in foro, causam ex utriusque litigatoris oratione cognoscere. Comitium, inquit Varro, ab eo quod coibant eo comitijs curiatis et litium causa. Hinc illud Ciceronis in Bruto, In comitium veniant ad stantem Iudicem. De comitiis locus insignis ex antiqua Oratione C. Titij describitur a Macrobio libro 3 cap. 16>>.

47. Esta afirmación lleva a un equívoco, porque si nos referimos a la sentencia, su pronunciamiento compete exclusivamente al juez, pero nunca al magistrado, mientras que el *addicere* tiene relación con uno de los *tria verba* que resumen la capacidad jurisdiccional del pretor: *addico*.

48. Iac. RAEVARDUS, brugensis, *Ad leges Duodecim Tabularum liber singularis, Brugis Flandrorum*, apud Hubertum Goltzium, 1563, pp. 24-25: Cap. VII. <<De litis addicione. Quam Gellius libro XVI, cap. II allegat legem Decemviralem, eam utpote tutiosissimam sic esse restituendam probabilibus aliquot coniecturis demonstrabo>>.

*esse sententia, ut iudex ante meridiem, quum actor et reus perorassent, id est, causam dixissent, de causa cognosceret. Veteres autem dixisse causam conscito, pro cognoscito, non memini me legisse. Illud quidem dubium non est, pro cognitu auctore Festo gnotu dixisse veteres. Si gnotu, ergo et gnosco: nam unde gnotu, nisi a gnosco? Certe veteres gnosco dixisse, non Festus solum, sed etiam libro secundo testatus est Priscianus. Quid igitur obstat, quominus pro causam conscito, legamus causam gnoscito, aut certe causam conscito. Si non ob aliud, certe quod latini plerunque G litteram ita formarint, ut Graeci suum gamma, quod facile in C. Latinum potuit transformari. Imo Festus libro XIII contendit C por G frequenter antiquos possuisse. Idque etiam ex antiquissimis quibusdam numis deprehendi, in quibus pro G... expresse legitur C... Sic pro pago, aliquando est in duodecim paco. Et ita quidem ex gnoscito, interdum ab antiquis conscito, indeque unius litterulae transpositione, ex conscito factum ab imperitis videri potest conscito”.*

El valenciano Maymó y Ribes<sup>49</sup> asume un planteamiento novedoso, según el cual las convenciones, que hagan las partes en el camino hasta la sede del órgano judicial, serán las que determinen el modo de pronunciar del Juez.

Desde su punto de vista interpretativo, y de reconstrucción original del precepto, la ley de las XII Tablas recogía estos términos: «*Endo. Via. Rem. Uti paicunt. Orato.*» Cuando el emplazado daba caución, «se excusaba de comparecer ante el Juez: quando no la daba, se podía evitar la sentencia de condenación, si en el camino, desde aquel parage en que se le citaba, hasta el Tribunal, hacía el citado alguna convención, o transacción con su parte; pues en este caso el Juez debía pronunciar su sentencia conforme a la transacción. Con arreglo a lo dicho, extendió Gotofredo el texto de este modo: *Item si de re transactum fuerit inter vocantem, et vocatum dum in jus venit, ita jus, ratumque esto.*»<sup>50</sup>

El humanista Godefroy<sup>51</sup>, que le sirve de autoridad, no solamente incorpora un pro-

49. J. MAYMÓ y RIBES, *Progresos de la jurisprudencia: su origen, y progresos; y comentarios a las Leyes del Código Papyriano, y XII Tablas*, t. I, Madrid, por Joachin Ibarra, 1767, pp. 492-493: Parte II, tabla I, ley VII.

50. Consistía esta fórmula en dar desde luego una idea sumaria de la causa, y de la acción que se intentaba, y esto se llamaba *causae conjectio*... estos usos eran de los Atenienses, pues entre ellos se hacía primero una breve exposición del hecho antes de perorar en la causa. Basta lo dicho para la inteligencia de esta Ley; pues estas palabras *causam conscito* pueden significar lo mismo que estas otras, *causae conjectio*; y estas *ambo perorant*, se pueden entender de los razonamientos, informes, o discursos más extensos, que se hacían después de la sumaria exposición de la causa. J. MAYMÓ y RIBES, *Progresos de la jurisprudencia...*, o. c., pp. 496-497.

51. Jac. GOTHOFREDO., *Opuscula varia; iuridica, politica, historica, critica*, Genevae, sumpt. Ioannis Antonij et Samuelis de Tournes, 1654. *Fontes quatuor Iuris civilis in unum collecti: puta, Legis XII Tabularum fragmenta quae supersunt, ordini suo restituta, una cum ejus Historia, Probationibus, Notis et Glossario...*, Genevae, 1653, liber primus: <<quo continentur fragmenta XII Tabularum undecunque collecta, eaque suis nunc primum Tabulis restituta, una cum Paraphrasi, tabula I. De in ius vocando. II. Endo via rem uti paicunt, orato. Paraphrasis: Item si de re transactum fuerit inter vocantem et vocatum dum in ius venit, ita ius ratumque esto. Liber III, quo continentur probationes seu testimonia veterum, de singulis capitibus ac pene verbis XII Tabularum ad ordinem capitum disposita, pp. 50-52: Rem uti paicunt orato. Qui in ius vocatus it, etc. Ex pacto ius est, si qui inter se pepigerint, si quid inter quos convenit. Pacta sunt quae legibus observanda sunt: hoc modo: Rem ubi paicunt orato: ni paicunt, etc. Auctor ad Herennium, libro 2. Antiqui pago quoque dicebant pro paciscor. Cicero in 2 ad Herennium. Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt oratione pagunt. Priscianus libro 10. Notae, pp. 187-188>>.

yecto de reconstrucción primigenia de las XII Tablas, sino que aporta su misma interpretación, muy en consonancia con el principio ya enunciado, según el cual, el pacto que hayan celebrado las partes es derecho, o lo que es lo mismo, es norma vinculante entre los sujetos que lo han celebrado: «*Ex pacto ius est, si qui inter se pepigerint, si quid inter quos convenit. Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pacunt orato: ni pacunt, etc. Auctor Ad Herennium libro 2.*»<sup>52</sup>

Después de haber descalificado la redacción de la regla decenviral, especialmente de Cicerón, sustituyendo el *ubi* por *uti*, y de Prisciano, rechazando la expresión *orationi pagunt*, a las que califica de «*mendose*»<sup>53</sup>, entiende, según su criterio, «*reponendum itaque. REM UTI PAGUNT, ORATO, ni pagunt etc.*»<sup>54</sup>, así como la de *contio*, que habla de «*pacunto rato*», juntando la última vocal a *pacunt*, a pesar de que debería ir con la palabra siguiente, interpretando el fragmento decenviral del siguiente modo:

*Neque enim vox Orato aut similis ad ipsos litigatores pertinens, hoc capite legitima esse potest: nempe, quod in praetoris personam hoc et proxima sequentis legis capita concepta fuisse, haec primum verba ostendant, causam conscito: mox illa, cum perorant ambo praesentes: denique haec, slitem addicito. Huius itaque capitis haec sententia omnino fuerit: Praetorem ratum id habere debere, quod inter se litigatores, dum in ius iretur, pacti fuerint: et (ut in lege Solonia erat, unde haec nostra desumpta ac derivata est)... de eo iudicio non constituere: de qua lege videndus Demosthenes adversus Pantenetum. Et generalis tamen haec lex est de omnibus pactis alio quocunque tempore initis quacunque de re: cuiusmodi lex fuit quoque Athenis, quae omologias huiusmodi volebat... ubi tamen modus additur, si haec pacta inita fuissent.*

Sigonio<sup>55</sup>, estudiando el desarrollo del proceso civil primitivo, inserta aspectos de su regulación, que son muy posteriores al período de las XII Tablas, con otros que se corresponden con la normativa decenviral. Reconoce que las partes deben estar presentes, pero admite que pueden servirse de patronos. En sus manifestaciones relativas a la pretensión que tuviera cada parte, una se realiza con pocas palabras, antes de llegar ante el juez, y otra con amplia verbosidad, denominando a la primera *causae coniectio*, conforme a la información que proporciona Asconio: «*Cum litigatores ad iudicem venissent, antequam*

52. «*Antiqui pago quoque dicebant pro paciscor. Cicero in 2 ad Herennium. Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt oratione pagunt. Priscianus libro 10. III. De cognitione praetoris. Ni pagunt. Los griegos ponían en lugar de G una K y la latina C*».

53. J. GODEFROY, *Fontes quatuor Iuris civilis in unum collecti...*, o. c., pp. 187-188, *notae a Rem uti pacunt, orato*.

54. «*Ni ita pacunt. Vocem hanc, ita, unus Quintilianus libri 1 cap. 6 ad superiora relativam, servavit: cum tamen coeteri, qui capitis hujus meminerunt, eam omnes omittant. Ita ait lex, id est (ut immediate praecedente lege dictum est) aut vindice dato, aut transactione habita*».

Sigue *causam conscito*, y la diferencia entre *coniciere* y *conscire*. «*Coniciiebant litigatores, cum per indicem causam suam, apud iudicem arbitrumve exponebant, ut ex Asconio, Gallio, Afranioque apud Nonium liquet. Consciebat vero praetor, dum postulantibus seu perorantibus, per se vel alios, litigatoribus, de re tota cognoscebat. Verba autem haec, causam conscito, non ad litigatores; verum ad praetorem ipsum ius dicentem referri oportere vel sequentia statim verba evidenter ostendunt: haec videlicet Cum perorant ambo praesentes, mox slitem addicito. Alios esse oportet, qui perorant: alium, qui perorantibus aliis de causa cognoscat, et ijs addicat. Perperam itaque qui Causae conjectionem ex hoc capite originem sumpsisse prodiderit*».

55. C. SIGONIUS, *De antiquo iure populi romani libri undecim*, Bononiae, apud societatem typographiae Bononiensem, 1574, pp. 485-486: *De iudicio faciendo*.

*caussa ad iudicem ageretur, quasi per indicem rem exposuerunt. Atque id ipsum dictum est caussae coniectio, quasi causae sua in breve coactio. Hinc lex XII tabularum: Ante meridiem caussam conijcito, cum ambo perorant praesentes.»*<sup>56</sup>

Una vez que el demandado conoce la acción, cabían varias situaciones, de las cuales la primera consistiría en que el actor desistiera de la misma, sin necesidad de juicio, o bien que tratase de hacer valer su pretensión<sup>57</sup>. Garantizado el objeto litigioso, si era una acción real, o con la figura del *vindex*, que no cita Sigonio, el motivo por el cual un actor cedió de su petición procesal puede ser triple: o asumió su petición, o porque ha llegado a un pacto con el demandado, o porque convino en una transacción: «*Si cessit, rem aut pacto, aut transactione composuit.*»

Este jurista se sirve de las fuentes jurisprudenciales clásicas, además de los discursos de Cicerón, porque en la exposición del significado de *transactio*, Ulpiano afirma que «*Qui transigebat, inquit, de re dubia, atque incerta... liberalitate remittebat*», lo que confirma el gran orador republicano en *Pro Quinto Roscio* y en una de las *Verrinas*: «*Cum de sua parte Roscius transegit cum Flavio, actionem sibi suam reliquit an non? Et in Verrem III: Cum Rabirio tutore, quod erat vix sestertium sexaginta millium transigunt sestertium ducentis millibus*»<sup>58</sup>, a diferencia del pacto que procede de una mera liberalidad, sin la incertidumbre de la reclamación: «*Hinc erat in Edicto: Pacta, conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus eorum cuiquam fiat, facta erunt, servabo. Quod ad omnes pactiones, transactionesque traductum est.*»

Bernabé Brisson señala la diferencia entre pacto y transacción, conforme a las fuentes romanas, jurídicas y literarias, comenzando por la distinción entre el simple acuerdo producido por la concordancia de voluntades y la promesa bilateral<sup>59</sup>. Siguiendo a la jurisprudencia clásica, pactar y transigir son dos términos jurídicos distintos, porque «*qui paciscitur, rem certam et indubitatum liberalitate remittit: Qui transigit, de re dubia et lite incerta neque finita, aliquo dato, retento, vel promisso decidit.*»<sup>60</sup> Este enfoque se corresponde con las cláusulas del edicto pretorio, en las que se contempla el pacto celebrado, por razón de la injuria o hurto ya cometido, a cambio de abonar a la víctima

56. «*Testis est Gellius libro XVII, apud quem tamen legitur, conscito. Idem libro V: cum ad iudices conijciendae, consistendaeque causa gratia venisset. Afranius apud Nonium: Caussam conijcere apud te volo. Ambo adestis. Profuturos arbitros. Longioris expositionis exemplo sint caussae a Cicerone defensae P. Quintij et Q. Roscii*».

57. C. SIGONIUS, *De antiquo iure populi romani libri undecim...*, o. c., p. 465.

58. Cf. S. SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium, liber primus-secundus*, Francofurti, sumpt. Haer. Palthenianarum, ex off. Hartmanni Palthenij, 1618, libro segundo, p. 414-415: cabe transacción, pero se disputa si vale en los delitos privados, porque unos entienden que es posible, pero otros lo niegan.

59. B. BRISSONIUS, *Lexicon iuris sive de verborum quae ad ius pertinent significatione libri XIX, cum appendice praetermissarum quarundam vocum, et parergon libro singulari. Quibus accessere hac novissima editione... item Francisci Hotomani... De legibus romanis tam certi quam incerti nominis...*, Francofurti, apud Ioan. Wechelium, 1587, p. 410: s. v. *Pactum est duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. D. 2, 14, 1, 2. Ulpiano lib. 4 ad ed. *Quo nomine et a pollicitatione differt, quae solius offerentis promissionem habet*. D. 50, 12, 3. Ulpiano libro 4 disput. *Pacta conventa ut plurimum ea Iureconsulti vocant, quae, ut Cicero in libris Rhetoricorum loquitur, ex solo conventu valent*.

60. D. 2, 15, 1. Ulpiano libro 50 ad ed.

una cantidad en dinero<sup>61</sup>.

Según este autor<sup>62</sup>, transacción es un término general, que abarca todos los supuestos mediante los cuales se resuelven y concluyen las controversias, incluido el juramento, y sin olvidar al pacto relativo al alcance de un crédito o sus garantías, dejando a salvo la pronunciación en una sentencia judicial.

Desde su punto de vista, amparado en las fuentes justinianeas, la transacción implica un acuerdo que tiene lugar después de que se ha promovido un pleito, o se espera que tenga lugar la controversia procesal, a través de una modificación de alguno de los elementos que conforman la pretensión del actor, y de la cual se apartan las partes: «*transactio specialiter conventionem significat, qua a lite iam mota vel movenda aliquo dato retento promisso receditur.*» Este negocio implica que se transige sobre una cuestión dudosa y litigio incierto, aún no resuelto, pero sin que se proceda graciosamente, a diferencia del pacto, que versa sobre cosa cierta e indubitada, en la que se acuerda algo, cediendo en alguna pretensión, por mera liberalidad, apoyándose en el fragmento de Ulpiano antes citado: «*Et a pacto hoc distat, quod qui transigit de re dubia et lite incerta neque finita, non gratuito decedit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam libertate remittit.*»

Recuerda Vulteyo<sup>63</sup>, que ni el pacto, ni la cosa juzgada, ni la transacción, ni el juramento son modos de extinguir una obligación, aunque el pretor otorgue protección a ciertos supuestos por motivos de equidad, como es el juramento. El pacto ni es modo de adquirir, ni tampoco de extinguir una obligación, del mismo modo que no sirve para adquirir el dominio, ni para perderlo, porque «*in pacto enim non jus, sed factum versatur*»<sup>64</sup>.

Por este motivo, el simple acuerdo de voluntades o pacto no implica que surja una acción civil, sino que, merced a la protección pretoria, se concede una excepción, basada en la equidad natural, «*quia nihil tam conveniens est aequitati, quam ut ea de quibus convenit custodiantur.*» La transacción es una especie de pacto, pero por su peculiaridad y repercusión en el proceso da origen a una excepción perentoria entre los litigantes, de modo que si hubo transacción, y posteriormente quiere entablarse nueva acción sobre el mismo objeto, por la misma causa y entre las mismas personas, tiene esta excepción, derivada de la transacción, un efecto similar al de la excepción de cosa juzgada<sup>65</sup>.

Una síntesis de la doctrina de los siglos XVII y XVIII, con los intentos de reconstrucción de la redacción original del fragmento que nos ocupa se encuentra en Joseph

61. <<Caeterum si precibus impetraverit ne tecum ageretur, ad edictum non pertinet>>.

62. B. BRISSONIUS, *Lexicon iuris sive de verborum...*, o. c., p. 595 s. v. *transigendi*.

63. H. VULTEIUS, *Tractatus de iudiciis in libros IV divisus...*, Cassellis, imp. Sebaldu Colerus, 1654, p. 503.

64. D. 2, 14, 28. Gayo libro 1 ad ed. prov.

65. H. VULTEIUS, *Tractatus de iudiciis...*, o. c., pp. 503-504: <<Exceptio peremptoria est transactio, nam ne transactio quidem inter controvertentes facta, hunc habet effectum, ut obligatio atque adeo actio exinde ipso jure tollatur; verum eadem in transactione est aequitas quae est in pacto, cuius illa quaedam est species. Tum demum autem ea locum habet, si petatur eadem res, et petatur ex eadem causa, et inter personas easdem, inter quas est transactum, agatur, ut appareat hanc exceptionem rei judicatae exceptioni per quam esse simile>>. La sentencia pronunciada contra una cosa juzgada es nula ipso iure, sin valor alguno, y del mismo modo que la cosa juzgada es verdad entre las partes, nadie puede pactar contra su contenido. *Ibid.*, p. 596.

Pothier<sup>66</sup>, para quien, siguiendo a Gayo, si un sujeto es llamado a juicio debe ser liberado de estar en el proceso en dos supuestos<sup>67</sup>: en caso de aparecer un *vindex*, y si llega a una transacción con su adversario, camino de la presencia ante el magistrado, para matizar: «*quid magis aequitati naturali conveniens est quam ea quae inter homines placita sunt, quum nulla inde in publicum redundant injuria, servari? Non igitur ferendus fuit, qui contra fidem transactionis, in Jus aliquem vellet trahere.*»<sup>68</sup>

Alfred Ernout<sup>69</sup>, después de reconstruir el fragmento decenviral, comenta nuestra norma, afirmando, sin duda alguna que el *rem ubi pacunt* tiene lugar «*Au cas où il a transaction*»,

66. J. POTHIER, *Pandectae justinianae, in novum ordinem Digestae, t. I, a libro I ad XXII: cum legibus Codicis et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant, t. I. Continens orationem de laudibus celeberrimi viri R. J. Pothier, prolegomena seu praefationem, et viginti-duos priores libros, nova editio, Lugduni, sumpt. Bernuset et sociorum, 1782, p. 78, tabula prima, caput II: 3. <<Endo (g = endo pro in) via rem uti pacunto (h = Veteres pro paciscor dicebant pago vel paco, C enim pro G frequenter ponebant Antiqui. A paco autem pacunt, pacunto, pacuntor) rato (i= id est, ratum esto. Vulgo haec lex ita male legitur: Rem uti pacunt, orato; nullo sensu hujus ultimae vocis; dissentiente tamen Gravina). Interpretatio: 3. Si de re transactum fuerit in via, dum in Jus venit; quod transactum erit, ratum esto. Probationes: fragmentum eiusdem capituli in libro 2, ad Herennium ita corruptum erat: Rem uti pacunt orationem pacunt. Restituit Gothofredus Rem uti pacunto, rato: ni ita pacunt. Priora verba huic capiti assignavit, utpote quae alteram dimittendi ejus qui in jus vocatus est causam contineant: caetera Ni ita pacunt, ad caput sequens>>.*

67. J. POTHIER, *Pandectae justinianae, in novum ordinem Digestae, t. I...*, o. c, *Commentarius*: p. LXXIX: <<Qui in jus vocatus est (inquit Gaius libro 1 ad Leges XII Tabularum) duobus casibus dimittendus est; si quis ejus personam defender; et si, dum in jus venit, de re transactum fuerit: ley 22 ff. de in Jus vocatione. II. Quoad alteram causam ex qua dimittendum statuunt Decemviri eum qui in Jus vocatus est, si in via de lite transactum fuerit>>.

68. <<Aliter Gravina. Vulgarem enim lectionem Rem uti pacunt, orato, retinendam censet: hoc sensu ut, secundum quod in via pactum fuerit, causa peroretur seu agitetur et peragatur in Jure. Verum id manifeste repugnat ipsius Legis sententiae, quae non de pacto secundum quod causa peragi debeat, sed de transactione per quam omnis disceptatio causae tollatur, et in Jus vocatio inutilis fiat, omnino intelligenda est. Tunc enim demum CAUSAM CONSCIRI permittitur capite mox sequenti, NI ITA ut supra dictum est pactum fuerit. Et id etiam evincit supra dicta lex 22 ff. De in Jus vocatione. Hinc et illud Evangelii: Esto consentiens adversario tuo cito, dum est in via cum eo, ne forte tradat te adversarius judici: Mattheus V, 25. Ergo ex usu forensi et apud omnes notissimo, non aliter apud judicem causa disceptabatur, quam si antequam iretur, transigendo non consensissent adversarii.>>. *Ibid.*, p. LXXIX: <<Tabula prima, caput III: 1. Ni ita pacunt: in comitio aut in foro, ante meridiem, causam conscito (a): cum perorant ambo praesentes. Nota a: Raevardus legit gnoscito, id est cognoscito. Nam gnoscere dicitur pro cognoscere; unde Festus: Gnotu, cognitu. A gnoscere autem (inquit Raevardus) gnoscito vel cncoscito; quia C pro G ponebant Veteres, ut ait idem Festus. Verum idem omnino sensus utriusque lectionis. Conscito enim (ex lectione Gothofredi quam sequimur) derivatur a Consciscere vel sciscere, quod idem est ac judicare. Sic apud Livium libro 1, Senator sententiam rogatus ait: Itaque consentio Consciscoque. Hic igitur consciscere proximam habet cum verbo judicare significationem: et causam conscito, idem est ac causam cognoscito ad judicandum. Interpretatio: Si de re transactum non fuerit, tunc in comitio aut in foro praetor, quum ambo litigatores praesentes sunt ad perorandum, causam ante meridiem cognoscat. Probationes: legitima totius hujus capituli verba excepsit Gothofredus partim ex libro 2 ad Herennium, partim ex Gellio, aliisque infra laudatis auctoribus. Extat enim prima lex in dicto libro 2 ad Herennium cum fine legis praecedentis male ita conjuncta: Rem uti pagunt orationem pagunt; in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito. Gothofredus autem hunc textum ita restituit, ut novum caput ab his verbis incipiat: Ni ita pagunt. Firmaturque haec lectio auctoritate Quintiliani, Institutiones Oratoriae 1, 6, cum in XII Tabulis legeremus, Ni ita pagunt>>.

69. A. ERNOUT, *Recueil des textes latins archaïques*, Paris, C. Kinksieck, 1916, p. 115. *Textes épigraphiques: leges duodecim Tabularum*. Tabla I, con cuatro preceptos: <<rem ubi pacunt, orato>>, citando las fuentes de autores clásicos.

con remisión a un texto de Festo<sup>70</sup>, mientras que también precisa cómo los litigantes en la *causae coniectio*, *causam coiciunto*, hacen un resumen del contenido de su disputa o causa.

Es doctrina compartida por los estudiosos romanistas que el simple pacto en Roma no genera acción<sup>71</sup>, sino que ordinariamente se protege mediante excepción<sup>72</sup>, lo cual no implica que deje de nacer, del acuerdo celebrado, una obligación natural, aunque a partir de la jurisprudencia republicana, con desarrollo en la clásica, y en la normativa legislativa imperial, la Compilación justiniana, asumió la diversidad de protección de los pactos conforme a su celebración, como pactos vestidos, o desnudos, añadidos a los contratos de buena fe, o celebrados con independencia de los mismos<sup>73</sup>.

Una de las grandes aportaciones del Derecho canónico consistió en el reconocimiento del carácter vinculante del pacto, para exigir su cumplimiento mediante la acción oportuna<sup>74</sup>, que es el planteamiento asumido por el Derecho regio de Castilla, Recopilación 5, 16, 2, comentándolo algunos juristas tan relevantes como Juan de Orozco<sup>75</sup>, el placen-

70. Cf. FESTO 296: <<pacionem antique dicebant quam nunc pacionem dicimus>>.

71. Cf. T. CARLEVAL, *hispanus, Disputationes iuris variae ad interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, et illis similium, tam ex Iure neapolitano, quam ex utroque Communi, civili et Canonico. De Iudiciis, tomus prior. Complectens titulum primum de Iudicibus et eorum legitima potestate...*, Lugduni, sumpt. Laurentii Anisson, 1668, p. 226.

72. Cf. P. BARBOSA de LUNA, *Commentarii ad interpretationem tituli FF. De iudiciis*, Francofurti, sumpt. W. Endteri, 1650, p. 41: <<Certum est, quod quamvis pactum nudum non producat actionem, tamen parit exceptionem, & igitur nuda, utique in terminis lex si convenit, nulla ex partibus cogetur stare praedictae conventioni, et tamen propter pactum excipere poteris. Ibid., p. 259: Pactum nudum vestitum cohaerentia contractus obligat efficaciter... iudex contractus contra eum procedere poterit & proinde>>

73. Vid. por todos, además de las voces de la PW, NNDI y ED, y los principales manuales de *Derecho privado romano*, A. d' EXÉA, *Pactorum liber unus*, Lugduni, apud Seb. Gryphium, 1552. Un autor que muestra la evolución histórica, desde Roma, J. M. ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, Universidad, 1995.

74. X 1. 15. 1. <<Pacta quantumcunque nuda servanda sunt>>. Ex concilio Africano (del concilio Cartaginense del 348 d. C.... *par servetur, pacta custodiantur*. Vid. por todos, WERNZ, Francisco Xav., *Ius Decretalium, t. III. Ius Administrationis Ecclesiae Catholicae. Pars prima*, altera editio emendata et aucta, Romae, typ. Polyglota, 1908, pp. 228-251, cuya exposición comienza: <<Praeter vim privatam, qua quis legitime praevenire potest iudicium, etiam per pacta lites impediuntur, aut si iam ortae sint, tolluntur>>. Ibid., p. 228. Al referirse a los efectos de los pectos, mientras en Derecho Romano los pactos desnudos no generaban acción en juicio u obligación civil, disfrutando en el fuero externo de algunos efectos, añade: <<At ex iure canonico omnino videtur existere actio etiam ex pactis nudis. Nam cap. 1 et 2 X. 1. 15, pacta nuda dicuntur observanda et opere complenda. Ergo leges ecclesiasticae assistunt pactis nudis; sed pactis, quibus lex assistit, conceditur actio. Idem igitur videtur asserendum in foro ecclesiastico>>. Ibid., pp. 249-250.

75. Io. OROSCIUS, *Ad responsa prudentum commentarii. Duo hi tomi, in priores integrosque Digestorum duos libros sunt*, Salmanticae, in aed. Andreae a Portonarijs, 1558, cols. 798-800: <<Iure canonico secus esse (obligationem non parit, unde videlicet actio oriatur), crebrior opinio est, et quam doctores utriusque iuris tam antiqui, quam recentiores magis sequuntur... Et receptius est, ut pacti nudi executio in foro seculari per viam denuntiationis evangelicae peti possit... constat apud nos, expressius quam apud Pontificios, ex pacto nudo actionem produci...>>.

tino-civitatense Juan Gutiérrez<sup>76</sup>, además del también placentino Alfonso de Azevedo<sup>77</sup>, entre otros, sin olvidar la protección directa otorgada a la transacción<sup>78</sup> en el Derecho patrio, a tenor de lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá, título XVI, ley única<sup>79</sup>, y Recop. 4, 21, 4-5<sup>80</sup>, que es título suficiente para la vía ejecutiva<sup>81</sup>.

Domingo de Morató, en el siglo XIX<sup>82</sup>, recuerda que la célebre ley única, título 16 del ordenamiento de Alcalá, trasladada literalmente a Nov. Recop. 10, 1, 1, declara que los

76. J. GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum Civilium. Super prima parte Legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae, liber III, IV et V*, Antuerpiae, apud Petrum et Ioannem Belleros, 1618, pp. 301-302, partiendo del texto literal castellano de la norma Recop. 5, 16, 2, *quaestio* 97: <<que en qualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar a otro, quede obligado, pareciendo que se quiso obligar por contrato o en otra manera...>>.

77. A. de AZEVEDO, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae regias Constitutiones*, t. III, *Quantum librum Novae Recopilationis complectens*, Lugduni, apud fratres Deville, 1737, pp. 418-421: <<*Jure canonico oritur actio et obligatio ex pacto nudo: cap. 1 Extra de pactis: nihil enim tam naturale est, quam quod fides servetur et pax custodiatur, a quo nostram legem (secundam, Recop. 5, 16) habuisse ortum et principium videtur, nam iuxta communes ibi doctorum sententias jure canonico ex pacto nudo oritur actio et obligatio, et firmatur etiam ex texto in lege juris gentium Etigitur nuda ff. De pactis, ubi Orosius hanc crebriorem firmat opinionem auctorum utriusque iuris... et Antonius Gomez... et Didacus Perez... et Villalobos*>>. El texto de la ley es claro: <<*Qualitercunque constiterit aliquem se velle obligare, remanet obligatus nulla admissa exceptione... hoc disponit lex haec, quae singularis est, et in scholis et judiciis quotidie versata, et plurium jurium et ambagium jure optimo correctoria*>>.

78. Si en el Derecho posclásico romano, la transacción fue un contrato innominado, que generaba obligaciones exigibles a través de la *actio praescriptis verbis*, Juan de Orozco, en el siglo XVI, recuerda que es una especie de pacto, y consiste en un acuerdo <<sobre una cosa dudosa y litigio incierto>>, diferenciándose del pacto, porque no es gratuita. J. OROSCIUS, *Ad responsa prudentum...*, o. c. col. 957.

79. <<Pareciendo que quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algun contracto, o en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligò, e non pueda ser puesta excepción que no fue fue fecha estipulación, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades de derecho... mas que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e fazer contracto con el!>>. Que pasó a Recop. 3, 5, 7. Cf. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. I... *El Ordenamiento de Alcalá*, Madrid, imp. de La Publicidad, 1847, p. 450.

80. *Recopilación de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo... que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la última impresión se han publicado por... Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, Madrid, por C. de Barrio y Angulo y D. Díaz de la Carrera, 1640, fols. 350v-351v: <<IV. Que se executen... y en las transacciones. V. Que las confesiones... trayan aparejada execucion>>.

81. Cf. T. CARLEVAL, *hispanus, Disputationes iuris variae ad interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae*, o. c., pp. 49-50: <<*Iuxta iura Castellae executio fit non solum virtute sententiae diffinitivae in rem iudicatam transactae, sed etiam vigore instrumentorum publicorum, arbitrorum, transactionum confessionum, aut chirographorum recognitorum, iuxta leges 1 y 2 quae vocatur lex Toleti, leges 4, 5 y 6 titulo 21 libro 4 Recop. et ad eas late scribit Azevedo in veteri Ordinamenti leges 4 y 5 titulo 8 libro 3 Ordinamenti, quas commentatus est copiose Didacus Perez ex col. mihi 1064. Scripsit latissime Rodericus Suarez in repetitione legis post rem iudicatam ff. de re iudicata, notabili 1 et seqq. Et in declaratione leges Regni, Parladorio ley 2 Rerum quotidianarum c. finali part. 1 per 2. Paz in praxi 1 tomo 4 part. Cap. 1. Rodriguez Tractatus de executione c. 1. Hevia Volaño in Curia Philip. 2 parte ex Et2 ad 7. Villadiego in sua Politica cap. 2 ex numero 1. Monterroso in Practica tractatus 3. Qui plene tractant de iis, quae illo iure paratam executionem habent.*>>

82. D. R. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, t. II, Valladolid, Hijos de Rodríguez, 1868, pp. 274-275.

pactos y convenciones hechos seria y deliberadamente constituyen obligaciones firmes, sea cual fuere la forma en que resulta que uno haya querido obligarse, por lo que ha cesado prácticamente la división entre obligaciones civiles y obligaciones naturales, cuya fuente ordinaria más copiosa eran los pactos, según el esquema del Derecho Romano<sup>83</sup>.

Una interpretación muy personal de la norma decenviral, que estudiamos, es la que hace Ulrico Zasio, seguido por Charondas<sup>84</sup>. La reconstrucción del fragmento original, por parte del humanista suizo Zasio no deja lugar a dudas, al entender que las partes se explican oralmente en el comicio respecto de sus planteamientos singulares, y en el mismo tiene lugar el posible acuerdo, faltando el cual se pasa al foro, en el que ya se produce una declaración sintética de la controversia, mientras están presentes ambas partes litigantes<sup>85</sup>: «8. *Rem ubi pagunt, oratione pagunt in comitio: at in foro ante meridiem causam coniiicito...*».

Ludovico Charondas<sup>86</sup>, jurisconsulto parisiense, en su comentario a las Doce Tablas, reproduce las fuentes utilizadas por Zasio, y después de asumir que la forma antigua en Latín del verbo *paco*, es la de *pago*, afirma que la ley decenviral dispone, en este precepto, que cuando los contendientes exponen sus respectivos puntos de vista, pueden llegar a un pacto sobre la materia, con lo cual se acaba la controversia, aunque no especifica ni su alcance, ni su respaldo por el magistrado, o bien si los sujetos que litigan explanan ampliamente sus posiciones en el comicio, lugar al que concurrían todos los ciudadanos, incluidos los que habitaban fuera de la *Urbs*. Si no terminó con pacto la divergencia entre partes, se pasa al foro, donde los litigantes hacen ante el juez una exposición, sumaria y en síntesis, del objeto litigioso, de modo que el *iudex* pronunciará su fallo después del mediodía, a favor de la parte que esté presente; no obstante, si ambos litigantes siguen en el lugar, el juez pronunciará su sentencia antes de oscurecer el día:

*Et lex ita statuit, cum rem tractant sive de re paciscuntur, oratione conveniunt in comitio, id est, quae praestari volunt lingua nuncupant in eo loco, in quem convenire solebant etiam ii qui extra urbem degebant: Sed in foro in quo ius redditur causa coniiicienda est, et breviter, ac quasi per iudicem (sic) iudici exponenda, qui post meridiem praesenti litem addicet: quod si ambo praesentes sint, Solis occasus ultima et suprema sit tempestas.*

La tercera y última interpretación de la Tabla I,6, a la que aludimos inicialmente,

83. D. R. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano...*, o. c., pp. 301 y ss.:

Convención es el consentimiento de dos o más personas para dar, hacer o no hacer, y prestar alguna cosa, por lo que exige:

1. Dos o más personas hábiles para celebrarla. 2. Cosas o hechos que constituyen materia u objeto legítimo de la misma y 3. Consentimiento verdadero de entrambos contrayentes acerca del objeto del contrato, y por consiguiente que esté fundado en alguna causa, y que esta sea justa. A diferencia de la transacción, *ibid.*, pp. 455-462, que es una <<decisión convenida no gratuita de cosa dudosa>>, siendo sus requisitos. 1. Que las dos partes se den, cedan mutuamente algún derecho, o prometan la entrega de alguna cosa. 2. Que verse sobre cosa o materia que pueda calificarse de dudosa, lo cual tiene lugar siempre que sobre la misma no haya recaído una sentencia que haya obtenido autoridad de cosa juzgada.

84. U. ZASIUS, *Catalogus legum antiquarum... cum adnotationibus...* L. CHARONDAS, *Leges XII Tabularum... et aliorum antiquitatis doctissimorum commentariis restitutae*, Lutetiae, apud G. Cavallat, 1555, fol. 146v.

85. <<Ex libro 2 Rhetoricorum ad Herennium. Aulo Gellio lib. 17 cap. 2. Macrobio lib. 1 Saturnalia cap. 3. Censorino de die natali cap. 19. Sed quid si comitium Festus explicat>>.

86. L. CHARONDAS, *Ad leges duodecim tabularum, liber singularis...*, o. c., fol. 184rv.

entiende que debe intervenir el juez en el pacto inicial, que cierra la controversia suscitada entre los litigantes, aunque en la segunda parte de esa normativa decenviral, es necesario que se pase a una exposición posterior de la causa ante el juez, *ni pacunt... ante meridiem*<sup>87</sup> *causam coiciunto*, es decir, si no hubo pacto antes de mediodía, para dar cauce a la fase *apud iudicem*, de modo que ambas situaciones temporalmente no son simultáneas, ni coincidentes, sino sucesivas.

## Análisis de la regla jurídica, por parte de los estudiosos de los dos últimos siglos

Siguiendo la interpretación de Riccobono<sup>88</sup>, es preciso tomar como punto de partida el texto en su tenor gramatical, y en el mismo se habla de *pactum*, y su carácter obligatorio, en cuanto vinculante para el que hayan celebrado los litigantes libremente, ya que como tal lo encontramos en las Noches Áticas, de Aulo Gelio, 17, 2, 10: «*Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: 'rem... cuicito'*»<sup>89</sup>, sin olvidar que los antiguos utilizaban el verbo *pago*, a veces, en lugar de *paciscor*, tal como refiere Cicero II *ad Herennium*.

Quintiliano 1, 6<sup>90</sup>, que no deja de ser un retórico, identifica el pacto celebrado con la confesión de la parte demandada: «*Si confessum, non poterat ibi esse quaestio. Transibam ergo ad responsum partis alterius, idem intuebar: nonnumquam etiam, quod inde obtinabatur, confessum erat. Ubi primum coeperat non convenire, quaestio oriebatur. Id tale est: 'occidisti hominem': 'occidi'. Convenit, transeo*», lo que en castellano equivaldría a lo siguiente: «Si se confesaba el hecho, no podía haber allí cuestión de litigio. Por tanto, pasaba a la respuesta de la parte contraria, y hacía la misma consideración: a veces se confesaba también lo que a partir de ahí se objetaba. Pero tan pronto como empezaba a no haber acuerdo, aparecía la cuestión en litigio. Esto ocurre así: mataste a un hombre - lo he matado. Está de acuerdo, y doy el paso siguiente.»

## Consideraciones desde la Filología

Conforme a la interpretación de Alfonso Ortega, algunos ponen este caso en un grupo

87. PLINIO, *Naturalis Historia* 7, 60, 12: ... En las Doce Tablas solo se nombran el orto y el ocaso, unos años después se añadió también el mediodía, que proclamaba un heraldo de los cónsules, cuando desde la Curia veía el sol entre los Rostros y la Grecóstasis; al declinar el astro desde la columna Menia hasta la cárcel, proclamaba la última hora, pero esto sólo en los días serenos, hasta la Primera Guerra Púnica. PLINIO EL VIEJO, *Historia Natural, libros VII-XI*, trad. de E. del Barrio Sanz y otros, Madrid, Gredos, 2003, p. 113.

88. S. RICCOBONO, *Fontes Iuris Romani antejustiniani, pars prima. Leges, iterum editit...*, Florentiae, apud S. A. G. Barbèra, 1941, p. 28: Tabla 1, 6. *Rem ubi pacunt, orato*. Nota: *Rethorica ad Herennium* 2, 13, 20. *Ibid.*, p. 29, nota.

89. M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, vol. I, reimpr. De la ed. de Leizig 1883, Darmstadt, Scientia Verlag Aaelen, 1966, p. 696: <<II.1. *Rem, ubi pacunt, orato... Auct. Ad Her. II, 13, 20: pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, orato; ni pagunt etc. cuicito... Orato: Festo 198 b, 23>>.*

90. M. F. QUINTILIANI, *Institutiones Oratoriae libri XII, pars tertia, libros VII-IX continens*, trad. y comentarios de Alfonso Ortega Carmona, en *Quintiliano de Calahorra. Obra completa. En el XIX Centenario de su muerte*, ed. bil., latin-español, t. III, Salamanca, UPSA, 1999, pp. 16-17, VII, cap. 1, 6.

de controversias, en el que no hay argumento alguno que pueda conseguirse desde la ley misma, sino en el que la pregunta solamente se puede plantear acerca de aquello sobre lo que versa el litigio jurídico<sup>91</sup>, lo cual, por otra parte, es propio del sistema procesal romano desde la etapa de las Acciones de la Ley, donde se establece la doble fase, *in jure* y *apud judicem*, correspondiendo al magistrado la concesión o denegación de la acción, mientras que el juez analiza hechos, para pronunciar su fallo.

Procediendo al análisis del aforismo moderno, o regla jurídica de las XII Tablas, centrado en tres términos: *Res*, *pacunt*, y *orato*, el filólogo que ha tratado de valorar el significado de cada uno de ellos, en base a los amplios conocimientos de las fuentes clásicas, ha sido José Guillén<sup>92</sup>, quien no duda en estudiar monográficamente la tabla I, 6: *Rem ubi pacunt, orato*, desde una triple perspectiva: las fuentes del precepto, la redacción de la regla, con la búsqueda de su inicial expresión, y el alcance jurídico de la misma<sup>93</sup>.

En el primer aspecto, punto de partida es la *Rhetorica ad Herenn.* 2, 13, 20: «*Facta sunt, quae legibus observanda sunt hoc modo: rem ubi pacunt orato; ni pacunt in comitio aut in foro, ante meridiem causam coicito*», matizando que en Riccobono se utiliza «*cuicito*», y por parte de Mommsen: «*coiciunto*».

Respecto al *rem ubi pacunt*, deja constancia que en Jacques Godefroy se inserta previamente «*endo via*», lo que permite a ciertos autores hablar del pacto en el camino al proceso. Prácticamente todos los estudiosos del Código decenviral incorporan el *uti*, salvo Bouchaud, y la mayoría de los autores de la Edad Moderna redactan *pagunt* en lugar de *pacunt*, como vemos, entre otros, según constata Guillén, en «Haubold, Locella, Merula, Laya, Hotomanus, Contius, Casati, Gneist, Ortolan, Lipsius<sup>94</sup>, Rosinus, y Laya», dejando la duda, entre la C y la G, Rittershusius<sup>95</sup>.

El verbo *pacere*<sup>96</sup> lo encontramos en dos reglas diferentes, 1,6 y 8, 2. Se trata de un verbo arcaico, que conserva las dos formas *pacit* (Tabla 8, 2), y *pacunt* en esta materia<sup>97</sup>.

91. M. F. QUINTILIANI, *Institutiones Oratoriae libri XII*, pars tertia, libros VII-IX continens, trad. y comentarios de Alfonso Ortega Carmona..., o. c., p. 115.

92. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas*. Tesis doctoral mecanografiada. Ponente, catedrático Dr. Antonio Tovar Llorente. Sign. USAL. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Salamanca. T. D. 27.

93. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas...*, o. c., pp. 107-108.

94. Esta es la reconstrucción del texto según J. LIPSIUS, *Leges regiae et leges decemvirales*, Francofurti, apud Ioan. Wechelum, 1587, fol. s. n. vr: XXXII. <<*Rem ubei pagunt, oranto. Nei pagunt, ante meridiem in foro aut in comitio causam coniciunto. Post meridiem praesenti ambobus litem addicito...*>>.

95. Un humanista español que estudia parte los preceptos de la Ley de las XII Tablas, sin aludir a nuestra regla, es A. AGUSTÍN, *De legibus et senatus consultis liber. Adiunctis Legum antiquarum et Senatusconsultorum fragmentis, cum notis Fulvi Ursini*, Romae, ex typ. Dominici Basae, 1583, pp. 260-266: en materia procesal, refiere algunas de las disposiciones de las XII Tablas con comentarios, como <<*si calvitur, aut status dies cum hoste, solis occasus, ante meridiem causam conicito, cum perorant ambo praesentes. Post meridiem... solis occasus...*, *Si in ius vocat... arceram ne sternito*, sin olvidar *morbis soticus y aeris confessi*>> con la ejecución, y su comentarista Fulvio Ursino., pp. 8-12, en preceptos muy concretos, pero sin referirse al *rem ubi pacunt orato*.

96. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas...*, o. c., pp. 398-399: *Pacunt (pacit)* 1, 6; 8, 2

97. Cf. F. HOTOMANUS, *Operum*, t. II, Lugduni, exc. haer. Vignon et Jac. Stoer, 1599, cols. 5-6: *De pactis*, D. 2, 14, 1, 2. Ulpiano libro 4 ad ed.: <<*A pactione. Iampridem docui legendum esse, pacione, a verbo paco: ut in XII Tabulis. Ni cum eo pacit. Item alio loco, uti pacunt. Certe pacis nomen non a pactione, sed a pacione potius duci constat*>>.

De él se formaría *pacio -onis*, conforme señala Festo 296, 35: «*pacionem antiqui dicebant quae nunc pactionem dicimus*, y la raíz es la misma de *par* y *pacisco*»<sup>98</sup>.

Nuestro fragmento está conservado en *Rhetorica ad Herennium* 2, 13, 20, donde se añade un aspecto que resulta del mayor interés, aunque sea tardío y fruto del mundo extrajurídico: «*Sunt item pacta quae sine legibus observantur ex conventu, quae iure praestare dicuntur*», y suele expresarse jurídicamente: «*Si qui inter se pepigerunt, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit.*»<sup>99</sup>

Por último, un sector de intérpretes asume el término *orato*, pero algunos utilizan *oranto*, como vemos en Justo Lipsio, mientras que Francisco Hottmann utiliza la expresión *oratione pagunt*, Contio la de *orati*, y Teodoro Marcilio, junto a Konrad Rittershausen, han preferido la de *ratum esto*.

Entiende Guillén<sup>100</sup>, que el vocablo *orato* de esta norma pertenece a un grupo de palabras que designan el hecho de pronunciar algo con un carácter solemne, así como una fórmula ritual: una plegaria o un discurso. Se trata de un término de la lengua religiosa y jurídica, advirtiendo que, por ello, tiene estos dos sentidos: *orare deos* = dirigir plegarias a los dioses. *Multa deos orans* (como vemos en Virgilio, Eneida 9, 24; 7, 446 y 10, 96), y el de *orare litem* o *causam*: «defender un pleito, una causa», bien con el complemento, que en este caso sería el pacto alcanzado por los litigantes, bien absolutamente<sup>101</sup>.

Existe controversia acerca del significado de *orare*, en el precepto decenviral, porque mientras los romanistas hispanos de nuestro tiempo, citados al inicio de la exposición, hablan del significado «proclámese», sin matización por parte de quién debe hacerlo, y resto de las circunstancias de esa pronunciación pública, lingüistas latinos, como Festo<sup>102</sup>, lo identifican con el de *agere*, o con *conicere*, según Nonius Marcellus<sup>103</sup>, en correspondencia con el momento procesal que tenía lugar ante el magistrado, o fase *in iure*, tal como vemos en las Instituciones de Gayo 4, 15<sup>104</sup>: «*cum ad iudicem venerant, antequam*

98. Sobre si hay que escribir *paco* o *pago*, lo explica Terencio Scauro, *De Orthographia*, p. 2253.

99. Vid. AULO GELIO, *Noct. Att.* 17, 2, 10. José Guillén aporta el texto de Prisciano, *De Arte Grammatica* 10, 5, 32: «*Antiqui 'pago' quoque dicebant pro paciscor (citans ex Cicerone): pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo, 'rem ubi pagunt orationi (sic libri) pagunt'*».

100. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas...*, o. c., pp. 397-398: *Orato*, 1, 6.

101. Los latinos hicieron de *orare* el verbo denominativo de *os, oris*, citando como fundamento a Varrón *De Lingua Latina* 6, 76; Festo, p. 193, 23 y Cicerón *De republica* 2, 7, 13. Esta etimología popular es la que propone también San Isidoro: «*Orator ab ore vocatus, a perorando nominatus, is et dicendo: nam orare dicere est*», y mientras que en 6, 19, 59 *orare est petere*, de modo que en su obra se hallan los dos sentidos, religioso y jurídico, que los modernos atribuyen a este verbo.

102. Festo, 199: «*Orare antiquos dixisse pro agere, testimonio sunt quod et oratores, et i qui nunc quidem legati, tunc vero oratores, quod reipublicae mandatas partis agebant; Ennius quoque cum dixit in libro I Annalium: 'Face vero quod tecum precibus pater orat'... orare antiquo dixerunt pro agree. Unde et oratores causarum actors, et oratores, qui nunc legati, quod reipublicae mandata peragerent*». SEXTI POMPEI FESTI, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, ed. Q. M. Lindsay, Lipsiae, B. G. Teubneri, 1913, reimpr. Hildesheim 1965, pp. 218-219.

103. NONIUS MARCELLUS, p. 183: *coicere, 'agere'*.

104. «Cuando vinieran ante el *iudex*, previamente a que alegaran ante él acerca de la causa, solían exponer el asunto en forma breve y sumaria, lo cual se llamaba *causae coniectio* o resumen de la causa, es decir, como si se tratara de reunir su causa en breve». A di PIETRO, *Gaius. Institutas. Texto traducido, notas e introducción por...*, La Plata, Librería Jurídica, 1967, p. 283.

*apud eum causam perorarent, solebant breviter et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae coniectio*». De modo similar es utilizado por el Pseudo Asconius in Verrem 2, 1, 26: «*ut ad iudicium venirent, denuntiabant. Quo cum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant: quod ipsum dicebatur 'causae coniectio', quasi causae suae in breve coactio*».

Tres son los términos sobre los que se asienta nuestra regla jurídica del siglo V a. C.: en primer lugar, *res*, ampliamente utilizada en las fuentes romanas y con diverso alcance, uno de cuyos significados consiste en identificar la controversia que se ha formulado en un proceso<sup>105</sup>: *iudex apud quem res coepta est*: D. 5, 1, 49 pr. Paulo libro 3 resp.; *res, quae in iudicio est*: D. 5, 1, 31. Celso libro 27 dig.; *rem in iudicium deducere; res quaerenda commissa praetori*: D. 2, 15, 8, 17. Ulpiano libro 5 de omn. tribun.; *De re cognoscere*: D. 2, 4, 5. Ulpiano libro 5 ad ed.; *cum res aguntur*, Gyo II, 279.

El segundo es el de *pacere*, que da origen a la noción de *pactum*, como acuerdo de voluntades entre dos sujetos<sup>106</sup>: *pactum est duorum consensus atque conventio*: D. 50, 12, 3 pr. Ulpiano libro 4 disput., y D. 2, 14, 1, 2. Ulpiano libro 4 ad ed.: *Est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*, sin olvidar que *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*: D. 2, 14, 38. Papiniano libro 2 quaest., y D. 2, 14, 7, 8. Ulpiano libro 4 ad ed. *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam*.

El tercero es *orare*, con los dos significados que hemos expuesto, hablar de la cuestión litigiosa o exponer la controversia, equivalente a *dicere*<sup>107</sup>, como vemos en *causas orare*, en relación con la actividad Servio Sulpicio Rufo, jurisprudente de finales de la República y precursor de la escuela de los Sabinianos: D. 1, 2, 2, 43. Pomponio lib. sing. enchir. y C. Iust. 2, 7, 9. Imp. Honorio y Teodosio a Apolonio pp. año 442: *nec causas orare denuo quadam prohibeatur invidia*, pero también solicitar o pedir, C. Iust. 3, 14, 1, 1. Imp. Constantino a Andrónico, año 334: con cuya súplica se puede dar origen posteriormente al proceso: «*Quod si pupilli vel viduae aliique fortunae iniuria miserabiles iudicium nostrae serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere*», o también con el significado de orar, en sentido religioso: C. Th. 9, 45, 4 pr. Teodosio y Valentiniano a Antíoco, prefecto del pretorio. 23 de marzo del año 431.

Berger<sup>108</sup>, apoyándose en un fragmento ulpiano, reconoce que el término *res* puede indicar tanto el litigio o causa como un derecho, aunque en este caso se trataría del primero de los dos significados: «An interpretative rule by Ulpian says: the term *res* comprises both *causae* (legal relations, judicial matters) and *iura* (rights): D. 50, 16, 23. The inclusion of the vague term *causae* renders this sayings likewise indefinite. With ref-

105. Cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1914, p. 511, s. v. *res*, e) Rechtsfache, Rechtsstreit.

106. Cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1914, p. 400, s. v. *Pacisci*: 1) in allgemeinen.

107. Cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1914, p. 396, s. v. *Orare*: 1) mundlich vortragen, verhandeln.

108. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 676, s. v. *res*.

erence to judicial trials, *res* means both the object of the controversy (*qua de re agitur*) and the litigation itself.»

Por lo que se refiere a *orare*, equivale a exponer el litigio ante un juez<sup>109</sup>, mientras que con el de *pactum*<sup>110</sup>, aplicado en Derecho Romano tanto para los contratos como para obligaciones nacidas del delito, se trata de una composición entre ofensor y víctima, que lleva en Derecho clásico a una transacción con la persona que ha sufrido el daño, excluyendo por lo mismo la posibilidad del ejercicio de la acción penal, de tal manera que, en ocasiones, el pacto sirve para extinguir la obligación: «The agreement (*placitum*) and consent of two or more persons concerning the same subject (*in idem*): D. 2, 14, 1, 2. In the law of obligations *pactum (pacisci)* is used in the broadest sense, both with regard to contractual and delictual obligations. With regard to the latter, *pactum* referred to a composition between the offender and the person injured by the wrongdoing (*delictum*) and still in classical law a transaction with the person damaged excluded the availability of the pertinent penal action (en caso de hurto la *actio furti*, en caso de iniuria la *actio iniuriarum*). In such cases the *pactum* produced the extinction of an obligation».

Ruiz Castellanos<sup>111</sup> reconoce como probable que los fragmentos conservados respondan al sentido de la ley, y parcialmente a su vocabulario, pero no tanto a su expresión fonética y gramatical primigenia, como sería la primitiva forma gráfica C por un valor fónico de G<sup>112</sup>, *pacunt* por *pagunt*, lo que denota una antigüedad de al menos el siglo III a. C.; también en la sintaxis, es arcaica la expresión de la impersonalidad, mediante el uso de la tercera persona, como sería *pagunt*<sup>113</sup>.

Admitiendo como válida la redacción del precepto, *rem, ubi pagunt, orato*<sup>114</sup>, que el latinista español traduce libremente: «Se podrá defender sin más su derecho cuando existan pactos»<sup>115</sup>, explica el alcance de cada uno de los términos de la regla decenviral, a partir del *rem*, que en su criterio equivale a derecho, interpretación errónea, ya que en Roma no había derechos subjetivos sino situaciones de hecho protegidas procesalmente, aunque más adelante matiza, «lo que se juega en un pleito, por lo que se pleitea», lo cual equivale a pretensión o causa, que es más acorde con su contenido jurídico<sup>116</sup>.

La frase «*ubi pagunt, orato*», en su criterio, es el «espacio-temporal y condicional», es decir, «cuando lo hubieran convenido si es ése el caso», de modo que asume un significado preciso pero sin precisar el lugar de su celebración, a diferencia de otros intérpretes, lo cual corresponde con bastante fidelidad al precepto de que disponemos.

109. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law...*, o. c., p. 610, s. v. *orare causam: Causas dicere* (p. 383): «<To plead the causes of others before the courts as an advocate), *causam perorare* (To argue the case before the judge)>>.

110. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law...*, o. c., p. 614, s. v. *pactum*.

111. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas*. o. c., pp. 9-10.

112. A. RUIZ CASTELLANOS, Antonio, *Ley de las Doce Tablas...*, o. c., pp. 15-16.

113. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas...*, o. c., p. 17.

114. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas...*, o. c., p. 58 y nota con fuente en *Rhetorica ad Herennium* 2.13.20 y algunas propuestas de variantes.

115. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas...*, o. c., p. 59.

116. Al estudiar el término *pagunt*, orienta su discurso sobre el aspecto fonético y gráfico, poniendo su atención en *pacunt* y *pagunt*, con remisión a diversos códigos y fuentes, que ya hemos constatado anteriormente.

Más problemático es lo relativo a *orato*, que Castellanos<sup>117</sup> traduce por «se podrá intervenir», matizando que es un «imperativo como garantía legal de un derecho subjetivo, no como obligación», inexistente en el sistema de las *Legis Actiones*, y difícilmente concebible en el siglo V a. C., lo que no impide que nos adhiramos a su explicación en la falta de correspondencia entre el verbo citado, en singular, y *pacere* en plural, porque es impersonal<sup>118</sup>.

Como hemos advertido, el latinista moderno que con mayor rigurosidad ha examinado el texto decenviral ha sido José Guillén, con su tesis doctoral redactada bajo la dirección de Antonio Tovar, algunas de cuyas aportaciones hemos referido más arriba. En la reflexión intelectual sobre *El Latín de las XII Tablas*, impresa por la revista *Helmantica*<sup>119</sup>, diez años después de la defensa de su tesis doctoral, comienza por reseñar los fragmentos conservados de la Ley romana, citando en la tabla I.6 como redacción más segura: *rem ubi pacunt, orato*, para analizar a continuación diferentes aspectos verbales y sintácticos<sup>120</sup>.

Uno de los tiempos verbales más utilizado en el Código del siglo V a. C. es el imperativo<sup>121</sup>, con diferentes formas: el de presente, para encargos inmediatos y actuales, y el de futuro, para siempre y para todos, prevaleciendo este último, con órdenes positivas, en las que se manda hacer algo, como es la regla I.6, *orato*, y otras negativas.

Al tratar de la semántica utilizada, después de referir ampliamente los diferentes significados del término *causa*, especialmente en la lengua jurídica<sup>122</sup>, como a) título o derecho, b) situación jurídica, c) defensa de una de las partes, d) proceso, pleito en justicia, controversia o acción en justicia, como sería su contenido en Tabla 1.7, *causam conicere* o resumir la causa, además de e) agravio, acusación, f) responsabilidad y g) la presentación de los hechos o la apreciación jurídica, sin oposición a *res*, estudia los tres términos que más interesan en la regla estudiada.

*Pacunt*<sup>123</sup>, utilizado en I, 6 y 8, 2, viene de *pacere*, que es un verbo arcaico, del que se conservan las dos formas, *pacit*, y *pacunt*, en nuestro precepto, aportando los

117. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas*...., o. c., pp. 105-106.

118. El significado que Festo asigna a *orare*, como *agere*, (Festo 219 y 235: *antiqui dixerunt*) concuerda plenamente con el sistema procesal romano del *Ordo iudiciorum*, ya que permite acudir al juicio para hacer valer una situación de hecho, a través del órgano jurisdiccional.

119. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 18 (1967) 341-401; 19 (1968) 43-111 y 193-246; 20 (1969) 67-103. En este último proporciona el contexto del código decenviral y lleva a cabo una enumeración de todas las ediciones históricas conocidas del texto de las XII Tablas, y aporta amplísima bibliografía.

120. A propósito del «*cum perorando ambo presentes*», expone la doble morfología, *cum ambo sint praesentes, perorando*, o *tum perorando, cum ambo sint praesentes*, aunque esta forma cambia sustancialmente respecto del sujeto, porque en la primera serán los litigantes, mientras en la segunda los oradores, separándose de la regulación procesal romana cuando afirma que «por el hecho de ser citado a juicio, perdía su personalidad y tenía que obrar por un *videre*», aunque es correcto al diferenciar *la causae coniectio*, de la exposición total del conflicto o *causae peroratio*, de modo que la primera sería obra de las propias partes «en una especie de careo delante del magistrado». J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 18 (1967) 352-355.

121. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 18 (1967) 370-373.

122. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 60-63.

123. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 95.

testimonios de la grafía y redacción, tomados de Terencio Scauro y de la *Rhetorica ad Herennium*, así como de Prisciano, de modo que mientras el primero, de los dos últimos, habla de «*sunt item pacta quae sine legibus observantur ex conventu, quae iure praestare dicuntur*», en Prisciano se indica textualmente: «*pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo 'rem ubi pagunt...'*».

*Orato*<sup>124</sup> pertenece a un grupo de palabras que designan el hecho de pronunciar algo con un carácter solemne, así como una fórmula ritual, una plegaria o un discurso, vieniendo utilizado tanto en la lengua religiosa como en la jurídica<sup>125</sup>, según indicamos más arriba. Por ello, *orare litem* o *causam* equivale a defender un pleito o causa, bien con complemento o bien absolutamente, reiterando la cita de Festo p. 193, 23, según la cual los oradores dan testimonio que «*orare antiquos dixisse pro agere*», y San Isidoro, en sus Etimologías 10, 195 reconoce que «*orator ab ore vocatus, a perorando nominatus, is et dicendo: nam orare dicere est.*»

En cuanto a la expresión utilizada por la Ley de las XII Tablas, es preciso señalar que el estilo de las proposiciones ordinarias sigue el esquema habitual: sujeto, determinantes del mismo, complementos circunstanciales del verbo, complementos directos, adverbios y verbo, y es el que aplican en nuestro fragmento<sup>126</sup>, sin olvidar la elipsis del verbo *sint* en «*ambo praesentes*»<sup>127</sup>. Por lo que respecta al orden de las proposiciones con cláusula, se aplica la proposición secundaria primero y a continuación la principal: *rem ubi pacunt, orato*<sup>128</sup>, anotando un eco de palabras en Tab. 1, 6-7<sup>129</sup>, ya que en el primero dispone *ubi pacunt*, y el segundo comienza «*ni pacunt*».

La característica de la sintaxis, al tratarse de una legislación, contiene frases independientes y cortadas, con su manifestación concisa y elíptica, siguiendo el modelo griego, especialmente ateniense. Si el modelo sintáctico ordinario es sujeto, complemento y verbo, con alguna oración subordinada, en nuestra regla aparece un sujeto indeterminado<sup>130</sup>, en tercera persona del plural, y referido de manera general a todos los ciudadanos. También encontramos una subordinada temporal<sup>131</sup>, en la cual la prótasis está en presente de indicativo, mientras el apódosis es futuro de imperativo: *rem ubi pacunt, orato*, sin olvidar que en la expresión del tiempo de un hecho, sin matiz consecutivo, el presente con *ubi*<sup>132</sup> expresa una acción pasada que permanece, y no se termina hasta que finalice la acción de la otra proposición, como ocurre con nuestra regla decemviral.

124. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 94.

125. En el mismo sentido que A. ERNOUT – A. MELLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, Paris, C. Kicksieck, 1932, p. 680, s. v. *oro*, en el que advierten los dos significados, religioso y jurídico: «*plaider une cause*», absolutamente, *ars orandi*, o con un complemento, *litem, causam*.

126. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 229.

127. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 230.

128. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 235.

129. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 241.

130. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 194-197.

131. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 224.

132. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 225.

## Análisis de la norma decemviral por la romanística más reciente

Johnson – Norton y Bourne tienen una idea muy precisa de su interpretación de la Tabla I,6 ya que sostienen que tiene lugar antes de iniciarse el proceso<sup>133</sup>, «When the parties agree on the matter the magistrate shall announce it», aunque, en relación con su contenido, aludan más que a un pacto-transacción a una confesión del demandado, reconocida ante el magistrado y proclamada por este, si bien los autores citados hablan de juicio del magistrado, respaldando el acuerdo de las partes<sup>134</sup>:

The view taken in the text is that this statute refers to confession in court (confession in iure), es decir, the defendant's admission of the plaintiff's claim – a simple way to end a lawsuit<sup>135</sup>. Then the magistrate gives judgment accordingly<sup>136</sup>.

But the sentence may mean surrender in court (*in iure cessio*), es decir, the defendant instead of making a counterclaim, when asked by the magistrate whether he claims that which is in dispute, either answers negatively or is silent- an instance of fictitious or collusive litigation, to which Table VI, 6 refers. Then the magistrate awards the disputet thing to the plaintiff.

Para Ortega<sup>137</sup>, el *pacit*, al que aluden las XII Tablas, es una forma del arcaico verbo *pacere*, por lo que *pactum* o *pactio* significaba transacción, y equivalía a conclusión de paz, si bien la transacción era potestativa de las partes.

Levy-Bruhl<sup>138</sup>, al estudiar la Tabla I,6 sostiene que, el día señalado, los litigantes deben encontrarse ante el juez, para aportarle los elementos de su decisión. Según la regla de las XII Tablas, *rem ubi pacunt orato*, es preciso distinguir dos hipótesis: aquella en la cual las partes están de acuerdo sobre el lugar del proceso, y otra diferente, que implica la celebración de un acuerdo sobre la disputa entre ambos litigantes, con el que concluye la disputa. En el primer caso tendrá lugar el juicio, sin importar dónde, porque ya está convenido, pero en ausencia de acuerdo, la audiencia se celebrará en el comicio o en el foro, lugares situados muy cerca el uno del otro, en el centro de la vida social de la ciudad. Se busca evidentemente dar al proceso el máximum de publicidad.

Luzzatto<sup>139</sup>, analizando el desarrollo de la fase *in iure* del proceso de las *Legis Actio-*

133. A. Ch. JOHNSON – P. R. COLEMAN-NORTON – F. C. BOURNE, *Ancient Roman Statutes. A translation with introduction, commentary, glossary, and index*, Austin, University of Texas, 1961, p. 9: Table I. Proceeding Preliminary to Trial. 6.

134. A. Ch. JOHNSON – P. R. COLEMAN-NORTON – F. C. BOURNE, *Ancient Roman Statutes...*, o. c., p. 13, nota 9.

135. La opinión adoptada en el texto es que este estatuto se refiere a la confesión en un tribunal (*confessio in iure*), es decir, la admisión del demandado de la reclamación del demandante, una forma sencilla de poner fin a una demanda.

136. Es decir, estos autores interpretan que, si el demandado no se opone, habrá una *in iure cessio*, si en lugar de hacer una reconvencción, cuando el magistrado pregunta al reo si se opone a la pretensión del actor, y responde negativamente o mantiene silencio, como si fuera una instancia de oposición ficticia, porque entonces el magistrado otorga la causa al demandante. Algunos estudiosos aportan otra traducción del fragmento: <<When the parties agree on preliminaries, each party shall plead (or the case shall be pleaded)>> = Cuando las partes acuerdan los preliminares, cada parte deberá alegar su respectiva posición sobre la materia, o el caso se defenderá.

137. A. ORTEGA CARRILLO de ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga, Universidad, 1988, p. 42.

138. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960, pp. 206-207.

139. G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile romana. Parte II. Le legis actiones*. Dalle lezioni tenute nell'Università di Pádova.

nes, entiende que presentes ambas partes ante el magistrado, estas realizan los actos y pronuncian las fórmulas solemnes prescritas por la ley, que supervisa el magistrado, a fin de que se cumplan sus prescripciones, de modo que esta actividad, del órgano jurisdiccional, se limitaría a un control sobre la legalidad de los actos realizados, evitando que llegaran a la violencia privada. Cabía que el demandado reconociera el fundamento de la pretensión del actor, *confessio in iure*, o que renunciase a su propia defensa, *indefensus*, o no se defendiera *uti oportet*, pero en estos casos concluye con la *addictio magistratual*, «che attribuisce l'oggetto in contesa o la persona del convenuto all'attore», aunque también podía defenderse frente a la pretensión del actor, y entonces se produce el *accipere iudicium*. Durante la primera etapa de actividad de los litigantes<sup>140</sup>, «cabe que las partes lleguen a una transacción (*rem ubi pacunt, orato*), pero si no se produce, el proceso debe tener lugar en el comicio o en el foro, a falta de acuerdo entre las partes», con lo cual interpreta dicho precepto decenviral como el acuerdo de fondo sobre la causa.

Una de las reflexiones sobre el alcance de la norma decenviral, que aglutina el análisis filológico con el contenido romanístico relativo al proceso más antiguo viene formulada por Carlos Gioffredi<sup>141</sup>, quien resume las posiciones doctrinales más próximas<sup>142</sup>, y dedica su atención especial a tres términos del precepto, aunque examina en su exposición tres versículos de la Tabla I, 6-9, aportando su interpretación personal: *pacunt* = encuentro de voluntades, propuesta y aceptación, que crea vínculo entre las partes<sup>143</sup>; *orare* = *agere*, con el significado de exponer, recitar de modo oral, e incluso debatir la causa ante quien debe pronunciarse, para lo que es preciso una reclamación formal<sup>144</sup>; y, *rem* = en general la causa, el caso la razón, pero en este texto legal el objeto de la controversia o causa judicial<sup>145</sup>.

Pone el acento en que la norma legal, a través del *pacere*, trata de evitar al deudor los riesgos que soportaría, en caso de celebrarse el juicio<sup>146</sup>, afrontando el mismo con sus posibles penas procesales. Pero también asumir la ejecución, que puede terminar con la venta *trans Tiberim* o la pena de muerte, aunque desde la posición del acreedor que reclama su crédito también puede ser beneficioso el acuerdo logrado con su deudor, ya que

---

Anno Accademico 1947-48, Bologna, C. Zuffi, 1948, pp. 295-301.

140. G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile romana. Parte II. Le legis actiones...*, o. c., p. 331.

141. C. GIOFFREDI, «*Rem ubi pacunt orato: XII Tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale)*», en *BIDR* 15 (1973) 271-294.

142. Según Gioffredi, algunos estudiosos, como Luzzatto, Levy-Brühl, y dubitativamente Giovanni Pugliese, se refieren a un acuerdo entre las partes ante el juez, que el romanista italiano rechaza como nada plausible, argumentando a lo largo de su trabajo. Otros, como Max Kaser, hablan de acuerdo sobre el lugar elegido para el juicio, interpretación nada asumible a tenor de las fuentes romanas. El análisis más ajustado a la redacción del texto decenviral, y mayoritaria en la doctrina, implicaría que hubo transacción sobre el objeto del litigio, en la que intervienen las dos partes contendientes, pero en virtud del *orare*, se expresa que se ha logrado un acuerdo, que debe ser pronunciado "autoritativamente", que es la opinión defendida por este jurista, aunque desde su punto de vista hay presencia del juez, lo que no compartimos, porque si hubo acuerdo previo, no existe argumento alguno para la presencia del órgano judicial. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato...*, o. c., p. 274.

143. Solo más tardíamente tiene el significado de *conventio*. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato...*, o. c., p. 272.

144. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato...*, o. c., p. 273.

145. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato...*, o. c., p. 289.

146. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato...*, o. c., p. 279

en la venta ulterior a través de la ejecución podría obtener menos utilidad del alcance de la deuda que reclamaba procesalmente.

En su opinión, la *pactio* tenía lugar en la fase *in iure* del proceso, y no previamente a la misma, de modo que el acuerdo alcanzado entre los contendientes sería pronunciado por el magistrado, quien sanciona la conciliación entre las partes, haciendo operante la *pactio*, «definiéndola él mismo o disponiendo su definición a través de un árbitro» (*sic*), circunstancia que no se acredita del tenor literal del fragmento<sup>147</sup>.

El romanista más moderno que ha estudiado con amplitud y rigor el contenido de las XII Tablas ha sido el italiano Nicosia<sup>148</sup>, a través de una monografía específica sobre esta materia, poniendo en discusión todas las hipótesis posibles, tanto lingüísticas como doctrinales, y señalando los fundamentos en los que se sostienen los criterios formulados a nivel de interpretación normativa<sup>149</sup>.

Pone de manifiesto<sup>150</sup> que no se puede hablar de *iurisdictio* magistratual en tiempos de las XII Tablas, tal como hoy la conocemos, con el triple poder y función del *do, dico y addico*, ya que la *addictio* de Tab. 1, 8 se refiere al juez, mientras el *iudicium* tiene lugar ante un juez privado, lo cual es asumido por la generalidad de los estudiosos modernos.

Entiende Nicosia, compartiendo el punto de vista de gran número de investigadores, que las reglas de la Tabla I, preceptos 6-9, constituyen un bloque normativo unitario, comenzando por *Rem ubi pacunt orato*<sup>151</sup>, aunque entendemos que cada precepto tiene su propia sustantividad, si bien fueron formulados para un régimen legal complementario<sup>152</sup>.

Después de asumir que no es precisa ninguna puntuación interna en el precepto, anota que el acusativo de *res* exige precisar de qué verbo depende, puesto que hay dos, *pacunt* y *orato*, valorando ambas posibilidades, como objeto del primero o del segundo, ya que ello condiciona evidentemente la respuesta al significado que puede asignarse al mismo.

En cuanto al *ubi*, adverbio cuyo significado preciso y propio, natural, conforme a su

147. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato...*, o. c., pp. 282 y 292-293.

148. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. I. Le origini. Corso di Diritto romano*, rist., Torino, G. Giappichelli, 1986, pp. 69-77.

149. Comienza por recordar algo que es suficientemente conocido y compartido por todos, según lo cual el término *ius* no puede asumir el significado de "derecho", ni en sentido objetivo, o *norma agendi* o conjunto organizado de normas, equivalente a ordenamiento jurídico, ni en sentido subjetivo o *facultas agendi*, que presupone la existencia y reconocimiento de un sistema normativo estructurado, que reconociendo y tutelando la pretensión subjetiva la eleva a derecho en sentido subjetivo, sino que en su criterio, al final de su evolución, en el origen, aunque no lo compartimos porque es uno de sus diversas acepciones, tendría un significado "locativo", para indicar el lugar donde se desarrollaba el proceso. *Ius* tendría más tarde, en origen, un significado procesal, indicador del rito o esquema a emplear en el juicio, por lo que *in iure* equivalía a conforme al procedimiento establecido, que exigía ritos o esquemas rituales, aunque ya en las XII Tablas comienzan a emerger los valores sustanciales de *ius*, en las reglas *ita ius esto*.

150. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. I. Le origini...*, o. c., pp. 164-181.

151. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale. Corso di Diritto romano*, rist., Torino, G. Giappichelli, 1986, pp. 67-127.

152. Después de citar las fuentes clásicas, en las que se apoya su reconstrucción, matiza que puede ser discutible la puntuación y la división en períodos, así como la repartición en reglas, con su respectiva numeración, e incluso «al limite la stessa attribuzione alla Tavola I». G. NICOSIA, *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 69.

interpretación, es el locativo de «dónde», no obstante, reconoce que podría, abstractamente considerado, asumir otro valor semántico, como temporal o causal, lo cual cambiaría sustancialmente la interpretación de la regla.

Por lo que se refiere al verbo *pacunt*, tercera persona del plural del indicativo de presente, del antiguo verbo *paco* (o *pago*, según Scauro y Prisciano), equivalente al *paciscor*, no admite dudas acerca de su significado: significaba pactar, o llegar a un acuerdo.

Queda por aclarar, en la regla estudiada, quiénes son los sujetos entre los que se produjera el acuerdo, según el precepto, y cuál fuese el objeto del mismo<sup>153</sup>. Por lo que concierne al primer punto, es indudable que se trata de los litigantes, sujetos de *pacunt*, si bien no puede excluirse que en la celebración del acuerdo pudieran además intervenir otras personas, como podría ser el juez. Respecto al segundo punto, parece claro que la solución de la determinación del objeto del acuerdo está estrictamente ligada a la solución del problema sintáctico: dependerá si *rem* debe considerarse, o no, como objeto de *pacunt*.

Finalmente, en cuanto al *orato*, imperativo de *orare*, pueden formularse dos enigmas: en primer lugar, qué actividad se indica con el verbo *orare*; en segundo lugar, si *rem* es objeto de *orato*, a quien se dirige este imperativo singular, que en la práctica sería quién es la persona que deba desarrollar dicha actividad.

Consecuentemente, de las cuatro palabras de que se compone el precepto, solamente una tendría cierto su significado, a pesar de su forma arcaica: *pacunt*. Punto de partida es la hipótesis de que se ha llegado a un acuerdo sobre algo, aunque esa previsión se vincula estrictamente con la disposición inmediatamente posterior, *ni pacunt*, o lo que es lo mismo, si no tuvo lugar el acuerdo. Son dos proposiciones simétricas, que en criterio de Nicosia deben interpretarse conjuntamente, lo cual puede interpretarse de diferente manera, ya que una es la secuencial y otra la derivada.

Nicosia refiere sumariamente y con precisión los dos principales planteamientos que ha seguido la doctrina del último siglo. En una primera interpretación, defendida más recientemente por romanistas tan relevantes como Gioffredi, MacCormack, Behrends o Archi, entre otros<sup>154</sup>, el acuerdo se refiere al objeto de la controversia, de modo que sería un pacto de transacción del litigio, que haría desaparecer la acción procesal intentada.

La segunda interpretación, defendida por prestigiosos estudiosos del proceso romano, como Luzzatto, Lévy-Bruhl, Pugliese, Kaser y Wolf, entre otros<sup>155</sup>, dicho acuerdo se refiere no al fondo del asunto debatido entre las partes, sino al lugar en el que debía desarrollarse el proceso.

Es evidente que la interpretación que se atribuya a *pacunt* en la norma condiciona la que se asigne al *ni pacunt* de la ulterior. En la primera de las dos interpretaciones antes referidas, el *pacere* hace alusión a la composición del litigio, de modo que *ni pacunt* trata de regular el supuesto de que no se llegue a una transacción, en cuyo caso se sigue el proceso, y perentoriamente se fija, como posible, la actividad en el comicio o en el foro, además de señalar el tiempo de su desarrollo (*ante meridiem*) y la actividad que se realiza (*causam coicere*).

153. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 70.

154. G. NICOSIA, *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 72, nota 52.

155. G. NICOSIA, *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 72, nota 53.

Conforme a la segunda interpretación, si se llega a un acuerdo sobre el lugar de desarrollo del proceso, este podría hacerse en el lugar acordado, pero si no hubo acuerdo, tendría lugar en el comicio o en el foro.

Con el primer criterio interpretativo, *rem* es objeto de *pacunt*, y objeto proleético, en opinión de Bherends. Afirma Nicosía, “en la práctica es como si se leyera *ubi rem pacunt*”; la expresión *rem pacere* aludiría a una transacción sobre la pretensión, a un acuerdo que tiene por objeto el fondo de la controversia<sup>156</sup>.

Por último, *orato* identificaría una pronunciación solemne, la cual se realizaría por un magistrado jurisdicente, cuya existencia se da por asegurada. A pesar de esta presuposición en la interpretación que exponemos, es la actividad que resulta de mayor complejidad y trascendente, pero también más enigmática en cuanto al sujeto.

En criterio de Nicosía, aunque esta construcción no parece imposible, sin embargo, es forzada, porque desde su punto de vista resulta más lógico unir *rem* a *orato*, dado que no rompe el nexo entre *ubi* y *pacunt* «che in effetti si presenta come il più sicuro di tutto il contesto.»

El romanista italiano encuentra dificultad interpretativa en el significado de *ubi*, con un contenido temporal, con implicaciones causales, «después que», o «en consecuencia del hecho que», porque, desde su punto de vista, si damos a *ubi* un valor locativo, no se concluye, con fundamento, en la posterior intervención del magistrado, que es el meollo de solución para este planteamiento. Behrends, en criterio singular, cree que *ubi* no indica el lugar establecido por el acuerdo, sino el lugar donde tenía lugar el acuerdo, para llegar a la conclusión de que en cualquier lugar en el que se produjo el acuerdo, incluso extrajudicialmente, debía el acuerdo ser reconocido por el magistrado, por lo que se identificaría *ubi* por *ubicumque*.

Nicosía estima que el *orato* no se refiere a un pronunciamiento, pero aporta la reserva, «si bien no puede excluirse». Como hemos indicado, en su opinión, el punto más difícil de asumir radica en la atribución del mismo a un supuesto magistrado jurisdicente, al que correspondería la actividad indicada con el *orato*, concluyendo que el resto de la construcción doctrinal interpretativa, formulada por este sector doctrinal, «non può considerarsi insostenibile»<sup>157</sup>.

Como apoyo fundamental, que respalda esta hipótesis interpretativa, está el fragmento de Gayo D. 2, 4, 22, 1. Gai 1 ad leg. duod. Tab. «*qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendum est: si quis eius personam defendet (el vindex), de Tab. I,4, et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit*» (Tab. I, 6) (si hubo transacción). Parece incuestionable que este jurisconsulto estaba comentando los preceptos de la primera Tabla, en relación con la *in ius vocatio*, y se puede observar cierto paralelismo en la hipótesis de la *transactio*, concluida *dum in ius venitur*, equivalente al *pacere* de nuestro fragmento decemviral.

156. Respecto al adverbio *ubi*, algunos autores le asignan un significado temporal, aunque Archi, en opinión singular, lo interpreta <<después que>>.

157. La transacción se realizaría antes de llegar al magistrado jurisdicente, aunque ello hace suponer que en las XII Tablas ya existía este magistrado, de modo que la hipótesis prevista es la del pacto sin que interviniera dicho magistrado. Puesto que este no estaba presente en el pacto-transacción, debería suponerse que el *orato* o pronunciamiento solemne debía realizarse o bien por el actor, que Gioffredi rechaza como poco probable, o por el juez, que el citado romanista excluye.

En opinión de Nicosia<sup>158</sup>, a consecuencia del pacto celebrado, entendido como transacción, el actor renunciaba formalmente a proseguir el procedimiento contra el *in ius vocatus*, manifestando la falta de correspondencia con las reglas precedentes, que aluden a la actividad del actor<sup>159</sup>, además de rechazar de plano que se atribuya el pronunciamiento a un supuesto magistrado jurisdicente, sin descartar que el pacto tuviera lugar ante el juez, elegido por las partes y ante el cual se desarrollaría el *iudicium*.

Entiende el romanista italiano, que la norma, *rem ubi pacunt orato*, debería leerse *ubi rem pacunt orato*, de modo que esta primera hipótesis interpretativa podría admitirse con el siguiente significado: dónde (es decir, en el lugar en el que) han llegado (obviamente los litigantes, y eventualmente el *iudex* también) a una composición transactiva de la controversia, venga hecha (por el actor, o bien por el *iudex*) un pronunciamiento (para proclamar formalmente que tuvo lugar esa composición y no prosecución del procedimiento). *Ubi* tendría valor locativo, y consecuentemente la proclamación de la transacción se haría en el lugar donde se produjo, mientras la prosecución del procedimiento habría que realizarla en el comicio o en foro.

El segundo criterio de interpretación<sup>160</sup>, *pacunt-ni pacunt*, identificativo del lugar en el que se desarrolla el proceso, asumido como mejor criterio por parte de Nicosia, *rem* es objeto de *orato*, adquiriendo la norma el siguiente significado: la actividad del *rem orare* tiene lugar donde las partes han acordado según el pacto (*ubi pacunt*). El *ubi* tiene significado locativo y, desde su punto de vista, la frase quedaría mejor sintácticamente, incluso en su aspecto sustantivo, porque no se referiría a la transacción del fondo del asunto, ni al desarrollo del proceso, sino a la falta del mismo.

El proceso tendría lugar donde acordaran las partes, pero, a falta de acuerdo, se desarrollaría en el comicio o en el foro, y eso por imperativo legal. Consecuentemente, el *orato*, cuyo objeto es la *res*, se refiere sustancialmente a la actividad de prosecución del proceso, la cual se celebraba oralmente, mediante el uso de palabras. Para algunos defensores de esta hipótesis interpretativa, la actividad referida por el *rem orato* sería la del *iudex*, dirigida a tratar la causa y resolver la controversia, lo que vendría a realizarse donde lo acordaron las partes, e incluso el mismo juez.

Con este enfoque, el significado más simple y natural de la norma, para el romanista italiano, cuya doctrina referimos, es el siguiente<sup>161</sup>: prescribía al actor, que inició el procedimiento con la *in ius vocatio*, y al que se dirigen los mandatos precedentes, contenidos en la Tabla I, de «*agire*», para hacer valer su pretensión, llevando adelante la controversia -(*rem orare* en el sentido de *rem agere*, que no de *rem dicere*)-, en el lugar establecido en el acuerdo con su adversario; faltando el acuerdo entre los litigantes, la disposición posterior, estrictamente conexas con ella, imponía al actor desarrollar la actividad en el comicio o en el foro.

El término *orato*<sup>162</sup> puede ser referido como alusivo a una actividad realizada por un órgano jurisdicente, e indicio de su presencia ya en las XII Tablas, lo cual no está respal-

158. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 77.

159. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 78.

160. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 79 y ss.

161. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 81 y ss.

162. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale...*, o. c., p. 86.

dado por el resto de las fuentes normativas que conocemos, ni tiene apoyo en la crítica histórica. No obstante, en la primera interpretación propuesta, el acuerdo, entendido como transacción sobre el fondo del asunto controvertido, aludiría a un pronunciamiento atribuible, con mayor probabilidad, al actor, y eventualmente al *iudex*.

La segunda forma de entender el fragmento, como acuerdo relativo al lugar de la controversia, *orato* no puede referirse al actor, al que se imponía la carga del impulso procesal, es decir, llevar adelante la controversia, *-rem orare* en el sentido de *rem agere-*, en el lugar acordado, si hubo tal acuerdo, *rem ubi pacunt orato* y, a falta de acuerdo, el lugar fijado legislativamente, *in comitio aut in foro*, que es una proposición autónoma, cuyo verbo sobreentendido sería *orato*. La *causae coniectio*<sup>163</sup> era realizada por los litigantes y tenía lugar ante el *iudex*, antes de pasar a la *peroratio*, consistiendo en una exposición breve y sumaria, como una primera información de la controversia al juez.

La *in ius vocatio* decenviral<sup>164</sup>, según la doctrina dominante, aparece como una fase precedente, que está fuera del verdadero y propio inicio del proceso, y es considerada como una actividad extrajudicial<sup>165</sup>. La intervención del magistrado jurisdicente es fruto de un desarrollo histórico, y la precedente actividad, ajena al control magistratual, quedó como preparatoria. En las XII Tablas no hay todavía la escisión del proceso en *fase in iure* y *apud iudicem*, y el *in ius vocare* significaba llamar a la disputa judicial, con la eventual facultad al particular de constreñir al adversario, (incluso con el uso “formalizado” de la fuerza física), para que asumiera la disputa, de modo que esta actividad formalizada era indicativa del inicio del proceso; con ella se entraba *in ius*, mediante la actividad de los litigantes.

Coherente con este planteamiento, la norma decenviral previene que en prosecución de una formal instauración del procedimiento (*in ius vocatio*), la actividad debe continuar, si no en un lugar fijo, más tarde será el tribunal del pretor, en un lugar público, y en particular, salvo diverso acuerdo de las partes, si se admite esta interpretación del *ubi pacunt* de la Tab. I, 6, en un ámbito delimitado (*in comitio aut in foro*), que se correspondía con la zona del territorio urbano en la que se aseguraba la mayor participación de ciudadanos, y consecuentemente el control de la comunidad.

No obstante, creemos que se trata de una interpretación menos fundada que la primera, ya que el término *res* significa normalmente la controversia, y es complemento directo de *pacunt*, de modo que el *ubi*, asumiendo un posible valor temporal, con implicación causal, significa el acuerdo que pone fin a la disputa, de donde deriva que no pueda seguirse más tarde una acción sobre ese asunto, quedando la duda respecto de quien haría la proclamación del acuerdo-transacción: el actor o el *iudex*, que debería intervenir

163. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decenvirale...*, o. c., pp. 87 y ss.

164. G. NICOSIA, *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decenvirale...*, o. c., pp. 242-243.

165. En la Edad Moderna, al tratar del juicio, es de interés la doctrina de J. B. COSTA, *De iudiciis theorico praxis, hoc est, tractatus compendiosus*, Venetiis, apud Kac. A. Somaschum, 1610, p. 24: <<Iudicium dicitur iustum ex animo, ex causa et ex ordine, cum iudicium dicatur habere principium, medium et finem. Illud a litis contestatione: medium usque ad conclusionem in causa; finis post conclusionem in causa usque ad sententiam>>. *Ibid.*, p. 25: <<ratione formae, aliud sit iudicium ordinarium, aliud extraordinarium, quando proceditur sine figura iudicii. A fine et effectu, dividitur iudicium in publicum et privatum. A materia, aliud sit civile, aliud criminale, aliud mixtum. Aliud universale, tutela, curatela, herencia, etc. aliud particulare. A causa, aliud sit seculare, aliud ecclesiasticum. Aliud ordinarium, aliud delegatum>>.

a falta de acuerdo, con examen del fondo de la pretensión, entendiéndolo, desde nuestro punto de vista, que este último sería el encargado de anunciarlo, máxime si ha estado presente durante ese pacto, que es el significado más probable del precepto.

## Vigencia del precepto decenviral en la LECiv hispana del año 2000

Este fragmento de las XII Tablas enuncia un principio procesal, según el cual las partes son dueñas de la pretensión y pueden eludir el fallo judicial mediante un acuerdo-transacción, que debe pronunciarse por el órgano jurisdiccional, está respaldado legislativamente en nuestro Derecho histórico, y actualmente se plasma, por ejemplo, en el art. 19 de la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000<sup>166</sup>, en la rúbrica genérica que se intitula «Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones», en la que se incluyen la transacción, el desistimiento, la renuncia y el allanamiento, junto a otros supuestos, que dan lugar a la finalización del conflicto, mediante auto o sentencia, pero sin que se hayan realizado las diversas fases del normal desarrollo del procedimiento:

1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. 3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de sentencia.

Recuerda Faustino Cordón<sup>167</sup>, que se trata del principio dispositivo que ha estado vigente, con carácter general, en nuestro ordenamiento, y hoy tiene fundamento constitucional, tal como reconocen diferentes STS, como la del 17 abril de 2001: «nuestro derecho... se encuentra gobernado por el principio dispositivo de las partes sobre el objeto del proceso, en el sentido de que son dueñas del derecho material que se discute en el mismo, quedando los órganos jurisdiccionales vinculados a sus pretensiones.»<sup>168</sup>

166. Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento civil.

167. F. CORDÓN MORENO – T. ARMENTA – J. J. MUERZA ESPARZA. – I. TAPIA FERNÁNDEZ, coord., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., vol. I, arts. 1-516, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 338 y ss.

168. Cf. A. M. LORCA NAVARRETE, en V. GUILARTE GUTIÉRREZ – A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, t. I, pp. 223-230; J. A. XIOL RÍOS, coord., *Enjuiciamiento civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Las Rozas, Sepin, 2008, pp. 232-236; J. BANACLOCHE PALAO, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, coord. por A. de la Oliva Santos y otros, Madrid, Civitas, 2001, pp. 116-118: comentarios del art. 19 de la LECiv; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cinco años de vigencia*, 2ª ed..

Los litigantes disponen de la pretensión, aunque como indica la ley no es posible dicha transacción en los procesos relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, dejando abierto el camino de la transacción en aquellos procesos relativos a derechos e intereses pertenecientes a la libre disposición de las partes en conflicto<sup>169</sup>.

La transacción<sup>170</sup>, regulada en el art. 1809 del CC<sup>171</sup>, puede ser extrajudicial «que es la que se realiza fuera del proceso e influye en éste, bien evitando que se plantee, bien sirviendo de base a un desistimiento, renuncia o allanamiento que pone fin al mismo», y la judicial, que aparece en el 19.2 de la LECiv., realizada dentro del proceso y homologada judicialmente, que pone fin al mismo. Ambas están sometidas a los mismos requisitos.

La transacción tiene efecto novatorio, tanto la judicial como la extrajudicial, y sustituye una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida. La transacción judicial puede alcanzarse dentro del proceso, como una de las actividades del mismo (art. 415), o ser concertada por las partes y presentada ante el Juez, que esté conociendo del litigio, para que sea reconocida y homologada por el mismo (19.2). Su consecuencia inmediata consiste en la terminación del proceso, y según el CC tiene la eficacia de cosa juzgada, efecto que, según el art. 1816 CC, comparte con la extrajudicial, sin perjuicio del oportuno recurso<sup>172</sup>.

## Consideraciones finales

Concluimos con las palabras de Pérez y López, al clasificar en 1862<sup>173</sup> las leyes de las XII Tablas en tres clases. Situa nuestra regla entre aquellas que «son verdaderos principios de Derecho admitidos hoy en todos los códigos, y sirven para admirar el

---

en AA. VV., Comentarios concordados a cada artículo de la LEC, Las Rozas, La Ley, 2006, pp. 79-81.

169. Vid. J. GARBERÍ LLOBREGAT – J. M. TORRES FERNÁNDEZ – L. CASERO LINARES, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 2ª ed. ampl. rev. y compl. Actualizada a la legislación vigente, t. 1. Arts. 1 a 247 LEC, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 238-250.

170. F. CORDÓN MORENO, y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, o. c., pp. 342-345.

171. Art. 1809 del Cc: «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Una sentencia del TS de 6/11/1993, entiende que hay transacción en un acuerdo, a pesar de que las prestaciones reales corrian a cargo de una sola de las partes en conflicto «ya que el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones».

172. Este criterio no es unánime en la doctrina, como vemos en M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS – J. M. RIFÁ SOLER – J. F. VALLS GOMBAU, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1 al 280, Barcelona, Iurgium, 2000, pp. 260-265: «aunque está muy extendida la creencia de que la transacción produce efectos de cosa juzgada, conforme al art. 1816 CC, se trata de una creencia sin fundamento, pues esa referencia, que no se limita a la transacción judicial, sino también a la extrajudicial, no puede ser entendida en ese sentido. Por lo general se entiende que el legislador no ha querido hacer referencia con esa expresión propiamente a los efectos de cosa juzgada, sino que una forma de hacer referencia a la eficacia vinculante del acuerdo transaccional, lo que no excluye la posibilidad de que el mismo pueda ser atacado en un ulterior proceso por vicios en el consentimiento. El efecto esencial de la transacción judicial es que lo acordado puede llevarse a efecto por los trámites de la ejecución de la sentencia».

173. J. PÉREZ y LÓPEZ, o. c., p. 40.

adelantamiento de un pueblo que ya entonces los había consignado como tales.»

Merced a estas reglas se produjo el progresivo desarrollo del Derecho civil romano, porque, en criterio del entonces doctorando madrileño<sup>174</sup>, se trata de «verdaderos aforismos jurídicos, fórmulas breves, precisas y sentenciosas, que se graban en la memoria y se retienen con facilidad, se generaliza su conocimiento, porque el ciudadano las repite a cada momento, en la plaza pública y en el seno de la familia, en cuyo seno las matronas las hacen aprender a sus hijos», aunque, como afirma Cicerón, en su tiempo ya nadie las conocía. No obstante, no existe caso de olvido para nuestro precepto decemviral, por su plena vigencia incluso en el derecho procesal actual.

En el siglo XVI, el eminente humanista hispano Antonio Agustín, al comentar el Derecho canónico<sup>175</sup>, insistía en algunos axiomas básicos para actuar en los supuestos de controversia, incluso en el ámbito eclesiástico, recordando el deber prioritario de impulsar la composición o acuerdo entre las partes que tienen una disputa, sin cuya transacción podría terminar en un contencioso, puesto que en el capítulo V, afirma: «*studendum est episcopis, ut dissidentes fratres magis ad pacem, quam ad iudicium coërceantur*», y en el noveno: «*studendum est Episcopis, ut dissidentes fratres, sive clericos, sive laicos ad pacem magis quam ad iudicium cohortentur*»<sup>176</sup>, siempre en aras de que se aplique indefectiblemente el valor de la justicia, incluso si el juez viera que debe retractarse de un fallo precedente, por injusto<sup>177</sup>.

Algunas normas de las XII Tablas castigaban, entre los delitos, al que se dejaba corromper recibiendo dádivas, o dándolas al juez o al testigo<sup>178</sup>, además de la pena capital

174 J. PÉREZ y LÓPEZ, o. c., pp. 54-55.

175 A. AGUSTÍN, *Iuris pontificii veteris Epitome, in tres partes divisa. De personis, de rebus et de iudiciis*, Parisiis, sumpt. M. Soly, M. Guillemot et G. Alliot, 1641. *Pars tertia, De iudiciis, liber XXIX, de actionibus*, tit. I, *laus iustitiae*. p. 1: cap. I: «*Turpe est me hoc defendere, quod prius mihi non constiterit iustum esse: quia ego homines propter iustitiam diligo, non autem iustitiam propter homines postpono*». Cap. IV. Prov. 13, Salmo 105: «*Scriptum est: Iustitia elevat gentem, iniustitia vero miseris facit populos, et Psalmista: Beati qui custodiunt iudicium, et faciunt iustitiam in omni tempore*». Ibid., p. 2: título II, cap. 1: «*Praecipimus, ut Episcopi ad pacem firmiter tenendam mutuam sibi consilium et auxilium praebeant; neque alicuius amicitia, aut odio praetermittant*».

176 Otros principios aplicables serían, según AGUSTÍN, Antonio, *Iuris pontificii veteris Epitome...*, o. c., p. 9, cap. 14: «*maius periculum est iudicantis, quam eius, qui iudicatur. Unde unicuique providendum est, ne aliquem iniuste iudicet, aut puniat*». Título 18, cap. II, p. 14: «*Nullae causae a iudicibus ecclesiasticis audiantur, quae legibus non continentur, vel quae prohibita esse noscuntur*».

177 A. AGUSTÍN, *Iuris pontificii veteris Epitome...*, o. c., p. 14, cap. VI: «*Grave non oportuit videri cuiuscumque retractari iudicium: quia veritas exagitata saepius, magis splendescit in luce; et pernicies revocata in iudicium gravius, et sine poenitentia condemnatur; nam fructus divinus est, iustitiam saepius recensere*».

178 Entiende Mommsen que entre los delitos procesales, castigados en Roma, estaba no solamente pronunciar un fallo injusto, a sabiendas, sino “proponer al juez que aceptase dádivas o aceptarlas este para dar o no dar un determinado fallo”, así como corromper a un testigo mediante dádivas o aceptarlas éste para resolverse a prestar una declaración falsa. T. MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1976, p. 422. Falchi, al tratar de las falsedades judiciales, expresa los «tipos» que engloba este delito, entre los que están los de recibir dinero para dar un falso testimonio, o corromper al juez, conforme a D. 12, 5, 2, 2; D. 48, 10, 1, 2 y 48, 10, 21. G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (I singoli reati)*, Padova, R. Zannoni, 1932, pp. 170-171.

impuesta al testigo falso<sup>179</sup>.

Juan de Orozco<sup>180</sup>, en la centuria del siglo de Oro hispano-salmantino, dentro de los teólogos-juristas, recuerda una experiencia personal ocurrida, en las aulas universitarias del entonces Estudio más prestigioso del mundo, durante las votaciones de los alumnos, que debían testificar ante el juez escolástico en aras de la provisión de las cátedras, ya que su adscripción debía hacerse por méritos y cualidades personales, que reunieran los aspirantes, que no por precio y actuación corrupta de los interesados, de modo que los que procedían de este último modo, dando o recibiendo dádivas, debían tener miedo no solo a la pena de la gehenna, sino a la de la infamia, como estímulo para que mantuvieran puras sus manos, a la hora de emitir su voto:

*Mihi haec memoria dignissima certe visa sunt, ut ij saltim admoneantur, qui non virtute meritisve, sed pretio et corruptis favitoribus, in nostris scholis ambiunt. Nam et testes esse scholasticos, dum suffragia ferunt, plusquam notum est. Caveat igitur quisquis is est, quam gehennae metus non terret, et poenae infamiaeque saltim suprascriptae metu aut a dando, aut ab accipiendo manus absteineat, quae in his vel maximae purae servandae sunt.*

Málaga, 20 de noviembre de 2021.

---

179 Conforme a la Tab. 8, 23, *qui falsum testimonium dixisse*, sería condenado a la pena de muerte, ejecutada arrojando al delincuente desde la roca Tarpeya, tal como recoge AULO GELIO, *Noctes atticae* 20, 1, 53. T. MOMMSEN, *Derecho penal romano...*, o. c., p. 419, 571-572 y 578. Como indica Ortega, esta pena había desaparecido en tiempos de Aulo Gelio, al comenzar el Principado. A. ORTEGA CARRILLO de ALBORNOZ, *De los delitos y de las sanciones en la Ley de las XII Tablas...*, o. c., p. 77. Recordaba Mommsen, que a finales de la República, prestar un testimonio falso de mala fe, era castigado con las penas previstas en la Ley Cornelia *de falsis*.

180. Io. OROSCIUS, *Ad responsa prudentum...*, o. c., col. 79, sobre el falso testigo.