

1-293343

Tuch-Dee
R252aj
1989
C.1

UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE DERECHO

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN EL
PROCEDIMIENTO FORMULARIO

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR
AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE CHILE



35601006835668

PROFESORA : SRA. ANGELA CATTAN A.

POSTULANTES : OSCAR ARNOLDO RETAMAL DE REQUESENS
EDUARDO ANTONIO SALOMON LILLO

TUCH.DER.
R252aj
1989
C.1

24511



I N D I C E

Página

CAPITULO I.

PRESENTACION DEL TRABAJO	1
a) Capacidad para ser Juez	1
b) Officium Iudicum, Función Judicial	7
c) El Concilio Organo Asesor	8
d) Forma de elección del Organo Judicial .	10

CAPITULO II

FUENTES LEGALES QUE CONSAGRAN LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ.	14
a) Preámbulo	14
b) De la responsabilidad del Juez al asumir su cargo	15
c) Situaciones que pueden afectar al Juez por prolongar indebidamente el proceso	20
d) Limitaciones al oficio judicial	24
e) El Oficio del Juez frente a una sentencia nula	33
f) Efectos que produce no ver claro el asunto	39
g) Efectos jurídicos que produce un mal desempeño del Juez	45
h) Situaciones que se producen al hacer suya la litis por el Juez	49

	<u>Página</u>
i) Prevaricación cometida por el Juez	55

CAPITULO III

SITUACION ACTUAL DE LA DOCTRINA	64
a) Estudios doctrinales	64
1. Teodoro Mommsen	64
2. Doctrina extraída del "Anuario de Derecho Español" por Ignacio Crema- des y Javier Patricio León	70

CAPITULO IV.

CONCLUSIONES	74
--------------------	----

* * *

C A P I T U L O . I

PRESENTACION DEL TRABAJO

ASPECTOS GENERALES

a) Capacidad para ser Juez.

El Juez Privado Romano o Juez Unico (IUDEX UNUM), era un ciudadano romano más, lego generalmente en derecho, el cual se designaba por acuerdo de las partes o bien por el Magistrado, actuando este último en subsidio de la voluntad de las partes.

De los requisitos en cuanto a la capacidad que debía reunir este ciudadano para desempeñar el cargo de IUDEX UNUM.

El Digesto, en el Libro V, Título I sobre los Jueces; ante quien se debe demandar o ser demandado" (1) contiene disposiciones que permiten establecer los requisitos exigidos por la ley acerca de la capacidad de este Juez.

En primer término el Digesto determina en forma negativa una norma que a nuestro juicio reviste el grado de mayor generalidad sobre la capacidad de ser nombrado juez, así expresa este párrafo

(1) D 5,1

del Digesto (?).

"Más no todos los individuos pueden ser nombrados jueces por aquellos que tienen poder para nombrar juez, pues algunos están impedidos de ser jueces por la Ley, otros por la naturaleza y otros por las costumbres: Por la naturaleza el sordomudo; también el loco incurable y el impúber, ya que carecen de juicios; por la Ley: El que fué expulsado del Senado; por las costumbres: las mujeres y los esclavos; y no por carecer de juicios, sino porque está admitido que no pueden desempeñar funciones civiles. Es indiferente que quienes pueden ser jueces estén sometidos a la patria potestad o no".

(Paulo 17 ed.)

" Non autem omnes iudicis dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent; quidam enim lege impediuntur, ne iudicis sint; quidam natura; quidam moribus natura; ut surdus mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui Senatu motus est. Moribus feminae, et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

(Paulo 17 ed.)

(2) D. 5,1,12,2.

Como puede apreciarse esta disposición de termina un trío de prohibiciones fundamentales para de desempeñar el cargo de Juez, e indirectamente para pasar a formar el ALBUM IUDICUM (3). Podemos acotar como da to de relativo interés, que la prohibición para tan honroso cargo derivado de la ley, ésto es: haber sido expulsado del senado demuestra la configuración eminentemente político que tuvo el ingreso al Album y por consiguiente el desempeño del Oficio Judicial.

Del mismo modo, el Digesto 5, 1, 12, 2; señala que por la naturaleza los sordomudos no podrían desempeñar el cargo de jueces, ahora bien; los ciegos podrían, así se desprende del Digesto (4).

"Un ciego puede desempeñar el Cargo de Juez"	"Caecus Iudicandi Offi- cio fungitur"
---	--

Sin duda, la norma precedente, a medida que transcurrió el tiempo, fué perdiendo eficacia debido al avance de la prueba documental (Scripta o tabulae), la cual, como es lógico requiere de un contacto directo con el Juez para su apreciación.

(3) Sobre la evolución histórica de la composición de este album, ver Alamiro de Avila Martel, "Derecho Romano, Organización Judicial y Procedimiento Civil, página 45. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1957.

(4) D 5, 1, 6.

Del mismo modo, el Digesto prohíbe ser Juez por la propia naturaleza al impúber, pero no prohíbe de modo alguno al hijo de familia varón, menor de 25 años; así el Digesto prescribe: (5)

"Si un Juez, hijo de familia prevárica al dictar sentencia queda obligado en su peculio a tanto equivalga la cuantía de la sentencia dictada".

(Ulpiano 21 ed.)

"Filius familias iudex si litem suam faciat in tautam quantitaten tenetur, quae tunc in peculio fuit fuum sententiam dicebat".

(Ulpiano 21 ed.)

Reafirmando lo anterior, el Digesto prescribe: (6)

"En los juicios privados, el padre puede tener por Juez al hijo, o el hijo al padre "

(Africano 3 quaest).

"In privatis negatiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest"

(Africano 3 quaest).

Con relación al loco, el Digesto prohíbe a éste desempeñar el cargo de Juez, cuando su enfermedad mental ha adquirido el carácter de incurable; con relación a este punto, existen normas en dicho cuerpo jurídico que adquieren caracteres relevantes, como es

(5) D 5, 1, 15

(6) D 5, 1, 77.

el caso siguiente: (7)

"Cuando se nombra juez a uno que está loco, no dejará de haber juicio porque de momento no pueda dictar sentencia, sino que la sentencia que hubiere pronunciado una vez recobrada la razón será válida, pues no es necesario que esté presente al ejecutarse su nombramiento, ni siquiera que sepan que lo nombran."

(Papiniano 3 Quaest.)

"Quum furiosus iudex additur, non ideo minus iudicium erit quod hodie non potest iudicare, ut scilicet sua mentis effectus quod sententia dixerit, ratum sit; neque enim in addicendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est".

(Papiniano 3 Quaest.)

También relacionado con este tema, nos encontramos con la siguiente norma(8).

"El juez nombrado continuamente encargado de su misión aunque se hubiera vuelto loco, ya que inicialmente fué nombrado rectamente".

"Iudex datus in eodem officio permanent, licet furere coeperit, quia recab intio iudex addictus est; sed iudicandi necessitatem morbus senticus remittit;

(7) D 5,1,39

(8) D 5,1,46

(Paulo. 2 quaest)

ergo mutari debet."

(Paulo 2. quaest).

Con relación a las prácticas consuetudinarias, ni los esclavos ni las mujeres podían desempeñar el cargo de Jueces, así el Digesto se auto ratifica al señalar con respecto del origen jurídico de la esclavitud que ésta proviene de las prácticas del derecho de gentes. (9).

Finalmente, existe en el Digesto una norma que por su carácter de generalidad y anecdótica es menester relacionar con el impedimento femenino para realizar el cargo de Juez. Así dice ésta: (10).

"En muchos extremos de nuestro derecho es peor la condición de las hembras que la de los varones".
(Papiniano. 31 quaest).

"In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum".
(Papiniano XXXIi quaest):

(9) D 1, 5, 3

D 1, 5, 4

D 1, 5, 5

(10) D 1, 5, 9

b) Officium Iudicum, Función Judicial.

El juez privado romano tenía por labor el conocimiento de la etapa APUD IUDICEM, también llamada IN IUDICIO, dejando al magistrado la ordenación misma del derecho aplicable, por consiguiente, la función primaria del juez consiste en ponderar las pruebas presentadas por las partes, pruebas que le permitirán dictar sentencia, poniendo fin al litigio y, al mismo tiempo cumplir con su obligación de IUDICARE.

La sentencia dictada por el juez va a reflejar la verdad judicial, constitutiva esta última de la base de la Cosa Juzgada.

Es preciso recordar lo expresado por Scialoja, quien prescribe que incluso la propia ley debe reglamentar en el menor grado la forma de ejercer el oficio judicial, con objeto de no embazar al juez en el cumplimiento de su obligación de IUDICARE. (11)

Por tanto, las facultades propias del oficio del juez privado son las de ponderar las pruebas y dictar sentencia relativa al asunto contro

(11) Scialoja, Vittorio, "Procedimiento Civil Romano; página 241 y siguientes.

vertido, éstas sin perjuicio de una serie de facultades secundarias que también le corresponderían, por ejemplo:

- La de abstenirse de fallar, jurando no ver claro el asunto (REM SIBI NON LIQUERE).
- La de excusarse de proseguir en el desempeño de su cargo por justa causa sobreviniente.
- Dirigir y presenciar los debates (en la etapa Apud Indicem).
- Delimitar el tiempo de la defensa retórica de los abogados (Peroratio).
- Formular órdenes verbales a las partes o a sus abogados, llamadas INTERLOCUCIONES.
- Concurrir ante el propio magistrado que lo había nombrado, con objeto de inquirirle acerca de un punto de derecho, estricto, sobre el cual el juez privado, lego en estas materias tuviere dudas.

c) El Concilio Organo Asesor.

Consecuente con el carácter de persona lego que generalmente poseía el juez, en materias jurídicas, fue necesario, por la misma práctica de su oficio, ir dando forma a un grupo de asesores privados del juez, los que se reunían con éste con objeto

de orientarlo, en cuanto a derecho y también en proponer los puntos de vista de estos sujetos respecto del caso mismo.

El IUDEX no estaba obligado a acatar la opinión del Concilio, pues éste podía fallar en forma absolutamente distinta de la opinión de este órgano.

Ahora bien, quienes formaban este concilio, cómo se elegían y qué atributos tenían estas personas? Estas interrogantes son aclaradas por un trozo de la obra "Noches Aticas" de Aulo Gelio. (12)

Gelio señala, aproximadamente que el joven elegido para dirimir una causa sobre cobro de dinero, dudoso y ensimismado por lo difícil del asunto, convoca a un grupo de amigos, todos experimentados hombres de leyes, expertos en alegar en el Foro, quienes le aconsejaron al juez fallar de cierto modo en atención a las pruebas presentadas. Aparte de señalar Aulo Gelio la forma de generarse el concilio, los miembros y sus atributos, confirma la función de este órgano, constituida por un mero asesor del IUDEX, pues el atolondrado Juez de este trozo, falla en contra de lo señalado por sus amigos, personas que opinaban que el "Parere" del IUDEX estaba confi-

(12) Aulo Gelio "Noches Aticas" libro XIV.

gurado no con el verdadero sentido de justicia sino que con el mérito arrojado por las probanzas rendidas en el litigio.

d) Forma de Elección del Organo Judicial.

Básicamente la elección del Juez Privado correspondía a las partes litigantes, así lo establece el Digesto (13).

"Si las partes se someten a una jurisdicción mediante convenio, tiene jurisdicción sobre ellos cualquier Juez que presida un tribunal o que tenga otra jurisdicción".
(Paulo 2 ed.)

"Si se subliçant aliqui iurisdictioni, et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, ver aliam iurisdictionem habet, est iurisdictionis".
(Paulo 2 ed.)

Reafirmando la autonomía de la voluntad de los litigantes para la designación del Juez privado, está la siguiente nota del Digesto que pasamos a transcribir (14).

"Más se entiende que se han puesto de acuerdo si saben que no están

"Consensisse autem videntur, qui sciunt se non esse subiectos iurisdictionis"

(13) D. 5, 1, 1.

(14) D. 5, 1, 2.

sujetos a la jurisdicción de aquel Juez y lo aceptan, mientras que si están en la creencia de que tiene Jurisdicción sobre ellos y por eso se someten a él carecerá de Jurisdicción, pues como también escribe Juliano, el error de las litigantes no implica acuerdo. Si juzgaron que el Pretor era uno en vez de otro tampoco este error confiere jurisdicción y así sabiéndose resistido alguno de los litigantes fuese compelido con fuerzas de la pretura no hay jurisdicción sobre ellos".

(Ulpiano 4 ed.)

tionieius et in eum consentiant. Ceterum si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictionis; error enim litigatorum, ut Iulianus scribit, non habet consensum, aut si putaverunt alium esse Praetorem pro alio, aequo error non dedit iurisdictionem. aut si, quum restitisset quis et litigatoribus, vis et litigatoribus, vis praeturae compulsus est, nulla iurisdictionis est."

(Ulpiano 4 ed.)

Ahora bien ¿basta acaso conque exista acuerdo entre las partes, o se requiere también el consentimiento del mismo pretor para la designación del Juez Privado? La Lex IULIA sobre los juicios, al tratar específicamente sobre la designación del Juez prescribe "que no se convenga entre los particula -

res", luego, el propio Digesto al comentar esta disposición de la IULIA sobre los juicios reafirma que el mero convenio de los particulares es suficiente.

Si no existe acuerdo entre los litigantes, procede que el pretor designe al Juez, elegido de un Album Iudicum, del cual ya nos referimos al hablar sobre la capacidad del Juez.

El Digesto determina una serie de normas relativas al nombramiento del Juez por el Pretor, entre estas normas tenemos: (15)

"Cuando el Pretor prohíbe a uno, entre varios, que Juzgue se entiende que encomienda esta función a los demás"
(Paulo 17 ed.

"Quum Praetor unum ex pluribus iudicare vetat, ceteris id committere videtur"
(Paulo 17 ed.)

Otra disposición, atinente al caso es ésta: (16)

"Dice Juliano que, si uno de los litigantes hubiere nombrado heredero suyo al juez, en

"Iulianus ait: si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem, vel ex parte fecerit, alius

(15) D. 5, 1, 12.

(16) D. 5, 1, 17.

todo o en parte, necesari
amente se ha de nom -
brar otro juez, porque
es injusto que uno se
convierta en juez de
asunto propio".
(Ulpiano 22 ed.)

Iudex necessario sumen-
dus est, quia iniquum
est, aliquem suae rei
iudicem fieri".
(Ulpiano 22 ed.)

Es preciso acotar que si bien pueden li-
bremente las partes, de mutuo acuerdo, designar al
juez, el magistrado interviene en esta designación a
través del refrendo del mismo, emitiendo una resolu-
ción llamada iudicare iubere, en la que se plasma el
mandato de juzgar dado por el magistrado al Juez y
que está contenido en la fórmula, pasando a encabezar
la. Sobre la estructura de la fórmula recomendamos
ver a Ursicino Alvarez en su obra "Curso de Derecho
Romano". (17).

(17) Alvarez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Roma-
no", Madrid 1955, Editorial "Revista de Derecho
Privado". Supra 109 del Contenido y estructura
de la fórmula.

C A P I T U L O I I

FUENTES LEGALES QUE CONSAGRAN LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

a) Preámbulo.

Con objeto de entrar a tratar una serie de disposiciones legales que consagran la responsabilidad del Juez privado antes de asumir su oficio, durante este, y una vez expedido su parecer sobre el asunto es necesario a nuestro juicio ilustrar la imagen del juez por medio de un capítulo de las "Noches Aticas" de Aulo Gelio, titulado: "De la exacta pintura que hace Crispo de la Justicia". (18)

"Hermosa es la fe mia y noble el pasaje del libro primero sobre lo bello y agradable en que Crispo pinta la boca, los ojos y la figura de la Justicia, al hacer su retrato dice que los pintores y retóricos antiguos la presentan de este modo; Estatura y facciones de jóven, aspecto terrible y energético, mirada viva, triste, noble y digna, sin humillación ni orgullo. El sentido de esta alegoría es que el Juez, pontífice de esta divinidad debe ser grave, in-

(18) Aulo Gelio "Noches Aticas", Capítulos jurídicos, páginas 174 - 175. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 1959.

tachable, severo, incorruptible, inaccesible a la adulación, inexorable con los malvados y los criminales, firme, enérgico, con la frente alta y llevando en ella la majestad terrible de la justicia y la verdad. He aquí las propias palabras de Crispo: "Dícese que es virgen símbolo de pureza; dícese que nunca cede a los malvados; que no escucha ni dulces palabras ni ruegos, ni súplicas ni adulaciones, ni nada semejante. Por consecuencia de esto, la pintan triste, con la frente tendida y contraída, y mirando de soslayo, con objeto de inspirar terror a los malvados y con confianza a los buenos, a éstos muestra semblante amigo y a aquellos contrario semblante".

El párrafo precedente revestido de gran riqueza literaria, representa en forma muy armoniosa el ideal de la imagen del Juez, transformada en una alegoría de la Justicia, que en definitiva pretende definir el anhelo del pueblo romano acerca del verdadero y noble oficio a desempeñar por el Juez.

b) De la Responsabilidad del Juez al asumir su cargo.

El Juez, un ciudadano romano más, está obligado a desempeñar su cargo, una vez que ha sido elegido por las partes y nombrado por el Pretor, por consiguiente, el juez no es libre de manifestar su voluntad en un sentido diferente.

Sin embargo, el Digesto contempla posibilidades de excusa para el Juez, con un carácter esencialmente humanitario y para situaciones graves. (19).

"El Pretor anuncia en su edicto que excusará de la carga de ser jueces a los que él entienda que no puedan aplicarse a ello, sea porque no puede alguien dedicarse a ello nunca o porque está afectado a una enfermedad por la que ciertamente no puede desempeñar funciones civiles, o porque padece alguna otra enfermedad que le impide atender sus propios asuntos, o porque tiene un cargo sacerdotal del que no puede apartarse en conciencia, pues también éstos quedan excusados a perpetuidad".
(Ulpiano. 23 ed.)

"Praeter eos, quascun-
que intelligit operam
dare non posse ad iudi-
candum pollicetur se
excusaturum; forte
quod in perpetuum quis
operam dare non potest,
quod in eam valetudinem
incidit, ut certum sit,
eum civilia officia su-
bire non posse, aut si
alio morbo laboret, ut
suis rebus superesse
non possit, vel si quid
sacerdotium nacti sint
ut discedere ab eo sine
religione non possint;
nam et hi in perpetuum
excusantur".

(Ulpiano. 23 ed.)

(19) D. 50, 5, 13.

La obligación de desempeñar el cargo de juez constituye para el ciudadano romano un cargo público, así lo señala el Digesto 50,5,13,2.

Por consiguiente, si el juez carece de una real y efectiva causal de excusa, de pleno derecho puede ser constreñido para desempeñar su cargo por el magistrado.

Las excusas contempladas en el Digesto 50,5,13; interpretadas en forma rígida, determinan que se tratan de excusas perpetuas para el desempeño del cargo de juez, reafirma esta interpretación en la parte final de este segmento del Digesto, al precisar que las personas que desempeñan un cargo sacerdotal, también quedan excusadas a perpetuidad; la expresión "tambien" corrobora que esta última excusa, como las precedentes son de carácter perpetuo.

Por el contrario, existen situaciones en que el ciudadano no queda excusado a perpetuidad como en los casos del Digesto 50,5,13; sino que se le permite por un determinado lapso no desempeñar el cargo de juez, aún cuando éste hubiera sido elegido y nombrado con todos los rigores de la Ley.

El propio Digesto 50,5,13,3; expresa la situación en términos bastante comprensivos (20)

(20) D 50,5,13,3.

"Si un Juez quisiera excusarse después de haberse hecho el juicio, y en virtud de un privilegio que tenía ya antes de asumir, no debe ser atendido, pues al admitir el juicio, renuncia a su vez a su excusa; más si sobreviene después una justa causa para que el juez pueda excusarse, aunque sea temporalmente, no debe transferirse el juicio a otro juez si puede resultar perjuicio de algún litigante, porque es preferible que espere un poco el juez que ha conocido la causa que se encomiende juzgar de nuevo".

(Ulpiano. 23 ed.)

"Si post causam actan coeperit se excusare iudex, si quidem privilegio, quod habuit, antequam susciperet iudicun, velit se excusare, nec audientiat excusationi quodsi postea iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri, si cum captione id futurum est alterutrius; tolerabilius denique est, interdum iudicem, qui semel cognoverat, transper exspectare, quam iudici novo rem^o rursus iudicandam committere!"

(Ulpiano 23. Ed.)

Las normas sobre excusas o perpetuidad para desempeñar el cargo de Juez, deben entenderse en relación con la disposición general sobre incapacidades contempladas en el Digesto 5, 1, 12.

SANCIONES APLICABLES PARA EL CASO DE NEGATIVA SIN
JUSTA CAUSA A DESEMPEÑAR SU OFICIO POR EL JUEZ ELE-
GIDO.

El Digesto no trata en términos concretos la sanción aplicable. Se cree y con muy buenos fundamentos que esta sanción sería una multa impuesta por el propio Pretor.

Así el Digesto 50, 5, 13, 2; expresa que si el juez no tiene excusa debe asumir su cargo, aunque éste no lo quiera.

En este caso, la sanción lógica es una multa, afectando el patrimonio del Juez, así opina el Tratadista Alvaro D'ors(21), el cual se refiere al deber inherente del ciudadano romano, que sería el de sobrellevar en determinados casos, el cargo de Juez. En términos latinos se conoce esta carga como un "MINUS-PERSONALE", por consiguiente y siguiendo la idea de Alvaro D'ors, el magistrado amenazaría con la imposición de una multa al ciudadano que no quisiera aceptar el cargo de Juez, sin una justa causa.

(21) D'ors Alvaro "Derecho Privado Romano", cuarta Edición. Pamplona Ediciones, Universidad de Navarra, año 1983, página 142, nota 1.

c) Situaciones que pueden afectar al Juez por prolongar indebidamente el proceso.

En un principio, el lapso en que se prolonga la etapa Apud Iudicem, queda entregada a la voluntad de las partes, es decir, éstas pueden determinar el tiempo en que el juez conocerá y resolverá el negocio, quedando las normas legales marginadas a cumplir caracteres supletorios a esa voluntad.

Del mismo modo, si las partes son libres para determinar la duración de la etapa Apud Iudicem, pueden también, como es lógico, prolongar esta etapa, así lo precisa el Digesto (22).

"Si se nombra un Juez para un período de tiempo y todos los litigantes se ponen de acuerdo, puede ser prorrogado el tiempo dentro del cual está autorizado para resolver el litigio, a no ser que la prrórroga se halle prohibida por disposición expresa del Príncipe".

(Paulo 3 Plant).

"Si et iudex ad tempus datus, et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali iussione prorrogati fuerit, inhibita possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimire, prorrogari".

(Paulo 3 Plant.)

(22) D. 5, 1, 2, 2.

En subsidio de la voluntad de las partes, están las disposiciones legales que determinan el lapso de duración de los juicios en la etapa apud iudicem.

Así, si el proceso estaba basado en un juicio legítimo, la etapa Apud Iudicem no podía prolongarse por más de dieciocho meses, con todos desde la Litis Contestatio.

Si el juicio estaba basado solamente en el Imperio del Magistrado que hubo designado o refrendado el nombramiento del Juez, la etapa Apud Iudicem, no podía extenderse por un lapso superior al que durase el cargo de dicho magistrado. (23).

Existen situaciones que permiten ejercer al Pretor medidas diferentes en caso de una excesiva prolongación de la cognición judicial, así tenemos el siguiente caso del Digesto (24).

"Si hubiera de transcurrir un espacio excesivo de tiempo sin que el Juez nombrado pueda cumplir su de -

"Si longius spatium intercessurum erit, què minus iudex datus operam passit dare mutari eum iubet Prae -

(23) Alávez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Romano" obra citada, página 425.

(24) D. 5, 1, 18.

ber, autoriza al Pretor que se cambie; esto ocurre cuando una ocupación no permite al Juez cumplir con su deber, o por sobrevenir una enfermedad o por un viaje ineludible o por el riesgo de un asunto familiar". (Ulpiano 23. ed).

tor, hoc est, si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare incidente infirmitate, vel necessaria protectione, vel rei suae, familiaris periculo". (Ulpiano 23. ed).

En caso de fallecer el Juez que estaba conociendo de un asunto, el magistrado nombrará a un nuevo juez, el cual gozará del mismo lapso de cognición que el precedente, siempre y cuando no sobrepase el tiempo legal (25).

Si el juez prolongare indebidamente la cognición del asunto, se hará responsable del valor del litigio, más los perjuicios que su actuación irroque a uno o a ambos litigantes, así opina Alamiro de Avila Martel (26), quien señala que se podría ejercer por el litigante afectado (injuriado por la

(25) D. 5, 1, 32.

(26) De Avila Martel Alamiro, "Organización Judicial y Procedimiento Civil", obra citada, página 45.

por la actitud del juez) la acción de si Iudex Litem Suam fecerit, consagrada en el Digesto 44, 7, 5 y Digesto 50, 13, 6.

Sin embargo, la opinión de don Alamiro de Avila, merece en nuestra opinión una aceptación con muchas reservas, dado, por una parte la gravedad de la acción que se trataría de imputar por don Alamiro de Avila al juez poco diligente; y por otra parte, se debería probar por quien alega, el perjuicio de la conducta dolosa del juez, cosa que es muy difícil, pues se está en presencia de una mera dilación de dictar la sentencia, no frente a un delito de omisión.

De este modo, el carácter de "indebido" señalado por don Alamiro de Avila, debe entenderse sólo para el caso que el juez en forma dolosa y acreditadamente haya prolongado el juicio, lógicamente en perjuicio de una o de ambas partes del proceso. Si no se prueba el dolo del juez, no podría por consiguiente imputarle el haberse hecho suya la litis, y solamente se producirá, de acuerdo a la Lex Iulia, sobre los juicios privados, la caducidad del Juicio.

d) Limitaciones al oficio Judicial

El célebre autor Vitorio Scialoja, en su obra "Procedimiento Civil Romano" (27), prescribe que al Juez Privado debe dotársele del menor número de normas con objeto de no coartar su libertad.

Lo señalado por el Sr. Scialoja, debe tomarse con muchas reservas debido a las normas que citaremos más adelante. Por otra parte, las disposiciones limitativas de la autonomía del Juez, deben armonizarse con fenómenos políticos y sociales de altísima trascendencia en la evolución histórica de Roma, que fueron acrecentando, a veces en forma imperceptible, otras veces no tanto, el poder personal por sobre las instituciones de la misma República; apreciándose este cambio desde el punto de vista judicial con la creación de normas que constriñeron y coartaron la libre investigación del Juez Privado, trasladando, como señala Ursicino Alvarez (28), la libre investigación del Juez a un sistema de prueba o investigación dirigida.

Ahora bien, recurriendo a las fuentes, se puede en ellas encontrar una serie de disposicio

(27) Scialoja Vittorio, "Procedimiento Civil Romano", pág. 241 y siguientes; obra citada.

(28) Alvarez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Romano", página 436; obra citada.

nes que tienen por objeto limitar la voluntad del juez, y por sobre todo su propia labor.

Así tenemos, en primer lugar la siguiente disposición del Digesto. (29)

"No todo lo que se permite a la potestad del Juez resulta necesario en derecho. Infringe la ley el Juez que al juzgar hubiere omitido dolosamente alguna cosa en contra de lo preceptuado por la ley." (Papiniano 4 quaest).

"Non quidquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitas. Iudex si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolus malo praeteruiserit, legem offendit". (Papiniano 4 quest).

Como se aprecia, en esta disposición del Digesto que sanciona, claro que en el caso de dolo, si el Juez omitiere en su decisión, algo que es esencial para dirimir el asunto, a tal punto que la propia ley le ordena tenerlo presente. En este caso se constata que la amplia libertad con que se ha premunido al Juez, debe encuadrarse, en última instancia en las pautas mínimas para que su decisión sea justa y lógica. Se subentiende que si el Juez no actuó en forma dolosa, sólo será responsable de los perjuicios que de tal clase se produzcan, debido a

(29) D. 5, 1, 40.

la carencia mínima de un encuadramiento con la ley, debido a su negligencia, teniendo derecho la parte afectada a negarse a cumplir dicho fallo, desconociéndose su existencia, debido a la nulidad de éste.

Así razona Ursicino Alvarez, al señalar que sería nula una sentencia que hubiere transgredido un punto esencial de la Litis (30).

El Digesto, como regla supletoria prohíbe al Juez que conoce de un asunto de determinada cuantía entrar a conocer otro de cuantía superior. (31).

Como la norma precedente, es de carácter supletorio, existe otra disposición en el Digesto, que a simple vista pareciera que se contraviene con la primera, sin embargo, esta escisión se elimina, por la primacía de la voluntad de las partes, así tenemos: (32).

"El Juez al que se le
mandó juzgar un asun-

"Per minorem causam maio
cognitioui praeiudicium

(30) Alvarez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Romano", obra citada, página 465.

(31) D. 5, 1, 74,1.

(32) D. 5, 1, 54

to hasta determinada suma, puede también juzgar en asunto de mayor cuantía si así se conviniere entre los litigantes".

(Juliano 4 6 Dig.)

fieri non oportet; maior enim quaestio minorem causam ad se trahit Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori indicari potest, si inter litigatores conveniant".

(Iulianus 4 < 6 > Dig).

El desasimiento del Tribunal, que denota ciertamente una prohibición al Juez a retomar el caso, lo prescribe, también el Digesto (33).

"Una vez dictada la sentencia el juez deja de serlo, no pudiendo volver sobre su sentencia, ni siquiera para enmendarla".

(Ulpiano 51 Sab.)

"Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit amplius corrigere sententiam suam non possit, semel, enim male ser bene officio functus est."

(Ulpiano 51 Sab.)

El juicio no sólo puede terminar por la decisión del asunto o por jurar el juez que no ve

(33) D. 42, 1, 55.

claro el asunto, también por la voluntad del Pretor, es decir, aquel magistrado que hubiera dictado el mandato de *Iudicare Iubere*, así lo expresa el Digesto. (34).

"Se extingue el juicio cuando lo prohíbe el que había autorizado juzgar o el que tiene mayor imperio en aquella jurisdicción".
(Paulo 13 Sab.)

"*Iudicium solvitur vetante eo, qui iudicare Iusserat, vel etiam eo, qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam, si ipse iudex eisdem imperii coeperit cuius erat, qui iudicare iussit*". (Paulo 13, Sabat).

Sin duda que la disposición precedente demuestra claramente las limitaciones a las que se ve afecto el Juez, básicamente a no poder proseguir con el conocimiento y fallo del mismo asunto por orden del magistrado o bien por una autoridad de rango superior.

Los litigantes expresamente pueden limitar de las materias que el Juez conocerá y resolverá en su fallo (35).

(34) D. 5, 1, 58

(35) D. 5, 1, 61.

"No que se comprenda en el juicio lo que se convino que se comprendiera sino que no se comprende aquello que expresamente se convino que no se comprendiera" (Ulpiano 26 ed.)

"Id venire in iudicium, non de que actum est, ut veniret, sed id non venire, de que nominatum actum est, ne veniret". (Ulpiano 26 ed).

De esta forma, el silencio de las partes no inhibe al Juez para conocer aquellas materias que éstas no hayan expresado, solamente queda el Juez inhibido, limitado por consiguiente, a conocer de todo aquello que las partes expresamente le hubieran prohibido, denominándose esta estipulación "Taxatio", contenida en la fórmula.

Cabe señalar como gran limitación a la decisión del Juez, la propia estructura de la fórmula, así y según lo dicho por Ursicino Alvarez (36), el juez no puede, a su antojo expresar su opinión (parere). Debe ceñirse a la fórmula precisamente al predicado de la Intentio que ordena al juez condenar al demandado si resulta probado el derecho alegado por el demandante, o absolver al primero en el caso contrario. Esta situación de absoluta fidelidad a la fórmula se remonta a la forma de fallar durante

(36) Alvarez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Romano", pág. 440, obra citada.

la vigencia de la ley de las Doce Tablas.

Por otra parte el principio de fidelidad a la fórmula, siguiendo con los razonamientos del tratadista Ursicino Alvarez, era tan fuerte, que podía el juez quedar exento de responsabilidad si el resultado del juicio arrojaba una sentencia absurda por el mero hecho de asirse irrestrictamente a la fórmula. Para ilustrar este aspecto, Ursicino Alvarez, cita a Cicerón, en su obra "Verres", en donde el consumado Senador, fanfarroneando en forma bastante hiriente sobre la labor del Pretor, pues expresa con un ejemplo una fórmula construida en forma torpe por el Pretor, no quedándole otro camino al Juez que ceñirse a dicha fórmula.

"Si resulta que el fundo adyacente a la puerta Capena, asunto sobre el que se litiga, pertenece a Publio Servilio y no ha sido entregado a Quinto Catulo...."

Como se aprecia, si el Juez, una vez acreditado por medio de las probanzas que el fundo próximo a la Puerta Capena, pertenece al demandante y por el apego fiel a la intención, deberá condenar al actor, entregando el fundo al demandado. Situación absolutamente absurda pero que exoneraría de responsabilidad al juez.

Todas las limitaciones precedentes al arbitrio del Juez se aplican a las acciones de Derecho Estricto, en la cual el Juez sólo puede actuar condenando a una determinada suma de dinero al demandado, si resulta probada por el actor la intención de la fórmula, en caso de no resultar probada, el Juez deberá absolver.

"Ticio se Juez: Si resulta que Numerio Negidio debe dar a Aulo Agerio diez mil sex-tercios, de cuyo asunto se litiga, tu Juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio diez mil sextercios; si no resulta absuelvelo"

"Titius iudex esto: Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sextertium x milia dare oportere, quia de re agitur, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sextertium x milia condemnato, si non paret absolvito".

La precedente es una fórmula de derecho estricto, derivado de una acción similar, en la cual se cobra por el actor una determinada suma de dinero, teniendo esta fórmula tanto una "inintencio" como una "condemnatio" cierta.

Existen otras acciones que permiten un desenvolvimiento muy superior al Juez para poder dictar su fallo, estas son las acciones de Buena Fé.

En las acciones, plasmadas en una fórmula con "intentio" y "Condemnatio" incierta se permite al Juez condenar al demandado, a las siguientes prestaciones (claro está, siempre que resulte probada la intentio):

- Condenar a cuanto valga la cosa
- Al doble de la cosa robada
- A lo que el Juez estime que es justo y equitativo. (37).

Por consiguiente, en las acciones de buena fé, el juez no queda limitado a los términos rigurosos de la fórmula, la cual proviene de una acción de estricto derecho; sino que se le posibilita un amplio grado de discrecionalidad para poder realmente hacer justicia.

(37) Para una mayor profundización del tema ver Alvarez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Romano", obra citada, pagina 332 y siguientes.

e) El Oficio del Juez frente a una sentencia nula.

I) Una sentencia pronunciada por el Iudex puede ser ineficaz, esto es, no produce efectos vinculantes contemplados en su condemnatio, respecto de alguna o de todas las partes intervinientes en el litigio; las causas como las consecuencias de dicha ineficacia son diversas, de las cuales trataremos las de mayor trascendencia. (38).

"Si un Juez hubiera Juzgado mal, no parece quedar obligado propiamente por maleficio, pero como tampoco lo está por contrato, ciertamente ha cometido una falta, aunque sea imprudencia, se entiende que queda obligado como si fuese por maleficio".
(Ulpiano 23 ed.)

"Si Iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sea quia neque ex contractu obligatus est".

(Ulpiano 23 ed.)

La disposición precedente aparece reproducida en el título relativo a las obligaciones y las acciones del Digesto (39).

(38) D. 50, 13, 6

(39) D. 44, 2, 5, 1.

El Digesto contempla la posibilidad de anular una sentencia por haberse dictado en día nefasto. (40)

Es nula la sentencia dictada por el Juez en contra de un loco; así se desprende del Digesto (41).

El Digesto contempla una disposición, que si bien está dentro de las causales de nulidad que enumera el autor Ursicino Alvarez (42), a nuestro parecer se trataría más bien de una situación de imposibilidad respecto del ausente.

"Debe juzgarse de cada negocio en presencia de todos los afectados por la causa, sino el fallo valdrá solamente entre los presentes"
(Paulo 5 Sent.) (43)

"De unoquoque negatio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet; aliter enim iudicatum rantum inter praesentes tenet"
(Paulo 5 Sent).

No vale la sentencia si se ha condenado a un muerto, esta sentencia es nula, si se cumplen los requisitos del Digesto (44). 6

(40) D. 4, 8, 36

(41) D. 42, 1, 9

(42) Alvarez Suárez Ursicino, Curso de Derecho Romano. Pág. 465, obra citada.

(43) D. 42, 1, 47

(44) D. 42, 1, 59, 3.

"No vale la sentencia cuando uno ha sido condenado después de muerto, en virtud de un Edicto Perentorio, pues se extingue con la muerte del demandado". (Ulpiano 4 de omn. trib)

"Si quis ex Edicto Perentorio post mortem sit condennatus, non valet sententian, quia morte rei perentoriun solvitur; ideoque ut in re integra de causa notio praestati bur, et quod optimun patuerit, statuatur". (Ulpiano 4 de Omn.trib).

No vale, asimismo, una sentencia pronunciada contra uno que se ausentó por enfermedad impeditiva (45).

Es nula la sentencia pronunciada por un menor de diecisiócho años. (46).

En los casos de nulidad de la sentencia el litigante vencido podrá negarse a cumplir la sentencia, es decir, negarse al procedimiento de la Actio Iudicati, así lo expresa el Digesto (47).

"Debemos entender por condenado al que lo ha

"Condennatum" accipiere debenus eum, quirite con

(45) D. 42, 1, 60

(46) D. 42, 1, 57

(47) D. 42, 1, 4, 6.

sido conforme a derecho, de forma que sea en sentencia válida, pero si la sentencia es nula, por algún motivo, debe decirse que no es aplicable el término condena". (Hermogeniano 2. iur. epit.)

demnatus est, ut sententia valeat; certerum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbun non tenere" (Hermogeniano 2 iur. epit).

Por consiguiente esta acción de Cosa Juzgada sería del todo inaplicable, negándose con justa causa al condenado a cumplirla (INFITIARI).

II. DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM.

Consistía en un "Remedio contra las sentencias" pronunciadas en forma generalmente dolosa.

No sólo contra las sentencias podía pronunciarse la Restitutio in integrum, sino contra otros actos del proceso, por ejemplo, se podía pedir contra el Decreto del Magistrado en el cual estaba plasmada la fórmula que no contuviera todas las acciones y excepciones alegadas por las partes. (48).

(48) Ursicino Alvarez Suárez, "Curso de Derecho Romano.", obra citada, página 466.

Lo esencial de la Restitutio In Integrum es que una vez acogida por el Magistrado, el Proceso quedaba en una situación tal como si no se hubiera dictado la sentencia impugnada o el acto procesal removido, quedando por consiguiente el proceso en estado de ser fallado, nuevamente o ejecutarse el acto procesal, sin los vicios de que adolecía su precedente.

El Magistrado podía conceder la Restitutio In Integrum, contra una sentencia, en casos graves y calificados, siendo los más conspicuos los siguientes. (49).

- En caso de Metus, por haberse ejercido coacción en contra del Juez o de alguna de las partes.
- En caso de dolo o dolus a través del engaño del adversario, haciendo alegaciones falsas, testigos falsos, incluso sobornando al juez.
- Puede solicitarse la Restitutio in Integrum contra la parte que desconocía al tiempo de dictarse sentencia de los medios de prueba de que pudo haberse valido.

En todos los casos existe un denominador común para poder impetrar la Restitutio In In

(49) Alvarez Suárez Ursicino, "Curso de Derecho Romano", obra citada, página 466.

tegrum, el cual consiste que a la parte recurrente pudiera padecer perjuicios por la sentencia injusta, o bien al acto procesal impugnado por este mecanismo pudiera influir directamente en un perjuicio a posteriori a uno de los litigantes.

El Digesto contempla un caso o causal específica de Restitutio In Integrum, relativo al falso testimonio. (50).

"Adiano de Consagrada memoria, solicitada por un libelo de Julio Tarentino, que denunciaba como, mediante testigos falsos, que la conspiración de los adversarios había corrompido con dinero; que había sorprendido la buena fe del Juez, decidió que la causa, abía de restituirse por entero"

(Call. 6 de Cognit).

"Diyus Hadrianus aditus perlibellun a Iulio Tarentino, et iudicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorun testibus pecunia corruptis religionen iudicis circumventam esse, in integrum causan restituendan in haec verba rescripsit:
Exemplun libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi; tu, si tibi probaverit, conspiratione, adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressun se, et rem severe vindica, et si quia

(50) D. 42, 1, 33

a iudice tan malo exemplo
circumscripto iudicata
sunt, in intesrum resti -
tue".

(Call 5. de Cognit).

Para el caso de aparecer en un juicio, documentos que no se disponían al tiempo de dictarse el fallo, el Digesto permite también la Restitutio In Integrum. (51).

Finalmente, podemos acotar que paulatimamente la Restitutio In Integrum por dolo o por miedo, se transformaron en las acciones de dolo Actio Doli y por la Actio Metus (llamada acción Octaviana).

También la Restitutio In Integrum, al pasar el tiempo pudo alegarse como excepción a la acción ejecutiva, así tenemos la exceptio doli y la exceptio metus (miedo).

f) Efectos que produce el no ver claro el asunto.

El Juez privado romano, no se encuentra obligado a fallar el asunto, es decir, a **dirimirlo** por medio de una sentencia. Se le

(51) D. 42, 1, 35.

permite absolver la instancia siempre y cuando éste jure no ver claro el asunto (Rem sibi non liquere).

Este juramento del cual no existe fuente alguna en la época clásica que lo consagre directamente, más aún, pareciera que choca con el propio oficio judicial, materializado por el deber *MUNUS PERSONALE* constitutivo de una carga pública (52), a la cual, una vez designado el Juez (53), éste se encuentra obligado tanto por el mandato del Magistrado que lo hubo designado *IUDICARE IUBERE*, como así mismo por el juramento que el juez hizo ante dicho Magistrado y ante los propios litigantes de actuar, conforme a la verdad y al derecho.

Se contempla dentro de las normas relativas a la exención de cargas municipales, el caso que el impedimento del Iudex sea temporal, en tal caso el Digesto expresa sabiamente que es mejor no designar a un nuevo juez, sino esperar que haya cesado el impedimento del primitivo, evitando así un perjuicio a las partes. Es lógico admitir que una de las posibles causas del impedimento que puede sufrir el Juez es el no ver claro el asunto suspendiéndose temporalmente el conocimiento del negocio, hasta que el juez adquiriera mejores y mayores antecedentes que le permitan dirimir el litigio (54).

(52) D. 50, 5, 13

(53) D. 5, 1, 2, 1

(54) D. 50, 5, 13, 3

El célebre autor Eugene Petit (55), en su Tratado Elemental de Derecho Romano, aparte de ilustrar el juramento de REM SIBI NON LIQUERE, a través del fabuloso pasaje de las Noches Aticas, da o mejor dicho construye una teoría interpretativa de ciertas disposiciones del Digesto relativa a la cosa Juzgada que permiten en forma bastante apresurada colegir la posibilidad que tiene el juez para absolver la instancia.

Como primera norma de su elucubración la encontramos en el Digesto, la cual expresa: (56)

"Se llama cosa Juzgada la que por declaración del Juez, pone fin a la controversia, sea por condena o por absolución".

(Modestino 7 Pand).

"Res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quae vel condemnatione, vel absolute contingit".

(Modestino 7 Pand).

En segundo lugar, como parte integrante de esta teoría, se encuentra la siguiente norma del Digesto. (57)

(55) Petit Eugene, "Tratado elemental de Derecho Romano, página 859, Traducción Dr. José María Rizzi, Madrid, 1940.

(56) D. 42, 1, 1

(57) D. 42, 1, 3.

"Quien tiene potestad para condenar, la tiene también para absolver".

(Paulo 17 ed.)

Qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet".

(Paulo 17 ed).

Estas disposiciones pre citadas, que con gran esfuerzo interpretativo permiten deducir que en el caso que no haya sentencia no habrá por consiguiente condena y, por lo tanto, habrá absolución para el demandado. Esta interpretación tiene varias reminiscencias con la simetría absoluta que existía en el procedimiento de las *Legis Actionem*, en el cual, sino se acreditaba el sacramento del actor se debía por el juez necesariamente absolver al demandado.

Por consiguiente, las normas que definen la cosa juzgada o que hablan de la potestad para absolver o condenar, deben tomarse como meros antecedentes de apoyo relativos a la posibilidad del Juez en el procedimiento formulario de jurar *REM SIBI NON LIQUERE* y no como una disposición absolutamente categórica que lo consagre.

También deben considerarse los argumentos dados por Aulo Gelio (58), éstas son de ex -

(58) Aulo Gelio, Noches Aticas, obra citada, libro XIV.

traordinario valor filosófico jurídico, a través de los cuales, el juez impregnado de idealismo juvenil y de un profundo sentido de justicia; antes de condenar al demandado que carecía de los medios de defensa en una acción de derecho estricto, prefiere este juez, previo oír a los juristas retóricos y filósofos, absolver al demandado (siguiendo la tesis de E. Petit), a través de su juramento de no ver claro el asunto REM SIBI NON LIQUERE.

Una disposición que consagra la posibilidad que tiene el Juez la de jurar no ver claro el asunto consagrado para el tribunal de los DECEMVIRI en materias de libertad la consagra el Digesto en el título relativo a la cosa juzgada (59).

"Escribe Pomponio que si entre los varios Jueces que conocen sobre la libertad de una persona, uno de ellos declara no resultar clara para él la causa y los otros si están de acuerdo, aunque aquel jurara lo declarado, los otros que están de acuer

"Pomponius scribit si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscen- ti de re non liquaat, ce- reti autem consentiant, si is iuraverit, sibi non li- quere, eo quiescente cete- ros, qui consentiam sen- tentiam proferre co quies- cento ceteros, qui consen- tian sententiam proferre

(59) D. 42, 1, 36.

do pueden dar sentencia, sin que aquel pueda oponerse, pues si bien hay discrepancia, debe prevalecer la opinión mayoritaria".

(Paulo 17 ed.)

quia estj dissentiret, plurium sententiam obtinet".

(Paulo 17 ed.)

Esta situación del Digesto dispuesto para un tribunal colegiado (DECEMVIROS) encargados de conocer los asuntos de libertad, permite colegir que el juramento dado por no ver claro el asunto, es una institución de carácter extra legal, que las normas positivas del Derecho Clásico la consideran no propiamente por ser una prerrogativa del juez, sino más bien por estar aquel juramento inmerso en toda la estructura de la buena fe propia del pueblo romano.

Por tanto, si el juez jura no ver claro el asunto, el juicio se paraliza hasta que se designe por el PRETOR un nuevo juez, paralización que no afecta a la estructura misma de la relación procesal (60) y cuya causa de suspensión se debe básicamente a la fe pública que se tiene en el juramento de este ciudadano (Juez Privado), al que se le ha investido de la función de juzgar.

(60) D. 5, 1, 76.

g) Efectos Jurídicos que produce un mal desempeño del Juez.

Sin duda que un mal desempeño en el oficio judicial, coloca al juez en una situación de tener que responder por el daño causado a alguna o a ambas partes, es decir, el juez queda responsable frente a estas partes hasta el mal provocado por dicho juez.

Antes de tratar sobre los delitos que el Juez privado puede cometer en el desempeño de su ministerio, es preciso, referirnos a ciertas situaciones que pueden provocar un mal ejercicio de la función judicial y que naturalmente van a causar perjuicio a las partes.

El Digesto prescribe en el título relativo a las obligaciones: (61)

"Si un Juez hubiera juzgado mal, no parece quedar obligado propiamente por maleficio, pero como tampoco lo está por contrato y ciertamente

"Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia illeque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per impruden -

(61) D. 44, 7, 5, 4.

ha cometido una falta, aunque sea por imprudencia se entiende que queda obligado como si fuera por maleficio"

(Gai. 3 rescott.)

tiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri".

(Gai. 3 rescott.)

¿Qué significado tiene la norma precedente?

Sin duda que al redactarse el Digesto se trató de uniformar todas las fuentes de las obligaciones, empresa que venía desde épocas anteriores, fiel ejemplo de lo señalado son los trabajos del Jurisconsulto Gayo en su obra "Instituciones Jurídicas", que trata también sobre la clasificación de las obligaciones.

Pues bien, al encontrarse ante la situación ya señalada en Digesto 44, 7, 5, 4, es decir que el caso que el Juez hubiera juzgado mal, teniendo presente que durante la Epoca Clásica, las fuentes de las obligaciones eran solamente las derivadas de los contratos, maleficios y de ciertos derechos por distintos tipos de causa. (62)

(62) D. 44, 7, 1

En la norma del Digesto 44, 7, 5, 4; el Legislador que toma esta norma de "Las Instituciones Jurídicas" de Gayo, está conciente que la falta o faltas provocadas por el Juez no puede asimilarse a ninguna de las fuentes de las obligaciones ya mencionadas; sin embargo, y no constituyendo la falta cometida por el juez un maleficio propiamente tal, esta situación la incluye el Digesto como causal de un maleficio, aunque el propio Digesto hace reservas.

Ahora ¿Qué era un maleficio? Estas constituían una fuente de las obligaciones nacidas, tanto del hurto, o por daño, robo o lesión (63). Sin duda que la enumeración de las causales de maleficio tomadas del Digesto en la norma ya individualizada no es en caso alguno de carácter taxativo.

Es preciso señalar que la falta del juez que juzgó mal está reproducido en el Digesto (64) y constituyendo esta situación un caso paralelo al grueso del mismo título y debido al propio encabezamiento de éste el cual dice: "De las varias cogniciones extraordinarias y la falta del juez que juzgo mal", pareciera que la falta del juez que juzgó mal no entraría dentro de las cogniciones extraordinarias, las que tuvieron auge durante la época Post Clásica.

(63) D. 44, 7, 4

(64) D. 50, 13, 6.

Como secuela del mal desempeño del juez en su ministerio, el Digesto crea un especialísimo impedimento al juez. (65)

"Al preguntarse si el Juez que hubiera juzgado mal, podría volver a juzgar en el mismo día, respondió que no".
(Alf 6 dig.)

"Quum quarebatur, Iudex si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit, non posse".
(Alf. 6 Dig.)

Formas dolosas de actuación hechas por el Juez.

El juez no solamente puede quedar vinculado por una obligación respecto de las partes debido a su negligencia, situación ya tratada, sino que puede quedar obligado por un acto doloso, hecho que es perfectamente asimilable a la fuente denominada de los Maleficios.

El Digesto consagra normas que, sin entrar en los delitos propios de la judicatura, señalan en forma muy general situaciones en que el desempeño del oficio judicial, el Unus Iudex hubiera actuado con dolo, por antonomasia está la siguiente norma. (66)

(65) D. 42, 1, 62.

(66) D. 5, 1, 40, 1.

"No todo lo que se permite a la potestad del juez resulta necesaria en derecho. Infringe la ley el juez que al juzgar hubiera omitido dolosamente alguna cosa en contra de lo preceptuado por la Ley.
(Papiniano 4 Quaest.)

"Non quidquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati. Iudex si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolo malo praeter miserit, legen offendit".
(Papiniano 4 Quaest.)

Se aprecia que el juez, con el fin de causar injuria en contra de una de las partes infringe la ley a través no tan solo de actos positivos, sino en este caso, por ejemplo, a través de meras emisiones dolosas.

Por ejemplo: el juez que omite considerar en la sentencia una excepción, una replicatio emanada de las partes y contemplada en la fórmula.

b) Situación que se produce al hacerse suya la Litis por el Juez.

El Digesto prevé esta situación en dos disposiciones claras, señalando el tipo de responsabilidad en que se va a ver envuelto el juez que hubiera trastocado los intereses de los litigantes en los suyos propios a través del fallo.

Así se tiene en primer término la norma básica sobre este asunto. (67)

"Si el juez hizo suyo el pleito, no parece que se obligó propiamente por delito; por que tampoco se obligó por contrato, se entiende que cometió algún delito, aunque por imprudencia; y por esto, parece que está obligado por un cuasi delito".
(Gai. 3 rescott).

"Si Iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intelligitur licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri".
(Gai. 3 rescott).

De este modo y volviendo a las fuentes de las obligaciones se aprecia en este caso no habla de maleficios, sino derechamente de delitos, por otra parte descarta a priori que la responsabilidad del Juez, en este caso, se deba a un contrato, luego la misma norma deja en la penumbra si el juez responde por un delito o por un cuasi delito que éste hubiera cometido, las interpretaciones sobre esta disposición ya citada por muchas, nosotros nos inclinamos por la interpretación dada por Ursicino Alvarez,

(67) D. 44, 7, 5, 4.

de la cual trataremos más adelante en este trabajo. Sin embargo y con objeto de ilustrar lo mejor posible este fragmento de la norma precedente, señalaremos algunos parámetros de exégesis e interpretación general.

En primer lugar, el hacer suyo el pleito, por el juez, no parece estar comprendido en alguna forma típica de maleficios o delitos, los cuales, sin estar taxativamente señalados en el Digesto (68), si lo están exhaustivamente procesadas las formas típicas conocidas en la época clásica en la obra INSTITUCIONES JURIDICAS, del jurisconsulto Gayo, consagradas en el libro tercero de esa obra, luego y por faltar la tipicidad necesaria por no estar señalada la figura del juez que hubiera hecho suyo el litigio, aunque el propio texto renocoe que se cometió un delito, sancionándose inexplicablemente por el Digesto por una mera negligencia a través de un cuasi delito.

Otra interpretación que pudiera dársele a la norma precedente, sería aquella de señalar que debido al hecho de ser el Juez un mero particular no pudo haber obrado con dolo en el oficio de dictar sentencia, y el hecho que su opinión lo hubiera favorecido a él por sobre los intereses de las partes, debe ser mirado como un simple acto de negligencia. Esta interpretación lleva a un absoluto absurdo pues siendo, por

(68) D. 44, 7, 4.



una parte efectivamente el juez un particular, esta situación no lo excluye de actuar con dolo, como a cualquier ciudadano. Por otra parte, siendo el Juez lego en derecho nadie le exige (tampoco el PRETOR) que emita una decisión absolutamente erudita, sólo se le exige **resolver** si la pretensión del actor con sagrado en la INTENTIO de la fórmula se encuentra o no acreditada, de acuerdo a las probanzas rendidas por las partes, **decisión** según la mayoría de los autores adolece de todo formalismo.

La interpretación de Ursicino Alvarez trata sobre la evolución de sanciones que se produjo respecto del iudex del período simétrico de las Doce tablas al período formulario.

Otra norma en absoluta concordancia con la ya analizada es la contemplada en el Digesto que trata del mismo modo la responsabilidad del UNUS IUDEX por hacer suya la litis (69).

"Gayo, Rerum Quotidianarum, libro III, si el juez se obligase al importe del Pleito, propiamente, no parece que se obliga por deli

"Gaius libro III. Rerum quotidianarum, sive aureorum si Iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex con -

(69) D. 50, 13, 6.

to; porque tampoco se obliga por contrato, se, se entiende que en algún modo cometió delito, aunque por imprudencia y por esto parece que como por delito se obliga de la acción que resulta del hecho, y el juez la condenará en cuanto a este particular en la pena que le pareciere justa".

(Gai 3 rescott = D 44, 7,5, 4 = Inst. 4,5 PR)

tractu obligatus est; et utique peccass aliqued intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi maleficio teneri in factum actione, et in quantum de eaquam religioni indicantis visum fuerit, poenam sustinebit". (Gay 3 rescott = D. 44, 7,5, 4 = Inst. 4, 5 Pr).

Nuevamente se descarta como fuente de obligación el contrato, conllevándose la situación (dado el poco desarrollo de las fuentes de las obligaciones), al delito, pero dada la animadversión del legislador de sancionar como autor de un delito propiamente tal al juez que hizo suyo el litigio, se le castiga sólo por imprudencia; en este segundo caso, el Digesto es más riguroso, pues ordena al Juez que conoció de la reclamación en contra del primitivo UNUS IUDEX, aplicar al juez que conoce del delito del anterior, la pena que pareciera justa.

Pena que puede considerarse como tal, es decir, por el "delito" que aparentemente hubiere cometido el juez en forma negligente; o bien pena puede significar la indemnización de perjuicios que al segundo juez se le permitía determinar.

Sanción respecto del juez que hubiera hecho suyo el litigio.

Durante la época clásica, es decir, en el Procedimiento formulario, el Pretor, en su Edicto concede una acción In Factum (Opinión de Ursicino Alvarez, la cual también refuerza la falta de tipicidad del hecho de hacer suya la litis por el Juez, pues la intentio no está basada en un derecho, sino en un hecho digno de protección jurídico), el juez será por consiguiente condenado a resarcir los perjuicios que su actividad negligente (tomada la imputabilidad con muchas reservas), le haya causado a los litigantes. (70).

Es necesario señalar en forma muy sucinta y como dato de carácter doctrinario la opinión de Alamiro de Avila Martel (71), quien piensa que el Juez que prolonga indebidamente su oficio se hace

(70) Alvarez Suárez, Ursicino "Curso de Derecho Romano", páginas 468 y 469, obra citada.

(71) Avila Martel, Alamiro, "Organización Judicial y Procedimiento Civil, obra citada, página 45.

responsable de la acción por el denominado cuasi delito de "Si Iudex Litem Suam ferecit".

i) De la Prevaricación cometida por el Juez.

El Digesto para definir que debe entenderse por prevaricación recurre a un análisis etimológico del término prevaricar.

En todo el título relativo a la prevaricación no trata el Digesto en forma alguna a la prevaricación cometida por el Juez, sin embargo de las normas del mismo título se desprende como el juez puede satisfacer esta figura penal, es decir, puede prevaricar.

El Digesto define la prevariación en la siguiente forma: (72).

"Prevaricador es como si se dijera que "Varica", es decir, que anda con las piernas separadas, dando así ayuda a la parte contraria, traicionando a la parte que en él confía. Labeón dice	"Prevaricator est quasi varicator, qui diversam partem adunvant prodita causa sua; quad nomen labeo a varia certatione tractum. Late beon ait; nam qui prevaricatur ex utraque parte confitit, quin ino ex altera".
--	---

(72) D. 47, 15, 1.

este término se deriva (Ulpiano 6 ed.)
del hecho de torcerse
en la contienda, pues
el que prevarica está
en un lado y otro, in
cluso más del otro".
(Ulpiano 6 ed.)

Como puede apreciarse, en esta disposi
ción, el concepto de prevariación plenamente calza
con la conducta que un juez puede adoptar, es decir,
fallando en forma dolosa en razón de alguna de las
partes, traicionando no tan solo la fe de la otra
parte puesta en su ministerio sino también la fé pú-
blica.

El haber traicionado la fé pública por
el juez que inclinó maliciosamente su decisión en
favor de una de las partes está ratificada en la si-
guiente disposición del Digesto (73).

"Debe saberse hoy que
se pena a los que han
prevaricado mediante
juicio extraordina -
rio"
(Ulpiano 9 de off
proc).

"Sciendum, quod habie iis,
qui praevaricati sunt,
poena iniungitur extraor-
dinaria."
(Ulpiano 9 de off proc.)

(73) 47, 15, 2

Luego, la prevariación, especialmente la cometida por el juez privado, debe necesariamente ser conocida por el Pretor a través de su cognición extraordinaria, siendo uno de los primeros casos en que se aplica este procedimiento, el cual fue de ordinaria ocurrencia en la época Post Clásica.

Lo dicho anteriormente se ratifica en el Digesto 50, 13, denominado "Sobre varias cogniciones extraordinarias y la falta del Juez que juzgó mal". (74). Por tanto, la prevaricación cometida por el juez, debería ser materia de una de las primeras cogniciones extraordinarias en la época clásica.

A mayor abundamiento, el Digesto (75), señala que el abogado que ha prevaricado, esto es traicionado los intereses de su cliente en un juicio tanto privado como público, debe ser castigado en un juicio extraordinario, remitiéndose, claro está, al Digesto 50, 13, 6.

Existen en el Digesto casos específicos de Prevariación, en primer lugar citaremos una disposición sobre la cosa juzgada, que contempla los efectos en el proceso de la actitud prevaricadora de los testigos. (76).

(74) D. 50, 13, 6

(75) D. 47, 15, 1,1.

(76) D. 42, 1, 33.

"Adriano, de consagrada memoria, solicitado por un libelo de Julio Tarentino, que denunciaba como mediante testigos falsos, que la conspiración de los adversarios había corrompido con dinero, se había sorprendido la buena fe del juez, decidió que la causa debía restituirse por entero en un rescripto que dice así: He dispuesto que te sea remitida una copia del libelo que me ha dado Julio Tarentino, tu si te fuera aprobado que fue víctima de la conspiración de sus adversarios y de los testigos corrompidos con dinero, impón justicia con severidad y restituye por entero lo que un juez engaña-

"*Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et iudicante eo falsis testimoniis, conspirationi adversarium, testibus pecunia corruptis religionem iudicis circumvetan esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: exemplum libelli dati nihic a Julio Tarentino mitti tibi iussi; tu, si tibi probaverit, conspiratione adversarium et testibus pecunia corruptis oppresum se, et rem severe vindica, et si qua a Iudice tan malo exemplo circumscripto iudicata sunt in integrum restitue*".
(Call. 5 de Cognit).

ado por tal mal precedente haya juzgado".
(Call. 5 de Cognit).

Con extraña curiosidad el Digesto define la prevaricación judicial en el caso que un juez hijo de familia hubiera cometido tan delesnable actitud. (77).

"Si un juez hijo de familia prevarica al dictar sentencia, queda obligado en la cantidad del peculio. Se entiende que un juez prevarica cuando hubiere dictado una sentencia con dolo y en fraude de la ley, se considera que procede con dolo si se le probase un evidente favor, enemistad o soborno y se le obliga a responder de verdadero importe del litigio".

(Ulpiano 21 ed.)

"Fillius familias iudex si litem suam faciat, in tantan quantitatem teneatur quae tunc in peculio fuit, quum sententiam dicebat. Iudex tunc litem suam facere intelligitur, quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes, ut vera aestimationem litis praestere cegatur".

(Ulpiano 21 ed.)

(77) D. 5, 1, 15.

Por consiguiente, dada esta disposición absolutamente clara del sentido de la prevaricación cometida por el juez, no queda más que realizar un ligero análisis de ella, pues su preclaridad no hace necesario mayores esfuerzos de inteligencia.

En primer lugar, es necesario para que exista prevaricación que el juez haya dictado sentencia; no puede, según esta norma si aún el juez no ha pronunciado sentencia, así se ratifica la tesis de Alamiro de Avila que cree que cualquier maniobra dolosa, durante el proceso, realizada por el Juez, debe castigarse a través de la acción IN FACTUM de "SI IUDEX litem suam fecerit".

En segundo lugar, y como causa de prevaricación está el de haber dictado sentencia con dolo, probándose este dolo, confirmada esta disposición con el Rescripto del Emperador Adriano, de consagrada memoria, contemplados en el Digesto 42, 1, 33.

Em último lugar, tenemos como causal de prevaricación la de haber actuado por el juez con fraude a la ley, acumulativos con la constatación del dolo, prueba de ello está dada por la conjunción "Y", contemplada en la norma, objeto de nuestro análisis; relativo al hecho de haber actuado con fraude a la ley esta una norma del Digesto, precitada, la cual señala más o menos lo siguiente:

También infringe la ley con dolo y por consiguiente la defrauda aquel juez que en forma intencional una disposición legal omitiere (78).

Volviendo atrás, señalamos que esta norma se encabezaba en lo referente a una eventual prevaricación de un hijo de familia, situación que sólo tiene trascendencia en lo relativo a cómo su patrimonio va a quedar afectado. El Digesto prescribe al final de esta norma que el Juez prevaricador queda obligado a responder (como perjuicios) del verdadero importe del litigio, sin embargo, tratándose de un hijo de familia, éste solamente quedará obligado en la cuantía del Peculio. ¿De qué peculio habla o se refiere el Digesto?

Sin duda que en Roma, durante la época clásica hubo varios peculios que podían tener los hijos de familia, entre ellos el castrense, al cual se refiere una norma de relativa vecindad en el Digesto (79), la que expresa que queda prohibido de mandar a alguien que está bajo el peculio castrense.

Siguiendo con las normas de prevaricación, inmediatamente después de la norma ya analizada está otra, bastante extraña pues intrínsecamente se desautoriza dado su propio tenor: (80).

(78) D. 5, 1, 40.

(79) D. 5, 1, 4.

(80) D. 5, 1, 16.

"Mas opina Juliano, que compete acción contra el heredero del Juez que prevaricó, opinión ésta que no es cierta y que ha sido censurada por muchos".
(Ulpiano 5 ed.)

"Iulianus autem in herederen iudicis, qui litem suam facit, putat actionen competere. Qua sententia vera non est, et a muttis notata est".
(Ulpiano 5 ed.)

Como se puede apreciar, el Digesto desautoriza la opinión del célebre Jurisconsulto Juliano, lo cual resulta del todo innecesario habiendo sido de mejor gusto solamente expresar derechamente que la acción de prevaricación es intransmisible contra los herederos del Juez prevaricador.

El propio Jurisconsulto Juliano, señala en una recopilación del Digesto una situación que prácticamente constituye una presunción legal de prevaricación en la siguiente disposición: (81).

"Dice Juliano que si uno de los litigantes hubiera nombrado heredero suyo al juez, en todo o en parte, necesariamente se ha de

"Iulianus ait; si alter ex litigantibus iudicem solum heredem, vel ex parte fecerit, alius iudex necessario sumendus est, quia ini quum est, aliquem

(81) D. 5, 1, 17.

nombrar otro juez,
pues es injusto que
uno se convierta en
juez de asunto pro
pio".
*Ulpiano 22 ed.)

suae rei iudicen fieri".
(Ulpiano 22 ed.)

CAPITULO III

SITUACION ACTUAL DE LA DOCTRINA

a) Estudios doctrinales

1. Teodoro Mommsen.

Dentro de los escasos tratamientos doctrinarios sobre la responsabilidad del juez en el Procedimiento formulario, es menester destacar el aporte hecho por Teodoro Mammsen (82), quien orientado hacia un criterio básicamente a un carácter publicista del derecho, señala figuras que si bien no cabrían como delitos propiamente tales, ejercidos en el oficio de las funciones públicas, podrían considerarse como faltas en el fiel desempeño de dichos cargos.

Así y reiterando el criterio publicista, Mommsen se refiere a ciertas infracciones que pudieran haber cometido los Magistrados, básicamente el soborno y la extorsión, sin embargo, el autor al explicarse sobre estas infracciones en su obra sobre el Derecho Penal Romano, describe las figuras delictuales sin especificar en forma categórica la clase de sujeto activo pudiera haberlas cometido. Solamente man

(82) Mommsen, Teodoro, "Derecho Penal/Romano", traducido por P. Derado, Editorial Temis, Bogotá 1947, páginas 542 a 547.

tiene como directriz de sus postulados que el sujeto activo debía ser una persona investida de una función pública.

Como es sabido, el cargo de juez privado significa para quien lo ejerce una determinada función ante la ciudad, las figuras delictivas tratadas por Mommsen, se ajustarían perfectamente al comportamiento irregular del UNUS IUDEX.

En primer lugar, tenemos que señalar ciertas figuras que calzarían en el precepto género que el juez pudiera recibir dádivas de una de las partes, así se prohibió por medio de una multa de diez mil sextercios, tanto a los magistrados como a los que en el ejercicio de la abogacía recibieran dádivas de los particulares, este autor, en este caso soslaya la situación del juez, pero debe entenderse que el juez debería quedar comprendido como una forma más de prevaricación, delito básico o general para configurar la responsabilidad del juez, incluso para estructurar la acción "SI IUDEX LITEM SUAM FECERIT".

Del mismo modo, Mommsen, prescribe como hipótesis que quienes desempeñaban cargos públicos pudieran apropiarse de bienes ajenos, como por ejemplo, alzarse con los bienes del litigio; se soslaya en sí misma la figura por tratarse propiamente de un hurto o robo sin mayores aderezos.

La extorsión es tratada con mayores detalles por Mommsen, pues se ajusta a una situación de superioridad en que se ve envuelto el titular de un cargo público. Sin embargo -añade- esta figura no estaba tipificada como delito en el antiguo Derecho Penal, sino que fue considerado como delito desde la época clásica del derecho.

La extorsión en la época arcaica e inicios de la Republicana sólo se consideró como una prohibición general. Esta infracción se producía cuando el funcionario que desempeñaba el cargo público exigía a la parte una dádiva a cambio de realizar un acto beneficioso para él en el procedimiento, o por dejar de hacer un acto procesal lesivo para sus intereses.

Mommsen postula cómo una de las causas de la inexistencia de la responsabilidad penal de los magistrados y demás sujetos que ejercen funciones públicas del hecho de las oscilaciones políticas propias de la época, como hecho determinante el Senado se oponía al hecho que se legislara criminalmente sobre estas conductas ministeriales, pues afectarían directamente a agrupaciones o estamentos estrechamente vinculados al orden Senatorial. Esto determinó que durante el período del procedimiento formulario cualesquiera de las infracciones materializadas en hurtos, sobornos, coacciones o extorsiones que estos sujetos pudieran

cometer serían sólo sancionadas con la restitución de las especies y además con la prohibición general para su hipotética reincidencia.

Ahora bien ¿Qué relación habría en no establecer sanciones en contra de las magistraturas y demás funcionarios que ocupaban cargos públicos, por una parte, y el órgano senatorial, por la otra?

La relación es simple, si se considera que en definitiva todas las magistraturas y cargos de ejercicio público debían contar con la venia del Senado o en último caso con la confianza de este órgano.

Mommsen (82) prescribe que durante la época Republicana que coincide con el período clásico del Derecho Romano, la manera de proceder en contra del Magistrado y funcionario, autor de alguna de las irregularidades ya señaladas, era a través de la acción de REPETUNDIS, derivada de la voz latina REPETERE; la cual constituía un antejuicio o quaestio mediante la cual se determinaba si era o no procedente actuar en contra del infractor. Mommsen, señala las personas en contra de las cuales se podía ejercer esta acción, en el numeral cuarto de su obra, precisando en forma precisa que esta acción previa o

(82) Mommsen, Teodoro, "Derecho Penal Romano, obra citada, páginas 444 a 445.

"ante juicio" era posible ejercerla con arreglo a la Lex Iulia (sin precisar a cuál específicamente), en contra de toda persona que, sin ser funcionario del Estado, hubiera ejercido funciones públicas o equivalentes a éstas.

De esta forma, Mommsen permite subentender en forma bastante expedita que la acción citada anteriormente en la época Republicana, era susceptible de ser aplicada en contra del Juez Privado Romano, pues los presupuestos dados por el autor en su obra que analizamos, calzan perfectamente con el oficio judicial.

Mommsen señala que no existía tribunal alguno que conociera específicamente sobre la Prevaricación. Si se acreditaba la prevaricación hecha por el Iudex conocía de ella el mismo tribunal que hubiera dictado sentencia respecto del fallo que se reclamaba, entendiéndose por tal el mismo Pretor que hubiera investido del IUDICARE IUBERE al juez que presuntivamente hubiera prevaricado.

El Tribunal encargado de determinar sobre la prevaricación, debe en primer término precisar si ésta había o no acontecido, si así lo determinaba, se procedía, en primer lugar a anular el fallo, además imponía una pena al Iudex por la respectiva prevaricación.

La parte que había sido absuelta en el juicio anulado, objeto de la acusación de prevaricación judicial, sufría las consecuencias del fallo anulado, además sufría la sanción de infamia según Mommsen. Nosotros aceptamos que por disposición del Digesto (83) procedía la Restitutio in Integrum afectando así a toda la relación procesal.

Si el demandante se hubiera coludido con el Iudex, acusado de prevaricación, era sancionado con la devolución de lo recibido, como consecuencia de la "Restitutio in Integrum".

El autor sostiene, sin detallar con precisión la época histórica en que se sitúa su exposición, pues señala en forma categórica que el castigo de la prevaricación era de índole penal, pero lo rescatable en este punto, es la precisión de las consecuencias jurídicas que produciría una conducta irregular del IUDEX, pues aunque queda en suspenso, si realmente en la época clásica la conducta prevaricadora del IUDEX tenía o no una sanción penal. Lo rescatable son las consecuencias adyacentes señaladas por Mommsen, es decir:

- Anulación del fallo.
- Sanciones civiles

(83) D. 42, 1, 33.

- Restitución de lo entregado.

2. Doctrina extraída del "Anuario de Derecho Espa - ñol" por Ignacio Cremades y Javier Patricio León (84).

En este tratado, los autores ya señalados estudian con bastante detención el problema relativo a "Si Iudex Litem Suam facerit", como asimismo las recientes conclusiones a las que ha llegado Alvaro D'Ors relativas a la responsabilidad y oficio judicial.

Comienza este estudio por exponer la nueva tesis a la que ha llegado el maestro D'Ors, señalando que para éste el juez incurriría en "LITEM SUAM FACERIT", al no dictar sentencia o bien pronunciando una con extralimitación de los contenidos de la fórmula, pues según D'Ors, la sentencia sería nula y por consiguiente equivaldría a no haberla dictado. Precisa sabiamente D'Ors que la intentio de la acción adversa IUDICEM QUI LITEM SUAM FACERE sería de carácter In Factum; tanto por el hecho de no existir la sentencia o bien por ser ésta nula. Es preciso destacar esta importante contribución relativa a la determina - ción de la naturaleza jurídica de la Intentio de esta acción, cosa que en este trabajo del Anuario del Dere

(84) Anuario de Derecho Español, 1984; páginas 179 a 208, Editorial Iberia - Estudio de Ingacio Cremades y Javier Patricio León.

cho Español, es tratado con confianza por ambos autores. Ahora bien ¿Qué objeto persigue determinar la naturaleza de esta intentio?, permite determinar el estado cronológico de esta acción y su posterior evolución, así tratándose de una intentio in factum conceptae, se colige de inmediato que su protección es bonitaria; pero ¿es sólo bonitaria por el hecho que el juez no haya dictado su fallo?

No es así, y de esta forma lo expresa D'Ors en su monografía que reproducen los autores citados del Anuario, pues el propio D'Ors prescribe que la acción de "Si Iudex litem suam facerit" procede también en el caso que se haya dictado un fallo nulo.

Si bien pareciera como lo expresan a simple vista los dos autores del Anuario del Derecho Español, el maestro D'Ors trataría de introducir a Litem Suam Facerit el caso de las sentencias nulas por el hecho de equivaler a sentencias inexistentes.

El verdadero motivo que trasciende de una simple lectura y que tuvo D'Ors para incluir las sentencias nulas a Litem Suam Facerit, que por la propia ubicación cronológica de su estudio, ésto es, el período clásico dentro del "Ordo IUDICIORUM PRIVATORUM", pues dentro de este período no existían propiamente "remedios" en contra de la sentencia, por consiguiente, frente a una sentencia nula se amplia-

ba la responsabilidad judicial materializándose ésta a través de SI IUDEX LITEM SUAM FACERIT.

Prosiguiendo con el trabajo de este Anuario, los autores tratan en forma ambigua un problema espinudo que es el de no dictar por el Iudex una sentencia precisa. En primer término la obligación que debería tener el juez es la de fallar el asunto. Sin embargo, y en esta parte pensamos que radica la mayor ambigüedad, se señala que el juez que sin su juramento de no haber visto claro el asunto, incurri^ría en LITEM SUAM FECERIT, por consiguiente y en la práctica, a no ser que el juez hubiera fundamentado su juramento de no ver claro el asunto, quedaría de inmediato absuelto de Litem Suam Fecerit.

Esto se puede expresar siguiendo a los autores del Anuario, si el juez no falla "a secas" podrá ser condenado por hacer suyo el litigio. Si jura no ver claro el asunto o bien, sin jurar, fundamenta sus razones para no emitir su parecer, quedando absuelto de Litem Suam Fecerit.

La LEX IRNITANA, de reciente descubrimiento trata de precisar los fundamentos internos en que se basaría el Litem Suam Fecerit, así, si el IUDEX no dictó sentencia (sin jurar) se hacía responsable de lo pretendido por el actor. Si el Juez incurri^a en Litem Suam Fecerit, por extenderse en forma indebida a lo señalado por la fórmula, hacía suyo el

litigio por él frustrado.

En caso contrario, si no se acogía la pre tensión del actor, el Juez debía responder al deman - dante de tal importe de su intentio.

Como puede apreciarse es claro que el tra tamiento dado a Litem Suam Fecerit está en estrecha relación con la carencia de recursos contra la senten cia del Juez propio del Procedimiento formulario.

Con respecto a la sanción que debería aplicarse al juez si Litem Suam Fecerit, se especula con varias hipótesis, así en primer término se seña - la en este trabajo la situación de subrogación o traslación del demandado por el Juez que hizo suyo el litigio, en segundo lugar se señala que el Juez se haría acreedor de una multa aplicada directamente por el Pretor, finalmente, se señala que existiría una imposición de la mano contra el Juez. Esta últi - ma posibilidad a la cual los autores del anuario le dan mayor realce dentro de la época Arcaica, dejando por consiguiente las otras dos sanciones con una es - pecial aplicación para la etapa clásica del Ordo Pri - vatorum. Sin embargo, y como ya señalamos, por una cita precedente, la sanción típica de Litem Suam Fe - cerit por el Juez, sería la sustitución del demandan - te o demandado por el Juez.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo, es necesario precisar el aspecto de mayor relevancia que apreciamos, tanto por los interesantísimos pasajes del Digesto, como así mismo, derivados de los textos doctrinarios que tuvimos a nuestra disposición, siendo este aspecto la Plena Libertad de acción con que contaba el juez en el desenvolvimiento de su oficio. Es así que en este postrer Capítulo nos referiremos a algunos de los pasajes tratados en los capítulos Primero y Segundo, pero mirados desde una perspectiva diferente, es decir, enfocando las normas pertinentes hacia el aspecto propio de la libertad judicial y de su independencia para emitir su fallo.

a) Respecto de la Capacidad para ser Juez.

Es de gran importancia el desprecio que las normas del Digesto le otorgan a la posibilidad que una persona sin bienes pueda llegar a ser Juez Privado.

El Digesto legisla más bien en el Libro Quinto, título Primero, acerca de una capacidad intelectual y de pleno desenvolvimiento que debe tener

aquel individuo para desempeñar el honorable cargo de Juez. Así quedan impedidos para ser jueces, por causa de la ley aquel que fue expulsado del Senado, por las costumbres. las mujeres y los esclavos, estos 2 últimos no quedan impedidos, reitera el Digesto, por carecer de juicio, sino por no poder desempeñar funciones civiles. Como puede apreciarse en la norma ya citada del Digesto (85), en caso alguno se plantea la situación patrimonial, sino otras causas que impiden la designación de Juez. La misma norma del Digesto prescribe categóricamente al final de ella, que resulta indiferente que puedan desempeñar el cargo de jueces aquellos que estén o no sometidos a la Patria Potestad.

Todo nos lleva a precisar que a priori la responsabilidad pecuniaria no estaba determinada respecto del Juez, el cual, al no ser un funcionario del Estado y no teniendo mayores conocimientos del Proceso, no tendría porqué responder civilmente ante una sentencia torpe o que no se ajustara a derecho, salvo que el Juez hubiera actuado con positiva intención, contra una de las partes o de ambas. En este caso, aparte de las sanciones penales propiamente, existían en caso de un hijo de familia acciones noxales y contra los peculios que éste pudiera tener.

(85) D. 5, 1, 12, 2.

Como corolario de este punto es preciso señalar que en caso alguno la libertad del juez se va a ver afectada por su carencia de bienes, es decir, y así lo expresan grandes retóricos, tanto griegos como romanos, su calidad de pobres, de no recibir remuneración alguna por el desempeño de su oficio, les da una mayor independencia para emitir el parecer sobre el asunto, desligados de ataduras a la viva imagen de la justicia, descrita tan bien por Crispo y citado por Aulo Gelio en sus Noches Aticas.

b) En cuanto al Oficio Judicial.

El autor Aparici Díaz, en su obra "La Bipartición del Proceso Civil Romano", plantea como una de las tantas teorías acerca de esta rara división que se produjo tanto en la época Arcaica como clásica en el Ordo IUDICIORUM PRIVATORUM, que dicha división pudo haberse debido a la especialización del conocimiento del asunto, encargando al Magistrado de la determinación del derecho aplicable, como así mismo al Juez la de apreciar y ordenar los hechos acontecidos.

Aún siendo las razones precedentes, una mera teoría relativa a la bipartición del proceso, las cuales tratan de explicar dicha división, resume este postulado de Aparici Díaz las grandes funciones constituidas por los oficios del Pretor y del Juez.

En efecto, el oficio judicial estaba consfigurado por la función de constatar los hechos, esto se verificaba con las probanzas que rendían las partes ante el juez.

Sin embargo, el juez no estaba obligado a recibir prueba alguna, el juez podía fallar el litigio careciendo de probanzas; al mismo tiempo, el juez podía recibir las pruebas para fallar en contra de las probanzas de las partes, caso típico de desprecio de las pruebas presentadas en un juicio (incluso en un asunto de derecho estricto) es la situación límite que plantea Aulo Gelio, en la cual si bien se abstiene de fallar, jurando no ver claro el asunto, prescinde en forma absoluta de las pruebas presentadas por el litigante que le ofreció poco crédito por su comportamiento y reputación anterior al litigio.

De esta forma, si bien la función judicial se vierte por completo en la ponderación misma de los hechos, la cual funda su opinión del negocio. Esta ponderación no necesariamente se debe basar en las pruebas presentadas por las partes sino en la convicción que el juez haya adquirido del asunto a través de su sentido propio de justicia, como asimismo en hechos que no requieren ser probados, ergo las presunciones. Así en el caso de Aulo Gelio, el joven juez presume que los documentos que hubo presentado el demandante no son verídicos, pues de los muchos documentos de que forman el acerbo cultu

ral del Juez, está el hecho extra-proceso que dicho demandante no era persona de fiar, permitiéndole dicho raciocinio colegir al juez que tampoco los actos que expresa y prueba el demandante son justos.

c) Respecto a la posibilidad de Dilación del Asunto.

El Juez privado romano, en principio goza del tiempo que las propias partes le señala para conocer y fallar si éstos nada prescriben. La Lex Julia sobre los juicios privados o bien las normas bonitarias contempladas en el Edicto del Pretor, señala el lapso máximo de duración.

Aún existiendo un plazo, sea legal o convencional, se permite al juez prolongarlo por dos razones: La primera es referente a encontrarse el Juez sufriendo de una imposibilidad de ejercer sus funciones sólo de corte temporal, la otra está constituida por el hecho de no ver aún claro el asunto, jurado esto por el Juez, puede ampliar su plazo de cognición por un lapso que prudentemente el Pretor le fije.

El hecho de existir un plazo para que el Juez dicte fallo sobre el asunto, se opone, sólo en apariencia o en forma muy superficial a la máxima libertad con que goza el Juez para ponderar los he -

chos y decidir el asunto mismo.

Esta presunta oposición se debe a la existencia misma de la fórmula, verdadero extracto jurídico del asunto, en la cual va incluso preestablecido el raciocinio general con que debe contar el Juez al momento de fallar: "Si consta, condena y si no consta, absuelve".

Por lo tanto si prácticamente el Juez debe sólo acreditar si los hechos expresados en la intentio son o no efectivos, resolviendo de una u otra forma el asunto, sería ilógico pensar en forma detenida que la existencia de un plazo para dirimir el negocio podría conculcar la libertad del Juez. Por lo demás el Juez, en caso extremo puede jurar ante el Pretor (una vez cumplido el plazo), que aún no ve claro el negocio, permitiendo al Pretor (antes de removerlo, para no perjudicar a las partes), que sus funciones se prolonguen por otro lapso más de tiempo, hasta que en definitiva pueda emitir su fallo.

d) Limitaciones al Oficio Judicial.

Existe una norma dentro del Digesto (86) la cual contempla una gran limitación al oficio judicial, que no viene al caso, en las postreras conclu-

(86) D. 5, 1, 40.

siones de este trabajo, analizar o volver a analizar la figura sancionatoria por omisión, o bien la intencionalidad del actuar del Juez. Es preciso analizar, como conclusión misma, lo referente a la libertad del Juez. La disposición pertinente contempla en forma velada la amplísima libertad de actuar y de resolver por el Juez. Así lo expresa esta norma en forma textual: "No todo lo que se permite a la potes - tad del Juez resulta necesario en derecho..."

Si bien se reconoce la libertad del Juez, la propia Ley se encarga por consiguiente de limi - tarla siempre que el Juez, haciendo un mal empleo de ella cometiera algún tipo de abuso en el desempeño de su oficio.

También puede señalarse que, el Digesto en la norma ya citada, hace sinónimo de libertad de actuar a todo aquello que es conveniente o necesario dentro del mismo derecho, rechazándose o bien, como lo expresa el propio Digesto, haciéndose innecesario para el Derecho, todo aquello en que el Juez haya excedido sus funciones.

e) Efectos en el Oficio del Juez al dictar éste una sentencia nula.

Primeramente el Digesto (87), contempla

(87) D. 49, 8, 1, 2.

una disposición que hace innecesaria la apelación contra una sentencia dictada contra las constituciones imperiales, por la sencilla razón que dicha norma no puede producir agravio alguno a las partes, pues no existe como tal, siendo ésta nula. Sin embargo, y dada la amplísima libertad con que está premunido el Juez privado, el propio Digesto (88), pese a la norma ya citada, prescribe la posibilidad de convicción que puede adquirir el Juez al emitir su fallo, convicción que le permite discernir, sea en forma solitaria o bien con la comparsa de su concilio, que su sentencia, pese a referirse a disposiciones consagradas en las constituciones imperiales, pueden ser plenamente válidas y por consiguiente, apelables, ya que este Juez, y así lo consagra el Digesto, no cree que su fallo estuviere afectando a determinada constitución imperial.

De esta forma la libertad de convicción con que cuenta el Juez, no sólo le permite adoptar criterios objetivamente concretos, sino también ingresos en la especulación subjetiva de determinación competencial y discriminadora de normas aplicables al caso específico.

Es necesario precisar como lo señala también Ursicino Alvarez Suárez (89), prescribe el he-

(88) D. 42, 1, 32.

(89) Alvarez S. Ursicino "Curso de Derecho Romano" pág. 467, obra citada.

cho que siendo el Juez un particular, resultaría inadecuado hablar de apelación de su sentencia, sigue prescribiendo este autor que la apelación surge sólo a partir del siglo I después de Cristo, en la época del Principado. Esta tesis que es casi aceptada por toda la doctrina, haría impertinente la aplicación de las dos normas del Digesto ya señaladas. Sin embargo, el objeto mismo de análisis constituido en estas conclusiones, sobrepasa o trasciende a la época misma de las disposiciones del Digesto y más bien se refieren solamente a la amplísima libertad con que contaba el Juez, para discriminar sobre la pertinencia de una norma para el caso preciso.

Además, si las normas contempladas en Digesto 49, 8, 1, 2 y 42, 1, 32, hubieran surgido en épocas de la Cognición Extraordinaria, quiere decir que en el período clásico, objeto de este trabajo, la libertad judicial era aún mucho mayor. A mayor abundamiento el tratadista Paul Jörs (90), piensa el procedimiento formulario, aunque reconoce que este recurso surge en forma definitiva en épocas de la cognición extraordinaria.

Por lo demás y como ya lo expresamos, siendo la época post clásica un período de mayor y acusosa reglamentación por un lado, y por otro derivándose en forma encadenada y cronológica las normas

(90) Jörs, Paul y Kuntze Wolfgang, "Derecho Privado Romano", pági. 531-2, traducción al español por L. Prieto Castro. Barcelona 1965, Ed. Labor.

del Digesto. No cabe más que señalar que el Juez en el período clásico-formulario, podía con absoluta libertad discriminar sobre si su sentencia estaría o no infringiendo alguna disposición de la Ley o de una manifestación Jurídica homónima a ésta.

f) De las infracciones que el Juez puede cometer al dictar un fallo.

En cualquier lugar del mundo, y en cualquier tiempo, un pueblo amante del libre albedrío no sólo se manifiesta por su sistema de Gobierno de Carácter Democrático, teniendo éste múltiples matices, sino también se manifiesta por muchos elementos nétamente jurídicos. Por ejemplo, la existencia de un estatuto penal pequeño que solamente sancione infracciones graves y concretas a bienes jurídicos de gran importancia.

En el período republicano de Roma, esta situación se producía prácticamente en su totalidad abarcando como es lógico al oficio del Juez. De este modo, el número de delitos o de meras infracciones a la Ley que el Iudex pudiera cometer en el desenvolvimiento de su ministerio son reducidísimas, a las cuales, ya nos hemos referido a lo que podemos decir con bastante sinceridad, prácticamente a todos ellos.

Es preciso volver a retomar para darle una mayor fuerza a nuestros dichos, una expresión normativa del Digesto (91), la cual prevé el caso que un Juez hubiera fallado mal un negocio, en caso alguno se dispone en esta norma que el Juez haya cometido un delito, sino solamente y por la carencia en la época clásica de la fuente de los "cuasi delitos", los que aparecen en el Derecho Justiniano, propiamente tal. De esta forma la ley sólo asimila, para el cobro de indemnizaciones la falta de Juez como un delito o "maleficio" pero en caso alguno le imputa tal hecho al Juez en el desenvolvimiento de su oficio.

Para los casos que si el Juez hiciera suya la litis o en definitiva prevarique derechamente, será necesario comenzar un nuevo juicio en los cuales y por expresa disposición de la Ley ha de acreditarse el dolo o intencionalidad de actuar con injuria por parte de este Juez.

De este modo, no viéndose amenazado el Juez por algún tipo de responsabilidad penal en el ejercicio de su ministerio, su conducta y decisión está amparada por una absoluta ausencia de coacción que le permite independizarse y fallar como su conciencia lo ordena.

(91). D. 44, 7, 5, 4.

A mayor abundamiento, Ursicino Alvarez (92), prescribe en forma retrospectiva, en el caso que durante la época de la Doce Tablas, el Juez hubiera recibido dinero de alguna de las partes, este Juez podía hacerse acreedor de la pena de muerte, reduciéndose esta sanción, como malamente (por su carácter escueto), lo expresa Ursicino Alvarez, durante el período clásico a una mera acción pecuniaria de "SI IUDEX LITEM SUAM FECIRIT".

(92) Alvarez S., Ursicino, "Curso de Derecho Romano", pág. 469.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.-Avila Martel Alamiro de.
"Derecho Romano, Organización Judicial y Procedi-
miento Civil"
Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1957.
- 2.-Aulo Gelio.
"Noches Aticas, Capítulos Jurídicos".
Ediciones Jurídicas, Buenos Aires 1959.
- 3.-Alvarez Suárez Ursicino.
"Curso de Derecho Romano".
Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.
- 4.-Scialoja Vittorio.
"Procedimiento Civil Romano".
Editorial Europa América, Buenos Aires 1954.
- 5.-D'Ors Alvaro.
"Derecho Privado Romano".
Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1983.
- 6.-Petit Eugene.
"Tratado Elemental de Derecho Romano"
Editorial Europa América, Madrid 1940.
- 7.-Mommsen Teodoro.
"Derecho Penal Romano"
Editorial Temis, Bogotá 1976.
8. Jörs Paul Wolfgang Kunkel
"Derecho Privado Romano"
Editorial Labor, Barcelona 1965.

9.-Carrelli Odoardo.

"La Genesi del Procedimiento Formulare"

Editorial Milano, Milán 1946.

10.-Gayo.

"Instituciones Jurídicas"

Editorial Iberia, Barcelona 1965.

11.-Cicerón Marco Tulio.

"Pro Publio Quinto" Discursos Políticos y Forenses.

Editorial Iberia, Barcelona 1968.

12.-Cicerón Marco Tulio.

"Tratado de los Deberes".

Editorial Macinal, Madrid 1975.

13.-Ignacio Cremades y Javier Patricio León.

"Consideraciones sobre la Responsabilidad del Juez en el Procedimiento Formulario".

Anuario de Derecho Español, Editorial Iberia, Madrid 1984.

