

randum -, y el otro, el *vindex*, con la de denunciar la violencia evitando la ejecución del *adsidius*⁴² al mostrar la *vis* o fuerza del derecho de éste último, del mismo modo que el *vindicans* mostraba también el poder, no ajeno, sino propio sobre la cosa reivindicada⁴³.

Nótese que ambas figuras, *iudex* y *vindex*, no sólo coincidieron en el plano etimológico y social, sino también en el económico pues *vindex* o garante del ciudadano rico, del *adsidius* - el hacendado que poseía tierras y estaba censado en función de las mismas, lo que encierra la idea de arraigo patrimonial en el lugar⁴⁴ - sólo podía serlo otro con solvencia económica y ello porque ambos cumplían ampliamente sus deberes cívicos -, a diferencia del *proletarius* que había declarado sólo 1.500 ases y podía ser avalado por cualquiera - conforme al famoso versículo cuar-

doctrina, oscilando entre la vinculatoriedad del juramento para el juez que debía resolver en función de lo jurado y la mera eficacia probatoria, que habría permitido un margen de discrecionalidad judicial.

⁴² Vd. A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit*, cit., 113 ss.

⁴³ Sobre estas cuestiones vd. A. D'ORS, *Crítica romanística*, en *Cuadernos compostelanos de derecho romano*, X, Santiago de Compostela, 1999, 19.

⁴⁴ Vd. C. RASCÓN-J.M. GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1993, 69.

PECCATUM IUDICIS Y JURAMENTO PROMISORIO EN EL PROCESO CIVIL ROMANO. REFLEXIONES DE AYER Y DE HOY*.

«No cometas injusticia con nadie o tendrás que apartarte de toda unión con los demás y renunciar a toda sociedad»

(I.KANT)

1. Introducción 2. Concepto y evolución histórica del juramento promisorio 3. Tránsito desde el *iudicatum* a la *sententia iudicis* y el correlativo cambio de contenido desde el arcaico *sacramentum aequum et bonum observare* al *insuandum leges et veritatem observare* del juramento justinianeo 4. Reflexiones de hoy

* El texto del presente artículo reproduce de forma ampliada y revisada el segundo ejercicio presentado en el concurso de Habilitación nacional para el acceso al cuerpo de Catedráticos de Universidad en el área de Derecho Romano, celebrado entre febrero y abril de 2008 en la Universidad de Murcia.

1. Introducción

Estoy cada vez más convencida de que algunas de las claves en la investigación romanística son, entre otras : a) la verbalización de la experiencia jurídica Romana, en el sentido de que en la sociedad romana el Derecho vino prefigurado en gran medida por el Lenguaje, dado que existe toda una serie de efectos jurídicos ligados al pronunciamiento de determinadas fórmulas verbales con las que no sólo se dice, sino que se hace algo¹ y b) la influencia de conceptos meta-jurídicos en la valoración de la realidad social y su consiguiente proyección en la elaboración de conceptos y reglas propios del mundo del

¹Al respecto vd. M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1992, 90, nt. 84. Sobre la íntima relación Lenguaje-Derecho y la función realizativa o performativa desarrollada por el primero respecto del segundo me he venido ocupando en distintos trabajos: *Andar y desandar el Derecho Romano*, Madrid, 2000, 67, nt. 62 ; *Fictio iuris-civitas augecens?*, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Reimundo*, Burgos, 2000, 426 nts.27, 29 y 30; y más recientemente en *El binomio Lenguaje-Derecho a propósito de la 'separatio bonorum'*, en *Atti del XVI Convegno Internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Roma, 2008, 473.

la ciudad no podía tolerar que aquélla fuera pronunciada erróneamente.

De ese modo el *iudex* de la fase material o substantiva del proceso civil, que había sustituido al *rex* y luego al magistrato del antíguísimo proceso unitario pero dotado ya de la estructura bifronte ritual y decisoria³⁹ que anunciaba la ulterior bipartición, subió muy alto en el escalafón social, al igual que el *index* de la *manus iniectio pro indicato*: ambos compuestos de *dicere* (derivación universalmente admitida por los etimólogos antiguos y modernos⁴⁰), uno, el *iudex*, con la función de denunciar tanto el derecho del vencedor como el suyo propio – o lo que es lo mismo la fuerza de su opinión o posición jurídica y de ahí que los juristas hablen de la *vis rei iudicatae*⁴¹ equiparándola precisamente al *iusiuramentum*

³⁹ Cfr. B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 24.

⁴⁰Las hipótesis que han excluido la derivación de *iudex* de *vis* se han encontrado con obstáculos semánticos difícilmente salvables, al respecto B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 39, nt. 110.

⁴¹Ulp. 76 ad ed. D. 44.5.1pr.: *Iusiurandum vicem rei iudicatae optinet non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum*. En este caso, se trata de la equiparación entre la eficacia decisoria del *iudicatum* y la del juramento diferido por uno de los litigantes al otro; respecto de éste último no hay unanimidad en la

mas, este rey etrusco atribuyó a particulares la misión de dirimir las contiendas civiles: Dionisio de Halicarnaso, *antiq. rom.* 4.25.2 y 4.36.2.

La invocación a Júpiter se explica porque el hecho de que éste se pusiera de su parte aumentaba la autoridad del juez, tal y como se desprende de los versos de Ovidio *fast.* 609: *...et quodcumque sua Juppiter auget ope* que establecen una relación etimológica entre *auctoritas* y *augeo*, verbo con múltiples significados, en este preciso contexto el de ampliar o dar plenitud a algo, actividad excelsa y propia de los dioses susceptible de ser trasladada a cualquier situación; en el caso que nos ocupa alude a cómo el juez impartía justicia soberanamente – y ésta sería la causa primera de la inmutabilidad de la sentencia que durante la época de las *legis actiones* se erigió en auténtico mito o postulado irracional³⁸ y por tanto incuestionable – designando al litigante vencedor que había pronunciado la fórmula verbal verdadera, *sacramentum iustum*, mercedora de llamarse *ius*, y descalificando el perjurio del vencido, pues

³⁸Al respecto G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia*, cit., 735. Sobre la *auctoritas* como dogma F.J. CASINOS MORA, *La noción romana de 'auctoritas' y la responsabilidad por 'auctoritas'*, Granada, 2000, 62.

*ius*².

En clara respuesta a tales inquietudes me ha parecido de sumo interés profundizar en el juramento que debía prestar el juez romano en el momento de ser nombrado a la hora de intervenir como tal en un determinado proceso, por cuanto se encuadra en el contexto mágico-religioso de las *certa et solemnia verba* a pronunciar por los sujetos intervinientes en un acto jurídico y, a la vez, responde a la proyección de la ética en la estructuración del *ordo iudiciorum*, trazando los cauces por los que debía discurrir para gozar de respaldo y de legitimación por parte del cuerpo cívico.

² Acerca de la penetración en el ámbito jurídico de ideas procedentes de otros órdenes normativos distintos del Derecho – sobre todo de la Ética y de la Religión – téngase en cuenta que incluso F. SCHULZ, acérrimo defensor de la 'Isolierung', reconoció que el Derecho tiene que ver con el orden social no jurídico, esto es con determinaciones de la costumbre y de la moral y con obligaciones extrajurídicas, *Prinzipien des römischen Rechts*, Munich, 1934, 14. En esta línea de pensamiento no comparto la visión pandectística según la cual las consideraciones morales, políticas y económicas son ajenas al jurista como tal : sobre esta visión vd. G. CRIFÒ, *Strategia della cittadinanza e riscoperta della tradizione*, en *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Lettere, Filosofia e Belle Arti*, LXXXIII,1997, 73.

En concreto, la ideas ético-morales que subyacían en ese juramento eran la *fides* y el *officium* con los que se articulaba el *munus iudicandi*, esto es la tarea o carga cívica de juzgar que recaía sobre todo ciudadano romano, incluido en el *album iudicum* por cumplir ciertos requisitos (entre otros ser varón, púber, sano de mente, senador o caballero a partir del siglo I a.C.) – o incluso no incluido, como lo demuestra el hecho de que algunas fuentes epigráficas recogen el nombre de jueces libertos, que no cumplían con el requisito de la ingenuidad y, por tanto, no figurarían en las listas³ – y designado de común acuerdo por los litigantes o, en defecto de tal, extraído por inseminación mediante un sorteo.

Sobre tales nociones me remito al espléndido trabajo, convertido en clásico, de L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milán, 1961, y a los estudios de A. CASTRESANA 'Fides, bona fides': un concepto para la creación del derecho, Madrid, 1993 y de I. CREMADES, *El 'of-*

ba a aquel juez troiano que se había dejado sobornar por una de las litigantes y debía sufrir por ello la pena capital, que incluso se transmitía a sus parientes cognados³⁶.

Ahora bien, resulta muy plausible que en la temprana monarquía romana la administración de justicia fuera uno de los *munia* según atestiguan diversos pasajes de Tito Livio (*ab urb. cond.* 1.41.5) y Ovidio (*fast.* 1.207), por lo que estaba asegurado el mayor de los escrúpulos en contar con la anuencia divina en su cumplimiento por parte de quien presidía el *oratio sacerdotum* sin necesidad de que profiriese tal juramento, pues era el supremo intérprete de los dioses³⁷; lo mismo cabe decir del magistrado – llámese *praetor* o *consul* – que lo sustituyó en los albores del régimen republicano y que seguía investido de *imperium regium*.

Y también es posible que la figura del juramento que nos ocupa se hiciera necesaria en edad serviana cuando, entre otras refor-

³⁶ Cfr. A. d'Ors, el juez era Paris que, previo pago, había dado la razón a Venus, motivo por el cual el poeta utiliza la expresión hacer suyo el litigio y que A. D'ORS, 'Litem suam facere', en *SDHI*, XLVIII, 1982, 379 lo relaciona con D. 5.1.15.1 que se verá más adelante.

³⁷ Serv. *aen.* 3.80.

³ Véase el caso de C. Blossius Celadus, Q. Laberius Cerdo maior y L. Coccinius Anthus con *cognomina* grecánicas que aparecen en las fórmulas de diversas tablillas pompeyanas del archivo de los *Sulpicii*. Al respecto vid. F. LAMBERTI, 'Tabulae Irnitanae'. *Municipalità e 'ius romanorum'*, Nápoles, 1993, 173.

to y la otra intimidatoria y ejemplarizante³⁵.

Así, lo que desde la óptica filosófica podía parecer excesivamente riguroso no lo era para la mentalidad del jurista ni respecto del cohecho ni respecto del perjurio judicial, pues tan reprochable en un juez sería dejarse comprar como faltar a la palabra dada a los dioses y la pena a imponerle debía corresponder con la gravedad de la ofensa a la comunidad, aunque en el segundo caso ya no provocase la *ira deorum* en una época secularizada como la suya sino que era una cuestión de justicia y honestidad: ... *iurandum... non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet*, Cicerón, *off.* 3.20, pasaje que puede enlazarse con el capítulo vigésimo octavo del mismo libro donde pregunta «¿tanta es la fuerza del juramento? ¿tememos la ira de Júpiter? Júpiter ni se enoja ni hace daño a nadie. Esta es la común opinión de todos los filósofos...» en clara alusión a los estoicos y epicúreos que le atribuían una virtud benéfica y saludable.

Por otra parte, curiosamente, cinco siglos más tarde todavía alguna fuente literaria como el poeta Draconio (*rom.* 8.35) invocaba

³⁵ Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per una palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 273 que recoge la tesis de Humbert sobre este punto.

ficium en el derecho privado romano. *Notas para su estudio*, León, 1998, y partiré del sentido más ancestral de la primera como protección o tutela que el más fuerte debía dispensar a la parte más débil, ocupando el juez esa posición preeminente respecto de los adversarios gracias al *iussum iudicandi*, especie de delegación de poder o 'Ermächtigung' – en terminología alemana⁴ – llevada a cabo por el pretor en calidad de representante de la comunidad autorizando a aquél para que juzgase.

De tal manera que desde la implantación de la bipartición procesal en fecha incierta – primero facultativa y después obligatoria según Brogginí⁵ y posiblemente coincidiendo con la aparición de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* –, una vez que se había celebrado la *litiscontestatio* las partes quedaban comprometidas a acatar la decisión judicial con la *reverentia* inmanente a la *fides iudicis*, pues éste estaba investido de un poder que se manifestaba en el efecto de cosa juzgada o, empleando la endiadís serviana,

⁴Cfr. R. DOMINGO OSLE, '*Auctoritas*', Barcelona, 1999, 17. Vd. también RE, VI, Stuttgart-Weimar, 1999, 100, 101.

⁵G. BROGGINI, '*Index arbitere. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*', Colonia-Graz, 1957, 83 con bibliografía en nota 96.

en la *vis ac potestas*⁶ del *iudicatum*, que durante siglos – concretamente hasta la tardía época altoimperial – fue definitivo por inapelable pues resultaba inconcebible que un particular revisara la sentencia de otro en el seno de un orden judicial no jerarquizado⁷, a lo que debe añadirse que sólo a partir del siglo I a.C. los juristas alcanzaron el suficiente grado de depuración conceptual y lógica como para saber separar la inmutabilidad de la sentencia de la cuestionabilidad de su fundamentación⁸, aspecto que no había aflorado

⁶ Sobre el empleo de esta expresión en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico romano vd. L. GUTIÉRREZ-MASSON, *La ritualización de la violencia en el derecho romano arcaico*, en *Index*, XXVIII, Nápoles, 2000, 253.

⁷Vd. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Turín, 1952, 113 ss; M. KASER, *Gli inizi della cognitio extra ordinem*, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, Milán, 1968, 177; J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma*, Madrid 1987, 62, nt. 4, que hace notar el contraste con el veto o *prohibitio* que pudieron ejercer entre sí los magistrados iguales o superiores en rango a consecuencia de la jerarquización del *curus honorum*, puesto de manifiesto por Cels. 25 *dig.* D. 42.1.14. Más recientemente D. DALLA-RJAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Turín, 2001.

⁸ Al respecto G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, en *Studi in on. di E. Betti*, III,

haber faltado él a su palabra³⁴ y por último, el régimen coincidente con la sanción del juez venal prevista por la ley de las XII Tablas, en concreto en la tabla IX, 3 según la reconstrucción comúnmente admitida sobre la base de un pasaje de Aulo Gelio *noct. att.* 20.1.7 donde el filósofo Favorino preguntaba al jurista Sesto Cecilio su opinión sobre la dureza de la *sacratio capitis* del juez que había aceptado dinero para dictar sentencia en un determinado sentido: *duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dandam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur*...

Ambos personajes, que evidencian cómo gramáticos y literatos de la época de los Antoninos se ejercitaron en la comprensión de los *verba decenvirales*, representaban las dos concepciones mantenidas en época clásica romana y que han llegado hasta nuestros días sobre la función de la pena: una reparadora del equilibrio turbado por el deli-

³⁴ J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 73 emplea la misma lógica argumental para deducir la existencia del juramento del juez, pues «si un particular era llamado a sentenciar sobre *sacramenta*, sólo podría actuar cuando él mismo hubiera dado a su vez un *sacramentum*».

lo más lejos posible³³, de tal manera que si incumplía su promesa era considerado *sacer* y caía en maldición por haber provocado la cólera jupiteriana, que podía ser aplacada por cualquiera ajusticiándolo posiblemente mediante lapidación – de ahí el símbolo de la piedra – que fue uno de los modos arcaicos de ejecución de la pena capital junto a la decapitación y el linchamiento previsto para el acreedor *addictus* o la mujer adúltera.

A pesar de la ausencia de fuentes que la atestigüen, la severidad de la represión del perjurio judicial no debe sorprender, teniendo en cuenta ante todo el contexto imbuído de superstición en el que se desenvolvió la historia de la *civitas* arcaica en cuyo seno el vínculo más estrecho para obligar la fe de los hombres era el juramento consagrado por los *mores maiorum* y recibido por la ley de las XII Tablas tal y como explica Cicerón en *off.* 31: «...que en ningún juicio procedían con más severidad que en estos de juramentos»; asimismo debe considerarse el hecho de que quien podía castigar con la pena de muerte al litigante que había proferido un juramento falso debía correr la misma suerte en caso de

³³ Cfr. B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1993, 61, nt. 209.

en el pensamiento de los *veteres*.

No obstante y como es bien sabido, el proceso civil romano fue uno de los más claros exponentes de la sabia combinación entre la *potestas* ejercida por el magistrado en la fase instructoria para encauzar correctamente la controversia en aras de una justicia predominantemente formal y la *auctoritas* o autoridad moral reconocida al juez por los litigantes y, por ende la colectividad (en expresión weberiana legitimidad carismática fundada en un prestigio casi sagrado⁹) que le permitía ponerle fin mediante su *sententia*, de *sentire*, u honda convicción, profundo sentimiento o convencimiento de que debía resolverse en ese sentido y no en otro, tal y como quisiera que se le juzgase a él si fuera parte en el litigio según una gran máxima del derecho natural aconsejada, entre otros, por Atenodoro a Augusto y por San Ambrosio a Teodosio El Grande¹⁰.

El *civis* sin más, al igual que el *politês aplôs* aristotélico, se definía por su poder de

Milán, 1962, 735.

⁹ F. GENTILE, *El ordenamiento jurídico entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, 2001, 19.

¹⁰ Elocuentes son los comentarios del marqués DE SILVA en *Gli uffici di M.T. Cicerone e sopra di essi*, Nápoles, 1855, 410.

participación en los órganos públicos y en la administración de la justicia : 'metéchein kérésais kai arhês', cobrando en este contexto el término *kérésis* o acto de juzgar el doble significado de poder y autoridad¹¹, pero prevaleciendo el segundo pues era manifestación de la *libertas* de los litigantes¹² que voluntaria y libremente decidían someter su controversia a un tercero, de ahí el doble efecto consuntivo y novatorio del momento de la *litiscontestatio* en que acontecía el pacto testimonial de auto limitación de sus libertades individuales para acatar la decisión judicial, pues en definitiva lo que se había producido era una *deditio in fidem iudicis*, una entrega incondicional al recto parecer del juez.

De acuerdo con los muy argumentados y convincentes planteamientos de ANDRE MAGDELAIN en su obra póstuma *De la royauté et du droit de 'Romulus' à 'Sabinus'*¹³, la

¹¹ S. MAS TORRES, *Ethos y polis*, Madrid, 2003, 308.

¹² R. DOMINGO OSLÉ, 'Auctoritas', cit., 3, 36, que ve esa misma expresión de *libertas* en la propia bipartición del proceso que suponía la limitación de la potestad del magistrado por la autoridad moral del juez, y que también respondió a la secularización del orden judicial acaparado en sus inicios por los dirigentes político-religiosos de cuño patricio.

¹³ A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de 'Romulus' à 'Sabinus'*, París, 1995.

tativas opuestos, lo que conduce inevitablemente al *ius controversum*, de ahí la importancia de los retóricos, que recogían la *ratio iuris* esgrimida por cada parte e incluso la enriquecían con ulteriores argumentos.

Como puede observarse, orador y retor emplearon el término *iusiurandum* mientras que el mandato imperial dirigido al pretor del pretorio hablaba de *sacramentum*, por lo que presumiblemente (teniendo en cuenta que hace referencia a los antiguos legionarios y que justifica la necesidad de restringirlo para evitarse los muchos perjuicios que su desuso había provocado³²) se trató del antiquísimo juramento *per Iovem lapidem* - o de su emanación *Dius Fidius* - del que tenemos noticias gracias a Festo (*de verb. sign.*, voz *Lapidem*) Polibio (*hist.* 3.25.6) y Aulo Gellio (*noct. att.* 1.21.4), que consistía en una consagración de sí mismo al castigo divino pronunciando unas determinadas palabras que no han llegado hasta nosotros y acompañándolas del *gestum* de arrojar una piedra

³²Tal y como explica J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 68, nt. 14, nos encontramos ante «el cierre del círculo evolutivo», en cuyo seno el antiguo juramento coincide con el nuevo en el que se invoca al Dios cristiano.

A pesar de la cautela necesaria respecto de las fuentes literarias en la investigación romanística, creo que en este caso son merecedoras de credibilidad: baste recordar que las grandes figuras del Humanismo jurídico como Alciato, Budée o Cujas preconizaron la reconstrucción del derecho romano en su forma original, tomando como referente a Cicerón que para ellos era el modelo de humanista, orador, pensador, abogado forense e incluso jurista.

En cuanto a Quintiliano, son numerosos los romanistas italianos entre ellos Mantovani³¹ que están revalorizando la teoría de la argumentación y su relación con el derecho, pues éste no se reduce ni a enunciado normativo ni a discurso persuasivo sino que es conflicto de intereses defendidos por criterios jurisprudenciales y técnicas argumen-

disceptatores non alter litium primordium accipere, nisi prius ante iudicalem sedem sacrosactae deponentur scripturae: et hoc permaneat non solum in principio litis, sed etiam in omnibus cognitionibus usque ad ipsum terminum et definitivae sententiae recitationem.

³¹ D. MANTOVANI, *El derecho romano después de Europa, en El papel de la historia en la formación del jurista europeo. Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, IX, Madrid, 2006, 380-381; ID., *L'edissi Della natura al tempo del interpolazionismo*, en *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, I, Pavia, 2006.

iudicatio o judicación del juez, la actuación del derecho, consistía en liberar el poder inherente a la *iusta formula* del litigante que en su opinión se había expresado conforme a derecho (*ius est o aequum est*): – declaración que dejaba de ser mera pretensión para convertirse en fórmula performativa pues sentaba derecho, volviendo a la idea destacada al comienzo de mi exposición – y presentaba como elementos constitutivos, en palabras de Álvaro d'Ors¹⁴ el saber prudencial *ad casum* y el reconocimiento social¹⁵.

Ahora bien, ese saber o *episthème* podemos enlazarlo de nuevo con la idea de poder en el sentido de fuerza moral que encontramos en la Iliada de Homero (13. 223), que no necesariamente entraña el conocimiento de algo sino la posibilidad práctica de desarrollar una actividad que lleve al conocimiento. En la misma línea, en Heródoto (3. 103) y en Heráclito (frag. 57) el término *episthème* indica convencimiento, que si es profundo se traduce por saber o conocer¹⁶.

Es claro que el sentido común, la respetabilidad, la objetividad, serían cualidades

¹⁴ R. DOMINGO OSLÉ, '*Auctoritas*', cit., 3, 36.

¹⁵ R. DOMINGO OSLÉ, '*Auctoritas*', cit., 65, nt. 60.

¹⁶ E. LLEDÓ, *Lenguaje e historia*, reimpr. Madrid, 1996, 123.

muy apreciadas por los contendientes en orden a elegir al juez, en definitiva la presunción de una imparcialidad o *aequitas* de la que había hecho gala hasta entonces, y se traducían en la autoridad moral que le reconocían por lo que, en principio, no debería haber acreditado nada más¹⁷.

Sin embargo, en el caso del juez y ya desde antiguo no bastaba esa inicial presunción que era a todas luces *iuris tantum*, sino que para reforzarla y justificar el carácter inapelable de la sentencia y ni siquiera revivable por el propio juez (según un comentario de Ulpiano a Sabino, pero interpolado¹⁸ y recogido en D.42.1.55: *...ut index...corrige sententiam suam non possit*, aunque hubiera condenado de más o de menos pues mal o bien había cumplido con su deber *male seu bene officio functus est*), hacía falta que el juez

¹⁷Vd. A. D'ORS, *Derecho y ley en la experiencia europea*, en ID., *Parerga*, 1988, 122.

¹⁸ Cfr. *Index interpolationum quae iustiniani digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929-69, 23 y B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, en *Studi in on. di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 53, nt. 96, donde considera interpolado desde *et hoc iure utimur...* hasta *functus est*, y reenvía a otro texto de Alfeno Varo recogido en el mismo libro y título, fragmento 62. acerca de la imposibilidad de corregir la sentencia en el procedimiento formulario.

En concreto las fuentes de que disponemos son Cic. *off.* 3.10.43-44²⁷ y el discurso *pro Cluent.* 43.121²⁸, Quint. *inst. orat.* 5.6.4²⁹ y por último el Código de Justiniano 3.1.14³⁰.

²⁷ *Maxime autem perturbantur officia in amicitiiis, quibus et non tribuere quod recte possis, et tribuere quod non sit aequum, contra officium est... At neque contra rem publicam neque contra ius iurandum ac fidem amici causa vir bonus faciet, ne si index quidem erit de ipso amico; ponit enim personam amici cum induit iudicis... 44. Cum vero iurato sententia dicenda sit, meminertit Deum se adhibere testem, id est, ut ego arbitror, mentem suam qua nihil homini dedit Deus ipse diuinus. Itaque praeclarum a maioribus accepimus morem rogandi iudicis, si eum teneremus, quae salva fidem facere possit. Haec rogatio ad ea pertinet quae paulo ante dixi honeste amico a iudice posse concedi; nam si omnia facienda sint quae amici velint, non amicitiae tales sed coniurationes putandae sint.*

²⁸ *Itaque non solum illud ostendam quod iam videtis, pópulo Romani suffragiis saepe numero censorias subscriptiones esse deletas, verum Etim. Iudicis eorum qui iurati statuere maiore cum religione et diligentia debuerunt...*

²⁹ *At is qui defert alioqui agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat, et eum cuius cognitio est onere liberat, qui pfecto alieno iurando stari quam suo mavult.*

³⁰ *Rem non novam neque insolitam agredimur, sed antiquis quidem legislatoris placitam, cum vero contempta sint, non leve detrimentum causis inferentem. Cui enim non est cognitum antiquos iudices non aliter iudicalem calculum accipere, nisi prus sacramentum praestitissent omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse disposituros? 1. ...sancimus...et generaliter omnes omnino iudices romani iuris*

en virtud de pacto o por imposición del juez como *maximum remedium...in usum...deciduntur controversiae*²⁴ según un comentario de Gayo al edicto provincial, pero nada se dice del juramento promisorio del juez.

Por otra parte, como observaron primero Deauvillier²⁴ y más tarde Pugliese²⁵, los juristas clásicos prestaron una atención marginal a la cuestión de la injusticia judicial, tratándola no de forma autónoma sino como uno de los aspectos de la eficacia de la sentencia y respecto de los litigantes o incluso de terceros, pero no respecto del propio juez. Todo ello sumado ha hecho que la doctrina romanística le haya prestado poca atención a nuestro juramento²⁶, a pesar de ser, haciendo mía la expresión gayana, *maximum remedium*, para prevenir el *peccatum iudicis*.

2. Concepto y evolución histórica del juramento promisorio

²⁴ J. DEAUVILLIER, *La théorie de l'iniuria iudicis dans la procédure formulaire*, Toulouse, 1937.

²⁵ G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia*, cit., 727 ss.

²⁶ Vd. como obra más reciente R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'index privatus'*, Milán, 2004.

jurase, en época pagana invocando a Júpiter dios de los juramentos, o ya en época cristiana a Dios o a la Santísima Trinidad, que iba a actuar durante el litigio como un *bonus vir*, adecuando su conducta a ese referente o estándar de honestidad, equidad y justicia que resultaba de cumplir los *tria iuris praecepta* proclamados por Ulpiano en D. 1.1.10.1, y que iba a dirigir el proceso con absoluta diligencia lo que implicaba escuchar con atención a las partes, valorar correctamente las pruebas, solicitar el asesoramiento jurisprudencial y dictar sentencia.

Tales principios ulpianos, sobradamente conocidos, de *boneste vivere, alterum non laedere* y *ius suum cuique tribuere* se encontraban ya mucho antes en el pensamiento romano por influencia estoica, tal y como lo demuestra, entre otros, el pasaje ciceroniano *off.* 3.10.42 donde el arpinate afirma que no es injusto que cada cual busque lo que necesita (*non iniquum est*), pero sí es injusticia notoria quitárselo a otro para conseguirlo (*alteri deripere ius non est*)¹⁹.

Ese antiquísimo juramento del juez en

¹⁹ Reproduco la traducción del texto latino de M. VALBUENA, *Los oficios*, III, 10, en *Obras completas*, IV, Madrid, 1928. Con ligeras variantes, J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 5, 81.

el momento de llevarse a cabo la *nominatio iudicis* y de recibir el *iussum indicandi* para intervenir y decidir un proceso concreto era distinto de aquél otro que debía haber pronunciado con anterioridad para ser inscrito en el *album indicum*; del primer juramento tenemos noticia gracias a las leyes municipales, lo que ha permitido suponer la recepción del que existía en la urbe²⁰. En concreto aparece en el capítulo 69 de la *lex Irnitana* en la rúbrica *De iudicio pecuniae communis*, en cuyo seno los decuriones y conscriptos debían, antes de votar, jurar por Júpiter, por Augusto y Claudio, por los primeros emperadores de la dinastía Flavia, por el genio de Domiciano al frente de Roma en ese momento y por los dioses Penates, que juzgarían conforme al *aequum et bonum*²¹ y a lo que favoreciera más el interés común: ... *prius quam sententias ferant, quisque forum iuret per Iovem et divom Augustum, et divom Claudium, et divom Ves (pasianum) Augustum), et divom Titum Augustum et genium imp. (eratoris) Domitiani Ang (usti), deosque Penates: se*

²⁰ En este sentido J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 71, nt. 19.

²¹ El *bonum et aequum* aparece como fuente del derecho, junto a la *natura*, la *lex*, el *pactum* y la *consuetudo* en los textos literarios como el *Auctor ad Herennium* 2, 19.

*quod aequum bonumque et maxime e re communi eius municipi esse censeat indicaturum*²².

Debe subrayarse, antes de nada, que la inclusión de los referidos emperadores en la fórmula del juramento fue una de las modificaciones introducidas por la *lex Flavia municipalis*, copiada por la ley Irnitana, respecto de su modelo augusteo.

Aunque iba referido a los juicios públicos y los capítulos 86 y siguientes de la referida ley – que tratan de la elección y publicación de los nombres (*De iudicibus legendis proponendis*) y de la recusación y nombramiento de los jueces privados (*De iudicibus reuocendis dandis*) respectivamente – no mencionan tal juramento, los pocos autores que se han ocupado del tema, como Paricio, admiten una posible interpretación analógica²³ acerca de su existencia en los *iudicia privata*.

Son escasas las fuentes que poseemos respecto del juramento que nos ocupa, casi todas ellas literarias, a lo que debe unirse el hecho de que el segundo título del libro décimo segundo del Digesto dedicado al *iussurandum* trata del juramento decisorio que podían prestar las partes en la fase instructoria

²² *Texto bilingüe de la 'lex Irnitana'*, de A. D'ORS y J. D'ORS, Santiago de Compostela, 1988, 50-51.

²³ J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 71.

to de la tabla primera de la ley decenviral *Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario quis volet vindex est*⁴⁵.

Por su parte, todo juez que figurase en el *album indicum* debía contar con un patrimonio personal de 400.000 sestercios, o a partir de la reforma augustea 200.000 si intervenía en procesos de cuantía menor (*de levioribus summis*)⁴⁶, lo que tiene mucho sentido si se tiene en cuenta que la responsabilidad pecuniaria en la que podía incurrir era exactamente igual al daño causado al litigante lesionado, pudiendo éste ejercitar contra él la *actio adversus indicem qui litem suam fecerit*, o incluso elevarse al doble si entablaba la *actio dolii* por considerar fraudulenta la actuación judicial.

⁴⁵ Sobre la identificación entre *adsiduus* y *locuples* en el comentario de Gayo a la ley decenviral contenido en D. 50.16.234.1 siguiendo una larga tradición de interpretaciones de la ley de las XII Tablas llevadas a cabo por los *veteres* O. DILIBERTO, *Materiali per una palingenesi*, cit., 85 ss.

⁴⁶ Las leyes municipales de la época de los flavios ponen de relieve que esta misma exigencia económica aunque reducida proporcionalmente a la densidad de población se implantó en los municipios *ad exemplum rei publicae*: 5.000 sestercios en la *lex Imitana* y 10.000 sestercios en la *lex Malacitana*. Al respecto cfr. F. LAMBERTI, *Tabulae Imitanae*, cit., 170.

La primera acción, de cuño arcaico y remozada por el derecho pretorio, se designó con la rúbrica edictal bajo cuyo título aparecía en el Edicto Perpetuo según la reconstrucción leneliana⁴⁷: rúbrica muy elocuente pues 'hacer suyo el litigio' podía implicar tener interés personal en resolver en un determinado sentido faltando a su deber de imparcialidad, tal y como fue concebida en época tardía, o asumir como propia la responsabilidad de la controversia en la que intervenía y que, por no hacer bien la *diffisio* o por no sentenciar sin haber jurado *non liquere*, no ver claro el asunto, frustraba la acción lesionando los intereses del demandante.

Incluso puede verse como sostuvo Voigt⁴⁸ una especie de novación subjetiva o *translatio iudicis* en la que cambiaría la persona del demandado, pues el juez con su conducta reprochable había asumido su posición; similar argumentación lógica, pero *a sensu contrario*, encontramos en el texto ulpiano de D. 44.5.1pr. ya citado *supra* en nota 40 a pro-

⁴⁷O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1929, 59. (Nótese que no aparece en la reconstrucción de Rudorff).

⁴⁸M. VOIGT, *Die XII tafeln: geschichte und system des Zivil und Kriminalrechts wie prozessen der XII tafeln nebst deren fragmenten*, I, Aalen, 1966, 555.

pósito del litigante que defería el juramento y convertía al otro en su propio juez, exonerando en la práctica a éste último de cumplir con el *munus indicandi* (...*cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum*), pues el juramento del litigante zanjaba definitivamente la cuestión con la misma fuerza de una sentencia (*iusiurandum vicem rei iudicatae optinet*...).

Cabe observar la misma idea en el pasaje de Quintiliano ya citado y referida al juramento promisorio del juez, que en cierto modo era suplido por el juramento del litigante (...*qui profecto alieno iureiurando stare quam suo mavult...cum litis adversarium iudicem faciat...et eum cuius cognitio est onere liberat*...); volviendo a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit*, y sin entrar en las muchas cuestiones que ha suscitado, sólo destacaré a efectos del tema que nos ocupa: 1) su carácter taliónico, lo que confirma su origen arcaico⁴⁹ coincidiendo con la pena del talión prevista por la ley de las XII Tablas para algunos delitos como la lesión del *membrum ruptum*, 2) su carácter penal, dado que sancionó una obligación de resarcimiento del daño asimilada a la delictual bajo la expresión *quasi ex maleficio*, a pe-

⁴⁹Al respecto J. L. MURGA, *Derecho romano clásico*, II. *El proceso*, Zaragoza, 1983, 67.

sar de que la condena no fuera de un múltiplo del valor de la cosa litigiosa y que su intransmisibilidad pasiva fuera controvertida por los juristas clásicos – en concreto parece que fue negada por Juliano antes de codificar el Edicto y aceptada por Ulpiano que recogió el sentir general – y 3) el tipo de responsabilidad objetiva en la que se fundamentó, pues estaba prevista para el caso en el cual el juez⁵⁰ omitía su deber de sentenciar o daba una sentencia nula por no ajustarse a los términos de la fórmula, lo que implicaba desacato al *iussum indicandi* recibido del pretor, sin necesidad de que hubiera concurrido en él intención alguna de favorecer a una de las partes en detrimento de la otra: típico expediente de la responsabilidad objetiva para tramitar el resarcimiento de daños soslayando la prueba del dolo o de la culpa en el agente y que es considerado por muchos autores como el criterio aglutinante usado por los compiladores justinianos para reunir en una misma categoría los llamados, a partir de la glosa medieval, cuasidelitos. En las *Institutiones* al igual que en el *Codex* utilizaron la expresión *obligatio quasi ex delicto* donde apare-

⁵⁰ *Litem suam facere* aparece en el capítulo 91 de la *lex Iritana* referido a la *dijisio* o aplazamiento del juicio sin haber dictado sentencia.

pero ¿qué pasaría si tuvieran que jurar *ante sacrosanctae scripturae*, como ordenó Justiniano, que decidirán y votarán conforme no sólo a las leyes sino a la verdad de conciencia?

LAURA GUTIÉRREZ – MASSON

Titular de Derecho Romano

Universidad Complutense de Madrid

E-mail:

4. Reflexiones de hoy

Hasta aquí las reflexiones del ayer, pero deseo concluir mi exposición con dos breves reflexiones de hoy, tal y como figura en el subtítulo del presente trabajo: la primera es que quizá la escasa atención prestada por la doctrina moderna al juramento promisorio en evitación del *peccatum iudicis* responde a la pérdida de valores por la que atraviesa nuestra sociedad, similar a la que sufrió la Roma imperial, a pesar de ser la ética del sistema judicial y administrativo uno de los pilares de toda colectividad y en cualquier momento histórico.

No en balde decía Aristóteles en su tratado *Pol.* I 1253^a, 1-18, que «...lo propio del hombre en relación con otros animales es diferenciar el bien del mal, lo justo de lo injusto y otras cosas parecidas...».

La segunda reflexión gira en torno a la conveniencia de extrapolar el juramento judicial revigorizado por Justiniano a nuestro tiempo y abre un interrogante: en el momento de tomar posesión de su cargo los jueces actuales así como otros funcionarios públicos juran o prometen de manera similar, salvando las distancias, a como lo hacía el juez romano al ser incluido en el *album iudicum*,

ce el sustantivo *ton kuasidelicton* que recibió notable acogida posterior es en la Paráfrasis de Teófilo de las Instituciones justinianas.

En esta línea de pensamiento, resulta de sumo interés el texto extraído de los *libri rerum cottidianarum sive aureorum* (D. 44.7.5.4), geminado con alguna variante en D. 50.13.6 y reproducido por las Instituciones de Justiniano 4.5 que explica cómo el juez había hecho suyo el litigio por haber cometido un *peccatum*:

Gai 3 *aur.* D. 44.7.5.4: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri

Gai. 3 *aur.* D. 50.13.6: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

I. 4.5: Si iudex litem suam fecerit, non pro-

prie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam : ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.

Estos tres textos presentan interesantes variantes muy estudiadas por la doctrina⁵¹: así frente a la brevedad de las *res cottidianae* que se limitan a hablar de la obligación cuasidelictual del juez sin aludir a ningún mecanismo procesal para exigirle responsabilidad, en el texto del quincuagésimo libro del Digesto los compiladores añadieron la referencia a una *actio in factum* con la que se le podía imponer una *condemnatio in quantum ob eam rem aequum videbitur* reproduciendo la cláusula condenatoria de la fórmula de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* según la reconstrucción leneliana⁵², con la única alte-

⁵¹ Más recientemente J. M. COMA-FORT, *Noxalidad y obligaciones cuasidelictuales: una opinión de Juliano*, en *I^{er} Jornadas de Historia do Direito Hispânico. Actas, 12-13-14 de Janeiro 2004*, 130-134.

⁵² *Si paret Nm Nm litem, quam inter. Am Am et Lucium Titium indicare iussum erat, suam fecisse quantum ob ea rem aequum videbitur Nm Nm A^o A^o condemnari, tantam pecuniam rell.* Fórmula propuesta por O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., tit. XIV, 59, 64.

la *veritas iudicis* se convertiría en *veritas omnibus* en virtud de la *regula iuris* ulpianea contenida en D. 50.17.207 *res indicata pro veritate accipitur*.

La presunción *iuris et de iure* de veracidad de la sentencia firme explica que ya no se tratara tanto de la *fides iudicis*, de la confianza depositada por los litigantes en el juez, sino de la *fides sententiae*, esto es la confianza depositada por el propio Estado en la correspondencia de la *veritas* contenida en la sentencia con la verdad real y cósmica de la naturaleza de las cosas.

En aras de la brevedad, sólo mencionaré sin profundizar en él un rescripto de Antonino Caracalla mencionado por Paulo en D. 4.8.14 en el que el emperador respondió que el juez podía *retractare causam* si el *arbitrator inimicus apparuerit*, si resultaba ser enemigo de alguno de los litigantes y hubiera persistido en dictar el laudo en vez de abstenerse, texto que enlaza con el muy comentado de D. 5.1.15.1 donde se da como ejemplo la enemistad manifiesta del juez (recordemos...*si evidens arguatur eius vel... inimicitia...*) y, aun- que uno fuera referido al *arbitrator* y el otro al *iudex*, la analogía permite seguir cuestionando su también referido carácter glosemático.

sdzionale»⁶⁷.

Incluso por eso se utiliza el sinónimo de *placitum* en vez de *sententia* que recuerda la famosa definición de la constitución imperial como aquello que le place al emperador que obtenga fuerza de ley (*quod placuit principi legis vicem obtinet*), porque en esa correlación mental la sententia emanada de él o de algún funcionario subordinado no sólo aplica sino que crea el derecho⁶⁸ y de ahí la fuerza legal de la *res iudicata*.

Esa misma transformación lingüística – que no sólo respondió a razones de política legislativa y al cambio en el sistema de fuentes sino también y sobre todo al nuevo papel asignado al juez y a su mayor libertad de movimientos en el procedimiento cognitorio, público y jerarquizado – la encontramos en la fórmula del juramento que nos ocupa: dado que gozaba de discrecionalidad técnica para decidir la controversia, Justiniano decidió que uno de los límites convenientes, al igual que la apelación y la *retractatio*, era el antiguo juramento adaptado de actuar con arreglo a lo dispuesto en las leyes y a la verdad, pues en caso de que deviniera firme

⁶⁷ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, en ID., *Scritti giuridici*, II, Milán, 1965, 454.

⁶⁸ B. BIONDI, *Appunti*, cit., 454.

ración de emplear *visum fuerit* en vez de *videbitur*, que sí aparece en cambio en las Instituciones.

Sin entrar en las alteraciones textuales, deben destacarse dos cuestiones: a) la ubicación sistemática del texto pseudo-gayano en el título XIII consagrado a los cuatro tipos de cognición extraordinaria según Calístrato, jurista tardo-clásico que le dedicó especial atención junto a Marciano y a Modestino, y más específicamente después de aquélla en la que se juzga la fama de alguien⁵³, pues lógicamente el juez que juzgaba mal sufría una merma o privación del reconocimiento social del que hablé al comienzo de mi exposición y b) la terminología empleada = la frase edictal *index litem suam fecerit* se explica como *peccare*, verbo con varios significados: cometer una falta, equivocarse, obrar erradamente y pecar con una posible derivación etimológica de *pes* = pié sería dar un traspies o un paso en falso, que en el lenguaje cristiano adquirió el sentido moral de tener un fallo culpable⁵⁴; se acompaña del término no téc-

⁵³ *Call. 1 de cogn. D.50.13.5.1: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.*

⁵⁴ Cfr. A. D'ORS, 'Litem suam facere', cit., 389, nt. 73. Para la Iglesia toda la violación del Derecho era

nico *imprudentiam*, igualmente polisémico, que se suele traducir por imprudencia pero caben también irreflexión, descuido y falta de conocimientos o ignorancia, tal y como puede leerse en la Paráfrasis griega de Teófilo, por lo que en este preciso contexto resulta plausible que se refiriera a una falta no necesariamente dolosa ni culposa del juez — como sostienen los autores que afirman su responsabilidad objetiva⁵⁵ por el simple hecho de no dar sentencia —, pero se puede entender también como *imperitia* siguiendo a Heumann y Seckel⁵⁶, que aplicada al *index privatus* sería la falta del saber prudencial que le había hecho cometer un *damnum*⁵⁷ en épo-

pecado, por lo que había que impedir su aparición y evitar sus maléficas consecuencias y lo que importaba no eran los intereses ni la composición, sino la salvación de las almas; sobre el pecado como injusticia privada, vid. H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. esp. G. Hernández, Barcelona, 1987, 97 ss.

⁵⁵ Entre otros A. d'Ors, M.T. Giménez-Candela, J. Paricio.

⁵⁶ Cfr. H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, voz *imprudentia*, Jena, 1926, 411.

⁵⁷ De nuevo resulta esclarecedora la *lex Irnitana* que no emplea la expresión *litem suam facere* sino su equivalente *litem damni iudici fieri*, plasmando la mentalidad propia de la tramitación *per formulas*.

recho que debía ajustarla a un poder *ad casum* preciso y definido en la *formula* y recibido del *iussum indicandi* del magistrado, sino de un acto emanado de quien había recibido de las leyes un poder jurisdiccional con carácter general: de ahí que el término *sententia* a partir de finales del siglo III y sobre todo durante el siglo IV — como puede verse en textos de Hermogeniano y Arcadio Carisio — cobrara un sentido técnico de acto emanado de una de las instancias de la función jurisdiccional del Estado y que se empleara la expresión *dare sententiam*, mientras que con anterioridad se hablaba de *pronuntiare* o *dicere sententiam*. Asimismo, en el cambio de expresión se reflejaba el distinto fundamento de la decisión: mientras que la sentencia clásica era fruto de la combinación de *potestas* y *auctoritas* del juez, en la sentencia del procedimiento cognitorio prevaleció la primera, pues el reconocimiento social en función de su autoridad moral venía implícita en la función y no necesitaba de la intermediación consensuada de las partes, en palabras de Biondi «la sentencia ha il carattere di un ordine che vincola le persone a cui si rivolge... È più un provvedimento amministrativo che un atto giuri-

non enim non est cognitum...?; por último y sobre todo la referencia al contenido del *sacramentum* que, según Justiniano, sería el respeto de la verdad y de la ley (...*antiquos iudices non alter iudicalem calculum accipere, nisi prius sacramentum praestitissent omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse disposituros?*).

La fórmula *veritas et leges* debió ser una repriminación justiniana del *aequum et bonum* arcaico y clásico para adaptarlo al contexto socio-jurídico en el que todo el derecho vigente se articulaba en torno a las constituciones imperiales, ya fuera establecido ya fuera recibido por ellas: el juez arcaico y clásico juraba observar estrictamente el tenor de la *formula* a la hora de emitir el *iudicatum* y decir cuál de las dos situaciones en liza era la jurídica — *ius est* o *aequum est* — pues a eso se limitaba su *officium* durante la tramitación del *lege agere* y del *agere per formulas* tal y como vimos en el texto de Ulpiano de D. 42.1.55, mientras que en derecho justiniano debía ya jurar que dictaría una sentencia ajustada al derecho vigente, aplicando correctamente sus propios conocimientos técnicos, y con sinceridad de conciencia, con el pleno convencimiento de que su *sententia* era la *vera*.

Pues, ya no se trataba de un parecer u opinión como la del *index privatus* lego en de-

ca clásica consistente en la desidia de provocar la caducidad de la acción, o una *iniuria* a partir de la época posclásica por dictar una sentencia injusta movido por la amistad o enemistad hacia alguno de los litigantes o cualquier otro motivo sórdido o vileza como el soborno, tal y como puede verse en el texto atribuido a Ulpiano comentando el edicto en D. 5.1.15.1 ya citado en varias ocasiones. Pero a causa de la vaguedad de la referencia al *fraus legis*, por su incongruencia con la casuística del dolo que apunta más a la injusticia maliciosa que a la trasgresión del imperativo legal y por la condena al equivalente económico del asunto y no al *bonum et aequum* ha sido considerado por algunos autores glosemático⁵⁸: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur cum 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 veram aestimationem litis praestare cogatur*.

No obstante, la *vera aestimatio litis* equivale al *quanti ea res est* de la condena prevista para el dolo — mientras que la *condemnatio in aequum* estaba prevista para la *imprudencia*⁵⁹ — y

⁵⁸ Sobre todo ello vd. A. D'ORS, '*Litem suam facere*', cit., 378.

⁵⁹ Esta es la opinión de O. LENEL, *Das Edictum*

la violación de preceptos jurídicos (que a partir de la edad severiana produjo la nulidad de la sentencias por la motivación política de ser el emperador fuente de tales preceptos⁶⁰) podría ser, como apuntó Beseler simple error mecánico de copia que cambió *litigatoris* por *legis*⁶¹, argumentos que abogarían por la claridad del texto, aunque éste último no sea muy convincente.

En cualquier caso, y con independencia de su genuinidad o no, se trata de un texto muy importante para la cuestión que tratamos y sobre el que volveré más adelante a propósito de varios pasajes ciceronianos con los que guarda estrecha relación.

Cicerón en *pro Cluent.* 43.121 nos informa de que la fórmula del juramento promisorio era la de sentenciar con la mayor religiosidad y diligencia (...*qui iurati statuere maiore cum religione et diligentia debuerunt*) y en *off.* 3.10.44 alude a la antigüedad de aquél que exigía a los jueces lo que se pudiera hacer salva la *fides* pues ponían a su conciencia por testigo (*Cum vero iurato sententia dicenda sit...se adhibere mentem suam...Itaque praeclarum a*

Perpetuum, cit., 168.

⁶⁰Al respecto G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia*, cit., 776.

⁶¹Cfr. A. D'ORS, '*Litem suam facere*', cit., nt. 31.

niano, quien vislumbró la conveniencia para la solidez moral de la sociedad de recuperar instituciones arcaicas adaptadas a la nueva fe por cuanto no habían perdido en nada su utilidad (...*non minimam suae utilitatis experientiam litigantibus...*): tal era el caso del *insurandum iudicialis* que a partir de ese momento debía ser *ab omnibus iudicibus observandum* (C. 3.1.14.3).

Del extenso mandato imperial al precepto del pretorio deben destacarse varias ideas: en primer término la alusión a la antigüedad y a la difusión del juramento judicial que se justifican por la gravedad del perjuicio que con él se pretendía evitar a los litigantes (*rem non novam neque insolitam adgredimur...non leve detrimentum causis inferentem*); en segundo lugar la sanción por parte de los antiguos legisladores, que se repite en el párrafo primero, presumiblemente referida a los decenviros si tenemos en cuenta que la ley de las XII Tablas recogió muchos de los juramentos creados *moribus*⁶⁶, que, al igual que en ésta, se utiliza la palabra *sacramentum* y que la memorización secular de sus preceptos explica que fuera todavía muy conocido en época justiniana, de ahí el interrogante *cui*

⁶⁶ Al respecto cfr. J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 70.

tales sed coniurationes putandae sint).

3. Tránsito desde el *indicatum* a la *sententia iudicis* y el correlativo cambio de contenido desde el arcaico *sacramentum aequum et bonum observare* al *iusiurandum leges et veritatem observare* del juramento justiniano

La última parte de mi exposición versa sobre el tránsito desde el arcaico *sacramentum* de respetar el *aequum et bonum* al juramento justiniano de respetar *leges et veritas*, congruente con el tránsito desde el *indicatum* a la *sententia iudicis*.

Para ello me detendré en la ya citada constitución de Justiniano del año 530 recogida en el C. 3.1.14, que es sin duda uno de tantos exponentes del carácter regresivo de la historia y, por ende cómo fenómeno histórico que es, del derecho. Así, tras un extenso periodo coincidente con la tramitación del procedimiento formulario, en el que se había perdido el carácter sacral y religioso propio de las antiguas acciones de la ley, la tramitación *extra ordinem* se vio progresivamente penetrada de un cúmulo de conceptos meta jurídicos provenientes del Cristianismo lo que llegaría a su cenit con el emperador Justi-

maioribus accepiumus morem rogandi iudicis, si eum teneremus, "quae salva fide facere possit). Idea que coincide con el texto de Ulpiano extraído de su obra sobre el oficio de procónsul (D. 5.2.79.1) donde explica que los gobernadores no debían aconsejar a los jueces, sino ordenarles que dictaran sentencia conforme a su conciencia, pues el consejo acerca del derecho aplicable podía dar lugar al favor y a la intriga.

Volviendo al pasaje ciceroniano, debe destacarse la última frase, que a buen seguro debía figurar en el juramento⁶² pues al entrecomillarla el autor debía estar reproduciendo textualmente las palabras, y con la cual se comprometían a anteponer la *fides iudicis* a cualquier otra cosa.

El capítulo X del libro tercero de Los deberes gira en torno, por un lado, a una notación que penetró en la reflexión ciceroniana a través de los estoicos Carneades y Panecio y que se convirtió en uno de los ejes del pensamiento jurídico romano⁶³, la *utilitas communis* sobre la que volveré más adelante, y por otro a la interferencia de la amistad en el

⁶² Vid. J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 82.

⁶³ Vd. M. L. NAVARRA, *Recerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Turín, 2002, 26, y nt. 60, con bibliografía.

cumplimiento de los *officia* y que es congruente con la importancia que Cicerón le concedió a aquélla – más vital para el ciudadano que el agua y el fuego recogiendo sus propias palabras⁶⁴ en *Lael.* 6.22 –, pero en cuyo nombre un *bonus vir* no podía obrar en contra de la república, de la fidelidad y, de lo que interesa en esta sede, del juramento ni aun en caso de ser juez del propio amigo (...*At neque contra rem publicam neque contra ius iurandum ac fidem amici causa vir bonus faciet, ne si iudex idem erit de ipso amico...*), pues se despojaba de su papel de tal para revestir el de juez (...*ponit enim personam amici cum induit iudici, nótese el interesante empleo del término persona* en su sentido teatral de máscara). De lo contrario, si anteponía la amistad podía caer en la injusticia (...*et tribuere quod non sit aequum...*) no decidiendo rectamente (...*et non tribuere quod recte possit*), lo que era contrario a su deber (...*contra officium est*).

El hecho de que Cicerón utilice la expresión *contra ius iurandum ac fidem*, que *prima facie* pudiera resultar una redundancia denota la importancia que el juramento debía tener todavía en su época ya que servía para ratificar el compromiso de imparcialidad del juez:

⁶⁴ *Non aqua non igni, ut aiunt, locis pluribus utimur quam amicitia.*

no bastaba con que actuase conforme al modelo ético-social impuesto por su oficio, sino que lo reforzaba contrayendo un compromiso religioso⁶⁵; la *fides* juramentada comportaba la protección de los intereses de ambos litigantes y la correlativa confianza que en razón de la invocación religiosa los dos habían depositado en aquél.

La trasgresión de lo ético por parte del juez por favorecer a un amigo a comienzos de la época clásica iría juridificándose hasta constituir uno de los casos citados por los compiladores para ilustrar la *iniuria* o *peccatum iudicis* en el ya comentado texto de D. 5.1.15.1.

En cuanto a la cuestión de la utilidad y a su subordinación a la honestidad deviene idea central en muchos de los siguientes capítulos del libro tercero, (concretamente el 11, 18, 20, 21, 22 y 28), insistiendo en el 11 en que deben anteponerse la religión y fidelidad – absolutamente aplicable al juez que juró – a la amistad, pues, volviendo al último párrafo de 3.10.44, si hubiera que hacer todo lo que quieren los amigos ya no cabría calificarlo de amistad sino de conjura (...*nam si omnia facienda sint quae amici velint, non amicitiae*

⁶⁵ J. PARICIO, *Sobre la administración*, cit., 83.