



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 14/02/2022	Fecha de aceptación: 10/03/2022
Palabras clave: <i>Iura novit curia, iudex, arbiter.</i>	Keywords: <i>Iura novit curia, iudex, arbiter, judge, arbitrator.</i>



EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN EL SISTEMA PROCESAL ROMANO.

THE IURA NOVIT CURIA PRINCIPLE IN THE ROMAN PROCEDURAL SYSTEM.

María Olga Gil García

Profesora Contratada Doctor de Derecho Romano

Universidad de Burgos

ogil@ubu.es

ORCID: 0000-0003-3167-5337

(GIL, María Olga. El principio iura novit curia en el sistema procesal romano. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 185-274 <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Respecto a este aforismo, la doctrina romanista entiende que se presume que el juez conoce el derecho, e incluso que en la mayor parte de las ocasiones lo aplica. Sin embargo, esto no siempre es así en todas sus etapas, lo ideal, es que el proceso y su solución se adopten conforme a derecho; y es más que éste sea conocido por el juez cuando emite su sentencia. En este estudio revisamos los distintos sistemas procesales romanos, para analizar si de facto es de aplicación tal principio en Derecho romano y como consecuencia dónde podemos encontrar su posible origen.

Abstract:

With regard to this aphorism, the presumption in Romanist doctrine is understood to be that the judge knows and even applies the Law on most occasions. However, that is not always so at all stages; ideally, both process and solution take place in accordance with the Law and the judge knows the Law when delivering a sentence. In this study, we will review the different Roman procedural systems, in order to analyze whether such a principle is of de facto application in Roman Law, and in consequence, where its possible origin may be found.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación a su concepto. 3. Origen. 4. Diferentes locuciones para describir el principio. 5. Doctrina romanista al respecto. 6. Imposibilidad de su asunción en el derecho arcaico. 7. *Ordo iudiciorum privatorum*: 7.1 Las *legis actiones*. 7.2 El procedimiento formulario. 7.3 El conocimiento del derecho por parte del *iudex* y del *arbiter*. 7.3. 1) *Arbiter*. 7.3. 2) *Iudex*. 7.4 *Iurisdictio* del pretor y principio *iura novit curia*. 8. En la *cognitio extra ordinem*. 8.1 Medios de impugnación por razón de desconocimiento del derecho: *appellatio*-nulidad. 9. Procedimiento postclásico y vulgarización del derecho. 10. La prueba de la costumbre. 11. Breve referencia a este principio en la recepción hasta la actualidad. 12. Recapitulando.

1. Introducción. -

Este brocardo latino forma parte de nuestra cultura jurídica actual, está integrado en nuestro derecho. Su contenido indica que el juez conoce el derecho. Forma parte de los aforismos que conforman la estructura jurídica procesal europea del Derecho continental, extendiendo su influencia a Latinoamérica e incluso Asia. Aforismo que consigue formular un concepto atemporal que se ha adaptado a diferentes ordenamientos jurídicos, ya históricos, como coetáneos.

Revisar los orígenes de esta máxima en el Derecho romano, hacer una pequeña referencia a su reflejo en la Recepción, cuándo se reafirma, y a su expresión articulada a partir de la Codificación es el fin de este estudio, para con todo ello comprender mejor su extenso contenido actual, incluso con reflejo en el presente Derecho europeo¹.

¹ REINOSO- BARBERO, F., “*Paroemia et regulae iuris romanorum*: Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea” *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13, 2016, p. 593-594 indica que los brocardos nacen con un criterio de utilidad probablemente para facilitar un triple fin: a) la asimilación conjunta de

Aunque como ya observó JAVOLENO, uno de los máximos exponentes de la escuela Sabiniana (D.50.17.202 *Libro XI Epistolarum*), *Omnis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit*². Sin embargo, en los aforismos se recogen axiomas que, aunque mantienen una formulación histórica pasada, como en el caso que nos ocupa, su esencia se mantiene en el tiempo, formando parte de un cierto derecho integral³ en el sentido más laxo del término, como normal, habitual, frecuente en varios ordenamientos presentes y pasados.

1. Aproximación a su concepto.

Su contenido viene a expresar que en el contexto de un juicio se presume que el juez conoce el derecho, *iura novit curia*, por lo tanto, le damos los hechos y él nos dará el derecho, *da mihi factum dabo tibi ius*, principios unidos y vinculados íntimamente aplicables en el proceso civil⁴.

los grandes hilos conductores de las doctrinas jurisprudenciales de los jurisconsultos, b) permitir con ello una visión global del sistema jurídico y c) enseñar el derecho a los discípulos mediante epítomes y colecciones de brocados, con sus aplicaciones y sus excepciones.

² En derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada.

³ No utilizamos el término global porque ese concepto explicado por DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?* CGPJ. Madrid. 2008, no permite incluir este aforismo en el derecho global definido por el autor, sino que más bien nos referimos al derecho habitual o frecuente en varios ordenamientos.

⁴ En ocasiones se habla de él como si fuera una presunción *iuris et de iure*, el juez conoce el derecho y esto es indiscutible y no admite prueba en contrario, sin embargo, en técnica procesal no es presunción porque las presunciones son

Se dice que proviene de una misma anécdota procesal, un juez medieval interrumpió el discurso desmedido de un abogado con la recriminación *venite ad factum, iura novit curia*⁵, también expresado como “*Venite ad factum. Curia iura novit*”⁶. Con la expresión queda nítido que en un proceso las partes aportan los hechos: *venite ad factum* y el juez el derecho: *iura novit curia*, dicho de otro modo, los hechos son el dominio de las partes y el derecho es el reino del juez⁷.

Es importante reseñar que, aunque unidos, estos dos principios son diversos, en derecho procesal romano *iura novit curia* simplemente es que el juez conoce el derecho, pero al no tener su definición en textos, y dado que es un principio de origen medieval, deberemos considerar si en Derecho romano también existe, aunque

probatorias y afectan a los hechos no al derecho, como es el caso, siendo un método probatorio, no un medio de prueba al uso.

⁵ Según relata el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* permiten al tribunal no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar la sentencia, pudiendo apoyarse en otros, aunque no hayan sido invocados por los litigantes. En SENTIS MELENDO, S., *El Juez y el derecho. (Iura novit curia)*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957, p. 14-16 cita a AUGENTI G., *L'onore de la prova*, Roma 1932, p. 42 y a PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris. 1923, 9 ed. T. II, p 2 como los que recogen esta anécdota. Señala que el primero de estos dos autores refiere textos con el aforismo ya en el siglo XIV, y en Francia se dice que la ley y la costumbre deben ser conocidas por el juez, ya en el siglo XII.

⁶ También se formula como *iura novit curia*, o *iura curia novit*, o incluso *curia novit leges*.

⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004. p. 22.

sea *de facto*. En definitiva, si el juez romano tiene el deber conocer, y el deber de aplicar el derecho⁸.

El adagio, en versión abreviada, "*iura novit curia*" elimina la referencia a la actividad o esfera de las partes, en otras palabras al principio dispositivo o de aportación de parte, centrándose sólo en el deber de la autoridad, rompiendo la armonía que mantiene en pie de igualdad el dominio de las partes que aportan los hechos en el proceso, y el del juzgador, cuya aportación es la aplicación del derecho en la sentencia⁹, una vez ha considerado los hechos demostrados.

2. Origen.

⁸*Da mihi factum*, se refiere al principio de aportación de parte, cuya formulación original es "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*" sin referencia a *partium* como demuestra PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*. Bosch. Barcelona. 2007.. Según el resultado de este estudio la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, basado en D. 1.18.6,1, repercute incluso en la actualidad. Demuestra como una máxima erróneamente admitida, formulada como: "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*" o "*secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*" o "*Judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*" se extiende y generaliza, e incluso se ve recibida en la ley de enjuiciamiento civil española ley 1/2000 art. 216, siendo un claro ejemplo de cómo la historia - inexactamente recibida- influye en la regulación vigente.

⁹ CALVINHO, G., "*El brocárdico iura novit curia.*" Revista de derecho procesal nº 1-2009.

No encontramos su origen literal en Derecho romano, se formula¹⁰ en época medieval en el *Corpus Iuris Canonici*¹¹, cuando como advierte BRUNELLI el conocimiento del derecho era patrimonio exclusivo de los hombres de leyes, y las leyes no eran tan numerosas, ni se renovaban con tanta frecuencia como ahora, cuando es difícil, incluso para jurisconsultos expertos, conocer todo el patrimonio legislativo del Estado¹².

Se dice que hoy día esta máxima comporta, no solo que el juez conoce el derecho, lo que parece imposible dada la ingente cantidad de normas que se publican que lo hace inabarcable, sino que tiene el deber de conocerlo y aplicarlo, de encontrar la norma e interpretarla adecuadamente. De ahí que se diga, que este deber solo se le pueda exigir respecto del derecho interno, escrito y vigente, pero no respecto a las otras manifestaciones del derecho, como es el derecho extranjero

¹⁰ ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Marcial Pons. Madrid Barcelona, 2007: p. 22 Según el autor la máxima no tiene su origen en las fuentes romanas y desde sus orígenes medievales hasta la actualidad ha experimentado una notable transformación o más bien, una considerable ampliación de su significado.

¹¹ *Iura novit curia*, ya aparecía en el *Corpus Iuris Canonici*.

¹² BRUNELLI voz: "*Iura novit curia*". *Nuovo Digesto italiano*. Vol. VII., p. 474. "Questo aforisma, molto lusinghiero per la curia, è di formazione medioevale, quando la conoscenza del diritto era patrimonio esclusivo degli uomini di legge e le leggi non erano così numerose e di rápido rinnovamento come oggi, in cui é difficile che anche giureconsulti esperti e attenti abbiano conoscenza del patrimonio legislativo del proprio Stato. L'aforisma, però, contine un principio che è fundamentalmente giusto, vale a dire che il magistrato deve conoscere la legge." Además, este autor añade que no sólo es el conocimiento de la ley propiamente tal, sino también reglamentos, decretos, Tratados Internacionales....

o el consuetudinario, de las que deberá probarse tanto su existencia como su vigencia¹³.

Admitido el origen del brocardo en época de la Recepción, es curioso como COING nos informa de su origen en la relación *ius commune- ius municipale*. Así en la época de los Glosadores se concebía el Derecho Romano como derecho universal, como *ius commune* frente a los estatutos de las ciudades y su derecho local¹⁴. Cuando el ordenamiento local, al que debe referirse el juez no tiene norma aplicable, debe buscar la respuesta en el *ius commune*. Como advierte este autor estos derechos se interpretan con reglas distintas, de tal manera que el *iura novit curia* se aplica siempre respecto al *ius commune*, pero no con relación a los derechos locales, puesto que el *ius commune* está vigente en todo el territorio, por tanto, es el que debe conocer el juzgador, siendo el ordenamiento general que completa el *ius locii*. Así las costumbres o los fueros locales, no incluidos en estos repertorios de normas, debían ser aportados por la parte y tratados como hechos, es decir, debían ser probados. Una vez probados, vinculaban al juez. Esta postura es interesante, porque no solo refiere el origen del principio, sino que incluso se observa el inicio simultáneo de sus excepciones, la necesidad de probar las costumbres y el derecho del lugar. Pero sea como fuere como advierte SENTIS

¹³ En la actualidad en un estado autonómico como España se habla de extender las excepciones del *iura novit curia* al derecho autonómico, que también debería probarse y aportarlo por la parte, junto al derecho extranjero y las costumbres.

¹⁴ COING, H. *Derecho Privado europeo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Traducido Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, 1996, Madrid, pp. 124 y ss.

MELENDO los brocardos no siempre son, en su formación, el producto de un momento sino a veces el resultado de una lenta elaboración.... Sabemos cómo nos ha llegado la máxima, pero no cuándo ni cómo se formó¹⁵.

Si tratamos de esta máxima en Derecho romano, tenemos que considerar quien es la “*curia*”: el órgano llamado a juzgar. Suponemos que conocer todo el Derecho romano, por parte de los llamados a impartir su justicia debía ser igualmente complicado, dada la complejidad de su historia, la carencia de derogación expresa de multitud de normas, la dificultad de su sistema de fuentes, inicialmente orales, la continua creación y construcción a la que se ve sometido un derecho en continua formación, situaciones que harán difícil saber si el órgano llamado a impartir justicia era conocedor de un derecho tan poco delimitado... Sin embargo, como vamos a ver, tanto en aquel tiempo como ahora existirán mecanismos para que el que imparte justicia, se aproxime en su sentencia a las normas existentes, que en el fondo es lo que subyace en esta máxima, es decir, que el juez decida en derecho.

Este principio es básico porque en la *litis* observamos la verdadera aplicación práctica del derecho al caso concreto. En ese momento el derecho se hace vivo y ejecutivo. El proceso será garantía de que el derecho existe, cuándo se ve plasmado en la realidad de las cosas, en la resolución pacífica de los conflictos. Con este principio

¹⁵ SENTIS MELENDO, S., *El juez ... cit.*, p. 30-31.

entendemos que lo que se procura es romper la arbitrariedad para hacer justicia. Supone que ante un mismo caso se debe dar una solución similar, seguridad en la resolución del caso e igualdad para los iguales, puesto que el juez conoce el derecho y este es el mismo para todos los que están la misma situación jurídica.

Evidentemente, que el juez sepa derecho no es útil si sólo lo mantiene en su fuero interno, si no lo aplica, lo que verdaderamente expresamos con el *iura novit curia* es que el derecho debe aplicarse, con independencia de que, con carácter anterior al caso, quien dicta la sentencia fuera o no lego, e incluso que las partes lo hayan aportado o no al juicio. En Derecho romano también será un reflejo de la paulatina sumisión del juez al derecho, evitando la arbitrariedad.

Es indiscutible que si contamos con actores jurídicos conocedores del derecho y éste está codificado todo será más sencillo, como sucede con el derecho positivo codificado, pero esta circunstancia no es imprescindible si finalmente, el contenido de la sentencia dice derecho y contiene las normas del momento. Pues bien, esta circunstancia, ya sabemos que sucedió en Derecho romano, el derecho se aplicó en sus sentencias, aunque no en todas sus etapas, ni en todos sus procedimientos, sobre todo en los más antiguos.

Como premisa queremos señalar que hablaremos de proceso, de Derecho procesal romano, porque el aforismo se refiere a que el juez conoce el derecho en su quehacer judicial, en el proceso, con su máxima expresión en la sentencia. El proceso existió con sus

características principales como son: conseguir la resolución pacífica de los conflictos siguiendo una sucesión de trámites ordenados, ante un órgano juzgador imparcial, en los que se llegan a aplicar principios tales como la dualidad, la contradicción, la defensa, la igualdad de armas, en materias de Derecho civil también el principio dispositivo, el de aportación de parte, el de valoración y carga de la prueba, el de oralidad que a su vez comporta inmediación, concentración, publicidad, ... y que finalizan por una sentencia, en ocasiones apelable, a la que se atribuye el principio, este sí de origen romano de *res iudicata*¹⁶, dato este último que distingue claramente cualquier mero procedimiento o trámite de un verdadero proceso¹⁷.

3. Diferentes locuciones para expresar el principio.

Esta expresión se invoca de diferentes formas: la más conocida *iura novit curia* y en menos ocasiones encontramos: *ius novit curia*, o

¹⁶ Ulpiano en D. 1.5.25 y en D. 50.17.207. *Res iudicata pro veritate accipitur*. También recogido en Partidas 7.34.32 Glosa de Gregorio Lopez.a las Partidas, P. 7, 34, 32: *sententia, quae transiit in rem iudicata, pro veritate habetur* -la sentencia, al convertirse en cosa juzgada, se acepta como verdad-; *iudicis sententia pro veritate accipitur*--'la sentencia del juez se tiene por verdad'-; *iudicium pro veritate accipitur* -'el juicio se tiene por verdad'-; y *res iudicata pro veritate habetur* -'la cosa juzgada se tiene por verdad'.

¹⁷ Utilizaremos el término proceso, porque, aunque en las fuentes no encontremos frecuentemente esa expresión (lo encontramos en D. 1 .2. 2.0 Pomponio, en D. 1.2. 13.en CTh. 11. 2. 3. 0. (377 spt. 17) en Nov. Val. 30.1, Nov. Ius. 67 caput I, Nov. Ius.105 caput I) entendemos que no solo es un sistema de acciones como indica D'ORS *op.cit.* 122, puesto que adquiere algo más, en el sentido que es una secuencia de trámites que no sólo obedecen a actos singulares, sino que tienen una función, también en Roma, cual es la de resolver conflictos, aunque sean privados, con solución en forma de sentencia que no se aplican en otros procedimientos. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho romano*. 6ªed Ed. Ariel. Barcelona, Caracas, Mexico. 1979, pp 187 y ss. también habla sólo de procedimiento civil, no de proceso.

iura curia novit. Si bien, no parece que tenga trascendencia el orden de las tres palabras principales, lo que sí puede ser de mayor importancia es el utilizar en ocasiones el término *iura* y en otras el vocablo *ius*. Tanto en uno como en otro caso, el aforismo se refiere a que la curia conoce en todo caso el derecho objetivo, si bien su utilización en singular parece remarcar más aún este significado, así utilizan el término en singular SAVIGNY¹⁸ o MANZINI¹⁹. Sin embargo, compartimos con SENTIS MELENDO que “El aforismo, en su nacimiento y en su auténtico sentido jurídico, ha contemplado el derecho objetivo; pero, en su frecuente aplicación, ha comprendido tanto la norma jurídica como los derechos subjetivos”²⁰. En todo caso el término derecho deberemos entenderlo de forma amplia, sabemos que es un término polisémico²¹ y en cuanto a conocerlo, no resulta imprescindible que lo sea antes del juicio, ni siquiera que el juez lo

¹⁸ SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro editorial de Góngora. Madrid, 2ª ed.T. I, p.172.

¹⁹ MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano. Vol. 1, La scienza del diritto penale, relazioni e fonti del diritto penale, diritto transitorio, diritto penale internazionale, i soggetti, il reato, l'imputabilità*. 5ª ed. aggiornata / dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Torino: UTET, 1985.

²⁰ SENTIS MELENDO, S., *El Juez...* cit., p. 36 Respecto al término *novit*, p.26 parece ser que se puede sentar esta afirmación: “del derecho de los derechos objetivos que el juez conoce, que le son conocidos, se debe decir *novit*. De los derechos subjetivos, que los conoce en el proceso, que los está conociendo, se debería decir, *noscit*.” Es importante este punto porque el principio se refiere al conocimiento del derecho objetivo como bien se reseña e indica atendiendo a la etimología del verbo. Y en cuanto al término *iura*, en p. 37, SENTIS MELENDO, concluye que el significado exacto del aforismo es el conocimiento del derecho objetivo, de la norma jurídica, por parte del juez. La extensión del aforismo y aplicación normal del mismo también alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes.

²¹EZQUIAGA GANUZAS, F.J., “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Ed. Olejnik ,Santiago de Chile. 2018. p. 138-140.

investigue, puede ser otro integrante del órgano judicial quien se lo aporte, basta con que lo conozca para emitir su *opinio*.

En cuanto a su enunciación también debemos señalar que en ocasiones se formula junto al otro principio: “*Venite ad factum. Curia iura novit*”, o “*Venite ad factum. Curia novit ius*” que ya hemos mencionado y que son dos: el principio dispositivo y de aportación de parte junto al que estamos estudiando. Y esto es así, porque únicamente lo que las partes quieren ventilar en el proceso es a lo que incumbe el derecho aplicable, porque las partes son dueñas del proceso²², el juez debe ser congruente respecto a esos hechos²³. El juez no puede investigar la verdad material de lo acaecido, más allá del material fáctico aportado por las partes²⁴.

Respecto a su redacción SENTIS MELENDO analiza, palabra por palabra esta máxima empezando por su análisis gramatical²⁵. Con respecto al término *curia* no parece referirse sólo al *iudex*, o al órgano que conoce los hechos y juzga, el término es suficientemente amplio²⁶

²² Expresión literal que tan bien lo define, y que proviene de la redacción del inicio de la tercera Partida III de Alfonso X el Sabio.

²³ GIL GARCÍA, O., “La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano”. *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*. BOE. Vol. II. 2020 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2020-155_2, pp. 223 y ss.

²⁴ Afirmación que resulta aplicable en el procedimiento formulario pero que más limitada en la *cognitio extra ordinem* cuando el juez público puede buscar la verdad material de los hechos acaecidos en la fase probatoria.

²⁵ SENTIS MELENDO, *El juez ...*, cit. p. 20 y ss.

²⁶ SENTIS MELENDO, S., *El juez cit...* p. 20, observa como respecto a la palabra *curia*, su contenido en el momento de nacimiento de la expresión, no podía significar sólo jueces y tribunales. Cuando el autor escribe su estudio el diccionario de la RAE recogía una acepción que hoy no tiene, se refería “al conjunto de todas las

como para incluir en sí a todo el que opera para conseguir el resultado final de impartir justicia. Si traducimos de forma literal, el principio quedaría así: la curia conoce el derecho, el término curia, no parece referirse sólo al juez, ni siquiera en su formulación colegiada como tribunal, por tanto, adquiere sentido que en Roma estudiemos el adagio referido al órgano juzgador en su conjunto.

Para tratar esta máxima es conveniente tratar algunas premisas atendiendo primero a que sistema procesal romano nos referimos, y dentro de él a quién o quiénes son llamados a juzgar, para así presumir cuál era su conocimiento del derecho, y cuando lo adquiría, reseñando la certeza de las fuentes jurídicas que se utilizan y que nos indicarán si es o no posible que el órgano juzgador conozca el derecho.

Así cuando pensamos en el juez, deberemos revisar quienes son los llamados a juzgar, si son terceros imparciales, si son legos, si son técnicos.... También deberemos observar la manera en que se estructuran los pleitos, que como sabemos es muy diferente en el *ordo iudiciorum privatorum* y en la *cognitio extra ordinem*.

personas que componen la familia y comitiva del rey". En p. 23 advierte que etimológicamente su significado es Senado, Palacio, Corte. Este autor encuentra en *Quiris* el origen de la palabra, significa lanza, de ahí el *ius quiritorium*, a todo en conjunto se le llamó *Quiria* o curia. El pueblo romano se reunía en curias, curia equivalía a autoridad del pueblo romano. En el Imperio y en el Bajo Imperio va surgiendo otra palabra que sustituye que es cohorte, con el significado de comitiva real equivalente a curia.

Respecto al término “conocer” el derecho, deberemos plantearnos cuales son las fuentes del derecho del momento, es decir, si existe la certeza jurídica suficiente como para poder abarcar los conocimientos jurídicos de la época. Además, deberemos observar si es imprescindible conocer todas las normas antes del propio juicio o basta con conocer las aplicables *ad hoc*, con la anterioridad y profundidad imprescindible para poder emitir juicio. Con todo ello, intentaremos concluir si en Derecho romano por etapas y sistemas se aplica esta regla *de facto*.

4. Doctrina romanista al respecto.

Desde la doctrina romanista son pocos los autores que se refieren expresamente a esta máxima, posiblemente porque no hemos encontrado su origen en las fuentes romanas. D´ORS advierte que el *iura novit curia* no es de formulación romana, pero al hablar del procedimiento formulario en su fase *apud iudicem*, añade que, aunque los jueces no solían conocer el Derecho, las partes debían presumir lo contrario y abstenerse de probarlo²⁷, como si fuera una suerte de presunción *iuris et de iure*²⁸.

²⁷ D´ORS, Derecho Privado Romano. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed., p. 147.

²⁸ EZQUIAGA GANUZAS, F.J., “*Iura novit curia*” ... cit., p.14-15. indica que bajo el aforismo se esconden dos usos: como presunción y como principio jurídico. Así como presunción exime a la parte de alegar y probar los materiales jurídicos en los que funda sus peticiones, y como principio normativo es la obligación de los jueces de sujetarse al derecho lo que implica conocerlo.

TORRENT²⁹ advierte que, en Derecho romano, tal aforismo está implícito y expresa que el Derecho es conocido por el juez, las partes tenían que aportar los hechos que depusiesen indubitadamente, en sostenimiento de las razones alegadas, no el Derecho. Incluso, sugiere TALAMANCA³⁰ que el *iura novit curia* rige sin estar abiertamente formulado, como iremos viendo en este estudio.

Sin alusión expresa al principio, autores como VOCI, dentro del contexto de la explicación del procedimiento formulario nos aproxima a él cuando dice “*Il giudice deve obediare alla legge e alla formula. Alla legge, in quanto deve applicare il diritto. Alla formula, in quanto deve accettare per tema della controversia quello che in essa è descritto, e deve attenersi alle istruzioni specifiche che la formula gli dà.*”³¹. No dice que el juez conoce el derecho, pero admite directamente que lo aplica, lo que resulta poco probable sino lo conoce. RASCÓN advierte que hasta que se impuso la extraordinaria *cognitio* el magistrado, en el ejercicio de la *iurisdictio*, al conocer o denegar el juicio actuaba sometido al derecho³². O ya más tarde, en el contexto de la *appellatio*, ORESTANO dirá a propósito de su instauración, que supuso la “*progressiva sottomissione del giudice alla norma*”³³.

²⁹ TORRENT, *Diccionario de derecho romano*. Edisofer, 2005. Voz “*iura novit curia*.”

³⁰ TALAMANCA, M., *Instituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 354.

³¹ VOCI, P., *Manuale di Diritto romano*. Giuffrè editores. Milano. 1998. 2ª ed. Vol. II, p. 469.

³² RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. Madrid. 2007, Tecnos. 2ªed., pp. 81-82.

³³ ORESTANO, s.v. “*Appello*” en *Enciclopedia del Diritto* II. Annali II. Giuffrè editores. Milano.

Lo que parece desprenderse de la doctrina romanista, es que el aforismo significa que se presume que el juez conoce el derecho, no que deba conocerlo con carácter anterior a su decisión, y que en muchas ocasiones se aplica³⁴. Sin embargo, no siempre será así, deberemos contextualizarlo en los diferentes sistemas procesales para ver en cuáles de ellos se aplica esta máxima. Lo común, tanto para el Derecho romano como para el Derecho positivo es que el proceso y su solución se adopte conforme a derecho, y que este sea conocido por el juez cuando da su *opinio*, su *sententia* que es lo que subyace en este brocardo, aunque en Roma esto no suceda en todas sus etapas.

5. Imposibilidad de su asunción en el Derecho arcaico.

En esta primera etapa del Derecho romano cualquier conflicto se resolvía dentro del ámbito familiar por el *pater familias*, aplicando los *mores*³⁵. La justicia se imparte dentro de ese ámbito privado, y ese poder no está ni siquiera estructurado dentro de un estado, puesto

³⁴ CALAMANDREI, P., “*Diritto consuetudinario in cassazione*”. *Rivista di diritto processuale civile*. XV, 1938. P. II, p. 120. desde el derecho procesal se nos indica que el contenido de este principio tiene dos caras inseparables, el deber del juez de conocer el derecho y el de aplicarlo de oficio, es decir, el poder del juez de investigar y aplicar la norma, aunque la parte interesada no la haya alegado, ni siquiera probado su existencia, excepción hecha del derecho consuetudinario y del derecho extranjero. Añade que cuando se debe aplicar derecho consuetudinario solo se aplica en el sentido de poder, no de deber, el juez no tiene por qué conocer de oficio el derecho consuetudinario; lo mismo vale para el derecho extranjero, y para el derecho antiguo.

³⁵ Si revisamos las normas desde los orígenes de Roma hasta finales del siglo I a.C. lo fundamental fueron las costumbres, apenas hay referencias a *leges* de derecho privado.

que se carece de una estructura suficiente como para asumir la función judicial. Falta un tercero imparcial llamado a decidir, del que, de existir, diremos que conoce el derecho. El *pater familias*, tiene un amplio poder sancionatorio, pero no es imparcial. Forma parte de una estructura jerárquica que carece de esa necesaria distancia e independencia que debe separar al juez de la parte, que sí que se contempla cuando hablamos del juez en el *iura novit curia*. Se impone una defensa privada, apoyada en la venganza infligida por el grupo familiar³⁶.

Estas evidencias implican que los orígenes del procedimiento romano son autocompositivos, difícilmente compatibles con este adagio, al carecer de esta tercera figura. Necesitamos que el proceso evolucione y se transforme en heterocompositivo, para que primero: un tercero imparcial resuelva y segundo: que lo haga “conociendo el derecho”, que en esta etapa aún estaba mezclado con la religiosidad, con la legitimidad de la defensa privada, con la venganza como solución ejecutiva, que también lo impiden.

Las fuentes de esta etapa son orales, fundamentalmente los *mores maiorum*. Durante los primeros tiempos de su historia la supremacía de la costumbre como fuente del derecho privado es incuestionable. Ni siquiera las normas del derecho y de la religión estaban separadas, lo religioso impregnaba toda la vida pública y privada, cuyo centro era la familia agnaticia. Los *mores maiorum*,

³⁶ VOCI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1996 4ªed., p.6.

costumbres ceremoniales mezcladas con la devoción religiosa, eran fuentes de derecho basadas en la oralidad, lo que en cierto modo impide la certeza que requiere el principio estudiado. Son hechos repetidos, pautas de comportamiento reiteradas, usos, pero que debían someterse a la *interpretatio* de los juristas, quienes poco a poco fueron elaborando el *ius civile*. Necesitamos un derecho cierto, definido y público para que se aplique este principio. El derecho de la época es tan incierto que Juliano advierte, en D. 1. 3. 20, que no puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores y en ese caso como ya advirtió BOBBIO el derecho o es cierto o ni siquiera es derecho³⁷.

Si a ese derecho incierto le añadimos que en época arcaica, se juzgaba en el ámbito doméstico, que el estado estaba en construcción y no tiene atribuida la función de juzgar, se nos hace imposible determinar primero, que podamos hablar de un juez como tal, y segundo, que el derecho, al ser tan embrionario, sea difícil entenderlo como un cuerpo de normas que se puedan conocer con certidumbre, lo que nos invita a pensar que el principio *iura novit curia* no se aplica por la falta de esas premisas esenciales que hemos señalado.

Las XII Tablas serán un hito importante en lo que podemos considerar cierto avance en este principio, ya son normas escritas y ciertas, que interesan en los juicios privados, lo que resulta un avance respecto a la seguridad jurídica, la norma queda inamovible, está

³⁷ BOBBIO, N., afirmó che *il diritto o è certo o non è neppure diritto*, BURDESE. A., *Miscellanea romanística*. Madrid, 1994, p.1.

escrita, aunque su origen proceda de antiguas reglas consuetudinarias orales.

Las tres primeras tablas recogen normas procesales, en ellas tenemos conocimiento de las *legis actiones* en las que ya estamos ante un fenómeno judicial basado en la heterotutela. La función jurisdiccional sale del ámbito privado, (que solo se mantiene para la ejecución) para empezar a ser una función de tercero imparcial, aunque aún no sea una función pública. Las normas laicas se van separando de las religiosas. El proceso se ritualiza y el órgano juzgador debe empezar a conocer esas reglas, que tendrá en cuenta en sus decisiones. El *principio iura novit curia* empieza a tener contenido, la forma escrita del derecho ayuda a delimitarlo y evita la arbitrariedad de los magistrados patricios. Si el juez puede conocer el derecho, es porque el derecho empieza a tener confines que se pueden abarcar con el conocimiento, en este caso de las acciones de ley.

Por otro lado, las XII Tablas secularizan el *lege agere*, que supone una idea de *iurisdictio* en cuanto poder del magistrado, que ya se erige en director del proceso, para indicar la norma y vigilar el ritual del caso que debía decidir el juez³⁸.

³⁸ TORRENT, A., *La "iurisdictio" de los magistrados municipales*. Salamanca. 1970, publicaciones de la Universidad de Salamanca. p. 8.3

6. *Ordo iudiciorum privatorum*:

6.1 Las *legis actiones*.

En la etapa del *ordo iudiciorum privatorum*, concretamente en las *legis actiones*, la oralidad de este proceso, junto con el escaso conocimiento que tenemos de él, complica la aseveración de que la curia conoce el derecho³⁹. Sí que sabemos de su rigidez respecto a la necesaria fidelidad que debe existir entre la petición y la pretendida acción de ley (Gayo I. 4. 11) pero también observamos que lo sentenciado son decisiones meramente declarativas, orales y que la cuestión litigiosa de base, como sucede en las *legis actio per sacramentum in rem*, quedaba como algo secundario, tras la complicada ceremonia del *sacramentum*⁴⁰. La parte ni siquiera tiene la libertad de poder aportar todos los hechos controvertidos, sino sólo aquéllos que puedan subsumirse en la concreta acción de ley, por tanto, ni siquiera cabe la aplicación del *da mihi factum*⁴¹, tan necesaria para que, a esos hechos controvertidos, *a posteriori* se les aplique el Derecho. Antes de aplicar la norma debemos poder aportar todos los hechos discutidos que queremos que sean juzgados, si esto no es así, difícilmente podremos concluir que es de aplicación el aforismo *iura*

³⁹ D. 1.2.2.6 refiere el nacimiento de las *legis actiones*, de las que Pomponio dice que nacen para que las acciones fueran ciertas y solemnes, acciones legítimas.

⁴⁰ MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El Proceso*^{2a} ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983, p. 141.

⁴¹ Aunque lo aleguemos en este punto, este aforismo tampoco tiene un contenido cierto y expreso en la época, pero sí que resulta aplicable desde el procedimiento formulario, como se demuestra de la necesaria congruencia entre lo pedido y lo solicitado.

novit curia, porque ni siquiera podemos someter a juicio todos los hechos controvertidos.

Las partes no pueden aportar los hechos libremente, sino solo aquellos que pueden ser resueltos por estas acciones, por lo que incluso se ve afectada la congruencia, que está esencialmente unida a *iura novit curia*. Por otro lado, la sentencia en las *legis actiones* tampoco estaba motivada⁴², salvando el caso de las resoluciones de los *centumviri* que eran colegiadas (pero de los que no podemos olvidar su condición de legos, luego tampoco tenían porqué conocer el derecho). Además, el juez *privatus* elegido para desempeñar una función pública, no es necesario que sea conocedor del derecho, porque se asesora por un *consilium* de expertos jurídicos. Su función consiste en revisar la prueba y sólo se pronuncia sobre quien tiene la razón respecto a la acción ejercitada. Por todo lo visto anteriormente no podemos concluir que en la etapa de las *legis actiones* fuera de aplicación el principio *iura novit curia*. Las *legis actiones* mueren por su excesivo formalismo (Gayo 4, 30) la sociedad cada vez más compleja requiere de un proceso y un derecho cada vez más elaborado, que no pueden resolver las *legis actiones*, que resultan insuficientes, por ser demasiado rígidas y formales.

6.2 Procedimiento formulario.

⁴² MOLE, M., s. v. "Sentenza" (Diritto romano), en NNDI, XVI, Torino, 1969, ristampa 1982, p. 1085, n^o. 3.

La *lex Aebutia de formulis* y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* fueron poniendo fin a este procedimiento, y se dará inicio al procedimiento *per formulas*, concediendo al pretor la función jurisdiccional, como posteriormente determinará la *lex licinia de iudices postulationem*. Tanto el pretor, como órgano llamado a intervenir en el proceso, así como el concepto de *iurisdictio* necesitan precisiones que consideramos importantes para determinar si el juez conoce el derecho. La primera que el pretor no juzga, a su función jurisdiccional, *iurisdictio*, deberá unir el concurso del *iudex* o el *arbiter* con su *iudicium*, y fruto de todo ello se resolverá la acción sometida a su criterio.

Respecto al pretor, en 367 a. C se separa la administración de la justicia del poder del cónsul, que recae en el *praetor urbanus*, quien solo resolverá litigios entre ciudadanos romanos. Tenemos que recordar que el conocimiento del derecho no era su función principal, era un órgano político que tenía atribuidas otras competencias por un tiempo de mandato limitado, y que muchas veces ocupa la pretura para escalar en el *cursus honorum*. Tenía los conocimientos jurídicos requeridos en un hombre de buena cuna que suponemos suficientes, puesto que era vergonzoso para un patricio, noble y orador ignorar el derecho en que se ocupaba, (D. 1. 2. 2. 43 Pomponio, *Libro singulari Encchiridii*) incluso sabemos que ciertos jurisconsultos llegaron a ser

pretore escalando así en su *cursus honorum*, pero el pretor no hace de su conocimiento del derecho su profesión, es un hombre político⁴³.

La *iurisdictio* del Pretor suponía que éste debe indicar a las partes y al juez del proceso las normas y el ritual vinculante para la solución del conflicto, la frase testimoniada por VARRON, (*de lingua latina* 6,30) en la que define los verba *legitima*: *do, dico, addico*, ya nos señala que el pretor *do* (*dare iudicem*, da o deniega acción y nombra juez o árbitro), pero lo que es más importante desde el punto de vista del *nova iuris curia* es la función de *dico* (*dicere ius*, pronuncia lo que es derecho en un proceso determinado) lo que junto a la *addico* (dar satisfacción al requerimiento del demandante si lo encuentra fundado, concede derechos constitutivos) conforman sus tres funciones principales. Si pronuncia lo que es derecho es que de alguna forma lo conoce, lo investiga por sí o por el *consilium*, aunque quien lo aplique sea el *iudex* o el *arbiter*, quienes deberán juzgar conforme a ese derecho invocado en la fórmula del pretor, es decir, cuando asumen esa función judicial y juran su cargo, el *officium iudicis*. En este sentido se dice que la actividad del magistrado sería declarar la norma en la fase *in iure*, la *iurisdictio* es la base del derecho, independiente del *iudicium dare* y de otros actos que realiza en esta fase⁴⁴. Otros autores creen que la función de aportar el derecho en la

⁴³ VOCI, *Istituzioni*... cit. p. 195. Añade que los pretore podían ser grandes juristas como no conocer derecho, pero tanto los pretore como los jueces eran asistidos por un *consilium*, en el que entraban personas expertas en derecho, e incluso podía darse el caso de que participaran juristas de renombre. También en VOCI, *Manuale*... cit, p. 461.

⁴⁴ DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova. 1937., p. 149

litis es de los consultores juristas⁴⁵. KASER también entiende que la *iurisdictio* del pretor sirve para fijar el derecho⁴⁶.

En estos procesos del *ordo iudiciorum privatorum*, el magistrado preside la primera fase *in iure*. En ella velaba por el cumplimiento de las normas del proceso, incluyendo supervisar el nombramiento del *iudex*⁴⁷, siendo ambos actores esenciales e imprescindibles formando un todo a la hora de impartir justicia. “L’esperienza pratica e la conoscenza giuridica si univano per il conseguimento dello stesso fine; e l’applicazione del diritto non fu un rito esoterico”⁴⁸. Como advierten FERNÁNDEZ BARREIRO Y GARCIA CAMIÑAS la concepción de la administración de la justicia a la que responde este procedimiento es la diferenciación de la potestad jurisdiccional que corresponde al magistrado elegido por la asamblea de ciudadanos, y la función judicial, que se atribuye a un juez privado elegido por los litigantes⁴⁹. Siguiendo esta diferencia ya estudiada por la doctrina romanista, deberemos distinguir por un lado lo que es la *iurisdictio* y, por otro lado, la función judicial, *iudicatio*. La distinción entre *iurisdictio* y

⁴⁵ PUGLIESE, *Il processo civile romano* Milán 1963. T.I p. 152-4. aclara que la fijación del derecho se refiere al caso concreto, no a poner normas abstractas como podían ser las *mores* o las *leges*, que no existían en el ordenamiento romano primitivo, de las que no puede derivarse una norma lógica que determine un silogismo, sino que debía parcialmente crearla por sí mismo. *Ius* sería la regla declarada para el caso concreto, y esta se forma por la praxis consuetudinaria.

⁴⁶ KASER... *op.cit.* pp 355.

⁴⁷ El *Consilium magistratum*, asesoraba al pretor que no era experto en cuestiones jurídicas.

⁴⁸ VOCI *Manuale* ... cit, p. 461.

⁴⁹ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. “Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15-2011, p. 579.

*iudicatio*⁵⁰, es decir, entre los aspectos formales y los materiales del proceso, fue una de las más sutiles y fecundas conquistas del genio jurídico romano⁵¹. Funciones que tan sólo aparecen desgajadas y atribuidas a personas diferentes en ciertas manifestaciones de las *legis actiones* y en el proceso formulario.

6.3 El conocimiento del derecho por parte del *iudex* y del *arbiter*

7.3 1) *Arbiter*.

El origen de la figura del árbitro⁵² (*arbiter*), a diferencia de la del juez (*iudex*), parece que fue al margen del ámbito procesal oficial, con

⁵⁰ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986. Pp 31 y ss. TORRENT, A. *La iurisdictio de los magistrados municipales* .., cit., pp 81 y ss, SCIALOJA, V., *Procedura civile romana*. Roma 1936. DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova 1937. PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano* ... cit .., p 140. BOVE, L., *Nov. Dig. Italiano*. S.V. "Iurisdicito", p., 347 LUZZATO G.I., *Enciclopedia del Diritto*, S.V. "giurisdizione".

⁵¹ DIAZ BAUTISTA, A, Prólogo a *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma*. Madrid. 2009. Dykinson, p. 16.

⁵² PARICIO, J., *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*, Madrid, 2014." p. 21 "Desde un punto de vista terminológico, aunque el vocablo *arbiter* siguió empleándose tanto para el árbitro que interviene como juzgador en procesos oficiales como para el árbitro de los arbitrajes compromisarios, es muy explicable que en los primeros tendiese a prevalecer la denominación omnicomprendensiva de *iudex* para designar al juzgador unipersonal, mientras que el de *arbiter* tendiera a reservarse a los segundos; aunque no se tratara de una regla de validez absoluta, e incluso, a veces, al *arbiter ex compromisso* se lo denomina *iudex*. Por eso mismo, en el ámbito de los arbitrajes o juicios de buena fe, frente a la denominación más antigua de *arbitria bonae fidei*, tiende a prevalecer la de *iudicia bonae fidei*".

ulterior recepción en el mismo”⁵³. Cicerón distingue entre jueces y árbitros, señalando *¿quid est in iudicio? Directum asperum, simplex. Quid est in arbitro? Mite, moderatum*⁵⁴, Pudiendo parecer que el *iudex* está más sujeto a la ley, a la fórmula del magistrado, mientras que el árbitro es más técnico en su labor⁵⁵. Una de las diferencias entre ambos suele ser el tipo de acción que se plantea⁵⁶ se dice que el nombre de *iudex* se aplicó al juez dotado de un arbitrio más amplio.

Sí que nos gustaría indicar que no es lo mismo la intervención de un *iudex* o de un *arbiter*, pues como dice TORRENT el *iudex* valora los hechos, guiado por criterios estrictamente jurídicos, en cambio el *arbiter* lo hace cuando se requiere una específica competencia⁵⁷. Para este autor, aunque el *iudex* no tenía por qué ser un técnico en derecho era un cometido que “cada miembro de la clase dirigente, o cada ciudadano, o incluso cualquier hombre púber y sano de mente debía saber realizar”. Desde la óptica del *iura novit curia*, el *iudex* parece más

⁵³PARICIO. J., *Los arbitrajes privados ...cit.* pp 20-21. La primera recepción del *arbiter* en la esfera oficial se habría producido en época decemviral, y otra posterior en los siglos III-II a. C. con los *arbitria bonae fidei*, y de entre estos los más antiguos según el autor, serían los de *fiducia (actio fiduciae)* y dote (*actio rei uxoriae*), y tal vez también el de sociedad (*actio pro socio*). Y a estas dos recepciones operadas en el ámbito procesal del *ius civile* se añadirá la tercera que es el arbitraje compromisario, sólo que ésta en el ámbito del llamado *ius honorarium*.

⁵⁴ *Cic. Pro Roscio Com.* 4,11. Aunque el mismo Cicerón advierte en *Ci. Pro Mur.* 12, 27, que ya en su época no existe esta diferencia entre los dos actores judiciales referidos.

⁵⁵ Los árbitros resolvían temas de herencias, sociedades (Paul 6 ad Sab. D. 17.2 38 pr.), de servidumbres rústicas (D. 39. 3. 24. 2), (D. 8. 3. 13. 2), (D. 8. 2. 11. 1)

⁵⁶ Por ejemplo, en la *legis actio per sacramentum* siempre se resolvía por el primero, la *legis actio arbitrive postulationem* podía plantearse ante cualquiera de las dos. En todo caso el factor principal es la voluntad de las partes.

⁵⁷PARICIO. J., “*Iurare sibi non liquere*”, en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988), p. 122.

vinculado con el derecho, que el *arbiter* que es alguien más experto en la resolución de asuntos de hecho, en los que es elegido por su pericia, parece que el árbitro se elige para casos en los que existe más discrecionalidad para juzgar, entre otros en los juicios divisorios⁵⁸. Por otro lado, no se suele nombrar *arbiter* en las acciones *stricti iuris*⁵⁹, en las que se pide al *Iudex* que decida sobre una concreta cuestión de derecho, sin posibilidad de pronunciarse respecto a otra, ya sea de hecho o de derecho, normalmente basadas en negocios *stricti iuris*, negocios que se hallan fija y previamente determinados por la letra de la ley, a la cual es necesario atenerse, aun cuando al llevarla a la práctica, choque con los postulados de la equidad. Esta peculiaridad nos permite interpretar que el *iudex*, al menos en algunas ocasiones, tenía conocimientos jurídicos.

En cuanto al *arbiter*, y por el ámbito competencial que maneja no podemos deducir si conoce o no el derecho, o sólo según su arbitrio basado en los hechos probados. De hecho, no es una cuestión pacífica, con seguridad no sabemos si el árbitro romano juzgaba en derecho o en equidad. Creen que el árbitro emitía su laudo sin

⁵⁸ Sabemos que el árbitro conoce de juicios divisorios de herencia, división de cosa común entre condóminos, también resolvían sobre créditos concertados en obligaciones verbales, en casos de sociedades D. 17. 2. 76, en casos de delimitación de lindes D. 4. 8. 44 (47)

⁵⁹ Tampoco eran competentes para ventilar *iudicium publicum*, en D. 4. 8. 32 (35).6 Paulo describe como habiéndose nombrado árbitro en una acción sobre delito infamante, el preteur de debe prohibir pronunciar sentencia arbitral.

sujeción al derecho MARRONE⁶⁰, DE GIOVANNI⁶¹ y PARICIO⁶². Concretamente PARICIO da por zanjado el hecho de que la sentencia del árbitro compromisario no debe dictarse con arreglo a derecho, sino sólo emitir su juicio según su propio saber y entender⁶³. Sin embargo, TALAMANCA apunta que el *arbiter* estaba vinculado al derecho objetivo, siempre que las partes en el compromiso no lo hubieran liberado de la observancia de éste⁶⁴.

Nosotros pensamos, en la misma línea que TALAMANCA que, aunque se dicte laudo en equidad es complicado sustraerse al derecho objetivo, más si el árbitro es experto en lo que se somete a su criterio. En ese sentido las diferentes razones que da PARICIO recogidas en D. 4. 8. 19. pr., cuando advierte que al pretor no le importa como sea la sentencia que dictó el árbitro con tal de que lo haga conforme a su parecer, u otra razón, como que se obligue a acatar la sentencia justa o injusta⁶⁵, o la última acatar incluso el laudo absurdo⁶⁶, no indican que se desoiga el derecho, de lo que nos hablan es de que el laudo es ejecutivo como una sentencia, no tiene

⁶⁰ MARRONE, M., “Sull’arbitrato privato nell’esperienza giuridica romana”. *Rivista arbitrale*. 1996, 1., cit 9.

⁶¹ DE GIOVANNI, L., “L’arbitrato nell’esperienza giuridica romana”. En *Sull’arbitrato. Studi offerti a G. Vere. Napoli. 2010, p., 334.*

⁶² PARICIO, J., “Notas sobre la sentencia del *arbiter ex compromisso*. Sanción contra el árbitro que no dio sentencia”. *RIDA XXXI*, 1984, p. 288.

⁶³ PARICIO, J., *Los arbitrajes privados ...*, cit., p. 47.

⁶⁴ TALAMANCA .. p.28. “*l’ipotesi più probabile è che, ..., l’arbitro fosse legato al diritto oggettivo, purchè le parti nel compromesso non lo avessero svincolato dall’osservanza di esso.*

⁶⁵ D. 17 .2. 76.

⁶⁶ D. 4. 8. 27.2.

posibilidad de recurso, punto que debe ser tenido en cuenta por quienes eligen este modo de solución de controversias.

El propio TALAMANCA⁶⁷ señala lo que es lógico, que si se quiere un arbitraje en derecho se contemple en el compromiso, pero de no hacerlo así, tampoco nada impide que al resolver en equidad se aplique el derecho, más cuando en el campo de las obligaciones el Derecho romano, tanto el *ius civile* como el *ius honorarium*, es de una tipicidad muy rígida. Así que el arbitraje compromisario se resuelva en equidad, no impide que el *arbiter* conozca y atienda las prescripciones de derecho objetivo, cuya aplicación cabe, incluso cuando no se reconozca expresamente en el compromiso⁶⁸. Por tanto, aunque en Roma sólo podamos hablar estrictamente de arbitraje de equidad, esto no impide que dentro de éste, se resolviera trayendo al proceso arbitral máximas y conceptos jurídicos, que aplicarán los árbitros cuyo saber y entender fuera, además de los propios, el jurídico.

⁶⁷ TALAMANCA. M., *Richerche...*cit. p. 28 cita 65: “Naturalmente l’arbitro ove fosse vincolato al diritto oggettivo, avrebbe dovuto applicare il *ius civi,e* ed il *ius honorarium*, senza che, per l’applicazione di quist’ultimo, dovesse essere facoltizzato espressamente nel *compromissum*” ...“Della possibilità di compromettere in *bonum et aequum* controversia su pretese che non fossero tutelate dal diritto oggettivo, il che poteva avere la sua importanza, soprattutto in materia di obbligazioni, data la rigida tipicità dell’ordinamento romano, non abbiamo esempio nelle fonti; ma dal punto di vista lógico non embrano potersi formulare,alriguardo, obiezioni fondate”.

⁶⁸ GIL GARCIA, O., “Las cualidades del *arbiter ex compromisso*: especial mención a la imparcialidad”. En *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Dykinson, 2016, pp. 407-408.

BUIGUES⁶⁹ en cuanto a la diferencia entre *arbiter* y *iudex* nos añade otro matiz interesante, el *arbiter ex compromisso* no tiene que obedecer a lo dispuesto en la fórmula, escrita redactada en presencia de y con la aprobación del pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio, con la única limitación del contenido del *compromissum* celebrado entre las partes. Esto nos enlaza con la regla *iura novit curia* en el sentido que luego trataremos, si para el juez la fórmula contiene derecho que debe aplicarse en el caso concreto, cuando el *iudex* asume su encargo, puede conocerlo. El árbitro como hemos visto y con carácter general no está afectado por el brocardo, puede o no conocer el derecho.

7.3 2) *Iudex*.

Si nos centramos en el *iudex privatus*, el juramento que presta al iniciar la fase *in iure*, cuando se le elegía, implicaba unos deberes que venían prescritos por el *officium iudicis*⁷⁰, la función jurisdiccional ya no era privada sino un *munus publicum*, que el ciudadano no podía

⁶⁹ BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el "arbiter ex compromisso"*. Madrid. 1990, p. 136 y ss.

⁷⁰ Los deberes del *officium iudicis* eran según MURGA., *Derecho romano clásico II. El Proceso* 2ª ed., cit. p. 313 estar presente y presidir las alegaciones de los litigantes, con la obligación de escuchar a los dos, examinar los medios de prueba con amplia potestad decisoria sobre ella, pronunciar órdenes verbales, y la más importante emitir su *iudicium*. El *officium iudicis* también se impone al juez público de la *cognitio*, asimismo suponía que no es válido lo hecho por un juez sino corresponde a su oficio (D. 50, 17, 170).

excusar salvo por contadas razones⁷¹, tenía la obligación de juzgar, juzgar era un deber⁷², que hoy resulta inexcusable pero que en Roma se podía excusar.

Cuando el *iudex* era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar *cum veritate et legum observatione*⁷³, el juez debe juzgar conforme al derecho y conforme a la verdad⁷⁴. Este juramento parece que obliga a conocer y aplicar el derecho, y que, por

⁷¹ Como se observa en Ulp. D. 50.5.13.pr. estas podían ser enfermedad, sacerdocio, ausencia justificada, parentesco con alguna de las partes, para lo que debía reforzar su petición de excusa con juramento. Ninguna de ellas por desconocimiento del asunto.

En el D. 4. 8. 15 (Ulp. 13 ad Ed.) se señalan causas de parcialidad que pueden hacer que el árbitro se excuse de su llamamiento, en palabras de hoy, que se abstenga, como son: ser difamado por los litigantes, (D. 4. 8. 9. 4 Ulp. 13 ad Ed.); (D. 4. 8. 15. Ulp. 13 ad Ed.) enemistad mortal, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, ... tampoco cabe arbitraje sobre asunto propio (D. 4. 9. 51) sería causa de excusa. Como ejemplo, Caracalla, en un caso de árbitro que resulta ser enemigo de uno de los litigantes e interpelado para que no dicte sentencia, la dicta (D. 4.8.32.15), y resuelve por rescripto, que el lesionado puede oponer excepción de dolo malo, frente a la reclamación de la pena.

Sabemos que ya Ulpiano (D. 4. 8. 3. 3. *Ulp. 13 ad Ed.*) y Paulo (D. 4. 8. 4 *Paul. 13 ad Ed.*) señalaba que el árbitro no podía desempeñar una magistratura de igual o mayor potestad que la del pretor, así este último tenía *coercitio* ante él y le podía obligar a sentenciar entre otras cosas *per maiore potestas*.

⁷² Este punto une este aforismo con otro no poco importante, como la actual prohibición de *non liquet* de nuestros jueces y magistrados, que también era obligación en Roma sólo eludible por el juramento *de sibi non liquet*. En Roma si el juez no tiene un buen conocimiento del asunto se puede apartar de él, precisamente por no poder resolverlo (D. 4. 8. 13. 4). Sin que esto implique que lo que resulta obligatorio es que a las partes se le dé solución a su conflicto. Hoy en cambio el juez debe resolver y no puede apartarse de un pleito por desconocimiento, *iura novit curia*, así 1.7 C.C le impone el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de los que conozca ateniéndose al sistema de fuentes, art. 11.3 LOPJ siendo castigado penal o disciplinariamente por no hacerlo.

⁷³ Justiniano en una Constitución referida en C. 3. 1. 14. pr. menciona la antigua obligación de jurar de los jueces, de cómo iban a acordar sentencia definitiva conforme a la verdad y a la observancia de las leyes.

⁷⁴ Expresión utilizada por KASER, *op. cit.* p. 378.

tanto, *de facto*, fuera de observancia el *iura novit curia*. Más adelante, el juramento de actuar conforme a la *veritas* y las *leges* que fue exigido a partir de la constitución de Justiniano del año 530 recogido en C.J. 3.1.14.1⁷⁵ recoge claramente la obligación del juez privado, y su sumisión al derecho, juramento que no se exigía al árbitro⁷⁶. El árbitro parece que no está vinculado al derecho objetivo, aunque su conocimiento sea de indudable utilidad para el mejor desempeño de sus funciones, así en Nov. 83. 11 pr. del año 539, se reprocha a los litigantes que utilizan como árbitros a personas ignorantes en derecho, acudiendo después a tribunales al no quedar conforme con la sentencia arbitral. Pero esta novela nos desvela algo más, que los tribunales resuelven conociendo el derecho, cosa que puede no hacerse en el arbitraje privado.

No es una aplicación rígida del principio, puesto que antes de sentenciar se acompañaban del *consilium*, pero era soberano al decidir, en el sentido de que el parecer de tal consejo ni siquiera le vinculaba⁷⁷.

Por otro lado, el juez romano no estaba obligado a sentenciar, porque si el juez no puede adoptar el fallo por las dificultades que la cuestión sometida a su criterio ofrece, podía volver a jurar *rem sibi non liquere*, es decir, no ver clara la solución del pleito, señalándolo en la

⁷⁵ PARICIO, J. *Sobre la Administración de Justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados romanos*, Madrid, 1987. p. 119.

⁷⁶ FERNANDEZ BARREIRO, A., GARCIA CAMIÑAS, J., "Arbitraje y Justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios...", cit., p 584.

⁷⁷ KASER, *op. cit.* p 378.

tablilla con NL. De tal manera que, al liberarse del primer juramento, se podía nombrar otro *iudex*⁷⁸ más preparado, mediante el procedimiento de la *mutatio iudicis*. Una de las consecuencias actuales de la aplicación del principio que nos ocupa es que el juez de hoy conoce “todo” el derecho⁷⁹ y esto implica que debe sentenciar en todo caso, no pudiendo apartarse de un asunto por esta razón. El juez romano si no se veía con conocimientos para juzgar se podía apartar del asunto, y ese no ver claro, no sabemos con exactitud si también podía afectar a su desconocimiento del derecho aplicable al caso, aunque no lo podamos descartar. Si esto fuera así, y el juez si no conoce el derecho se puede apartar de la causa, debemos deducir que no era obligatorio conocer el derecho, y por tanto puede ser una razón más, para suponer que el juez romano no estaba afectado en esta etapa, por la máxima *iura novit curia*. Pero lo más probable es que, a la hora de sentenciar y si no se apartaba del caso, es porque precisamente conocía los aspectos, tanto fácticos como jurídicos, imprescindibles para acometer su función, aunque no fuera obligatorio ese conocimiento de la norma.

⁷⁸ Tenemos pocas noticias sobre esta práctica, sabemos que antes de dar este paso el juez tenía la opción de retrasar su veredicto utilizando un aplazamiento por medio de la *diffissio*, (Ulpiano, D. 4. 8. 13. 4. (Ulp. 13 ad ed.) indica que, si el juez es apremiado por el pretor para dictar sentencia, será muy justo que, si jura no estar aún bien instruido, se le dé espacio para pronunciar su juicio) pero si después seguía sin argumentos para resolver, podía *iurare sibi non liquere*, véase PARICIO, J., “Iurare sibi non liquere”, en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988), pp. 414-416. Del mismo autor *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 21 y ss.

⁷⁹ El juez actual, accede a su cargo, en su mayor parte por oposición en la que se valoran sus conocimientos jurídicos que completa posteriormente en la Centro de Estudios Judiciales art. 301 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los jueces, unipersonales o colegiados, en el desempeño de su función judicial, debían ceñirse a los hechos, valorar las pruebas y dictar sentencia, en aplicación de principios que, éstos si, rigen en el procedimiento formulario de Derecho romano, como son el principio dispositivo y el de aportación de parte. Pero como hemos advertido, podía ser juez cualquier ciudadano, y su función acababa con la decisión de cada proceso, si bien es verdad, que su tarea fue lo suficientemente importante como para provocar grandes tensiones y rivalidades, a fin de decidir qué tipos de personas podían llegar a desempeñar la tarea judicial.

Sabemos que en un principio tal función fue realizada por senadores, aunque no en cuanto tales, sino simplemente por su propia categoría humana e intelectual y sin duda, también por su natural independencia a la hora de dictar sentencia⁸⁰. El *iudex privatus* era elegido del *album iudicum*, que se elaboraba anualmente con ciudadanos a los que no se les exigían conocimientos especiales de derecho⁸¹. El juez es un ciudadano que se destina a esa función por su

⁸⁰ MURGA, *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 1983, pp. 64-65. Como añade el autor una de las más significativas reivindicaciones de las guerras civiles fue precisamente lograr que también los *equites* fuesen llamados para cumplir la misión de juez.

⁸¹ GIL GARCIA, O., "Las cualidades del *arbiter ex compromisso*. Especial mención a la imparcialidad." Op. Cit. p. 406. No podían ser jueces, y se excepcionaban el pupilo, el loco, el sordo o mudo (D. 4. 8. 9. 1 Ulp. 16 ad Ed.) los impúberes (D. 4. 8. 41), los esclavos (D. 4.8.7 pr. (Ulp. 13 ad Ed.) y D. 4. 8. 9 pr. (Ulp. 13 ad Ed.)), o las mujeres por aplicación de la costumbre (D. 5. 1. 12. 2). Sin embargo, en la Partidas III.4.4 la mujer no puede ser juez, pero sí árbitro, cuando tenga jurisdicción sobre un territorio, si bien en ese caso ha de estar aconsejada de hombres entendidos en derecho. Esto sucedía con las Reinas, Condesas u otras

respetabilidad y su inclusión en el censo, no por su ciencia⁸². Como advierte D´ORS, y ya señalamos, los jueces no suelen conocer el derecho (aunque las partes deben presumir lo contrario y abstenerse de probarlo), por lo que recabarán el asesoramiento de los juristas⁸³, lo que en sí mismo parece una paradoja, sin conocerlo *a priori*, deben aplicarlo sino por sí, por la intervención de asesores.

Los jueces o los árbitros se elegían por las partes de común acuerdo, o se extraían por sorteo del *album iudicum*^{84 85}. Lo que parece

dueñas. Será después, con las leyes de enjuiciamiento de causas y negocios de comercio de 1830 y en la ley de enjuiciamiento civil de 1855 cuando se vete la posibilidad de ser árbitro a la mujer, pese a ser normas más modernas. Tampoco los expulsados del Senado, como advierte Paulo (D. 5.1.12.2).

⁸² Cic. P, Planc. 25, 62 “*Virtus, probitas, integritas in candidato, non ars, non stientia requiri solet*”. <https://institucional.us.es/revistas/habis/18-19/30%20rodriguez%20neila.pdf>

⁸³ D´ORS. *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed., p. 147.

⁸⁴ Los criterios para la confección de estas listas variaron mucho en Roma, Según la *Lex Acilia repetundarum* del 123 a. C. las listas las redactaba el pretor cada año. Si están de acuerdo en el nombramiento perfecto, sino lo están *album iudicum selectorum* se eligen entre ciudadanos del orden senatorial, más tarde se incorporan del orden equestre, pero fue motivo de luchas políticas. Las partes tienen un derecho limitado de recusación (*reiectio*)... pero a efectos del *iura novit curia*, son personas con cierto nivel social, que a quienes se les puede presuponer ciertos conocimientos jurídicos por las ocupaciones que han desempeñado para poder estar incluidos en el *album*.

⁸⁵ Tampoco podían juzgar aquellos que, *reiectio*, estaban manchados de parcialidad con alguna de los litigantes por tener por vínculo de parentesco, enemistad, ... En el D. 4. 8. 15 (Ulp. 13 ad Ed.) se señalan causas de parcialidad que pueden hacer que el árbitro se excuse de su llamamiento, en palabras de hoy que se abstenga, como ser difamado por los litigantes, (D. 4. 8 .9. 4 Ulp. 13 ad Ed.); (D .4. 8. 15. Ulp. 13 ad Ed.) enemistad mortal, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, ... tampoco cabe arbitraje sobre asunto propio (D. 4. 9. 51) sería causa de excusa. Como ejemplo, Caracalla, en un caso de árbitro que resulta ser enemigo de uno de los litigantes e interpelado para que no dicte sentencia, la dicta (D. 4. 8. 32. 15), resuelve por rescripto, que el lesionado puede oponer excepción de dolo malo, frente a la reclamación de la pena. En D. 4. 8. 9. 2 se refiere otro caso de parcialidad, que el

señalar que lo que se pretendía con esa elección era prioritariamente elegir prácticos, que pudieran comprender de forma idónea los hechos y la prueba sobre los que versaba el asunto *ad hoc*. Por su elección podemos colegir que, aunque los hechos son el núcleo de decisión del *iudex*, más que el derecho, su intervención es sumamente jurídica porque si como advierte Paulo el derecho no puede abolir los hechos (D. 41. 2. 1. 4), que definen la singularidad de cada proceso, eso quiere decir a *sensu contrario* que hay que aplicar el derecho. Pero también sabemos que debe hacerlo, pues como advierte Celso en D. 1. 3. 24 es contrario al derecho civil juzgar o responder teniendo en cuenta sólo una pequeña parte de la ley, sin contemplarla en su totalidad, luego deducimos que el juez debe aplicar la totalidad de la ley, por tanto, la ley.

En D. 1. 3. 8 Ulpiano, advierte que el derecho no se establece para las personas singulares, sino con carácter general, *Iura non in singulas persona, sed generaliter consituuntur*. Como dice Ulpiano *omne, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur* Ulp. D. 47. 10. 1 pr. todo lo que no se hace con arreglo a derecho se dice que se hace contra derecho, si esto es así para la generalidad de ciudadanos, cuanto más para el juez al juzgar.

juez tiene prohibido hacerse cargo del arbitraje de un asunto que tiene como objeto una causa de su competencia. En las Partidas III. 4. 24 cuando se alude a esta prohibición sólo se aplica a los arbitrajes en derecho, la razón además de por la posible parcialidad, también era económica, porque en la práctica se evitaba el proceso y con él se eludían los pagos al erario público por tasas del juicio.

Por otro lado, no podemos excluir otra razón, apoyada en una máxima, *ignorantia iuris nocet*, (Paulo D. 22. 6. 9 pr.) en su aplicación entendemos que al juez no le es lícito ignorar la ley, como a nadie⁸⁶. La ley pública se da al pueblo y luego se expone su texto en público de ahí que todos deban conocerla, y sea inexcusable su ignorancia, y entendemos que en este “pueblo” se incluyen los jueces, aunque sean legos, puesto que forman parte de él. Como nos recuerda D’ORS⁸⁷ no podemos olvidar que *leges* son muchas, y muchas de ellas afectan al derecho privado, son *ius cogens*, por ejemplo las que atañen a la *libertas* D. 4.5.53 pr., a la *usucapio* D.39.2.18.1, a la *quarta Falcidia* D. 35.2.15.1, a las excusas de la tutela D. 27.1.30.3, a la revocación de lo vendido en fraude D. 26. 1. 8, a la responsabilidad en los transportes marítimos D. 14. 1. 1. 20, al derecho de recuperar la dote D. 23. 3. 2, al plazo para considerar a una persona difunta en cinco años, D. 4. 15. 2. 1, a no gravar la manumisión testamentaria con cargas D. 38. 1. 42, al derecho fiscal D. 2. 14. 42. Todos ellos casos en los que entendemos que el juez conoce y aplica el derecho, y no puede ignorarlo.

Contamos con algunos ejemplos en los que el *iudex* debe ser quien resuelva por considerar que su función es esclarecer los hechos, entendiendo que el derecho es una consecuencia de la fijación fáctica. En D. 24. 1. 47 se plantea una cuestión sobre gastos que hacía el esposo

⁸⁶ Se recepciona de forma más explícita en el Fuero Juzgo, 2.1.3 de Recesvinto: a nadie es lícito ignorar las leyes.

⁸⁷ D’ORS *Derecho privado* ...cit. pp 64 indica que la afirmación general del deber de conocer las leyes es de época tardía, C Th.1.1.2 o CJ 1.18.12 del 391, donde incluso, se equiparará la ley con el edicto, que también es público (D.21.1.1.2itp. pero este derecho será inexcusable y es obligatorio, no se puede alterar por la voluntad de los particulares, es *ius cogens*.

en favor de su mujer: cuales se deben considerar donaciones de las prohibidas entre cónyuges. Celso diferenciaba los gastos necesarios para el cumplimiento de los deberes propios de un esposo, que serían donaciones, de los gastos en la administración de los negocios por el esposo en favor de ella, que no se consideran donaciones. Pero que un gasto fuera de una u otra categoría entendía que era una cuestión de hecho, y eso lo debía decidir el *iudex*. El otro caso D. 39. 5. 2. 7, se habla de la entrega de dinero a Ticio para que comprara un esclavo, Stico, entregado el dinero, no se pudo llegar a comprar por fallecimiento del esclavo, aquél que entregó el dinero pregunta si puede reclamarlo en algún concepto. Juliano entiende que es una cuestión de hecho dilucidar si la entrega del dinero se hubiera hecho como condición, para la compra o se hubiera hecho como donación. Y Juliano parece que pensó que debía ser el *iudex* el que debe esclarecer que sucedió⁸⁸. La función de este juzgador se parece a la función de un jurado a quien le pedimos que determine los hechos porque el derecho será consecuencia de esa decisión, como ya advierte KASER el *iudex* único es un particular a quien se confía como jurado una función judicial⁸⁹.

La obligación del juez de conocer el derecho está confirmada por otra razón más, porque si el juez comete una infracción, incluidas las de Derecho se ve sometido a responsabilidad. El juez del procedimiento formulario si incurre en nulidad de la sentencia

⁸⁸ Más adelante Justiniano, en C 5. 16. 25. 2, también a propósito de unas donaciones decide abandonar la distinción entre *a quaestio iuris* y *a quaestio factum*.

⁸⁹ KASER *op. cit.* p. 366.

porque ésta se dicta *contra legem*, debe soportar su responsabilidad y debe hacer propia la *litis* (D. 42. 1. 27. 1) más si esta decisión del *iudex* es preclusiva, es decir, comporta la imposibilidad material para las partes procesales de iniciar otro pleito con la misma acción por los mismos hechos. Recordemos que aún no existe la posibilidad de apelar que nace con la *cognitio*, de ahí que fuera imprescindible que en ese caso el juez fuera responsable, subrogándose en la posición del condenado. (D. 5. 1. 15. 1) como dice BURDESE *quanto meno in uno specifico caso di dolosa frode alla legge da parte del giudice, sul presupposto della nullità della relativa sentenza*⁹⁰.

El juez romano tiene un deber esencial, para eso es nombrado: sentenciar. Como nos recuerda Juliano en D. 5. 1. 74 pr., es más, de no sentenciar incurre en responsabilidad como se advierte en D. 42. 1. 55, Ulp. ad Sab.. En C. 7. 44. 2 (Imppp Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Probum Praefectum Praetorio) se dice que se debe resolver *statim*, es decir, rápido para impedir dilaciones. Sabemos que cabía prórroga para dictar la sentencia, aunque esto fuera lo excepcional, (D. 4. 8. 13. 4), sabemos que la sentencia dictada fuera de plazo era nula, y no incurre en pena el que no la acata (C. 2. 55. 1 año 213)⁹¹, e incluso que una sentencia dictada con posterioridad

⁹⁰ BURDESE, A., *Miscellanea romanística*...cit, pp.119-120. En cambio, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* se supera esta concepción y la responsabilidad del juez civil, que no es juez privado sino público, se reduce más a causas de parcialidad. La nulidad de la sentencia dictada contra normas deviene nula pero no es preclusiva, de ahí que el juez no resulta responsable, las partes pueden volver a plantear el pleito, arbitrándose una nueva solución: contra su sentencia cabe apelación.

⁹¹ Incluso D.4.8.50 queda fuera de plazo la dictada en tiempo de prórroga sólo acordado por el juez, si no habían comparecido los litigantes.

al año de mandato del magistrado carecía de validez y la acción procesal no podía volver a ejercitarse, lo que provocaba la caducidad de la instancia igual que si no se ajustaba a la fórmula (Gai. 4. 52).

Esto cambia con la *cognitio extra ordinem* puesto que en este caso la dilación de esos plazos para finalizar los pleitos (C.T. 1. 16. 1 año 313), 2. 15. 1 año 319, 12. 1. 181 pr. año 416, no produce caducidad del litigio. En el mismo sentido la legislación justiniana. Es más, las partes procesales pueden acordar otro plazo que el juez está obligado a aceptar si la demora es por su culpa (D. 4. 8. 21. 5)⁹²

7.4 *Iurisdictio* del pretor y principio *iura novit curia*.

Garantes de la *iurisdictio* serán primero el pretor urbano, luego el pretor peregrino e incluso más tarde, los magistrados municipales. POMPONIO respecto al primero de ellos (Pomp. D. 1. 2. 2. 10) nos dice como los magistrados restituían derechos, y para que los ciudadanos supieran que derecho iba a declarar en cada caso constituyeron edictos, que conformaron el derecho honorario. Sus funciones eran como advierte PAPIANO en sus definiciones (Pap. D. 1. 1. 7. 1): ayudar, suplir o corregir el derecho civil. Para poder desarrollar esta

⁹² Hoy la prohibición del *non liquet* se recoge en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dice: “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes.”

función es indudable que debían poder llegar a conocer el derecho del caso concreto y así poder transformarlo. Y ese derecho es el que servían en la fórmula, para que el *iudex* sentenciara sin necesidad de conocerlo previamente, centrando su actividad en valorar la prueba, los hechos, y a estos aplicando el saber que tenía por su pericia en la materia de fondo y la autoridad que adquiriría al ser llamado juez por elección de las partes procesales⁹³.

Estos magistrados estaban acompañados por un *consilium* que les ayudaba en materias jurídicas, también los propios litigantes podían contar con el asesoramiento de los jurisconsultos cuando desempeñaban su función de *agere*. El demandante *qui agere vult*, aportaba al proceso el asesoramiento sobre las acciones y la fórmula, incluso la norma a aplicar para la buena defensa de sus derechos. Resulta difícil pensar, que para realizar estas tareas el magistrado no conociera además y por él mismo, gran parte del derecho imprescindible para actuar en cada caso.

Respecto a la fórmula “*Or, ce sont justement les formules qui ont joué le rôle principal dans le développement de la science juridique chez les romaines. Etant elles mêmes les produits d’un esprit juridique d’une exactitude et d’une souplesse étonnantes, elles ont posé à la jurisprudence des points de repère, qui lui ont évité la peine de chercher par ci par là, au*

⁹³ En esos casos también podríamos incluir los asuntos en los que interviene un jurado, que evidentemente está formado por miembros legos, que se pronuncia sobre los hechos y, sin embargo, se aplica el derecho, aunque ayudados por el magistrado ponente, que hará las preguntas necesarias para poder aplicar después el derecho. Nadie diría que un juicio por jurados no se aplica el derecho, es decir, *iura novit curia*.

hasard des intérêts publics et privés, les critères de classification et d'interprétation des situations juridiques."⁹⁴. Al pretor le corresponde aplicar la ley existente, una vez escuchados los litigantes y definidos los términos del proceso, dentro de la fase *in iure*, el *iudex* recibida la fórmula determina los datos fácticos y jurídicos de la disputa⁹⁵, para emitir su sentencia, *apud iudicem*. Si no hay norma existente, el magistrado asistido por su *consilium* (este sí, compuesto por juristas) decide si la petición es digna de protección y define un medio procesal para ella, otorga una acción. Ésta una vez concedida, se tramita como siempre, pero con esa innovación jurídica que ha introducido el pretor.

Más tarde, el pretor peregrino, sobre el siglo III a C., años 242-241 a. C., también nace con función de *dicere ius*, ahora para resolver los cada vez más numerosos conflictos que nacen de las relaciones comerciales con los *peregrini*, e incluso entre estos mismos (*dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma*). Su tarea es más amplia que cuando el pretor solo resuelve entre *cives* romanos, por medio de las *legis actiones* y en aplicación del *ius civile*. Ahora el procedimiento formulario se va extendiendo, crean reglas nuevas adaptadas al caso concreto basadas en la *fides*. El pretor urbano ejercía su jurisdicción en Roma, pero también los Magistrados municipales tenían jurisdicción⁹⁶, bien por delegación del pretor romano o por la

⁹⁴ ARANGIO-RUIZ, V., "*Les formules des actions et le système du droit romain classique.*" *Scritti di diritto romano* II. Ed. Jovene editore. 1974. P. 421.

⁹⁵ VOCI, *Manuale ...op*, cit, vol. I, p. 106.

⁹⁶ En general y para revisar la jurisdicción de los magistrados municipales TORRENT, A. *La iurisdictio ...*, cit.

ley institutiva de cada municipio, este derecho se ejercía por los *praefecti iure dicundo*, (como los *praefecti Capuam Cumas*) o por los *duoviri* o *quattuorviri iure dicundo* elegidos por los *comitia* municipales⁹⁷.

Ante el magistrado se desarrollan las actuaciones encaminadas a la instrucción del proceso, en tanto que la práctica de la prueba tiene lugar ante el juez que resuelve la controversia con una sentencia definitiva con valor de cosa juzgada. El mencionado magistrado resuelve la *causa cognitio*, desde el derecho, y subrayamos esto último, ya que otorgaba acción o no, determinaba si había habido *litis pendencia*, admitía a las partes procesales observando si tenían o carecían de legitimación activa y pasiva (*is qui agit, is cum quo agitur*), fijaba el objeto del proceso la *causa petendi*, centraba el debate, revisaba su competencia, supervisaba el nombramiento del *iudex*, e incluso decidía e impulsaba los actos *magis imperii quam iurisdictionis*, que a la postre aseguraban el buen fin y el cumplimiento cierto de la futura sentencia. Por todo ello, entendemos que, *de facto*, conoce el derecho. Es más, decide sobre asuntos que provocan el efecto de *res iudicata*, tal es el caso del allanamiento, *confessio in iure*, que genera una *actio ex confessione*⁹⁸, o de la propia *transactio*.

⁹⁷ Estas magistraturas tenían competencias jurisdiccionales, instruían causas relativas a crimina cometidas en su municipio, y en el campo civil, resolvían controversias entre particulares, salvo en ciertas materias reservadas al pretor de Roma: *causae liberales, famosae*, actos *magis imperii quam iurisdictionis*. Otro límite de competencia es la cuantía, que, si sobrepasa los 10.000 sextercios, debía ser resuelta por el pretor.

⁹⁸ Incluso en las *legis actiones* se podía actuar contra el *confessus* por medio de la *manus iniectio iudicati*.

Cuando el pretor deniega la acción, se comporta como un juez, y su decisión se parece a una sentencia, aunque se pueda plantear de otra manera para que sea admitida. Incluso, cuando los jueces, investidos por el magistrado no tienen ley que aplicar, siguen las instrucciones del pretor peregrino conforme a la buena fe que recogían las costumbres comerciales⁹⁹.

Todas estas tareas mencionadas anteriormente tienen un contenido básicamente procesal, con naturaleza de *ius cogens*, e indican que este magistrado estaba aplicando un derecho de elaborada técnica procesal. Como señala afinadamente KASER refiriéndose al pretor “la *iuris dictio* del magistrado consiste en la declaración de lo que es derecho, no en dictar sentencias”¹⁰⁰. Para ello, este magistrado elegía e incluso en ocasiones creaba el derecho imprescindible para cada caso concreto, ya por conocimiento propio, ya por asesoramiento.

La actividad de este magistrado no es baladí, porque como todos sabemos con su quehacer se desarrolla el *ius honorarium*, cuando cada pretor publicaba al inicio de su año de mandato su edicto con los criterios por los que iba a regir los *iudicia*. Es más, este magistrado quizá no aplica, pero si conoce e incluso crea gran parte del Derecho romano, incluyendo el procesal romano¹⁰¹. Su labor fue

⁹⁹ ARANGIO-RUIZ, V., *Les formules ... cit.*, p. 451.

¹⁰⁰ KASER, op. cit. p. 355.

¹⁰¹ En las *intentio in factum concepta*, Gayo 4. 46, si el demandante no encontraba suficiente apoyo en el derecho establecido, podía solicitar el amparo del

creadora del *ius praetorium*, en D. 1. 1. 7. 1 se afirma..... la *aequitas* y la *bona fides* de su jurisdicción dotó al derecho de criterios de ponderación, de analogía, de atención a las circunstancias objetivas y subjetivas, de proporcionalidad, y este hecho implica no solo la aplicación del derecho, sino que incluso lo crea *ad hoc*.

El pretor aplica al derecho formulario la realización del *bonum et aequum*, en ocasiones no aplicaba el derecho en vigor, y denegaba la *actio* o la *exceptio* para el caso concreto denegando la norma general y abstracta, pero el magistrado anticipa las consecuencias jurídicas de los hechos alegados, que después se exponen al *iudicium*.

El pretor recoge en esta fase esa fórmula a la que el juez está vinculado y en ella el conjunto de cuestiones tanto jurídicas como fácticas del caso, para que el juez condene o absuelva, en función de la prueba, y como consecuencia de ello, si los hechos estaban o no fundados en las pretensiones jurídicas recogidas en la fórmula. El derecho aplicable estaba en la elección de la propia fórmula, en su admisión y en cómo se redactaba. El juez aprehendía el derecho de la fórmula y por congruencia no podía salirse de lo pedido por la parte¹⁰², porque como advierte KASER la fórmula contiene, además del nombramiento del juez, el programa o pauta del litigio, esto es el conjunto de cuestiones jurídicas y fácticas, cuya solución depende de

Magistrado y que éste le concedía una protección procesal, se proseguía el *iudicium* y se creaba esa acción pretoria, que incluso luego pasa al derecho civil.

¹⁰² GIL GARCÍA, O., "La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano". *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, 17 - 1, pp. 149-150.

la sentencia del juez¹⁰³ . En este procedimiento “la ley para el juez era la fórmula”¹⁰⁴.

Precisamente en la *intentio*, junto con la identificación de las partes procesales, la descripción del acto que generaba el pleito, se debía determinar la situación jurídica que daba lugar a la *actio*, según Celso el *ius persecuendi iudicio quod sibi debeat*, el fundamento jurídico protegido procesalmente. En la *intentio in ius concepta*, Gayo 4. 45, indica como en esos casos la pretensión se refiere a derecho civil, señala las que pretenden la propiedad civil, o cuando se debe dar algo, o indemnizar por hurto. Con todo ello, el juez conozca o no el derecho lo aplicará en función de su incorporación a la fórmula, después de la valoración de los hechos como ciertos. Pero esto, no quiere decir que sea de aplicación el *iura novit curia*, el juez como hemos visto, *ab initio* puede no conocer el derecho, es más incluso puede apartarse del pleito si jura no ver claro.

En el procedimiento formulario la conexión pretor y juez hacen que *de facto* se aplique el *iura novit curia*¹⁰⁵ en sus resoluciones. Pero con una interpretación estricta, y si solo nos referimos al *iudex* deberemos concluir que no tiene por qué conocer el derecho, al menos con carácter anterior a que se le nombre y tenga que decidir cuál ha

¹⁰³ KASER *Derecho ... cit.*, p.370.

¹⁰⁴ PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, p. 75.

¹⁰⁵ Hoy día, que existe jurado para algunos procedimientos, es de aplicación el *iura novit curia* por la conjunción jurado-juez profesional y su sentencia se emite con los hechos declarados por el jurado, y el derecho aplicable elegido congruentemente por el juez.

sido la realidad de los hechos sometidos a su consideración. Una vez nombrado, su juramento hace que se vincule su decisión al conocimiento del derecho, con la salvedad del *non liquet*, que sí está permitido en Roma, dando paso a que otro juzgue en su lugar.

Respecto a la certeza del derecho aplicable, en el procedimiento formulario romano se da mucha libertad a los sujetos juzgadores, su intervención crea derecho. Su resolución práctica y en continua evolución quizá hiciera imposible conocer todo el derecho, pero esa labor creadora del órgano judicial implícitamente supone conocimientos jurídicos. En conjunto magistrado y juez acaban conociendo y aplicando el derecho, pero no siempre y no en todos los casos, por lo que en puridad no podemos concluir que sea de aplicación el *iura novit curia*.

Si asumimos la descripción del principio que hace EZQUIAGA, es un principio estructural del sistema jurídico que se sustenta en la ficción de un juez profesional, sin poder creativo, que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos, debemos concluir que en el proceso formulario no se aplica el *iura novit curia*¹⁰⁶, puesto que sus

¹⁰⁶ EZQUIAGA GANUZAS, F.J., "*Iura novit curia*" ... cit. p.14-15. indica que uno de los usos del aforismo es considerarlo principio jurídico y como principio normativo conlleva la obligación de los jueces de sujetarse al derecho, lo que implica conocerlo. Según el autor, actualmente no se puede conocer todo el derecho, por tanto, es un principio estructural del sistema jurídico que se sustenta en la ficción de un juez profesional, sin poder creativo, que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos.

órganos judiciales no aplican el derecho, van más allá, incluso lo crean¹⁰⁷.

7. En la *cognitio extra ordinem*.

Es el modelo procesal civil de la etapa del imperio. Nace con Augusto en el Principado, s. I a.C. coincide con el procedimiento formulario hasta el s. IV, en el 342 se hace proceso ordinario, perdiendo la excepcionalidad que lo hizo nacer: resolver más rápido y de forma extraordinaria los pleitos, en plena expansión comercial del imperio. Sobre la base del proceso cognitorio romano postclásico y justiniano se han ido erigiendo muchas de las reglas y principios del Derecho procesal moderno¹⁰⁸. El proceso pierde esa nota de voluntariedad que en el pasado imprimían los litigantes, y administrar justicia, esto es, el ejercicio de la jurisdicción pasa a

¹⁰⁷Este principio es extraño a los sistemas de derecho anglosajones y está muy unido al movimiento codificador y constitucionalista, al juez profesional, elegido según las coordenadas de la división de poderes, en la que la función de creación del derecho descansa en el poder legislativo, muchas veces con impulso del ejecutivo cuya función se ciñe a la aplicación del derecho al caso concreto, en un contexto de estricta sumisión al imperio de la ley.

¹⁰⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Derecho Privado Romano*. La "*Cognitio Extra Ordinem*". 2018. Reus. Colección jurídica general, p. 98. Como advierte el autor cuestiones de índole procesal como la dependencia de las partes litigantes respecto del juez, el predominio de la escritura respecto a la oralidad, la citación por edictos, el derecho a recurrir una sentencia y que ésta sea revisada por un órgano superior al que la emitió, los plazos y requisitos de los escritos de demanda y contestación a la demanda, el sistema de las presunciones, las costas procesales, etc.. son algunas de las novedades más relevantes del derecho procesal posclásico y justiniano que constituyeron la base del proceso romano-canónico vigente durante el periodo de derecho intermedio y que ha inspirado las modernas legislaciones.

convertirse en una verdadera función pública reclamada por el poder imperial¹⁰⁹.

De todos los sistemas procesales romanos es el que más se asemeja al proceso civil actual y del que tenemos más noticias pues, como dice BIONDI, el proceso moderno es de origen y estructura romana^{110 111}. Esto hará que la aplicación del *iura novit curia* sea más aproximada a lo que hoy entendemos por tal.

Para determinar si los jueces conocen o no el derecho debemos analizar cuáles son los órganos llamados a impartir justicia en la *cognitio extra ordinem*. La cuestión varía sustancialmente con el *ordo iudiciorum privatorum*, dado que es de fase única y aquí la *iurisdictio* y el *iudicium* recaen en el mismo órgano. El estado ya contempla la función de juzgar como una de sus funciones, y lo hará con sus propios medios. Este procedimiento que se fija en la *lex Iulia*, se desarrolla fuera del *ordo iudiciorum privatorum*, siendo el órgano que imparte justicia, parte del estado, bien un magistrado de la antigua estructura republicana, bien un funcionario de la carrera imperial.

¹⁰⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., op. cit., p 99.

¹¹⁰ BIONDI, B., "Intorno alla rominità del processo civile moderno", BIDR 42, Roma, 1934, p. 430: "Il processo moderno è dunque di origine ed impostazione romana, sempreché intendiamo riferirci non a quel processo formulare, típicamente latino, che è tramontato per sempre, ma a quella *cognitio extra ordinem* che sorge fin dai primi tempi dell'Impero, si consolida ed allarga via via nella prassi giudiziaria, finchè con Giustiniano si afferma come único sistema processuale."

¹¹¹ Las fuentes proceden fundamentalmente de las constituciones imperiales, incluidas en el Codex justiniano como en el Código Teodosiano. El Digesto tiene poca información salvo la relacionada con la *appellatio*, y en las instituciones de Gayo no se refiere este proceso.

No podemos olvidar que estos magistrados no tienen sólo función jurisdiccional, unen estas atribuciones a otras de carácter político, pero parece que deben conocer el derecho. En las labores judiciales se cuenta con magistrados y así en D. 1. 2. 2. 13 (*Pomp. L.s. Enchiridii*), se declara que el objeto del derecho se logra por medio de los que están puestos para proferir derecho; pues ¿de qué serviría que en una ciudad hubiera derecho, si faltaban quienes pudieran aplicar las leyes? ... y añade, porque no puede subsistir el derecho, sino hay un jurisperito por quien diariamente pueda mejorarse.

Magistrados con poder de *cognitio* son los cónsules y los pretores, que van aumentando y se van especializando, *praetores fideicommissarii*, *praetor tutelaris*, *praetor de liberalibus causis*. También eran importantes en la capital *praefecti praetorio* (en apelaciones), *praefectus urbi* (con funciones que ya incorporan de los pretores y también en apelaciones), *praefectus vigilum* (para asuntos de seguridad en la ciudad), *praefectus annonae* (competente en orden público) *praefectus aerarii* (en orden fiscal). Fuera de Roma funcionarios periféricos. Todos ellos tienen más atribuciones que las propiamente judiciales, por ello se ayudan de un *iudex datus* (D. 4. 4. 18. 4; D. 5. 1. 81¹¹²; D. 49. 3. 3), o *pedaneus* (D. 2. 7. 3. 1; D. 26 .5. 4) que son tenidos como subordinados, bien lejanos del otro *iudex privatus* del procedimiento formulario, no sujeto a nadie¹¹³ por su manera de

¹¹² En este párrafo del Digesto se indica por Ulpiano que el que ni ejerce jurisdicción, ni fue investido de alguna potestad por el *Princeps*, ni fue nombrado por el que tiene facultad de nombrar jueces, ni fue elegido en virtud de compromiso, o confirmado por ley. no puede ser juez.

¹¹³ VOICI, *Manuale* ... cit, p 493.

elección. Esta súper especialización parece indicar que debían conocer al menos la materia relacionada con sus competencias, tiene sentido pensar que en la medida en que esto sucede quien juzga, bien él o sus órganos de apoyo, sean cada vez más expertos jurídicamente hablando, lo que le puede permitir resolver los posibles conflictos que se planteen con mayor conocimiento.

En provincias y municipios se encargan de estos procesos desde los gobernadores provinciales hasta encargados de zonas más pequeñas, como los *praesides*, *correctores*, *vicarii*, *procónsules*, *defensores civitatum* quienes a su vez también podían elegir y delegar en un *pedaneus* que contaba con auxilio y asesoramiento.

Respecto a las fuentes del derecho y su posible conocimiento, estamos en una etapa en la que, aunque el derecho pierde calidad gana certeza, lo que a efectos del *iura novit curia* es imprescindible. Para dictar sentencia el juez cada vez más se plegará a las directrices imperiales, poco a poco pierde importancia la jurisprudencia civil, para sustentarse en aquellas normas que se dictan desde la Cancillería imperial, con una clara tendencia a la unificación de las fuentes del derecho. El rescripto imperial, *rescriptum*, es una potente fuente de derecho¹¹⁴. Asistimos a las primeras compilaciones de *iura* y de *leges*, y por contacto con otras culturas va surgiendo el fenómeno llamado derecho vulgar. Precisamente de esas culturas se van reconociendo

¹¹⁴ Ya antes incluso en el Alto Imperio se crearon en la Cancillería el *officium a libellis*, para causas civiles y criminales y *officium a epistulis*, para asesorar y resolver peticiones de particulares mediante *decretum*.

costumbres de ese derecho local, que, probadas en juicio, son aplicables y que guardan cierta semejanza con las excepciones del principio actuales, probar las costumbres y el derecho “extranjero”, pudiendo llegar a ser el origen de ellas.

Pero no se puede asegurar, que en la *cognitio extra ordinem* los órganos llamados a impartir justicia conozcan el derecho, lo aplican, puesto que después de varias resoluciones sobre casos parecidos, se dotan de normas de carácter general, lo que VOCI llama otro modo de formar el derecho *giudiziale*¹¹⁵.

Este juez tiene gran poder discrecional, ceden las fórmulas, y las partes procesales pierden libertad, puesto que ya no eligen juzgador, no deciden las pruebas sino que el juez público puede requerir nuevas pruebas, principio inquisitivo, y el juez pierde su valoración libre de la prueba que ahora pasa a ser tasada, la *litis contestatio* se reduce a un mero trámite, la fijación de los términos del proceso es más difusa, por lo que a efectos de congruencia no se predetermina el contenido de la sentencia con tanta concisión. Así, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre lo solicitado por las partes (incluyendo reconvencciones, réplicas y dúplicas) y lo concedido o denegado por el juez, pero respecto a los hechos, no al derecho que podrá invocar aún sin ser alegado por las partes. Circunstancia que claramente nos aproxima al concepto de la máxima *iura novit curia*. Prueba de ello son los rescriptos que pueden ser planteados por los

¹¹⁵ VOCI, *Manuale* cit, p. Vol. I, p.113. de este tipo nace la validez del fideicomiso, la obligación de alimentos, la manumisión de los esclavos, ...

magistrados constante el proceso, que se podían denegar cuando no se planteaban cuestiones jurídicas. Estas *rescripta principis* de época imperial se imponen dado que ahora son vinculantes para el juez (Gayo 1. 5).

Esta posibilidad que tiene el juez de la *cognitio* de decidir conforme a derecho, aunque este no haya sido alegado por la parte, ni referido en una fórmula permite que entendamos que el brocardo *iura novit curia* sea de aplicación, puesto que una de sus características es que el juez conoce el derecho e independientemente de su alegación o no por la parte, lo puede traer al proceso. La sentencia establece la aplicación del derecho al caso concreto, y la sentencia válida es revisable en apelación, por disconformidad con la interpretación de las pruebas o del derecho aplicable¹¹⁶, incluso la resolución de la apelación puede crear derecho cuando el emperador lo considere (D. 28. 4. 3).

La propia función del *responsum*, nos refuerza la idea de que se debe conocer el derecho por el juez, dado que solo podía ser sobre materias de derecho. Esto lo sabemos porque el asesoramiento *a quaestio iuris* se resuelve, denegando las que eran *a quaestio factum*. En el mismo sentido advierte MARCIANO en D. 22. 1. 31. pr. *Neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione dicidi posse*, un hecho

¹¹⁶ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. "Arbitraje..." cit, p. 581. Estos autores señalan como esta apelación no se extiende al arbitraje compromisario que sigue al margen de los procesos civiles y que confluye con ellos al necesitar que se ejecute el laudo, momento en el que la jurisprudencia establece los requisitos para esto

no puede ser resuelto ni por una constitución, ni por una consulta a los juristas. La función del *responsum* es que sea de aplicación el derecho, y aunque en inicio la respuesta no fuera vinculante, lo acabará siendo.

Si atendemos a la motivación de la sentencia también podemos reflexionar sobre el principio *iura novit curia*, así MURILLO¹¹⁷ advierte que la motivación de las sentencias es algo connatural a cualquier proceso, negarla en la *cognitio* oficial, es minusvalorar la técnica procesal romana. Añade que, según las fuentes, hasta el siglo III no encontramos ni juristas, ni constituciones, que expongan o recojan cuestiones acerca de las sentencias motivadas y su exigibilidad¹¹⁸. Pero del análisis conjunto de D. 49. 8. 1 y C. 7. 64. 2 deduce que las sentencias contra el *ius constitutiones* carecen de fuerza vinculante, mientras que las emitidas contra el *ius litigatoris* son perfectamente vinculantes por el juego nulidad *versus* apelación, que conlleva a que el error de derecho del juez provoca la primera, mientras que el error de hecho o de derecho relacionado con el derecho subjetivo de las partes, lleva a la segunda.

¹¹⁷ MURILLO VILLAR, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano". *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995, p. 45 y en p. 35. También del mismo autor: "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español." *Teoría e storia del diritto privato*, 2012, pp. 8 y ss. Sobre la motivación ORTELLS RAMOS, M., "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, nº 4, pp. 899 y ss.

¹¹⁸ Será a partir del siglo IV, según C. Th. 4. 17. 2 y C. 7. 44. 2, cuando pasará a ser una exigencia formal. Ni siquiera una vez obligatoria la motivación se mantiene en el tiempo, así en la Novísima Recopilación de las leyes de España T.V. Libro XI, título XVI, Ley VIII, Don Carlos II, por Real Cédula de 23 de junio de 1778 obliga a que cese la práctica de motivar las sentencias y extenderlas en latín.

Se dice de la sentencia de la *cognitio* que es un procedimiento en el que, dado que el juez puede elegir más fácilmente el contenido de su sentencia, esta libertad impulsa, como advierte MURILLO¹¹⁹ a creer en la necesidad de un razonamiento o motivación de esta, como algo que justifique lo que realmente decide el juez, desde el punto de vista del derecho y de los hechos. Si esto es así y en la sentencia se justifica el derecho, en este proceso el juez conoce y aplica el derecho. El juez como consecuencia del desarrollo de las condiciones de vida y del aumento de las transacciones de la época, como señala el mismo autor, expuso en su sentencia una explicación, a grandes rasgos, de los hechos y del derecho aplicado¹²⁰.

Por todo lo expuesto, este órgano judicial que resuelve por *cognitio extra ordinem*, ya no es lego en sentido estricto. Son funcionarios imperiales con cierto orden jerárquico, lo que permite que se plantee la apelación ante un juez y lo resuelva otro, que en el organigrama tenga más competencias, siendo el último de ellos el propio *Princeps*, quedando en suspenso la ejecución de la causa. Este juez *ad quem* puede admitirla o no, según los plazos, e imponer una *cautio* si considera simplemente que la finalidad de la apelación era solo dilatoria. Pero debemos detenernos en los medios de impugnación y su relación con el *iura novit curia*, para observar si en ellos se puede reclamar cuando el juez no conozca la norma, lo que a *sensu contrario* puede significar que tenía obligación de conocerla.

¹¹⁹ MURILLO VILLAR, A. "La motivación ...", cit., pp.14-15

¹²⁰ MURILLO VILLAR, A.. "La motivación...." cit., p. 17.

8.1 Medios de impugnación por razón de desconocimiento del derecho: *appellatio*-nulidad.

Existen variados remedios procesales de impugnación de las sentencias, el principal es la apelación que es el medio de impugnación por excelencia, que se caracteriza por volver a conocer de un asunto ya sentenciado, por un órgano diferente al que resolvió en primera, y volver a emitir sentencia, ésta si con efecto de cosa juzgada, pero existen otros. ZIINO señala estos: la nulidad de la sentencia por la *in integrum resitutio*, de derecho pretorio, cuando se denegaba acción; la *infitiatio* que consistía en negar la existencia de lo juzgado, como remedio que paralizaban la ejecución de la sentencia de las *legis actiones*; la acción contra el juez o el arbiter, *iudex qui litem suam fecerit*¹²¹; e incluso alude a la *intercessio*, basada en la colegialidad de los magistrados, que aunque no era una institución pensada para su uso en el proceso, era un medio generalizado para evitar abusos o errores de los magistrados¹²². Pero nosotros queremos observar solo

¹²¹ En este caso en Instituciones de Gayo 4, 52 al final se indica que esta responsabilidad puede surgir por violación de la fórmula, y ya hemos visto que para el juez privado la fórmula contiene los hechos y el derecho que le obligan, y que por ella puede llegar a conocer el derecho *ad hoc*.

¹²² ZIINO, S., "I remiedi contro l'ingustizia della sentenza nel diritto romano". *Rivista di diritto processuale*. Luglio-octobre 2016, p. 1116 explica como Cicerón refiere como Verre, podía abusar de su poder nombrando jueces injustos, y preparando fórmulas incorrectas porque era propretor en Sicilia, y era un magistrado monocrático, por lo tanto, nadie le podía interponer una *intercessio*. En p. 1118 indica que en la época del principado la *intercessio* se afirmaba como un importante instrumento de control del órgano jurisdiccional, que era sentida como necesaria para evitar los abusos o errores de los magistrados. E indica como la doctrina más reciente ha vuelto a subrayar la continuidad entre *intercessio* y *appellatio*.

aquellos medios de impugnación que se puedan plantear por una razón: que el juez no haya aplicado el derecho, lo que induce a pensar que lo debía haber conocido para que su opinión no pudiera ser impugnable.

Así en cuanto a la apelación es un remedio contra las sentencias de instancia, que se desarrolla completamente dentro del contexto de la *cognitio extraordinem* asumiendo una organización jerárquica y procedimental que comenzaron a fraguarse en la época de Augusto, aunque existen precedentes en etapas anteriores¹²³. Supone una consecuencia de las transformaciones en la estructura de los órganos dedicados a la administración de justicia, del nuevo derecho. Parece ser que, debido al considerable número de apelaciones, el *Princeps* tuvo que delegar sus funciones primero al pretor urbano, luego al *praefectus urbi*. También tuvo que rodearse de juristas que pudieran ayudarlo en esta actividad judicial. Pero la apelación se fundamenta más en la disconformidad con los hechos probados, no en el derecho aplicado.

Esto es así porque si el juez no aplica el derecho, las herramientas procesales de la época llevan a plantear la nulidad, no la apelación, parece que la nulidad es la forma acertada de impugnar por vicios "procesales"¹²⁴. Según CALAMANDREI "*la nullitâ da una*

¹²³ ZIINO, S., "*I remiedi contro...*", cit., p. 1107 y ss. SAVIGNY *Sistema del derecho romano actual*. Editorial Góngora, 2ª ed. Madrid. 2004. T. V. p., 366-367

¹²⁴ D. 49.1.19 Modestino advierte que, si expresamente se hubiere dado sentencia contra el rigor del derecho, no debe ser válida, y, por tanto, aún sin apelación se puede promover de nuevo la causa. No se profiere en derecho sentencia, si

parte e ll'appello deall'altra ebbero al meno in teoria campi di efficienza ben separati"¹²⁵. En el período de *cognitio extra ordinem*, se podía plantear la nulidad por errores sobre la existencia de la ley, declarándose la nulidad de la sentencia por contraria a la ley, *contra leges et constitutiones*, se cree que es una innovación introducida por el emperador para fortalecer su propia autoridad¹²⁶. Así no hay necesidad de apelación si se dicta una resolución contraria a una constitución imperial (D. 49. 1. 19) puesto que la sentencia emanada de un juez que desatiende los principios de derecho sancionados en las constituciones imperiales o en otras fuentes normativas de autoridad provocan la nulidad de la sentencia¹²⁷. Confirma esta apreciación una Constitución imperial de C. TH. 4. 17. 2 (*Impp. Valentinauns* en la que se comunica al prefecto del pretorio que el juez cuando dicte sentencia, además de examinar todo lo que los negocios encierran debe estar atento a no incurrir en error, que su sentencia la revise y la escriba para que no se eche de nuevo a la suerte comenzar de nuevo el pleito¹²⁸.

hubiere sido pronunciada especialmente contra leyes, o contra Senadoconsultos, o contra una Constitución. Por lo cual, si alguno hubiere apelado tal sentencia, y hubiera sido repelido por la prescripción, no se confirma de ningún modo la sentencia, por lo cual se puede ventilar la causa desde su principio.

¹²⁵ CALAMANDREI, "La cassazione...." Vol I, cit 73

¹²⁶ CALAMANDREI,, "La cassazione civile", vol. I, cit., 21 ss. e 46 ss.

¹²⁷ ORESTANO, R., "L'appello civile in diritto romano", Torino, 1953 p. 276 y ss. Raggi, I., *Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano*. I Milán. 1962, p. 21 y ss.. PUGLIESE, G., "Note sulla ingiustizia della sentenza nel diritto romano". En *Studi di Betti*. Milán. 1962 p. 755, not. 77.

¹²⁸ Otras sentencias no recurribles en apelación: la sentencia emitida por juez incompetente, el caso del error de cálculo, ...

De alguna manera se exige al juez que conozca el derecho, puesto que, si no se provoca la nulidad de las actuaciones, de tal suerte que cuando el juez desconoce la norma aplicable, la sentencia no ha existido (D. 49. 1. 19) y cuando el juez conoce la norma, la sentencia es válida y cabe la posibilidad de apelar. El juez por tanto está sometido a la ley¹²⁹ si lo que se espera de su decisión, es que vincule y produzca los efectos pertinentes.

Pero no existe una dicotomía tan clara, a la hora de decidir entre apelación o nulidad, "*nessun elemento consente, infatti, di affermare che sussistesse un divieto per le parti di utilizzare l'appello per fare valere quelli che oggi consideriamo vizi processuali o motivi di nullità della sentenza*"¹³⁰. Si revisamos algunos casos, en época de la *cognitio extra ordinem* veremos cómo casos, que *a priori* supondríamos que debieran haber sido tramitados por nulidad se resuelven en apelación, por ejemplo, el caso de una sentencia emitida por juez que no era el competente (D. 37. 14. 24) en la que se nos relata cómo Camelia Pía había apelado de Hermógenes porque decía que el juez de la división de la herencia dividió entre él y su coheredero no solamente las cosas sino también los libertos, y eso lo hizo sin derecho alguno, y se determinó que era nula la división de los libertos y válida la de los alimentos.

Cuando la apelación se generaliza ya en tiempos de Constantino, se dicta una constitución que establece que deben admitirse todas las apelaciones C.Th. 11. 30. 4: "*Officii cura est, ut*

¹²⁹ ORESTANO, "L'appello Civile.... p. 284.

¹³⁰ ZIINO. S., *op., cit.*, p. 1123.

omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae solemniter, curet accipere." En cuanto a la forma del recurso, la falta de los requisitos relacionados conduce a su rechazo, es necesario distinguir entre un recurso oral y un recurso escrito. En cuanto al primero, basta recordar aquí que las fuentes aluden a la posibilidad de que la voluntad de impugnar la sentencia se exprese simplemente a través de la palabra "*appello*" (D. 49. 1. 2 Macer. D. 49. 1. 5. 4). Por otro lado, como acertadamente señala la doctrina¹³¹, el sentido mismo del verbo "apelar" está ligado a un ejercicio oral de este remedio procesal.

De esta revisión de la apelación y la nulidad de las sentencias de la *cognitio extra ordinem* podemos concluir que efectivamente se exige que el órgano juzgador emita sentencia conforme a derecho, lo que unido a la especialización por materias que se da en los órganos llamados a impartir justicia de esta etapa, hace pensar que de facto se aplica la máxima *iura novit curia*.

8. Procedimiento postclásico y vulgarización del derecho.

Ya en época postclásica la posible aplicación del *iura novit curia* se ve más comprometida por otro motivo que es la grave incertidumbre que existe respecto a las fuentes, que se concentran en la Cancillería. Las constituciones serán las normas principales, que emanando de los emperadores se impongan en los procesos. Se acude a redactar epítomes, reediciones que recogen el pensamiento clásico,

¹³¹ ORESTANO, *op. cit.*, p. 227.

pero no es posible una aplicación estricta del Derecho romano lo que impide que este juez, ahora público, pueda conocer el derecho, falta la imprescindible certeza del derecho.

Ante la vulgarización normativa surge la necesidad de probar la norma y esto es contrario al principio que nos ocupa. Los abogados presentan su *recitatio legis* y esta después deberá ser cotejada con otros ejemplares *collatio codicum*. La parte, por tanto, debía probar el derecho, no solo los hechos controvertidos¹³², que además dejan de ser patrimonio de la parte, puesto que al juez se le permite investigar y ampliar los hechos con una concepción de la prueba que así se lo permite. Las razones son la falsedad de algunas fuentes, la gran profusión de textos, la falta de ediciones oficiales, ... por todo esto, se practica en juicio la presentación del libro que contenía las leyes alegadas, la *recitatio legis* (D. 49. 14. 45. 8), seguido de la comprobación por cotejo con otros ejemplares o *collatio codicum*.

Más adelante, la propia Ley de citas, Constitución imperial de 7 de noviembre de 426, nos muestra lo imposible que era conocer el derecho y la incertidumbre que se generaba por esta falta de seguridad jurídica. Precisamente, esta ley surge porque los *iura* eran reflejo del *ius controversium* y eso podía dar soluciones diferentes a supuestos muy similares, lo que dificulta ese conocimiento del derecho por parte del órgano juzgador. A partir de esta ley el derecho

¹³² Los rescriptos falsos empiezan a preocupar ya en época clásica, CJ 9.22.3 (4) del 227 y comienzos de la postclásica, así MODESTINO D. 48.10.25: incluso la falsificación del Edicto D.48, 10, 25.

adquiere más certeza, al solo poder invocar a los cinco juristas clásicos, PAPINIANO, GAYO, ULPIANO, MODESTINO Y PAULO, si sus opiniones eran coincidentes vinculaban al juez, y si no lo eran prevalecía la de PAPINIANO, los juristas tienen una preparación más deficiente, conocen poco el derecho que pierde calidad. Esta situación nos invita a pensar que el juez no conoce el derecho por falta de certidumbre, lo que se nos llevaría a la entender que en esta etapa no se pudo aplicar el principio.

En el procedimiento postclásico basado en la *cognitio*, las cuestiones jurídicas se plantean a requerimiento de los funcionarios, el procedimiento es escrito y se resuelve por medio de *rescripta* o *epistulae*. Los rescriptos se plantean por los funcionarios mediante, *relationes, consultationes, suggestiones* o a los particulares por medio de *libelli, preces, supplicationes*; estos últimos para preparar un futuro proceso, con el que se resolvían temas jurídicos de forma vinculante para los órganos jurisdiccionales; estos se respondían de forma general con el parecer imperial, y de esa publicación, en lugares públicos, el solicitante se procuraba una copia. Estos *rescripta* o *epistulae* tienen valor indiscutible y vinculante para los jueces (Gayo 1. 5) y en esos casos se traían al caso como ejemplo. *Ad exemplum trahuntur* (D. 1. 4. 1. 2) Aquí la parte aporta el derecho como una prueba previa que se plantea con el pleito, el juez por tanto conocerá y estará vinculado por ese derecho aportado por la parte, pero no por su saber jurídico, sino por su obligación de asumir el contenido del rescripto. La parte aporta el derecho, suponemos que en previsión de que el juez no lo conociera, pero por esta vía se vea obligado a

acatarlo. En este momento al juez no se le presume el conocimiento del derecho y es la parte la que lo aporta y lo prueba, bien por sí o por la consulta anterior en forma de *rescripta*. No se aplica, por tanto, el principio del *iura novit curia*.

Sin embargo, y ya en 539, en la Constitución 83 del Emperador Justiniano a Juan, Prefecto de los Pretorios de Oriente, determina en su prefacio que para poner orden en la materia, deciden que no conviene que imperitos en leyes tenga el nombre de jueces algunos dado que se apoyan en sus asesores, que les suplen en sus ocupaciones, y se dice ¿cómo no resultaría grandísimo daño a la república de no confiar los litigios a los que por si sepan lo que se ha de hacer, sino de dejar que ellos busquen otros, de quienes les sea lícito aprender lo que es conveniente que ellos mismo pronuncien al juzgar? Y a propósito de esta observación, en el capítulo I, acuden a abogados magistrados reputados para que sean nombrados jueces. En el capítulo XIII de dicha constitución incluso se manda que todo juez guarde las leyes y profiera sus sentencias con arreglo a ellas, porque quieren que prevalezca lo que determinan sus leyes.

9. La prueba de la costumbre.

Una de las excepciones del *iura novit curia* es la que el juez no tiene porqué conocer la costumbre y en ese caso, debemos probarle su existencia. En Derecho romano, la costumbre vertebraba su

ordenamiento, siendo la fuente original de su derecho los *mores*, manteniendo su importancia, aunque paulatinamente vaya perdiendo su fuerza cuando la ganan otras fuentes de derecho, éstas escritas, como las constituciones, la ley, ... Las costumbres que se mantienen son las costumbres de los derechos locales, que se incorporan en los procesos en época postclásica pero que debían probarse en los pleitos romanos.

Para centrar el tema excluimos las costumbres que acaban siendo otra norma por su incorporación dentro de otras, por ejemplo, las que se incluyen en las XII Tablas, o las que puedan recogerse en rescriptos, ...puesto que en estos casos adoptan la fuerza de las normas que las acogen. Tampoco nos referimos a las *consuetudo fori* o *mos iudiciorum*¹³³, que atañen a aspectos más procesales. Nos referimos, más concretamente, a los casos en que hay una costumbre local¹³⁴, que no es conocida por el juez y que hay que probar¹³⁵. A partir de la *Constitutio Antoniana* del 212 los nuevos ciudadanos seguían apegados a sus anteriores “derechos populares” y pretendían

¹³³ BOVE, L., *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla Repubblica all'eta dei Severi. Napoli*, 1971, p. 116.

¹³⁴ No podemos hablar propiamente, de derecho extranjero en derecho romano, pero sí que es cierto que las costumbres fuera de Roma son las que se deben probar, las que no son notorias y conocidas, y ese derecho de pueblos sometidos en influidos por Roma podríamos entenderlo, con todas las matizaciones posibles como derecho extranjero, derecho que en ocasiones no es escrito y que se conforma de costumbres. Lo indicamos porque el *iura novit curia* también excepciona de su aplicación el derecho extranjero, y hay cierto paralelismo en ello.

¹³⁵ Lo que recuerda las normas actuales, dado que aun actualmente hay que probar as costumbres en los procesos, siendo una de las excepciones del *iura novit curia*.

que estos se tuvieran en cuenta a la hora de encauzar sus controversias, la costumbre que no se opone al orden público recibe un impulso decisivo¹³⁶.

La herramienta por la que el beneficiado por esa costumbre podía aportarla a juicio y que tuviera valor normativo puede ser la que se nos ofrece en D. 1. 3. 34, cuando si alguno parece apoyarse en la costumbre de una ciudad o de una provincia, se considera que primero debe investigarse primero si alguna vez ha sido también confirmada esa costumbre en juicio contradictorio. Parece que la prueba de esa costumbre, en vez de ser los medios probatorios al uso, como pueden ser testigos o documentos, se acuda al “precedente”, es decir, que ya haya sido considerada en algún otro proceso anterior. Se confirma esta apreciación (D. 1. 3. 38) cuando en un rescripto resuelto por el Emperador Severo advierte que en las ambigüedades que nacen de las leyes, debe tener fuerza de ley la costumbre, o la autoridad de las cosas juzgadas perpetuamente de análoga manera. Ciertamente se dan dos opciones, la costumbre, por un lado, o la autoridad de las cosas juzgadas ..., siendo esta última la que corrobora el primer texto. Pero precisamente con base en esa dicotomía, podríamos pensar que la costumbre también podría ser probada por otros medios.

¹³⁶ CUENA BOY, F., ‘La prueba de la costumbre del derecho romano al derecho indiano de los indígenas’. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. T IV. Vol. II. *Derecho Procesal Romano*. Ed. AIDROM-BOE. Madrid. 2021, p. 173.

No obstante, la preferencia de la costumbre ya aplicada en procesos anteriores parece ser la elección primera, pero entonces nos preguntamos cómo se consigue esa primera sentencia vinculada por la costumbre, sino fue porque se acudió a otros medios de prueba como testigos o documentos, que la dieron por probada. No parece por tanto que el único medio de prueba de la costumbre, en exclusiva, fuera el haber sido considerada previamente en otro juicio contradictorio, aunque fuera el más frecuente.

En C. 8. 53 (52) 1 a 3 sobre la costumbre de largo tiempo, el Emperador Alejandro, C. 8. 53 (52) 1 se refiere a que el presidente de la provincia determinará lo que en la misma ciudad se haya observado con frecuencia en el mismo género de controversias, se ha de observar la costumbre precedente y la razón que la aconsejó (año 224). Constantino C. 8. 53 (52) 2, año 319 indica que, aunque no es despreciable la autoridad de la costumbre, ésta no debe prevalecer sobre la razón o la ley.

En D. 1. 3. 32 se toman en cuenta las costumbres locales y ya se advierte que se aplican las que son *secundum legem*, o *praeter legem*, es decir, las que tienen el mismo contenido que la ley o aquellas que no están reguladas específicamente por leyes. En otros textos la costumbre sirve como medio para interpretar las leyes: así en D. 1. 3. 37 si se trata de interpretar la ley, ha de investigarse primero de que derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos, porque la costumbre el mejor intérprete de las leyes. Y se completa con D. 1. 3. 32. en aquellos casos que no usamos leyes escritas, conviene que se

guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma.

Ejemplos con referencias a la costumbre local como fuente de derecho son muchos: en D. 2. 12. 4 los presidentes de las provincias suelen señalar el tiempo para la recolección de las mieses y para las vendimias según la costumbre; en D. 18. 1. 71 se presenta un rescripto en el que se contesta por los Emperadores Antonino y Vero que estaba en la potestad de los contratantes con qué medidas o con qué precios comprarían vinos los negociantes; porque a nadie es obligado a vender, si le desagradara o el precio, o la medida, mayormente si no se hiciera nada contra la costumbre de la región. En el rescripto se da a entender que para emitirlo han tenido en cuenta la costumbre y además no se pide nada contra esa costumbre, luego alguien la ha aportado al solicitar el rescripto. En D. 21. 2. 6, si se hubiere vendido un fundo, debe darse caución por la evicción, según la costumbre de aquella región en que se hizo el negocio. En D. 22. 1. 1 pr.; cuando se litiga en juicio de buena fe, se establece al arbitrio del juez la cuantía de los intereses según la costumbre de la región en que se contrató, pero de modo que no se falte a la ley; En D. 25. 4. 1. 15 el pretor determina que se debe atender a la costumbre del país, y conforme a ella debe inspeccionarse el vientre, y el parto, y el recién nacido. En D. 26. 7. 7. 10 respecto a los intereses pupilares, en ciertos casos se pagarán conforme a la costumbre de la provincia. En C. 4. 65. 19

respecto a arrendamientos se observa el contrato especialmente si no se expresa nada contra la costumbre de la región.

Otras referencias a la costumbre, que indica que habrá que probarlas, son las señaladas en D. 21. 1 si el vendedor del esclavo no diera caución del duplo, como es frecuente, se determinó por ello que también pudiera ejercitarse la acción de compra; porque lo que es de uso y costumbre debe venir comprendido en los juicios de buena fe. Una vez conocida o probada esa costumbre es de aplicación. En D. 50. 12. 13. 1; en este caso referido a una condición impuesta en una donación se refiere a que son tolerables las cosas que comprueba una antigua costumbre. O en D. 50. 13. 1. 10; se refieren a la determinación de honorarios de abogado por el juez entre otras cosas tendrán en cuenta la costumbre del foro.

El uso reiterado de la costumbre tiene relevancia jurídica, pero entendemos que se tendrá que probar, salvo el caso de una costumbre notoria e indubitada por las partes. La referencia a la costumbre como fuente nos habla de esa sabiduría jurídica romana, porque permite flexibilidad y adaptación al lugar del juicio, y tiempo en el que se aplica, resulta diferente y simultánea para cada lugar de influencia, y sirve para ensamblar el Derecho romano con el del lugar del proceso.

En los textos de la Recepción tampoco se presume que el juez conozca las costumbres, salvo si son notorias o redactadas escritas, pero tienen que ser alegadas. En este momento lo que no es dudoso es que su inclusión en el pleito también lo puede ser por los medios

ordinarios de prueba, fundamentalmente las declaraciones de testigos. La costumbre se considera un hecho y debe ser probada como tal. Las Partidas hablan del uso, e de la costumbre y del fuero, el testigo debe aseverar el uso, no la mera existencia de la costumbre. En la Partida I, 2, ley 5ª habla de diez a veinte años de uso, en los que al menos en dos casos un juez la haya confirmado.

De todo lo anterior extraemos una conclusión, también en Derecho romano, al menos a partir de 212 podemos indicar que hay que probar la costumbre, sobretodo la “extranjera” por tanto, no tiene que ser conocida por el juez y es de aplicación esta excepción de *iura novit curia* como hoy día. El juez tiene el poder, pero no el deber de conocerla.

11. Breve referencia a este principio desde la Recepción hasta la actualidad.

Antes de la recepción del derecho común primaba la dispersión normativa, prevalecía el derecho consuetudinario y el derecho local plasmado en los fueros. Los fueros locales eran de aplicación antes que el derecho común. Esto ya tiene su origen en D. 1. 1. 9 (GAYO *Instituciones. Libro 1*) donde se indica como todos los pueblos, que se rigen por leyes y por costumbres, usan en parte del suyo propio y en parte del derecho común a todos los hombres. Cada pueblo tiene su derecho peculiar, y otro del que se valen todos los pueblos. Estas creaciones jurídicas locales tienen su origen en la importancia del derecho consuetudinario y en su uso, ya que de no aplicarse decaen.

La *consuetudo* debe ser probada y una vez hecho, vincula al juez, excepción hecha de la costumbre *notoria* o *publica auctoritaten scripum redacta*.

En Castilla, en la Edad Media contamos con grandes textos jurídicos, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas de Alfonso X que recogen ese derecho de tradición romana. En el Ordenamiento de Alcalá se establece que cuando las leyes o los Fueros locales no tuvieran solución se deben aplicar las Partidas Antes de ellas, y resumiendo existen lugares y villas con fueros propios, otras ciudades que se gobiernan por el Fuero Juzgo y otros, menos numerosos, por el Fuero Real. Si además añadimos la importancia del derecho consuetudinario, el embrollo jurídico de Castilla antes de las Partidas era considerable. Precisamente la aplicación del *iura novit curia* va a aclarar esta situación al presuponer que el juez conoce el *Ius Commune*, es decir, el Derecho romano-canónico, y el *ius scriptum* del lugar del tribunal, sus estatutos¹³⁷. Sin embargo, la *consuetudo* necesita ser tratada como un hecho, *consuetudo est facti*, y por tanto la parte debe alegarla y demostrarla¹³⁸.

Para ver si es posible que el juez conozca el derecho conozcamos el tratamiento que tiene en algunos de estos textos. Así en el *Liber Iudiciorum* 2.1.27, se dice que todo aquél que ha recibido la potestad

¹³⁷ COING, H., *opus cit.* p. 177. También advierte que las normas *extravagantes*, es decir, que no están recogidas en colección oficial, debe el juez preguntar a la autoridad promulgante e informarse de los nuevos estatutos o *reformationes* aún no recogidos en las colecciones.

¹³⁸ *Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (Inst. 1.2.9). Las costumbres antiguas confirmadas por el consenso de los que las usan semejan a las leyes.

de juzgar tiene el nombre de juez y que a la vez que han recibido el derecho de juzgar, deben atender tanto los beneficios (*commoda*), como las penas (*damna*) de las leyes. Para ello, en el mismo texto 2.1.29 indica, que en si en un juicio cualquiera, no se ha hecho de acuerdo con la justicia y las leyes debidas, sino por orden o por miedo de los príncipes, aquello que se haya juzgado y sentenciado contra la justicia y las leyes no tenga validez alguna, y que aquellos que dieron la sentencia y que fueron obligados a hacerlo no deben ser manchados por ninguna nota de infamia, ni eso les debe acarrear algún daño en sus bienes. Asimismo, estos jueces sólo quedarán inmunes de las penas de la ley si confirmaren con juramento (*iuramento*) que, si juzgaron inicuaamente, no fue por maldad suya (*sua pra vitate*), sino por fuerza del rey. Del texto se infiere que el juez debe juzgar atendiendo al derecho. Observamos la misma consecuencia que se prevé en Derecho romano cuando lo sentenciado lo ha sido contra la ley: la nulidad.

En relación a las Partidas, obra jurídica de referencia en España durante seis siglos hasta el XIX, el hombre letrado las conocía y el iletrado se regía por los fueros y costumbres. Jacobo de las Leyes fue el autor de la Partida III dedicada al derecho procesal. Fueron supletorias del Ordenamiento de Alcalá, 1348, y de la Leyes de Toro 1505.

En el proceso que dibuja la Tercera Partida, la aportación de parte y la disposición sobre el objeto del proceso está presente en el inicio de su redacción. Lo primero que trata y dice es que las partes son “las dueñas de los pleitos” y solo se inicia si una lo quiere. Las

partes cuentan con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa, no tienen límites porque debe acabar con esa cuestión para siempre y esta solución tendrá efectos de cosa juzgada material. Era un proceso único, y no se observan procesos especiales por la pretensión o por los órganos juzgadores. Durante los seis siglos señalados, se dictaron multitud de normas, pero no tenían disposiciones derogatorias, lo que produce un fenómeno de confusión legislativa considerable hasta llegar a saber cual estaba en vigor.

Respecto al conocimiento por parte del juez del derecho, (P. 3. Libro 4 primera ley) dedicada a lo que quiere decir juez, y cuantas maneras hay de juzgadores, ya se advierte que los juzgadores que hacen su oficio como deben, son puestos para mandar y hacer derecho. Ciertamente que este término derecho aquí puede ser polisémico y querer decir que deben actuar rectamente. Pasa parecido en la ley tercera del mismo título, que se refiere a que deben tener sabiduría para juzgar derechamente, bien por su saber o por su uso largo tiempo. Pero al menos en cuanto a la aplicación de las partidas la sexta indica que los pleitos ya libres lo hagan lealmente y por las leyes de este libro y no por otras *“e que por amor, nin por desamor, nin parte al por miedo, nin por don, que les den, nin les prometan dar, que non se desvien dela verdad, nin del derecho”*

En la Novísima Recopilación libro 11. Título 1 de los jueces ordinarios en la ley 1, (ley 41 tit.3 del Ordenamiento de Alcalá) cuando se refiere a los jueces ordinario y sus calidades repite que deben tener sabiduría para juzgar los pleitos derechamente por su

saber y por su seso. Pero en la ley sexta ya se exige expresamente que sean letrados para que puedan acceder a los oficios de justicia, dice que no hay oficio ni cargo de justicia, ... ni en Audiencia ni en Chancillería, ni en ciudad, ni en villa, sino consta por fe de los notarios que ha estudiado Derecho canónico o civil, o al menos ha estudiado por espacio de diez años en alguna Universidad, del reino o fuera de ellos. Además, añade que tengan cierta edad, 26 años. Con estos requisitos se asegura que el juez conoce el derecho al menos de forma académica, impidiendo que acceda a esta función si no tiene formación. Si lo conoce y está obligado a aplicarlo, estamos ante una aplicación de *facto* del *iura novit curia*.

Si atendemos a textos que tuvieron su origen en la codificación, su regulación en nuestra legislación española descansa en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que es bastante descriptivo, y guarda cierto aroma a prescripciones de Derecho romano. Primero se refiere a la congruencia: “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito¹³⁹. Seguido hace referencia al *iura novit curia*: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas

¹³⁹ “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.”

por los litigantes.”¹⁴⁰, y en su punto segundo alude a la motivación: “2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.”¹⁴¹, finalizando con una referencia a la exhaustividad de la sentencia: 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el

¹⁴⁰ Actualmente el principio *iura novit curia* comporta que el derecho alegado por la parte no obliga al juzgador a efectos de congruencia, siempre que no modifique la *causa petendi*, lo contrario STA TC 166/2006 de 5 de junio, sería dictar resolución sin debate. Según esta sentencia del TC, FJ 5, concurre una incongruencia omisiva y una incongruencia *extra petitum*, aplicándose por parte de este Tribunal los cánones de enjuiciamiento aplicados a esos dos tipos de incongruencia. “Sobre el vicio de incongruencia con relevancia constitucional numerosas resoluciones de este Tribunal han configurado un cuerpo de doctrina, según el cual «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum* –. Ciéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*»” (SSTC 264/2005, 24 de octubre, F. 2, y 40/2006, de 13 de febrero, F. 2). Incluso jurisprudencia constitucional referida a la ley de Enjuiciamiento anterior como la STA TC 20 de mayo de 1991, también nos advierte de que “los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos.... Sin que ello suponga incongruencia procesal alguna”.

¹⁴¹ En general: MURILLO VILLAR, A., La motivación ...cit. También del mismo autor: Antecedentes históricos de la obligación de motivar ... cit. También sobre la motivación ORTELLS RAMOS, M., Origen histórico del deber ... cit.

tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos."¹⁴².

El art 1. 3 del Código Civil dice que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada, lo que guarda relación con el art. 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil: También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Para GIMENO SENDRA, los aforismos romanos: *da mihi factum dabo tibi ius, iura novit curia* permanecen válidos en la esfera del proceso civil. "Tales axiomas nos indican que al demandante le incumbe ineludiblemente la carga de alegar los hechos constitutivos de su petición, en tanto que al juez le asiste, más que el Derecho, la obligación de examinar la petición y su fundamentación fáctica desde todos los ángulos y puntos de vista legales posibles, y ello con el objeto de aplicar, en su momento, tan sólo aquellas normas del

¹⁴² Recuerda la *C. Th. 4. 17. 2 (Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Clearchum Praefectum Praetorio)* cuando se advierte al prefecto del pretorio que el juez al dictar sentencia debe examinar todo lo que a los negocios encierra para evitar volver a tener que celebrar el juicio.

ordenamiento sustantivo que, hayan sido o no invocadas formalmente por las partes, sean las únicas reclamables a los hechos sustanciadores de la petición.”¹⁴³. Esta forma de aplicar el derecho nos recuerda al juez profesional romano de la *cognitio extra ordinem* quien, si por rescripto, debía aplicar una norma no alegada en el proceso, lo hacía independientemente de su alegación o no por la parte.

La ley de Enjuiciamiento anterior, sin embargo, permitía interpretaciones más controvertidas y así consideraban que debía existir gran vinculación entre la calificación jurídica hecha por los actores del proceso y la del juez. Para PRIETO CASTRO¹⁴⁴ la causa de pedir incluye el elemento normativo, no sólo los hechos en los que funda su pretensión, lo contrario implica trasgredir el principio dispositivo. Para DE LA OLIVA SANTOS, el fundamento de la pretensión no puede ser variado por la fundamentación jurídica del juez “no sólo la forma de presentar los argumentos, sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como la doctrina judicial aducida y su interpretación”¹⁴⁵. Según el mismo autor, las partes no pueden verse sorprendidas por argumentos jurídicos del tribunal que no esperaban y que no se han podido

¹⁴³ GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Civil. Parte General. 4º ed. Madrid 2001, p. 126.

¹⁴⁴ PRIETO CASTRO, “El cambio de punto de vista jurídico”. *Revista de Derecho Procesal*. nº 1. 1956, p.3.

¹⁴⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración ..., 3ªed. 2004 p. 457. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid. 2005. p 69.

debatir el proceso eludiendo su estructura contradictoria y las garantías de defensa en juicio.¹⁴⁶

Otros autores sin embargo, no observan tanta vinculación, así GUASP¹⁴⁷, refiriéndose a la LECiv de 1881 entiende que el juez tiene gran libertad respecto a los términos jurídicos planteados por las partes demandante y demandada, y que la vinculación sólo lo es al *petitum*. Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 son autores con la misma opinión MONTERO AROCA¹⁴⁸, ORTELLS RAMOS: “el juzgador no está vinculado a resolver según las tesis jurídicas sostenidas por las partes, sino que, respetando los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta y lo mismo puede hacer con aquellos hechos no identificadores del objeto del proceso”¹⁴⁹.

En cuanto a su contenido, desde comienzos del siglo XXI esta máxima, adquiere un contenido más amplio que el que tuvo en Derecho romano, dado que el juez no sólo conoce el Derecho, sino que actualmente tiene la obligación legal expresa de aplicarlo¹⁵⁰. La

¹⁴⁶ DE LA OLIVA SANTOS Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid. 2005. p 71.

¹⁴⁷GUASP, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en el proceso. Barcelona. 1943. P. 48.

¹⁴⁸ MONTERO AROCA Derecho Jurisdiccional II. Tirant lo Blanch. Valencia 2016 P. 158 cuando dedica un epígrafe a la irrelevancia de la fundamentación jurídica.

¹⁴⁹. ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil. Pamplona. 2005, p. 258....

¹⁵⁰ La esencia del *iura novit curia* reside en la concepción del Estado moderno, constitucionalista, cuyo eje principal es el sometimiento a la ley democráticamente elaborada, véase el art. 1 de la Constitución:” España se

consecuencia es que éste no debe ser alegado ni probado por la parte, y si lo alega puede no ser tenido en cuenta, tal es el caso en el que el juzgador considere que no está vigente o que no es de aplicación. Esto es así porque el juez está sometido a la ley y al estado de derecho, en otras palabras, se debe al principio de legalidad¹⁵¹. Sin embargo, hay dos excepciones a la ausencia de prueba del derecho: cuando sea derecho extranjero o si es una costumbre, idea en la que insistiremos más adelante¹⁵² y que como hemos visto ya tienen origen en Derecho romano.

Hoy el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 constitucional convierte en derecho fundamental, el que nuestros conflictos se resuelvan con sumisión a la ley, con una resolución fundada en Derecho. El artículo 117.5 nos dice que están sometidos al imperio de la ley.

constituye en un Estado social y democrático de Derecho”; en el que según el art. 9 del mismo Texto legal, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y en el que la función de los Jueces y Magistrados, art. 117, es administrar justicia sometidos al imperio de la ley. Y para administrar justicia deben conocer el derecho, salvo algunas excepciones. De ahí que para su ingreso se exija un conocimiento extenso del ordenamiento jurídico e incluso el paso por el Centro de Estudios Judiciales. En cuanto a su aplicación el principio descansa en los art. 39.2 LOTC, 218.1 LECIV.

¹⁵¹ Ciertamente estas afirmaciones se ven matizadas legalmente, así el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 advierte que el tribunal puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido alegadas acertadamente por los litigantes, siempre que no se aparten de la causa de pedir. La jurisprudencia añade que estas circunstancias no pueden provocar indefensión, al no haber podido alegar lo que estime conveniente respecto a esas normas.

Desde un punto de vista del órgano llamado a impartir justicia, el ordenamiento jurídico prevé que el juez debe conocer el derecho y para ello se asegura que su ingreso en la carrera judicial así lo obligue. Con carácter general la mayor parte de órganos jurisdiccionales españoles están servidos por jueces técnicos en derecho que han superado una oposición y un curso en el Centro de Estudios Judiciales. No obstante, encontramos excepciones, y así no es necesario que el juez sea experto en lo jurídico cuando hablamos de los Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y en el orden penal, el jurado. Por otro lado, y fuera de la jurisdicción ordinaria, contamos con el Arbitraje, que ya existía en Roma y que en una de sus versiones puede serlo de equidad, como sucede en materia de consumo, así la junta arbitral juzga y sus resoluciones pueden tener fuerza de cosa juzgada, siendo sus árbitros legos. Por tanto, ni todos los jueces se ven afectados por el *iura novit curia*, ni siempre tienen que conocer el derecho, si bien deben aplicarlo en la medida en que “todos”, poderes públicos y ciudadanos estamos sometidos a la ley, también los jueces legos (Art. 9.1 de la Constitución española de 1978)

En Derecho europeo, TJUE y TEDH, es curioso comprobar como el *iura novit curia* que no rige en todas las etapas de Derecho romano, tampoco rige ante el juez del TJUE respecto a los derechos internos de los estados¹⁵³. Esta situación se aproxima más a la romana,

¹⁵³ El adagio es citado con cierta frecuencia en la jurisprudencia europea, incluso en las conclusiones del Abogado general CRUZ VILLALÓN presentadas el 30 de mayo de 2013 (asunto C-85/12), ap. 72 establece una peculiaridad más el

dado que el juez aplicará la máxima al derecho nacional de cada estado respecto a sus propios jueces a los que, si exige conocer su respectivo derecho, excepción hecha de los del *common law*, a los que no se les aplica esta máxima¹⁵⁴.

REINOSO-BARBERO opina que la intrascendencia de este importante principio en la UE es relativamente similar a la presentada en el Derecho romano por diferentes razones: primera el juez romano no tiene obligación de conocer el derecho (eso es materia del pretor) ni el juez de la Unión el derecho nacional; y segundo, esta circunstancia obliga a quien actúe ante ambos jueces – el de Roma y el europeo- a probar ante ellos la realidad del derecho alegado. Así en Derecho romano postclásico su demostración son la *recitatio legis*, y la *collatio codicum*¹⁵⁵. Lo que suscribimos con ciertas matizaciones, sólo si nos referimos al juez privado del proceso formulario y teniendo en cuenta, que entonces los ejemplos de Derecho romano postclásico no son correctos, porque se refieren a la *cognitio extra*

principio *iura novit curia* no solo no toca al juez de la Unión respecto del derecho nacional sino tampoco al juez nacional cuando debe aplicar el derecho de otro Estado.

¹⁵⁴ El principio *nova iuris curia* es de aplicación en el sistema procesal continental y en los de su influencia, mientras que el sistema anglosajón no lo reconoce. En este último sistema el juez es imparcial y neutral si juzga en virtud de los hechos, fundamentos jurídicos y pruebas aducidos por las partes, con una actitud pasiva y distante (*adversarial system*). En los sistemas europeos se entiende que la esencia de la potestad jurisdiccional pertenece a los tribunales, y consiste en que estos apliquen el derecho conforme a los hechos alegados en juicio, *da mihi factum, dabo tibi ius*, más si cabe cuando este no haya sido invocado correctamente.

¹⁵⁵ REINOSO- BARBERO, F., “*Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*” *cit.*, p. 608.

ordinem, a la etapa de vulgarización del derecho y de las primeras compilaciones.

12. Recapitulando.

Respecto a este principio la doctrina romanista, entiende que se presume que el juez conoce el derecho, e incluso que en la mayor parte de las ocasiones lo aplica. Sin embargo, esto no siempre es así, en todas sus etapas, lo común, tanto para el Derecho romano como para el Derecho positivo es que el proceso y su solución se adopte conforme a derecho; y es más que éste sea conocido por el juez cuando da su *opinio*, su *sententia* que es lo que subyace en este brocardo.

En la etapa arcaica nos encontramos un derecho incierto, se juzgaba en el ámbito doméstico, el estado estaba en construcción y no tiene atribuida la función de juzgar, esto hace imposible determinar primero, que podamos hablar de un juez como tal, y segundo, que el derecho, al ser tan embrionario, sea difícil entenderlo como un cuerpo de normas que se puedan conocer con certidumbre, lo que nos invita a pensar que la máxima *iura novit curia* no se aplica por la falta de esas premisas esenciales que hemos señalado.

Con el *ordo iudiciorum privatorum*, concretamente con las *legis actiones* el juez *privatus*, elegido para desempeñar una función pública, no es necesario que sea conocedor del derecho, porque se

asesora por un *consilium* de expertos jurídicos. Su función consiste en revisar la prueba y sólo se pronuncia sobre quien tiene la razón respecto a la acción ejercitada. Lo que, unido a la falta del principio de aportación de parte, y el dispositivo que impide que la parte aporte los hechos controvertidos, y la escasez de acciones existentes no podemos concluir que en la etapa de las *legis actiones* fuera de aplicación el aforismo *iura novit curia*.

En cambio, la aparición del procedimiento formulario, también afectado por la bipartición del proceso, trae algo diferente: la fórmula, que puede contener el derecho aplicable, por tanto, cuando el *iudex* o el *arbiter* asumen su función, ejercen su *iudicium*, pueden ser conocedores del derecho, pero no siempre. El *arbiter ex compromisso* no tiene que obedecer a lo dispuesto en la fórmula, redactada en presencia de y con la aprobación del pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio, con la única limitación del contenido del *compromissum* celebrado entre las partes, por esto el árbitro no está afectado por el brocardo, puede o no conocer el derecho. El *iudex*, sin embargo, cuando era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar *cum veritate et legum observatione*, el juez debe juzgar conforme al derecho y conforme a la verdad, este juramento parece que obliga a conocer y aplicar el derecho, y que, por tanto, *de facto*, fuera de observancia el principio *iura novit curia*.

Respecto a la certeza del derecho aplicable, en el procedimiento formulario romano se da mucha libertad a los sujetos juzgadores, su

intervención crea derecho. El pretor crea derecho y esa labor creadora del órgano judicial supone implícitamente, por una parte, conocimientos jurídicos, pero por otra precisamente que no existan previamente, puesto que se van construyendo a propósito de la resolución continuada de casos. En conjunto magistrado y juez acababan conociendo y aplicando el derecho, pero no siempre y no en todos los casos, por lo que en puridad no podemos concluir que sea de aplicación el principio *iura novit curia*, puesto que sus órganos judiciales no aplican el derecho, van más allá, incluso lo crean.

En la *cognitio extra ordinem*, cambian los sujetos juzgadores que se especializan, *praetores fideicommissarii*, *praetor tutelaris*, *praetor de liberalibus causis*. También eran importantes en la capital *praefecti praetorio* (en apelaciones), *praefectus urbi* (con funciones que ya incorporan de los pretores y también en apelaciones), *praefectus vigilum* (para asuntos de seguridad en la ciudad), *praefectus annonae* (competente en orden público) *praefectus aerarii* (en orden fiscal). Esto indica que al menos en esas materias cada vez más eran conocedores del derecho a aplicar. Respecto a las fuentes del derecho y su posible conocimiento, estamos en una etapa en la que, aunque el derecho pierde calidad gana certeza. El juez de la *cognitio* puede decidir conforme a derecho, aunque este no haya sido alegado por la parte, ni referido en una fórmula y esto permite que entendamos que el brocardo *iura novit curia* sea de aplicación, puesto que ésta es una de sus características principales.

En la *cognitio* aparece la apelación y revisando los medios de impugnación los hay que permiten ante la resolución en la que el juez no haya aplicado el derecho, lo que induce a pensar que lo debía haber conocido para que su opinión no pudiera ser impugnada. En el período de *cognitio extra ordinem*, se podía plantear la nulidad por errores sobre la existencia de la ley, declarándose la nulidad de la sentencia por contraria a la ley, *contra leges et constitutiones*, se cree que es una innovación introducida por el emperador para fortalecer su propia autoridad lo que nos lleva a pensar que hay sumisión al derecho, puesto que de no ser así la sentencia es impugnable.

De la revisión de la apelación y la nulidad de las sentencias de la *cognitio extra ordinem* podemos concluir que efectivamente se exige que el órgano juzgador emita sentencia conforme a derecho, lo que unido a la especialización por materias que se da en los órganos llamados a impartir justicia de esta etapa, hace pensar que *de facto* se aplica la máxima *iura novit curia*.

En época postclásica la posible aplicación del principio *iura novit curia* se ve más comprometida por otro motivo, que es la grave incertidumbre que existe respecto a las fuentes. La parte debía probar el derecho, *recitatio legis* (D. 49. 14. 45. 8) comparándolo con otros ejemplares *collatio codicum* lo que es precisamente contrario a esta máxima.

En cuanto a la necesidad de probar la costumbre que acompaña al brocardo, también la observamos en Roma, dónde hay que probar

la costumbre, sobretodo la “extranjera” por tanto, no tiene que ser conocida por el juez y es de aplicación esta excepción de la máxima *iura novit curia* como hoy día. El juez tiene el poder, pero no el deber de conocer esta fuente del derecho.

Desde la Novísima Recopilación libro 11. Título 1 de los jueces ordinarios en la ley 1, (ley 41 tit.3 del Ordenamiento de Alcalá) ya se exige expresamente que para poder acceder a los oficios de justicia, debe constar por fe de los notarios que se ha estudiado Derecho canónico o civil, o al menos ha estudiado por espacio de diez años en alguna Universidad, del reino o fuera de ellos. Desde ese momento, y con carácter general aunque con alguna matización, al juez se le exige el conocimiento del derecho, requisito que se mantiene en la etapa de la codificación. No obstante, hay excepciones al principio *iura novit curia* que aún hoy se mantienen.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

ARANGIO-RUIZ, V., "Les formules des actions et le système du droit romain classique". *Scritti di diritto romano II*. Ed. Jovene editore. 1974.

BIONDI, B., "Intorno alla rominità del processo civile moderno, BIDR 42, Roma, 1934.

BOVE, L., *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla Repubblica all'eta dei Severi*. Napoli, 1971.

BOVE, L., *Nov. Dig. Italiano. s.v.. "Iurisdicitio"*.

BRUNELLI voz: *Nuovo Digesto italiano. Vol. VII. s.v. "Iura novit curia"*.

BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el "arbiter ex compromiso"*. Madrid. 1990.

BURDESE. A., *Miscellanea romanística*. Madrid, 1994.

CALAMANDREI, P., "Diritto consuetudinario in cassazione". *Rivista di diritto processuale civile. XV, 1938*.

CALVINHO, G., *El brocárdico iura novit curia. Revista de derecho procesal n° 1- 2009*.

CASTÁN PÉREZ-GOMEZ, S., *Derecho Privado Romano. La "Cognitio Extra Ordinem"*. 2018. Reus. Colección jurídica general.

COING, H. *Derecho Privado europeo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Traducido Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, 1996, Madrid.

CUENA BOY, F., "La prueba de la costumbre del derecho romano al derecho indiano de los indígenas". *Fundamentos romanísticos del*

derecho contemporáneo. T IV. Vol. II. Derecho Procesal Romano. Ed. AIDROM-BOE. Madrid. 2021

D'ORS, *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed.

DE GIOVANNI, L., "L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana". *En Sull'arbitrato. Studi oferti a G. Vere. Napoli*. 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*. El proceso de declaración. 3ªed. 2004

DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova. 1937.

DIAZ BAUTISTA, A, Prólogo a *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma*. Dykinson. Madrid. 2009.

DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?* CGPJ. Madrid. 2008.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J., "Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho. Ed. Olejnik. Santiago de Chile. 2018.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. "Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15-2011.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*. Parte General. 4º ed. Madrid 2001.

GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en el proceso*. Barcelona. 1943.

IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho romano*. 6ª ed Ed. Ariel. Barcelona, Caracas, Mexico. 1979

KASER, M., *Derecho romano privado*. Traducido por SANTA CRUZ TEIJEIRO, J., Instituto editorial Reus. Reus 1982, 2 ed.

LUZZATO G.I., *Enciclopedia del Diritto*, s.v.. "giurisdizione".

MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano. Vol. 1, La scienza del diritto penale, relazioni e fonti del diritto penale, diritto transitorio, diritto penale internazionale, i soggetti, il reato, l'imputabilità* . 5ª ed. aggiornata / dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Torino: UTET, 1985.

MARRONE, M., "Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana". *Rivista arbitrale*. 1996, 1

MOLE, M., s. v. *Sentenza* (Diritto romano), en NNDI, XVI, Torino, 1969,ed., 1982.

MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II*. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El Proceso* 2ª ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983.

MURILLO VILLAR, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano". *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995.

MURILLO VILLAR, A., "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español". *Teoría e storia del diritto privato*, 2012.

ORESTANO, R., s.v. "Appello", en *Enciclopedia del Diritto* II. Annali II. Giufre editores. Milano.

ORESTANO, R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953

ORESTANO, R., Raggi, I., *Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano*. I Milán. 1962,

ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Marcial Pons. Madrid Barcelona, 2007.

ORTELLS RAMOS, M., "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977

PARICIO, J., *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*, Madrid, 2014.

PARICIO, J., "Notas sobre la sentencia del *arbiter ex compromiso*. Sanción contra el árbitro que no dio sentencia". RIDA XXXI, 1984.

PARICIO, J. *Sobre la Administración de Justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados romanos*, Madrid, 1987.

PARICIO, J., "*Iurare sibi non liquere*", en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988)

PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*. Bosch. Barcelona. 2007.

PRIETO CASTRO, "El cambio de punto de vista jurídico". *Revista de Derecho Procesal*.nº 1. 1956.

PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano II. Processo formulare*. Milán, 1963.

PUGLIESE, G., "Note sulla i'ingiustizia della sentenza nel diritto romano". En *Studi di Betti*. Milán. 1962.

RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. Madrid. 2007, Tecnos 2ªed.

REINOSO- BARBERO, F., “*Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*” *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13, 2016.

SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro editorial de Góngora. Madrid, 2ª ed.

SCIALOJA, V., *Procedura civile romana*. Roma 1936.

SENTIS MELENDO, S., *El Juez y el derecho. (Iura novit curia)*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957.

TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990.

TALAMANCA, M, *Richerche in tema di “compromissum”*, Milán, 1958.

TORRENT, A. *Diccionario de derecho romano*. Edisofer, 2005. s.v. “*iura novit curia*”.

TORRENT, A., *La “iurisdictio” de los magistrados municipales*. Salamanca. 1970, publicaciones de la Universidad de Salamanca.

VOCI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1996 4ªed.

VOCI, P., *Manuale di Diritto romano*. Giufre editores. Milano. 1998. 2ª ed. Vol. II.