

LA MOTIVACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO ROMANO Y SU PROYECCIÓN RESPECTO A LA NULIDAD DE SENTENCIAS POR FALTA DE MOTIVACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL MODERNO, CON NOTICIA PARTICULAR DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

TOMÁS-JAVIER ALISTE SANTOS*

RESUMEN

El presente ensayo plantea un acercamiento, desde la perspectiva histórica, al tema de la fundamentación de las resoluciones judiciales, la cual tiene sus raíces más profundas en el derecho romano. Su práctica emerge en el procedimiento civil *per formulae* y, definitivamente, se asienta en las llamadas *cognitiones extraordinariae*, siendo, desde ese momento, común tanto al procedimiento civil como al procedimiento penal e íntimamente vinculada a la institución de la apelación y a la cuestión sobre la nulidad de la sentencia.

Palabras clave: Procedimiento penal, práctica, motivación judicial, resoluciones, nulidad.

ABSTRACT

This paper presents a historical analysis of the foundations of judicial resolutions, which have a deep rooted in Roman law. The practice of these resolutions first emerged in civil procedure *per formulae* and then became linked to the so-called *cognitiones extraordinariae*. From this moment on, they have been used in both civil and penal procedure, and they are closely related to the institution of appeal and the decisions on the nullity of judgement.

Key words: Penal procedure, practice, judicial motivation, resolutions, nullity.

* Miembro del Grupo *Judicium* de Investigación de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca. Investigador becado por el Congreso de los Diputados de España para el desarrollo de su Tesis Doctoral. Letrado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Zamora. Profesor de Argumentación Jurídica en el Máster de Estudios de Práctica Jurídica y de la asignatura de libre configuración de Grado “Oratoria, Debate y Argumentación” de la Universidad de Salamanca durante el curso 2007-2008. Consejero del Comité Científico Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

INTRODUCCIÓN

La práctica de la motivación de resoluciones judiciales encuentra sus orígenes en el derecho romano. Frente al silencio que la doctrina ha mantenido tradicionalmente sobre este tema, una serie de estudios romanistas, muy poco divulgados hasta el momento como demuestra su escasa mención bibliográfica, contribuyen a esclarecer esta materia. Así, observamos una *praxis* favorable a la motivación que emerge en el procedimiento civil formulario y se consolida en la llamada cognición extraordinaria, tanto en sede jurisdiccional civil como penal. La obligación de motivar resoluciones judiciales no solo está presente en la práctica forense romana sino que, además, cristaliza en una serie de disposiciones normativas poco estudiadas por la doctrina que, sin duda, contribuyeron a su asentamiento firme en la conciencia jurídica del pueblo romano. Igualmente, podemos afirmar que el deber de motivar transcendía a la sentencia romana y afectaba también a otras resoluciones equivalentes a nuestros autos actuales. Además, podemos constatar cómo a partir de entonces se forja una estrecha relación entre motivación e impugnación judicial, de suerte que, de una parte, la propia institución de la apelación empuja a que se consolide la práctica de la motivación y, de otra, la sentencia "falta de motivación" es susceptible de impugnación alegando el vicio de su nulidad sin término, cuestión muy interesante que puede trasladarse a nuestro sistema procesal moderno.

1. JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO ROMANO Y UTILIDAD PARA EL PROCESALISTA MODERNO

Que el derecho está sujeto al devenir histórico es algo de lo cual no duda nadie y, sin embargo, a menudo este hecho se ignora o no se comprende plenamente por el legislador. Muy bien expresa este pensamiento De los Mozos Touya, en un formidable prólogo a la reedición del *Cuerpo del Derecho Civil Romano* de García Del Corral: "No se puede olvidar que el Derecho tiene un carácter histórico, lo cual no solo significa que se dé en la historia o que venga determinado por ella, sino que su consistencia es histórica, que está constituido por elementos más o menos lejanos en el tiempo, pero necesariamente pertenecientes al pasado, cuya comprensión por consiguiente remite a otra época" (De los Mozos, 2004: 4).

El derecho, como apunta De los Mozos, requiere un doble enfoque, sincrónico y diacrónico, porque su estado actual es el producto de una dialéctica de siglos de la que no puede sustraerse sin perder su propia naturaleza (De los Mozos, 2004: 5). El gran jurista Savigny, prologando su monumental *Sistema de Derecho Romano Actual*, defiende esto mismo de forma contundente:

Pretender como se ha hecho a menudo, que la ciencia mirada desde el punto de vista histórico, establece la forma antigua del Derecho como tipo absoluto e inmutable para el presente y para el porvenir, es desfigurar completamente este punto de vista, cuyo verdadero sentido nos enseña, por el contrario, a reconocer el mérito y la

independencia de cada siglo y trata, sobre todo, de aclarar el lazo vivo que liga el presente con el pasado, bajo el concepto de que, si esa relación se nos oculta, podríamos ver las manifestaciones exteriores del Derecho, pero no penetrar su espíritu (Savigny, 1878: 4).

En este sentido, qué duda cabe sobre la necesidad de un estudio sobre la motivación judicial utilizando, para ello, cuantos criterios hermenéuticos ha ido elaborando la doctrina a lo largo de los siglos, mostrando especial interés en este trabajo por el elemento histórico¹. Es necesario subrayar justamente dicho criterio interpretativo y su utilidad en el estudio de la fundamentación de resoluciones judiciales, ya sea esta entendida como obligación normativa o como aplicación forense por jueces y tribunales. Ciento es que, en principio, el tratamiento histórico de este tema jurídico se asemeja a un fundo colindante a aquél de su desarrollo específicamente procesal, fundo propio para el cultivo de los historiadores del derecho, donde el procesalista, poco más o menos, parece un intruso arando en tierras ajenas. Sin embargo, muy lejos de esta imagen quiere desenvolverse el presente trabajo, que plantea un acercamiento al tema desde la perspectiva histórica,

1 Conviene matizar algunas consideraciones acerca del uso que en este trabajo se hace del argumento histórico como elemento de interpretación jurídica. Advierte Ezquiaga Ganuzas (1987: 341 y ss.) que el argumento histórico puede utilizarse de dos formas distintas. Así, hay un uso deliberadamente estático que apela a la continuidad de la vieja legislación sobre la materia, persiguiendo el mantenimiento de la finalidad histórica con que fue regulado un determinado tema. Por otro lado, existe otro uso calificado como dinámico que subraya los cambios introducidos en la vieja legislación y se proyecta hacia el futuro de la cuestión regulada. De acuerdo al uso dinámico del argumento histórico es como la mayor parte de la doctrina ha entendido y continúa entendiendo el método histórico-evolutivo. Sin embargo, desde este trabajo se trata de exponer el nacimiento e *iter* histórico seguido por la motivación judicial en un ordenamiento jurídico concreto, el derecho romano, aceptado por la *communis opinio doctorum* como el armazón fundamental sobre el cual se erige todo el edificio jurídico de Occidente; apelando, además, a la continuidad del espíritu que modeló esta garantía procesal sin que esto signifique una reverencia o adoración ciega a los cuerpos legales del pasado, ni mucho menos encubra una visión estática y reaccionaria a toda innovación en la materia. Betti (1990: 165), refiriéndose a la interpretación histórica, señala muy bien la dirección que esta ha de tomar considerando que “*non si tratta di disegnare figure del passato o immagini di ciò che non è più –il che piuttosto compito di poeti e romanzieri-, ma di potenziare il cosmo delle nostre conoscenze con la fondata cognizione della continuità che domina lo svolgimento dell’umanità l’eredità del passato, d’intenderla nella sua intima coerenza, e di promuoverne l’intelligenza ad ulteriori sviluppi*”. En este sentido, se entiende el método histórico-evolutivo, tratando de averiguar cuánto hay de esencial en los textos que han regulado la materia, desechar elementos accidentales a la misma, analizando, finalmente, su evolución, en tanto que comprendamos esta como manifestación normativa que refuerce explícitamente el carácter esencial que ha informado y seguirá informando el tema de la motivación judicial. Desde esta caracterización del método histórico-evolutivo, ha de matizarse la idea, enunciada por Ezquiaga Ganuzas, de un uso estático del argumento histórico cuando se apela, como ocurre en este trabajo, a la finalidad históricamente perseguida.

teniendo presente una concepción global del derecho en la que ninguna de las disciplinas que lo componen ha de ser ajena al jurista, muy al contrario, nada es más beneficioso para el tratamiento de cualquier tema de conocimiento jurídico que acercarnos al mismo agotando la diversidad de enfoques. Qué sería del derecho en caso de prevalecer una tendencia cada vez más extendida de acotamiento doctrinal en torno a esferas de conocimiento específico, de suerte que el procesalista sólo escriba de la legislación procesal "actual", condenado a una exégesis miope de la más rigurosa actualidad legislativa; el civilista, batiéndose en retirada, claudicando continuamente debido a la progresiva emancipación de áreas que, hasta no hace mucho, formaban parte natural de su disciplina; y así con todas las ramas celosamente cerradas en sí mismas, hasta que se pudra el tronco y las raíces que les dieron vida, y, finalmente, quiebre, debido a ese loco empeño, la superior unidad del derecho².

-
- 2 Ahora bien, incluso aceptando lo anterior se dirá que cuáles son las utilidades que reporta el acercamiento a cuerpos legislativos abrogados desde hace siglos, venerables restos que lucen mucho como adorno en las vitrinas para la postal o la foto, cuerpos vetustos arrinconados en lugubres depósitos de bibliotecas, apilados en robustas estanterías con el único objeto de ser vistos, pero no leídos. Así las cosas, tengamos presente, como ejemplo, las palabras que Laurent (1879: 30), insigne exégeta del *Code de Napoleón*, ofrece en su obra, a propósito de la utilidad que reporta el estudio del derecho romano para todo aquel jurista que, realmente, quiera abordar los problemas jurídicos con las mayores expectativas de solución a su favor: "El Derecho romano ha sido abrogado. ¿Y esto quiere decir forzosamente que el estudio del Derecho romano sea inútil? Si consideramos exclusivamente el punto de vista de la utilidad práctica, se debería decir que el estudio del Derecho romano no es ya necesario: tenemos un Código, tenemos autores y jurisprudencia que lo interpretan. Y es suficiente para las necesidades de la vida real. ¿Pero si así se razonase en todas las cosas qué sería de la ciencia, qué sería del desarrollo intelectual? Si ya se demanda: ¿qué beneficio se obtiene de la lengua griega? Bien pronto se demandará: ¿y qué provecho de la lengua latina? Siguiendo esta lógica se dirá aún: ¿qué provecho resulta del estudio de la antigüedad? ¿de qué sirve cualquier estudio que no procura ninguna ventaja inmediata?". Más adelante incide en la necesidad del conocimiento histórico del derecho reforzando la línea argumental citada: "*non insistiremo sull'utilità, sulla necessità dello studio storico del diritto. Il legislatore non crea il diritto, egli si limita a formularlo. E dove mai lo attinge? Nella coscienza nazionale riflessa dalla tradizione. Il diritto è una delle fasi, e delle più importanti, della vita dei popoli. Si potrebbe comprendere l'umanità moderna se s'ignorasse d'onde ella viene e por quali vie è giunta allo stato in cui noi la vediamo? Così pure è affatto impossibile di comprendere i nostri codici quando s'ignora d'onde procedono, e come il diritto abbia preso la forma che ci regge nel momento. Il diritto procede dal passato, vuolsi dunque studiare il passato*". (Laurent, 1879: 32). Los utilitaristas, como dice Laurent, persiguen que la ciencia aporte conocimientos inmediatos para el ejercicio de la profesión o de la función pública que desarollen, pero olvidan que ese no es el fin de la misma, que el estudio, cualquiera que sea su objeto, es un medio para alcanzar un mejor desarrollo intelectual, que precondiciona nuestro desarrollo moral sin el cual estaríamos perdidos en una búsqueda esquizoide del provecho inmediato propio en continua lucha con nuestros semejantes, cegados por la obtención de una ventaja inmediata, que nos impide valorar un provecho colectivo aún mayor e incluso llega a frustrarlo, pesando en el balance final más el daño que el pro del supuesto beneficio obtenido.

En definitiva, si un tema jurídico es susceptible de diversos enfoques, no solo es útil sino también necesario que se aborde su estudio con la mayor amplitud de miras posible, siendo el análisis histórico elemento interpretativo valiosísimo para su adecuado tratamiento doctrinal³.

El estudio histórico en torno a la motivación de resoluciones judiciales en el enjuiciamiento romano ofrece una reflexión tremadamente atractiva que, sin duda, revierte en una sólida comprensión de la fundamentación judicial, cargada de frutos aprovechables para el procesalista moderno. El seguimiento histórico de esta obligación judicial, iluminando su estudio con las aportaciones que al tema han hecho tanto procesalistas como romanistas e historiadores del derecho español, permite un entendimiento panorámico del tema, que contribuye a la subsanación de errores, los cuales a fuerza de ser tácitamente admitidos por algún sector de la doctrina procesal, han terminado aceptándose de una manera pacífica y casi generalizada sin apenas resistencias, desperfilando los orígenes de la fundamentación judicial, admitiéndose una tesis fundacional, a mi juicio gravemente errada, que vincula el origen de esta garantía con el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, el liberalismo jurídico y el consecuente proceso codificador posterior. Esto es una fuerte carga de condicionamientos en torno a la motivación judicial, que no está debidamente justificada e impide el entendimiento pleno de sus potencialidades, porque cuando se adscribe dicha garantía al pensamiento liberal, implícitamente, casi sin percatarnos de las consecuencias que conlleva esta asunción, se admite también su vinculación necesaria a la metodología jurídica del liberalismo decimonónico, es decir, al positivismo normativista, aderezado con el más estricto formalismo jurídico propio de aquella época, con todo lo que ello supone en cuanto al relativismo inherente a todo positivismo (ver Gómez Pérez, 1972: 222 y ss). Y, así, no es extraño que desde este enfoque se defienda por parte de algún sector doctrinal la “coyunturalidad histórica” de la propia garantía de motivación judicial, advirtiéndonos que la fundamentación de resoluciones judiciales no responde a una exigencia inmanente de las mismas, sino que más bien es simple expresión voluntarista de la cultura jurídica y política del momento, y, por ello, sujeta a revisión en el futuro incierto (Nieto, 2000: 140-141).

El presente trabajo, sin embargo, trata de iluminar, apoyado en el elemento histórico, el complejo tema de la fundamentación de resoluciones judiciales en el mundo romano, acercándonos a la génesis remota de su aparición en el mundo del derecho, en un ordenamiento jurídico, el romano, del cual el nuestro es heredero directo, y haciendo un juicio crítico en cuanto a las posiciones doctrinales fijadas en esta materia, porque

3 No existe una literatura abundante sobre la utilización del argumento histórico como instrumento hermenéutico o como método de interpretación jurídica. Sin embargo, deben mencionarse, entre otras, varias referencias. En la mente de todos está en primer lugar Savigny (1878). Además, Fiore (1892: Tomo 80, 492 y ss); Degni (1909); Geny (1925); Hernández Gil (1945); Castán Tobeñas (1947); Wroblewski (1972: 65-68); Gerard (1978: 51 y ss); Bobbio (1979: 43 y ss); Perelman (1979: 78 y ss); Tarello (1980: 3689; Ezquiaga Ganuzas (1987: 333-360); Pérez Álvarez (1994:36-47).

como a lo largo de este estudio veremos, anticipando conclusiones, la motivación es una exigencia judicial consustancial a la lógica del proceso, desde que en el derecho romano se estableció la apelación como instrumento de impugnación de resoluciones judiciales para la parte procesal que se consideraba perjudicada por las mismas.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En torno a la obligación legal de motivar las resoluciones judiciales, fundamentalmente las sentencias, se ha desarrollado una cuestión en cuanto a los orígenes o momento fundacional de este deber normativo. Dicha cuestión, lejos de ser ociosa o de constituir un ejercicio intelectual académico de dudoso aprovechamiento, encubre otro asunto de mayor calado, esto es, la adscripción de este deber normativo a una u otra concepción del derecho, con la carga de fondo que esto conlleva, condicionando la garantía de la motivación a una corriente de pensamiento. Centremos la atención en este punto que es de capital importancia porque la cuestión de los orígenes de la motivación judicial permite averiguar la concepción o concepciones que perfilan dicha garantía a lo largo del tiempo, y, dependiendo de la postura que se adopte en torno a los orígenes, todo el desarrollo que posteriormente se haga sobre el tema gravitará necesariamente sobre el pensamiento o concepciones esenciales que determinen esta garantía procesal.

Existen pocos trabajos en cuanto al seguimiento histórico de la obligación de motivar resoluciones judiciales⁴. Sin embargo, entre los escasos estudios sobre el tema se aprecia una tesis dominante que advierte el surgimiento normativo de la fundamentación de resoluciones judiciales en la época de la codificación procesal durante el siglo XIX (Ortells Ramos, 1977: 899-932). Es decir, de manera más o menos consciente, buena parte de la doctrina que se ha ocupado de este tema adscribe la motivación judicial al positivismo jurídico y, concretamente, al positivismo normativista. De suerte que la necesidad de fundar o no las resoluciones judiciales queda supeditada a su consagración legislativa, con independencia de la razonabilidad intrínseca que tenga o no la propia necesidad de fundamentación. Será la voluntad del legislador la encargada de marcar los límites precisos para el desenvolvimiento de la motivación judicial.

Reflexionese serenamente sobre este punto, porque desde la perspectiva metodológica de la argumentación jurídica advertimos una concepción de la motivación judicial, no

4 Vid. al respecto Vinnio (1847: 546-548); Gómez de la Serna (1857); Ortiz De Zúñiga (1866: t. 29, 113-126); Arrieta (1867: t. 30, 97-115); Bonfante (1923: 449); López Ortiz (1942-1943: 184-226); Vázny (1940: 108-139); Menéndez Pidal y Montes (1953); Scialoja (1954); Cuenca (1957: 89-96); Raggi (1961: 87 y ss); Biondi (1965: 435 y ss); Salvioli (1969: 514-516); Lalinde Abadía (1970: 756 y ss; 1974: 552 y ss); Taruffo (1974: 265-295); Buonamici (1971: 44 y ss); Mariluz Urquijo, J. (1976: 141-159); Ortells Ramos (1977: 899-932); Levaggi (1978: 45-73); Godding (1978: 37-67); Scapini (1983: 233-257); Llobell Tuset (1985); Álvarez de Morales (1988: 79-91); Benito Fraile (1988: 135-159); Pedraz Penalva (1993: 7223-7269); Murillo Villar (1995: 11-46); Garriga Y. Lorente (1997: 97-142); Marrone (1997: 37-48).

solo restrictiva a las posibilidades de elaboración judicial del derecho, concepción que veladamente entraña una idea de sometimiento del poder judicial al legislativo –cuestionable, cuanto menos, a la luz del constitucionalismo–, sino también una visión reaccionaria y diametralmente opuesta a las teorías sobre la argumentación jurídica que constituyen los cimientos metodológicos de este trabajo⁵, que, en caso de triunfo, ahogaría la motivación de resoluciones judiciales en la marea asfixiante del positivismo normativista. Por ello, la cuestión de los orígenes ha de entenderse como la médula espinal que vertebría todo el tema, constituyendo un tema esencial para el avance en la compresión de la fundamentación judicial.

3. LA PRAXIS DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL A LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL ROMANO

Entre los muchos *topoi* o lugares comunes, tradicionalmente admitidos por los juristas, se encuentra la tesis que proclama el carácter esencialmente romano de buena parte de nuestro derecho actual, demostrándose dicha afirmación a poco que se estudien los orígenes de muchas instituciones jurídicas. En este sentido, el derecho procesal no constituye una excepción al resto del ordenamiento. Más bien parece todo lo contrario. Bien es cierto que el origen no es suficiente para definir ni caracterizar nada, pero también que el conocimiento cierto de los orígenes remotos de nuestro proceso actual constituye un buen elemento para entender cómo se ha llegado al mismo. No obstante, matizando esta afirmación, verdaderamente observamos cómo la herencia procesal romana impregna con mayor intensidad la estructura del procedimiento civil actual frente al procedimiento penal⁶. Sin embargo, esto no impide que consideremos esencialmente romanos los cimientos sobre los cuales se erige la arquitectura básica del proceso moderno, tanto en sede civil como penal⁷.

-
- 5 Hablamos de teorías de la argumentación jurídica, porque la llamada teoría estándar, representada por las obras de Alexy y MacCormick, es sobre todo una teoría que se ocupa de cuestiones normativas, olvidando la argumentación de hechos, por eso aun es una teoría insuficiente para colmar todo el ámbito de la argumentación. En este sentido, la referencia a las teorías de la argumentación jurídica incluye las concepciones de Viehweg, Perelman y Toulmin, que serían el precedente inmediato de la llamada teoría estándar. Para un acercamiento general a esta materia puede consultarse la obra de Atienza (1991).
 - 6 Esta idea fue acogida por Biondi (1934: 358), cuando afirmaba que "*Sta in fatto che tutta la letteratura processualistica, dalla Glossa fino alla soglia delle moderne codificazioni, si fonda e ricorda sempre testi del Corpus Iuris; certo vengono generalizzati, intesi mali, talvolta anche travisati; ma si procede sempre dai testi romani. Abbiamo tutto un processo di specificazione; però la materia prima è sempre romana*".
 - 7 Cuenca (1957: XXXIV) afirma el fuerte vínculo entre el derecho romano y el procesalismo moderno, citando unas palabras pronunciadas durante una conferencia celebrada en Bucarest por el gran maestro Chiovenda: "La historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana" (La conferencia se encuentra recogida en *Riv. di dir. pr.*, Parte I, 1932, IX, pp. 316 y ss.).

En cuanto al proceso civil actual, la cuestión acerca de su "romanidad" ha sido objeto de controversia entre ilustres romanistas, existiendo básicamente tres líneas respecto a los orígenes sobre los que se yergue el proceso moderno. Una tesis muy extendida fuera del romanismo considera que el proceso en sus líneas actuales es fruto maduro de la tradición medieval del *ius commune*⁸. Por otro lado, un sector minoritario dentro de los romanistas e historiadores del derecho, y de algunos procesalistas, proclamaba el carácter eminentemente germánico que impregna al proceso civil moderno⁹. Frente a estas dos direcciones, existen diversos trabajos de ilustres profesores como Biondi o Chiovenda, desarrollando argumentos claves que inducen a la pacífica admisión de la tesis que defiende la "romanidad" consustancial, en su armazón interno, de todo el edificio del proceso civil contemporáneo¹⁰. Ahora bien, nuestro proceso civil no es heredero de un proceso romano atemporal y metahistórico, sino que hunde sus raíces en un concreto proceso romano cuyo entendimiento pleno pasa necesariamente por el filtro interpretativo que del mismo hacen los juristas del *ius commune*. En este sentido, Biondi no duda en afirmar la íntima

-
- 8 Así lo consideraba, en un principio, el propio Chiovenda (1904), aunque después subrayó la "romanidad" del proceso. Rosenberg (1953: tomo I, 18-20) se inclina también por la tesis que señala los orígenes medievales del proceso civil actual. Concretamente, califica este proceso como ítalo-canónico, señalando que estaba fuertemente impregnado de elementos romano-germánicos en combinación con otros de raíz canónica, y que tuvo un importante desarrollo en el reino longobardo, constituyéndose posteriormente como *ius commune*europeo.
- 9 Así, en esta línea podemos citar a Rocco (1966: 224), que observa un fuerte y determinante componente germánico en el proceso común adherido a la base romana originaria formando un todo indivisible, pero determinado precisamente por ese componente germánico que se ve, por ejemplo, en el establecimiento de la prueba legal.
- 10 Vid. Biondi (1934: 356 y ss), llega a esta conclusión tras un estudio intenso sobre los orígenes del proceso moderno. Así, afirma que tanto en los principios fundamentales, entre los cuales cita la formulación de un proceso público, los conceptos de acción y excepción, las ideas de jurisdicción, competencia y formas procesales, el entendimiento de la prueba y los conceptos de sentencia y cosa juzgada, como en instituciones más particulares y de origen dudoso, por ejemplo, la idea de *litis contestatio*, la construcción del proceso sumario, la querella de nulidad o la figura del interventor principal, late intensamente la configuración procesal romana, que determina las características esenciales del proceso moderno. De este modo, concluye que "*L'indagine conduce sempre verso lo stesso risultato: il processo comune e moderno nella sua impostazione e nei suoi istituti fondamentali è una derivazione diretta dal processo romano, sempreché con ciò intendiamo riferirci non al processo formulare ma a quel processo extra ordinem che si conclude ed asesta legislativamente nel Corpus Iuris*" (413); y Chiovenda (1932: Parte I, 318), en donde considera que "*L'idea stessa del processo è romana. Quando noi poniamo come scopo del processo l'attuazione della volontà della legge nel caso concreto, vale a dire in relazione a un determinato bene della vita che della legge se pretende garantito; quando vediamo nella giurisdizione il potere dello Stato che provvede a questa attuazione mediante l'attività dei magistrati; noi esprimiamo le idee dei giureconsulti romani*".

conexión entre la obra de los antiguos intérpretes medievales y el *Corpus Iuris justinianeo*¹¹. El proceso común sería, pues, el resultado de la armónica conjunción de ambos elementos sin los cuales no puede entenderse el armazón que sustenta nuestro proceso.

A la luz de estos planteamientos en cuanto a la proyección del proceso romano sobre el proceso actual, estamos en condiciones para abordar el tema de la fundamentación judicial en el proceso romano. Ahora bien, cuando hablamos de proceso romano, la mera referencia al mismo puede llevarnos a un equívoco acerca de la existencia de un proceso romano ideal caracterizado por la atemporalidad en cuanto a su propia formulación. Nada más lejos de la realidad. Desde una óptica procedural, tengamos en cuenta la existencia de dos tipos de procedimientos judiciales claramente diferenciados en la antigua Roma: el procedimiento civil y el procedimiento criminal. Incluso, se hace necesario precisar que no puede hablarse de un solo tipo de procedimiento civil y penal romano, sino de diversos procedimientos que en distintos momentos de la dilatada historia romana llegan a desarrollarse de forma paralela dentro de los propios órdenes jurisdiccionales. Así, en el orden jurisdiccional civil se desenvuelven tres procedimientos que, tanto por su génesis como por su naturaleza, tienen entidad propia: el procedimiento de las *legis actiones*, el proceso formulario y la cognición extraordinaria¹². Este último, a juicio de buena parte de la doctrina romanista, constituye el armazón que sostiene el procedimiento civil actual (Biondi, 1934; Cuenca, 1957). Por eso, será objeto de atención preferente a lo largo de estas líneas, especialmente atendiendo al estudio de la sentencia que pone fin al mismo. En cuanto al orden jurisdiccional penal, las fuentes nos hablan de otros tres procedimientos distintos, cuya historia corre en paralelo a la de los procedimientos civiles: los *iudicia populi*, el procedimiento por *quaestiones* y la *cognitio extraordinem*. Además de estos, y con anterioridad a la *cognitio extraordinem*, existe el llamado *ordo senatorius* que cohabita con el *ordo iudiciorum publicorum*¹³.

3.1. LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL ROMANO

Como se ha expuesto anteriormente, la doctrina romanista distingue tres procedimientos civiles romanos: *legis actiones*, procedimiento por fórmulas y la *cognitio*

-
- 11 Biondi (1934: 429), una vez afirmada la "romanizad" esencial del proceso civil moderno, integra en esta tesis fundamental la obra de los intérpretes medievales, encargados de revitalizar la ingente masa de materiales legislativos justinianeos. De ahí que, finalmente, sentencie "*Giustiniano e gli interpreti: ecco i due potenti creatori del processo moderno. Senza l'opera geniale degli interpreti la caotica codificazione di Giustiniano, intessuta di arcaico e di nuovo, sarebbe stata una delle tante leggi del mondo antico destinate a formare oggetto di erudizione, mentre d'altra parte gli interpreti, per quanto geniali, non avrebbero potuto creare un edificio così saldo se non avessero avuto come base la esperienza secolare rachiusa nella compilazione*".
- 12 Vid. Al respecto, Costa (1918); Scialoja (1954); Betti (1957: *Nov. Dig. It.*, XIII, 1099-1120) y Cuenca (1957).
- 13 Vid. Brasiello (*Noviss. Dig. It.*: 1157-1160), Rascón García (1996: 121-127 y 248-252); Santalucía (1990).

extraordinem. Los dos primeros se integran en el *ordo iudiciorum privatorum* y el último presenta caracteres tales que lo hacen susceptible de tratamiento diferenciado a los del *ordo*. Veamos las huellas de la motivación judicial en cada uno de ellos.

3.1.1 Ordo iudiciorum privatorum: Las acciones de la Ley

Según De Martino, en los primeros tiempos de Roma no puede hablarse de jurisdicción en el sentido que luego tiene ese término para los romanos. Se trata de los tiempos en los que el *ius* y el *fas* forman un todo entremezclado difícil de deslindar y vinculado al poderoso influjo de la primitiva religión romana¹⁴. Siguiendo a Gioffredi (1955), en los albores de la historia romana hay una relación recíproca entre los ritos religiosos y los jurídicos, relación que explica la intervención de los pontífices en la esfera del derecho civil, justificando su posición en función del origen sagrado del derecho, que obligaba a que las partes compareciesen ante los pontífices, quienes una vez conocían los hechos objeto de controversia, ofrecían a las mismas la fórmula de la acción que debían invocar para dirimir el conflicto, en un acto sacramental cargado de ritualidades solemnes¹⁵. Se trata, en definitiva, de un procedimiento que hunde sus raíces en el más remoto derecho quiritorio, cuyas características generales son la rigidez formalista y la sacramentalidad¹⁶. El jurisconsulto Gayo da noticia de estas acciones señalando que *actiones quas in uso veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, [...] vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur*¹⁷. El procedimiento de estas *legis actiones* contaba

14 Según De Martino (1937: 48) “il sacerdote interviene come l’augusto signore di oscure misteriose potenze sacrali; voce terrena dei numi, conoscitore del tempo, delle tradizioni, dei riti, delle leggi. Egli deve comporre il dissidio, mantenere la pace”. En la edad arcaica no existió una jurisdicción tal y como después fue entendido este concepto por los romanos. Los sacerdotes monopolizarían la intervención estatal en los litigios jurídicos impregnándolos absolutamente de un carácter religioso y no jurídico.

15 El conocimiento de las fórmulas estuvo reservado durante mucho tiempo a los sacerdotes y a los patricios hasta que un plebeyo llamado Cnaeus Flavio publicó la fórmula de las acciones que logró memorizar. Tengamos en cuenta que las fórmulas eran secretas y de obligada pronunciación literal por los litigantes, que en caso de error originaban la nulidad del acto procesal, precisamente por encontrarse sujeto el proceso a la idea de sacramentalidad que lo dominaba por completo y determinaba una serie de rituales precisos exigidos a los litigantes. *Vid. Gioffredi (1955) y Cuenca (1957: 41-42 y 53-55)*.

16 Así lo manifiesta De Martino (1937: 126), señalando que “le *legis actiones* sono strettamente legate al sistema del vechio diritto quiritorio, cioè ad un sistema rigido, formalistico, diciamo pure, gretto e primitivo”.

17 Cfr. Gayo (1845: 258). El texto vertido al castellano expresa que las acciones de las que hicieron uso los antiguos, recibían el nombre de acciones de la ley, ya sea porque emanaban de las leyes, ya porque estando acomodadas al mismo texto de las leyes eran tan invariables y observadas como las leyes. Gayo, en sus *Instituciones*, afirma la existencia de cinco acciones de la ley: *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per condicionem*, *legis actio per manus injectionem* y la *legis actio per pignoris capionem*. La primera sería la general, comprometiéndose las partes ante el magistrado mediante el *sacramentum*, especie de apuesta procesal, a la entrega de una suma en caso de que alguna de ellas resultara vencida en el juicio.

con dos fases nítidamente diferenciadas. La primera recibe el nombre de procedimiento *in iure* y se encuentra fuertemente marcada por una ritualidad precisa (Riccobono, 1949: 21). En este sentido, Betti señala que la fase *in iure* viene determinada por palabras y gestos rituales de obligatorio cumplimiento, atendiendo al cumplimiento de una primitiva ritualidad religiosa que fija, sin posibilidad de revocación o adenda, los términos del litigio (Betti, 1955:1104). Inmersos en la práctica de los ritos obligados, los litigantes acudían, en un primer término, a los pontífices y, posteriormente, ante el pretor para obtener la fórmula de la acción, concluyendo la instancia *in iure* con la *litis contestatio*. Scialoja advierte que la *litis contestatio* se configuraba en este procedimiento primitivo como un acto solemne de invocación de testigos por las partes para certificar la existencia del litigio¹⁸. Dicho acto, una vez aprobado por el magistrado, suponía el cierre de la instancia *in iure*. A continuación comenzaba una segunda fase del procedimiento llamada *in iudicio*¹⁹, en la que las partes comparecían ante un juez privado, nombrado de común acuerdo o, en su defecto, por el pretor, *iudex privatus* que, vistas las pruebas y respetando los términos de la *litis contestatio*, formaba su *iudicium* (Costa, 1918: 70 y ss), que daba fin a la controversia. Conforme al estado de la doctrina romanista, desconocemos si esa sentencia era o no fundada²⁰. No obstante, prevalece una línea doctrinal, cuanto menos escéptica, acerca de la posibilidad de algún esbozo de fundamentación en las sentencias de la época. En esta dirección, destaca, entre otras, la opinión de Moè, considerando que la sentencia durante este período no estaba acompañada de ninguna motivación. De un lado, la libertad en la apreciación de los medios de prueba que tenía el juez privado y, de otro, la inexistencia de medios de impugnación, son argumentos que llevan a concluir hipotéticamente la ausencia de motivación durante el sistema de las acciones de la Ley (Molé, *Noviss. Dig. It.*, XVI, p.1085).

3.1.2 Ordo iudiciarum privatorum: El procedimiento formulario

Bien sea por el carácter secreto de las fórmulas, bien por la odiosa ritualidad de las mismas, la excesiva rigidez y sacralidad de los actos procesales, la escasa intervención pública del magistrado o el incremento de los litigios entre ciudadanos y extranjeros, el

18 Vid. Scialoja (1954: 157), que en una nota al pie estudia la etimología precisa de la *litis contestatio*, es decir, *contestari litem* supondría el acto en el que los litigantes señalan las palabras "sois mis testigos", en referencia a los presentes para que certifiquen la existencia de la *litis*.

19 Cuenca (1957: 13 y 14), nos dice que se trata de una instancia característica tanto del procedimiento de las *legis actiones* como del sistema formulario.

20 Murillo Villar (1995: 27), el cual es uno de los profesores que más se ha esforzado en demostrar la existencia de motivación judicial en el mundo romano, considera que no puede aventurarse ningún juicio sobre la existencia de motivación durante este período y justifica su opinión aludiendo al célebre proceso de la causa Curiana, en el que no encontramos indicios de motivación por parte del tribunal centunviral.

viejo procedimiento fue paulatinamente cediendo terreno ante la pujanza del sistema formulario, sin que esto signifique que el anterior de las *legis actiones* fuera abrogado en principio²¹. El nuevo procedimiento, en palabras de Betti, gira sobre la fórmula propuesta por el pretor, que contiene los términos del litigio y la designación del juez para su resolución (Betti, *Noviss. Dig. It.*, XIII, p. 1106).

El sistema formulario continúa siendo fiel a la dualidad de instancia de un mismo grado y, así, como expone Cuenca, se mantienen las fases *in iure* y *apud iudicem* o *in iudicio*, esta última desarrollada ante un juez o un jurado de naturaleza privada (Cuenca, 1957: 73).

La instancia *in iure*, además de comprender diversos actos procesales (*in ius vocatio*, *vadimonium*, *editio actionis* y *litis contestatio*, esta última abierta a práctica de pruebas como la *interrogatio in iure*, la *confessio in iure* y el *iuriurandum in iure*)²², que ya estaban presentes en el procedimiento *per legis actiones*, abre la configuración de la fórmula al demandado, insertando en la misma la *praescriptio* o la *exceptio*, que son designadas como partes accesorias a la fórmula frente a las denominadas esenciales referidas por Gayo: *partes autem formularum hae sunt; demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio*²³.

En cuanto a la fase *apud iudicem*, Betti nos dice que se caracteriza por la comparecencia ante el juez o el jurado y la oralidad de los actos procesales, efectuados en una sola jornada (Betti, *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1112). Scialoja refiere en su obra el desarrollo del procedimiento *in iudicio* (Scialoja, 1954: 241-284). *Lacausae connectio*, o exposición de la causa por las partes o sus abogados, constituiría el primer acto de esta instancia. Seguidamente, se desarrollaban las *orationes* del demandante y el demandado, pudiendo sustituirse por un acto más dinámico llamado *altercare* o *altercatio*. A continuación, procedía la práctica de prueba, admitiéndose gran diver-

21 *Vid. Scialoja* (1954: 157 y ss); Betti (*Noviss. Dig. It.*, XIII, p. 1106); Cuenca (157: 51 y ss).

22 Para un estudio de estos actos procesales pueden consultarse las obras de Scialoja (1954: 206 y ss) y Cuenca (1957: 73 y ss).

23 En Gayo (1845: 275), las partes esenciales de la fórmula serían la designación, la pretensión, la adjudicación y la condena. La *demonstratio* supondría una exposición de los hechos que originan el litigio, la *intentio* reflejaba la pretensión del demandante y estaba escrita de forma expresa. Gayo (1845: 274) plantea el siguiente ejemplo: "si aparece probado que Numerio Negidio tiene obligación de dar diez mil sestercios a Aulo Agerio". La adjudicación implicaría la entrega del objeto litigioso al vencedor, y en la condena el juez tendría la potestad de absolver y condenar. El texto íntegro de la fórmula sería, por ejemplo: "Por quanto Aulo Agerio vendió un esclavo a Numerio Negidio" (*demonstratio*), "si aparece probado que Numerio Negidio tiene obligación de dar diez mil sestercios a Aulo Agerio" (*intentio*), "juez, condena a Numerio Negidio en cantidad de diez mil solamente a favor de Aulo Agerio: si no aparece probado absuélvelo" (*condemnatio*). Téngase en cuenta que la *adjudicatio* es parte esencial, pero solo si se trata de la acción de partición entre coherederos, la división de cosa común entre socios, o la acción de señalamiento de límites vecinales. En cuanto a las partes accesorias, encontramos un estudio riguroso de las mismas en Scialoja (1954: 162-179).

sidad de medios (*praeiudicia, fama, tormenta, tabulae, iusiurandum, testimonia*). El juez apreciaba libremente las pruebas y, finalmente, estaba en condiciones para emitir sentencia, aunque mediante el juramento *sibi non liquere* podía inhibirse, alegando la falta de convicción para fallar sobre la causa. La sentencia ponía fin a la controversia y debía ser congruente con lo establecido en la fórmula, condenando o absolviendo al demandado. Cuenca considera que son requisitos formales de la sentencia, su pronunciamiento oral en audiencia pública, usualmente en latín y presentes las partes (Cuenca, 1957: 90).

En cuanto a la motivación de la sentencia durante el procedimiento formulario, la doctrina romanista mantiene pareceres contradictorios. Así, Betti considera que la sentencia del formulario se encuentra libre de formas y no requiere motivación (Betti, *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1112). Biondi entiende que durante la época clásica no existe ninguna prescripción que discipline la formación del convencimiento judicial en el proceso de elaboración de la sentencia (Biondi, 1965: 443). Idéntico parecer observan Costa (1918: 77) y Bonfante (1923: 449). El primero justifica su afirmación citando un fragmento de Ulpiano recogido en el Digesto: *In summa sufficiet, si expisserit iudex summam in sententia solisque iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit*²⁴. Igualmente, sostiene esta opinión el profesor Molé, si bien matiza que la manualística especializada ha pasado por encima de esta cuestión tan controvertida²⁵. En cambio, otros romanistas manifiestan una posición muy distinta. En esta dirección encontramos a Scialoja, cuando dice que “no se exigía siquiera del juez que indicara los motivos de la sentencia, por más que estuviera en uso el expresarlos” (Scialoja, 1954: 254). Y, del mismo modo, se pronuncia Cuenca, considerando que “las sentencias generalmente debían ser razonadas, aunque no existiera obligación legal de ello” (Cuenca, 1957: 90).

El análisis detenido de diversos estudios específicos sobre el tema justifica que nos inclinemos por la tesis que afirma la existencia de una práctica favorable a la motivación

24 *Vid. Ulp.*, D. 42,1,59 pr. El fragmento vertido al castellano expresa que es suficiente con que el juez exprese en la sentencia la suma, señalando que se pague o se entregue, o diga lo mismo con otras palabras. Frente a la argumentación formulada por Costa, considero más acertada la propuesta interpretativa que sobre el mismo texto de Ulpiano realiza Murillo Villar (1995: 37), porque en el fragmento del Digesto el jurisconsulto latino fija los mínimos que debe contener la sentencia para su validez, ***in summa sufficiet***. Pero esta suficiencia no excluye, ni mucho menos, prohíbe la posibilidad de motivación, por tanto nada puede interpretarse en esa dirección porque sería ir más allá de las posibilidades hermenéuticas del propio texto.

25 Molé (*Noviss. Dig. It.*, XVI: 1085), expresa, en la nota tercera al pie, que en tema de motivación de sentencias durante la vigencia del formulario “collegando il problema della motivazione con i principi vigenti nel processo dell'ordo in tema di libero apprezzamento delle prove e, per converso, di assenza di mezzi di impugnazione della sentenza nel merito,... all'incirca le medesime considerationi possono essere svolte tanto per la sentenza emanata nella fase più recente delle legis actiones, quanto per la sentenza formulare”.

de la sentencia durante el periodo formulario, con independencia de su plasmación legal en alguna disposición normativa desconocida o superficialmente estudiada del viejo *ordo iudiciarum privatorum*²⁶. El primer trabajo que respalda esta afirmación es un artículo de Visky: *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, publicado en 1971²⁷. Posteriormente, Scapani advierte la *praxis* usual de la motivación de sentencias durante la vigencia del procedimiento formulario, aunque no existe una normativa que refuerce esta tesis (Scapini, 1983: 242)²⁸. Sin embargo, algunos ejemplos de textos de sentencias conservados constituyen valiosos argumentos favorables en esta dirección²⁹, fun-

-
- 26 En este sentido, se pronuncia Scapini "Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano", *Studi Parmensi*, vol. XXXIII, 1983, p 235, cuando dice que "*non si può escludere a priori che dalle fonti a nostra disposizione emerga, sia pure indirettamente, l'affermarsi nella prassi dell'usualità della motivazione indipendentemente dall'esistenza di una apposita disposizione normativa*".
 - 27 Visky (1971: 735-759). En este trabajo encontramos dos conclusiones en torno a la motivación. En primer lugar, se afirma que el estudio de las fuentes conocidas no permite encontrar ningún precepto que prescriba la obligación de motivar en el derecho romano. En este sentido, señala que el tema de la motivación nunca fue un problema que ocupara la atención de los juristas romanos debido a la estructura del proceso formulario que hacia innecesaria la fundamentación, porque la propia fórmula y la *litis contestatio* expresaban la confianza de las partes en un tercero, libremente designado por ellas, para que atendiera a la resolución de un supuesto litigioso, entonces no susceptible de impugnación. Por el contrario Visky considera más plausible la *praxis* de la motivación durante el período de la *extraordinaria cognitio*.
 - 28 Si bien, admite que solo de manera hipotética, debido a las escasas fuentes a nuestra disposición, puede hablarse de una práctica judicial de fundamentación en este período.
 - 29 A título de ejemplo, transcribo el más antiguo de los testimonios de sentencias motivadas que se conservan. No está recogida en fuentes jurídicas sino que ha llegado hasta nosotros gracias a Cicerón (III, 16, 66): *Num, quum ex duodecim tabulis satis esset ei praestari, qua essent lingua nuncupata, quae qui infinitatus esset dupli poenam subire, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. QUIDQUID ENIN ESSET IN PRAEDIO VITTI, ID statuerunt, SI VENDOR SCIRET, NISI NOMINATIM DICTUM ESSET, PRAESTARI OPORTERE. Ut, quum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscriptis insulam, vendedit: emit P. Calpurnius Lunarius. Huic ab auguribus illud idem denunciatum est. Itaque Calpurnius quum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscriptisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit, QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater. Ut enim caeteri ex patribus, sic hic, quid illud lumen progenuit, ex filio est nominandus. Is igitur iudex ita pronunciavit, "quum in vendundo rem eam scisset et non pronunciasset, emptori damnum praestari oportere". Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset vendor. En este caso, los augures plantean la demolición de una casa propiedad de Claudio Centumalo sita en el monte Celio, porque impedía la práctica de los *auspicia* debido a su altura. Sin embargo, Claudio Centumalo, lejos de ejecutar la orden de demolición, vende la casa a Calpurnia Lanario silenciendo la orden de demolición, ejecutada posteriormente sobre el nuevo propietario. Calpurnia Lanario acude ante el juez, Marco Catón, que señala en su sentencia la responsabilidad contractual del vendedor por vicios en la compraventa. Se trata de una sentencia motivada, porque de manera sucinta recoge los hechos en que se fundamenta el litigio, así cuando dice "cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset", y los fundamentos jurídicos de la decisión, expresados en las palabras "emptori damnum praestari oportere".*

dándose la práctica de la motivación tanto en el mayor prestigio y autoridad de los jueces que motivaban sus sentencias, como en el escrupuloso respeto que estos tenían frente a la sanción prevista para aquell*iudex qui litem suam fecit*³⁰. Murillo Villar abunda en este sentido, entendiendo que la sanción prevista en el caso del *iudex qui litem suam fecit* movía al *iudex privatus* del *ordo* a un planteamiento siquiera superficial de los motivos que justificaban su decisión (Murillo Villar, 1995: 19). Tengamos en cuenta que el *iudex romano*, a diferencia del actual, no estaba obligado a decidir y en caso de duda podía *iurare sibi non liquere*, remitiendo el conocimiento de la causa a otro juez. Así las cosas, en el caso de que un juez conociese de un asunto de principio a fin, sabiendo como sabía las consecuencias de un hipotético triunfo de la *actio si iudex litem suam fecit*, la lógica nos conduce a la admisibilidad de una motivación en la práctica, aunque no tuviera plasmación concreta en la normativa mientras hubiese estado vigente el *ordo iudiciorum privatorum*. Por último, Marrone admite, igualmente, la práctica de la motivación durante el procedimiento formulario, apelando no solo a los testimonios que en tal sentido han llegado hasta nosotros sino también a la ausencia de prohibición legal en la materia³¹.

3.1.3 La cognitio extraordinem

Junto a los procedimientos enmarcados en el *ordo iudiciorum privatorum* corrió paralelo desde muy antiguo el sistema extraordinario, que terminaría imponiéndose frente a las *legis actiones* y el procedimiento formulario (Cuenca, 1957: 121). Paradójicamente, dicho procedimiento, que en origen sirvió para el encauzamiento procesal de aquellas cuestiones no previstas por el viejo *ordo iudiciorum* –de ahí su calificación como *cognitio extra-ordinem* (Riccobono, 1949: 36 y ss.)–, acabó siendo un nuevo *ordo iudiciorum privatorum* de tal repercusión e importancia posterior, que bien podemos compartir las palabras de Cuenca cuando observa que “es tan vigente y perdurable la influencia del sistema extraordinario sobre el proceso moderno que cualquier jurista de nuestra época, con su buena dosis de latín vulgar o de griego, hubiera podido ejercer su profesión en Bizancio en los tiempos del Bajo Imperio” (Cuenca, 1957: 124).

A diferencia de los procedimientos clásicos, el sistema extraordinario suprime la fórmula y las dos instancias del mismo grado. Hay un predominio de la escritura frente a la oralidad. Se admite la apelación como medio de impugnación de sentencias. Y un mismo juez conoce del asunto de principio a fin, afirmándose la naturaleza pública del proceso, no siendo ya la sentencia obra de un *iudex privatus* sino verdadero acto del

30 Esta fundamentación, básicamente referida a los hechos que fundan la causa, tendría un origen en razones ajenas a la propia estructura del proceso formulario como pueden ser el propio prestigio social del juez o las sanciones derivadas en caso de que el juez hiciese suyo el litigio. *Vid.* Scapinni (1983: 254 y 255).

31 Marron (1997: 40) entiende que aunque la motivación no viniese impuesta por la estructura de la fórmula, ni por cláusulas edictales o normativas, esto no quiere decir que la misma no tuviera acogida en la *praxis judicial* del período.

poder público (Betti, *Noviss. Dig. It.*, XIII: 1113 y 1114). Scialoja prefiere referirse a este periodo del procedimiento romano calificándolo como periodo de las *extraordinariae cognitiones*, porque bajo esta denominación encontramos una pluralidad de procedimientos –ordinario, ejecutivo, concursal, sumario, contumacial–, si bien participan de las características anteriores (Scialoja, 1954: 365). Además, la *cognitio* también se caracteriza por abrir el procedimiento civil a la investigación pública, dando entrada al principio inquisitivo que atempera la fortaleza tradicional del dispositivo en el proceso privado, sin merma, claro está, de su protagonismo (Cuenca, 1954: 123).

Atendiendo a la exposición de Scialoja, el viejo *ordo iudiciarum privatorum* fenece a finales del siglo III, y el procedimiento civil queda dominado por las *extraordinariae cognitiones* (Scialoja, 1954: 367). Previamente, una constitución de los emperadores Constancio y Constante refleja claramente el desprecio que los romanos de la época sentían hacia las viejas fórmulas: *iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*³².

Durante la vigencia del sistema procesal de las *extraordinariae cognitiones* se desarrolla un procedimiento cuyos actos principales permiten una idea general del mismo, comprobando hasta qué punto es cierta la tesis que proclama a nuestro procedimiento civil como heredero de este sistema romano.

Con anterioridad a Justiniano, los juicios se introducían mediante una *evocatio*, que podía hacerse mediante tres formas distintas: *denuntiatio*, *litterae* y los *edicta*. Igualmente, mediante la *litis denuntiatio*, una de las partes con el permiso del magistrado podía llamar a su contraparte para comparecer en juicio (Scialoja, 1954: 368-370). Posteriormente, en la época de Justiniano, el juicio se introducía por vía del *libellus conventionis*, escrito de demanda del actor al cual se le da entrada sin examen de fondo, mediante sentencia interlocutoria. No obstante, tanto Scialoja como Cuenca advierten que el magistrado podía rechazar el libelo si la pretensión o pretensiones referidas eran contrarias a derecho (Scialoja, 1954: 37; Cuenca, 1957: 140). Prestada caución por ambas partes en litigio y una vez comunicado el libelo al demandado, este presentaba *libellus contraventionis* en el que podía oponerse a las pretensiones del actor o bien invocar excepciones (Scialoja, 1954: 375).

La *litis contestatio* pierde la importancia que tenía en el procedimiento formulario, constituyendo un acto donde el magistrado conoce las pretensiones del demandante y la contradicción que el demandado hace de las mismas: *quam litis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, quolicunque iudicio maiore sive minore* (L 14 § 4. Cod. *De iudiciis* 3,1)³³. Planteadas la *narratio proposita* del actor y la *contradictio obiecta* del demandado, las partes, conjuntamente con sus abogados, ha-

32 Vid. C. 1, 2 57-58, se trata de una constitución citada en la obra de Scialoja (1954: 367).

33 Vid. *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (1892: 319).

cen juramento de calumnia, expresando la confianza que tienen en el triunfo de sus posiciones³⁴. Además, podía plantearse también una *replicatio* del actor frente a la *contradictio* del demandado y, a su vez, una *duplicatio* de este³⁵. Sea como fuere, el debate quedaba listo para el examen probatorio.

Nuestros medios de prueba son, en grandes rasgos, idénticos a los de esta época³⁶. Así, podían practicarse la testifical, siendo originaria de este periodo la máxima *unus testis nullus testis*; la documental, preferente sobre la anterior y de distinta fuerza probatoria dependiendo de la categoría del documento (*acta o gesta, instrumenta publicade* los *tabelliones* y las *cautiones chirographa* o instrumentos privados); la pericial, el juramento y la confesión. Además, el derecho justiniano recogió las presunciones entre los medios de convicción, dividiéndose estas en *praesumptiones hominis* y *praesumptiones iuris* (*iuris tantum e iures et de iure*).

El debate probatorio no podía prolongarse indefinidamente. En este sentido, Scialoja recuerda que la Novela 52 de Justiniano prevé que la sentencia debe dictarse transcurridos tres meses como máximo desde que una de las partes declara que no precisa más medios de instrucción (Scialoja, 1954: 410).

La sentencia definitiva, que cerraba el proceso, había de ser escrita y pronunciada posteriormente por el mismo juez que conoció de la causa en audiencia pública. Además, las sentencias revestían otros requisitos recogidos en el Código y en el Digesto. En cuanto a la garantía de la motivación, diversos romanistas consideran que no solo continúa en práctica durante esta época sino que, además, el surgimiento de la apelación como medio de impugnación de sentencias ante un magistrado jerárquicamente superior, refuerza poderosamente su asentamiento forense (Orestano, 1952; Scapini, 1983: 244). Así, se establece una relación entre medios de impugnación de sentencias y la fundamentación de las mismas, de suerte que si en el procedimiento *per formulae* muchos autores alegan testimonios que defienden esta práctica, *a fortiori*, puede argumentarse a favor de una práctica generalizada de la misma en virtud del nacimiento de la apelación, consolidándose la motivación de sentencias como una garantía más del proceso romano. Particularmente, Scapini desarrolla este argumento, apoyándose en este fragmento recogido en el Digesto y atribuido al jurisconsulto Ulpiano: *Quid ergo, si causam apellandi certam dixerint, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamem, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem summa quibuscumque modis potuerit* (D 49, 1, 3 Ulp. 1.1 de

34 Según Scialoja (1954: 381), si una de las partes no prestaba juramento, se consideraba como confesión de culpabilidad, considerándose por el juez como condenada.

35 Cuenca (1957: 146) señala estas posibilidades procesales que han sido recibidas en algunos procesos modernos como escritos de réplica y súplica.

36 Encontramos una rigurosa exposición sobre la prueba, en las obras de Scialoja (1954: 390-402) y Cuenca (1957: 146-158), que son base de la síntesis sobre la prueba, efectuada en este capítulo.

appellat)³⁷. La apelación estaba, como aún sigue estando, íntimamente unida a los fundamentos de la sentencia, de ahí que el recurso a la apelación se fije forzosamente en estos. De esta forma, la impugnación de la sentencia y la garantía de motivación de ésta están tan estrechamente unidas que dan lugar a un razonamiento circular del tipo siguiente: solo puede apelarse argumentando los motivos que hacen nula o injusta la sentencia de instancia y estos motivos constituyen el *iter lógico* que lleva al fallo. Así pues, la ausencia de los mismos impide la adecuada formulación de la apelación, aunque, paradójicamente, si la sentencia contiene tan solo condena o absolución, sin expresar los fundamentos del fallo, la parte agraviada puede invocar toda suerte de motivos tratando que dicha sentencia no solo sea apelable sino nula. Tengamos en cuenta que Modestito, en D 49.1.19, señala que cuando una sentencia sea expresamente dada contra el rigor del derecho no ha de ser válida, y aunque sea confirmada en sede de apelación, nada obsta que pueda interponerse el remedio de la nulidad³⁸. En definitiva, la garantía de la motivación y el recurso de apelación, sobre todo, pero también como vemos el remedio de la nulidad, mantienen una relación de reciprocidad que hace muy difícil comprender un recurso de apelación despegado del examen de los motivos que justifican la sentencia de instancia. Por otro lado, como advierte Scapini³⁹, no es muy razonable entender que un sistema procesal abierto al ejercicio de la apelación excluyera la fundamentación de sentencias como práctica generalizada⁴⁰. Más bien, dicha exclusión encajaría plenamente en los sistemas cerrados a la impugnación de resoluciones. Siendo así las cosas, el hecho de que en el proceso romano de las *extraordinariae cognitiones* no se encuentren disposiciones normativas en cuanto a la moti-

37 Vid. Scapini (1983: 244 y 245). Del texto de Ulpiano se infiere que la apelación se fundamenta en los motivos que llevan al juez a formular la sentencia, es decir, se funda en la propia motivación de la resolución impugnada.

38 D. 49.1.19: "Si Expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel Senatusconsultum, vel Constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit, et praescriptione sententia; unde potest causa ab initio agitari". Vid. García del Corral (t. 3, 816).

39 En Scapini (1983: 256), se formula un argumento fundamental, del cual parte un entendimiento incorrecto de la motivación, como veremos más adelante, desarrollado durante la Edad Media y cuya influencia llega hasta el proceso codificador.

40 Scapini apoya este argumento haciendo referencia a un texto de Ulpiano recogido en el Digesto: "Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suma quibuscumque modis potuerit". Vid. D. 49.1.3 § 3. Trad: "Luego ¿qué se dirá si se hubiera expresado la causa cierta de apelar? ¿Le será lícito separarse de ella, y **alegar otra causa**, o estará ligado como por cierta formalidad? Mas yo creo, que una vez que haya apelado tiene facultad para dar, al ejercitar su acción, también **otra causa de la apelación**, y para continuar su apelación de los modos que pudiere". Realmente, el texto aporta una valiosa información sobre la relación existente entre la institución de la apelación y la praxis sobre motivación judicial. Una adecuada exégesis del texto nos obliga a remitirnos a otro fragmento cercano del Digesto atribuido al mismo jurisconsulto, me refiero a D. 49, 1,1: "Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe quem iniquitatem

vación, no significa que dicha garantía fuese despreciada por jueces y tribunales. Véase al respecto y como ejemplo la práctica de la motivación efectuada por los jueces del *common law* sin amparo normativo.

Analizando lo expuesto hasta ahora, si la doctrina romanista hubiera dejado el debate sobre la motivación en este punto, no cabe duda que la controversia seguiría abierta. No obstante, un valioso estudio del profesor Murillo Villar aporta diversos elementos de juicio que cierran definitivamente el asunto. En primer lugar, sostiene de manera contundente la falsedad de la tesis que afirma la falta de disposiciones normativas sobre la obligatoriedad de la motivación de sentencias en Roma (Murillo Villar, 1995: 16). Dicha tesis puede ser válida siempre que se refiera al periodo del *ordo iudiciarum privatorum*, pero no es admisible su mantenimiento en los tiempos de las *cognitiones*. En segundo lugar, defiende la tesis contraria invocando dos normas fundamentales en el tema que nos ocupa, que no han sido objeto de especial atención por la doctrina. Veámoslas.

Una constitución de los emperadores cristianos Valentiniano, Valente y Graciano, de exégesis compleja, constituye el primer testimonio que prueba la recepción normativa del deber de motivar sentencias a finales del siglo IV de la era cristiana, consagrando normativamente una práctica judicial consuetudinaria de larga tradición.

C 7, 44, 2 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum Praefectum Praetorio*). *Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et enmendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia condecitur etiam pro officium suum et eos, qui ministerium suum eis accomodant, sententias definitivas recitare.*⁴¹

iudicantium, vel imperitiam recorrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam latus est". Fijémonos bien en lo dicho por Ulpiano, el uso de la apelación no solo es frecuente sino también necesario para corregir la injusticia e impericia de los juzgadores de instancia. La injusticia de la sentencia se convierte en el motivo fundamental que empuja a la apelación. Ahora bien, no se trata de un motivo en exclusiva porque, siguiendo lo dicho en D. 49.1.3 § 3, además pueden existir otras causas que muevan a la apelación (*puto tamen, quum semel provocaverit, esse ei facultatem, in agendo etiam aliam causam provocationis reddere, persequique provocationem suma, quibusunque modis potuerit*) Entre esas otras causas no hay razones serias para excluir la ausencia de motivación, o bien la insuficiencia o falsedad de los fundamentos que conducen al dictado de sentencia de instancia.

41 *Vid. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Código* (1895: 249). Junto a la disposición se incluye una traducción al castellano de la misma: "Los Emperadores Valentiniano, Valente y

Una vez leída esta constitución, nos asalta de inmediato la duda sobre el sentido y alcance de la *deliberatio* y de la *ponderatio*. ¿Han de ser meras operaciones mentales sin posibilidad de plasmación en el texto de la sentencia? En este sentido, no parece claro, como defiende Murillo Villar, que dichas operaciones tengan una acogida efectiva en el texto de la sentencia porque, como bien considera Llobell Tuset, *elsíbi* hace referencia a una ponderación manifestada *ad intra* en la mente del juez y no *ad extra* en la sentencia. Sin embargo, otra constitución, posteriormente redactada por los mismos emperadores, incide de nuevo sobre este tema, disolviendo cualquier sombra de duda que aún pudiera mantenerse sobre la obligatoriedad de la motivación. Es la siguiente:

C. Th. 4,17, 2 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Clearchum Praefectum Praetorio. Iudex in profirenda sententia quae iurantibus prosit, ad plenam recenseat quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit scribat et relegat, ne pro errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus*⁴²

Partiendo, como premisa previa, de la idea del legislador no redundante, el carácter autónomo de esta disposición frente a la anterior viene dado, precisamente, por la profundización en cuanto a la necesidad de motivar las sentencias, subrayada por el enunciado *quod senserit scribat et relegat*, que de otra forma sería redundante respecto a la exigencia de escritura y lectura formulada en la disposición anterior redactada por los mismos emperadores. ¿Qué ha de significar sino aquello de *quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus*? ¿Acaso hubiera necesidad de que el juez releyera, si la sentencia se redujese a un lacónico dispositivo de *condemno* o *absolvo*? ¿No trata esta constitución de evitar que se acuda a la apelación invocando el error judicial? Y, siendo así, ¿qué otro remedio se ve a las apelaciones más que la correcta fundamentación de las sentencias? ¿Qué otra cosa sino esto quiere decir la norma?

Reforzando esta tesis, tengamos en cuenta una disposición normativa más, si bien anterior en el tiempo a las mencionadas. Se trata de una constitución del emperador Alejan-

Graciano, Augustos, a Probo, Prefecto del Pretorio. Creemos deber mandar por esta ley perpetua, que los jueces a quienes obliga la necesidad de conocer y de fallar, no redacten súbitamente las sentencias, sino ponderándolas antes para sí habiendo deliberado después del negocio, y que enmendadas las transcriban inmediatamente en la demanda, guardada su fidelidad, y escritas las lean a las partes en la demanda, pero sin que después tengan facultad para corregirlas o cambiarlas. Exceptuándose tanto los eminentísimos varones prefectos del pretorio, como otros que desempeñan un cargo ilustre y los demás jueces ilustres, a quienes se les concede permiso para leer las sentencias definitivas aun por medio de sus oficiales y de aquellos que les prestan sus servicios".

42 *Vid. Murillo Villar (1995: 22).* Se trata de una constitución dictada para impedir el *error in iudicando*, causa de muchas apelaciones. Se ordena que los jueces no formulen sentencias sin reflexionar sobre lo escrito con el objeto de evitar las penosidades que supone a los litigantes pasar a un nuevo proceso.

dro Severo: C 7, 45, 3 (*Imp. Alexander A. Vetio*) *Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberit.*⁴³

La simple lectura de la norma deja claro su contenido: no es justa la sentencia dictada sin condena o absolución. Ahora bien, más allá de este contenido evidente se nos está diciendo, *ex silentio*, que la sentencia contiene algo más que un sintético fallo de condena o absolución. ¿O no atiende la norma a supuestos de sentencias desprovistas de parte dispositiva? Entonces, si todo conduce a la existencia de un cuerpo de la sentencia anterior al dispositivo, dicho cuerpo debía motivarse atendiendo a lo establecido en C 7, 44, 2 y C Th 4, 17, 2; de ahí que la afirmación doctrinal que proclama la inexistencia de motivación judicial en el derecho romano, haya de rechazarse por infundada. El juez que dicta la sentencia durante las *extraordinariae cognitiones* no es ya aquel sacerdote de los tiempos de las *legis actiones*, que imbuido en un ambiente colmado de ritualidad religiosa y subrayando la sacramentalidad de sus actos, ofrecía a las partes la fórmula para que estas ante un *iudex privatus* dirimieran la controversia, ateniéndose a su sentencia sin posibilidad de apelación.

De este modo, como escribe Biondi, el centro de gravedad de la función jurisdiccional deja de ser el *iudicatum*⁴⁴ y pasa a ser la sentencia, entendida ahora como verdadero acto de naturaleza pública, perdiendo todos los lastres que antiguamente evidenciaban su naturaleza privada (Biondi, 1965: 463). Por eso, el concepto de *res iudicata* necesariamente muta respecto a su significado anterior. Así, deja de entenderse referido al litigio, *res iudicio deducta*, significando ahora la firmeza de la sentencia, una vez que esta ya no es susceptible de impugnación (Biondi, 1965: 464).

Fijémonos bien en el cambio producido, porque la reelaboración conceptual de los viejos conceptos de *iudex*, *sententia*, *iudicatum* y *res iudicata*, hecha en esa época, aún mantiene pleno vigor en nuestros días, impregnando la estructura del proceso moderno.

43 *Vid. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Código* (1895: 250). Se refiere también su versión castellana: "No ignora el presidente de la provincia, que no es considerada como justa la sentencia definitiva, que no contiene condenación o absolución".

44 Biondi (1965: 441 y ss), expresa muy bien la diferencia existente entre *iudicatum* y *sententia* durante la etapa clásica, diferencia que desaparece con la progresiva imposición de la cognición extraordinaria. La sentencia sería una obra exclusiva del juez, un producto de su actividad racional y, por tanto, no sujeta a reglamentación, mientras que el *iudicatum*, ya no sería un acto simplemente lógico sino, además, plenamente jurídico y, por ello, regulado por el derecho, implicando la condena o la absolución. En un principio, aquello que producía vínculos jurídicos era el *iudicatum* y no la *sententia*. No obstante, la desaparición del *iudex privatus* implica un nuevo concepto de sentencia, que va formándose durante las *cognitiones* en la época clásica y se afirma definitivamente en las *extraordinariae cognitiones* del proceso postclásico, desde entonces la sentencia se conceptúa como acto jurídico emanado de un órgano jurisdiccional estatal, por eso, en tanto que acto jurídico ya no es el *prius* lógico al *iudicatum*, sino el propio acto que condena o absuelve, susceptible de impugnación. De ahí la generalización en la motivación de sentencias.

El *iudexo arbiter privatus* de las *legis actiones* o el procedimiento formulario se convierte en sujeto integrante del poder público durante la época de las *extraordinariae cognitiones*. La sentencia no será más la opinión de un tercero libremente designado por las partes, que recíprocamente pactan constreñirse al cumplimiento de sus decisiones. De ahí, la innecesidad de fundamentación, y su transformación en acto del poder público sujeto a control de instancia superior mediante el instrumento de la apelación, entre otros. Bajo estas premisas puede entenderse la recíproca relación entre motivación e impugnación, porque, como sostiene Murillo Villar, "si la impugnación es una censura de la sentencia, no sería posible recurrirla cuando no se conozcan las razones en que se fundamenta y justifica" (Murillo Villar, 1995: 24).

En resumen, el periodo de las *extraordinariae cognitiones* perfila definitivamente los rasgos esenciales que aún en nuestros días identifican la estructura de la sentencia. Particularmente, la garantía de la motivación de sentencias se iría generalizando durante la época postclásica para terminar imponiéndose en la época justiniana.

3.1.3.1 Otras resoluciones judiciales motivadas

Por otra parte, durante esta época, la práctica de la motivación no se reducía a las *sententiae definitivae* sino que además encontramos su rastro en otras resoluciones judiciales. Así, nos dice Cuenca que la propia categoría de la sentencia podía subdividirse en las siguientes clases: *definitivae sententiae*; sentencias interlocutorias: *interlocutiones, articuli, praeiudicia*, que tienen carácter incidental siendo motivadas en ocasiones; y los *decreta*, órdenes como las multas o los arrestos que no requieren razonamientos (Cuenca, 1957: 161). Pues bien, detengámonos un momento en las *interlocutiones* porque existen dos leyes del Digesto obligando al juez a que enuncie expresamente los motivos que le conducen al dictado de una resolución denegatoria de apelación. Se trata del supuesto de la *appellatio non recepta*, recogido en D 49, 5, 6 (Mac. 2 de appell.)⁴⁵ y D 49, 7, 1 pr. (Ulp. 4 de appell.)⁴⁶. La normativa de Pandectas es realmente clara: *qui appellationem non receperit, opinionem summa confessim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur* (D 49, 5, 6). Se trata de un valiosísimo precedente de nuestros modernos autos. Más concretamente, la *appellatio non recepta*, cae-

45 D. 49, 5, 6 (Mac. 2 de appell.) "Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipis sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit: eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confessim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur". Trad.: Cuando no se admite la apelación, todo ha de seguir igual y el juez que no haya admitido la apelación debe manifestar las razones y causas que le movieron para no hacerlo, ofreciendo al litigante copia de ese escrito.

46 D. 49, 7, 1 pr (Ulp. 4 de appell.) *Appellatione inerposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quad deliberatur* Trad.: Una vez interpuesta la apelación, tanto si es admitida como si no, nada ha de cambiarse entre tanto.

ría dentro del ámbito de las sentencias interlocutorias, siendo el auto denegatorio de apelación, recogido en el art. 457.4 LEC 1/2000, su equivalente procesal moderno.

3.2 LA FUNDAMENTACIÓN DE RESOLUCIONES EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ROMANO

El procedimiento para la represión penal en Roma se desarrolla de forma paralela al procedimiento civil. Aunque no puede hablarse de un mismo desenvolvimiento histórico, sí que apreciamos algunos paralelismos entre ambos procedimientos que llevan a algunos autores, como Brasiello, a afirmar que no existían diferencias profundas en cuanto a la naturaleza de los dos órdenes jurisdiccionales (Brasiello 1957: 1157). Podemos, incluso, admitir la existencia de un *ordo iudiciarum romanorum* (Girard, 1913: 295-372) compuesto por dos brazos: el *ordo iudiciarum privatorum*, en el que se encuadraban los procedimientos *per legis actiones* y *per formulae*, y el *ordo iudiciarum publicorum*, formado por los *iudicia populi* y las *quaestiones* tanto *extraordinariae* como *perpetuae* (Brasiello, 1957: 1157 y ss; Santalucía, 1990). El afán de sistematización y la fijación de un estatuto jurisdiccional definitivo, impulsaron, de acuerdo a la exposición de Girard⁴⁷, la promulgación de las *leges Iuliae iudicariae* y, así, todo el proceso civil quedó bajo la regulación de la *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, y el proceso penal se sujetó a lo prescrito en la *Lex Iulia iudiciorum publicorum*. Frente a estos órdenes se desarrolló otro procedimiento que, finalmente, acabó imponiéndose a los mismos: la *cognitio extraordinem*.

3.2.1 *Iudicia populi*, *quaestiones extraordinariae* y *quaestiones perpetuae*

Los *iudicia populi* integrarían el más antiguo procedimiento penal romano que conocemos. No obstante, como pone de relieve Santalucía, los orígenes de la represión criminal romana se encuentran en la época de los reyes y, como en el caso del proceso civil, tienen una impronta marcadamente religiosa (Santalucía, 1990: 27 y ss). En principio, la comunidad no intervenía en la represión penal, siendo habitual la venganza a manos del ofendido guiado por el talión. Los reyes intervendrían en algunos supuestos, en calidad de sacerdotes supremos de la comunidad. Más tarde, mediante los *iudicia populi* el magistrado promovía un proceso, calificado por Rascón García como inquisitivo (Rascón García, 1996: 125), ante el pueblo reunido en *contio*, que, finalmente, oídas acusación y defensa, manifestaba su sentencia fruto de una votación secreta, señalando la condena o la absolución del reo, sin expresión de motivos.

47 Señala Girard (1913: 295 y 296), que "Les lois designes dans les sources sous le nom general de *leges Iuliae iudicariae* ou sous les noms distincts de *lex Iulia iudiciorum publicorum* et de *lex Iulia iudiciorum privatorum*, ou sous d'autres dénominations équivalentes sont, comme on sait, des lois dont les sevants modernes discutent si elles sont de César ou d'Auguste, mais dont ils reconnaissent qu'ils considèrent unanimement comme des lois d'ensemble rendues pour donner leur statut définitif à la procédure criminelle des *quaestiones perpetuae* et à la procédure civile des *formules*".

Posteriormente, se desarrollaron los juicios penales mediante tribunales no permanentes denominados *quaestiones extraordiniae*, que surgen a partir del siglo II a. C (Santalucía, 1990: 77). Sin embargo, paulatinamente fue imponiéndose la idea de tribunales permanentes y, así, surgieron las denominadas *quaestiones perpetuae*. Nos dice Brasiello que la sentencia emitida en estos procesos no estaba sujeta a revisión (Brasiello, 1957: 1159). Esa sentencia era fruto de una votación entre los miembros del órgano jurisdiccional, fijándose la responsabilidad del acusado una vez que se escuchaban los argumentos de la acusación y de la defensa y se practicaba la prueba. Entonces, los miembros del órgano jurisdiccional señalaban en unas tablillas las letras A (*absolvo*) o B (*condemno*), constituyendo sentencia el parecer mayoritario, sin que en ella se estableciera la pena (establecida ya en la ley de cada delito) (Rascón García, 1996: 127). No parece probable que durante la vigencia del sistema de las *quaestiones*, las sentencias fueran motivadas. A juicio de Scapini, la propia estructura del proceso no dejaba margen a la exteriorización de un parecer motivado⁴⁸.

3.2.2 La represión penal bajo el procedimiento de la *cognitio extraordinem*

En contraposición con el procedimiento penal establecido en el *ordo iudiciorum publicorum*, progresivamente fue imponiéndose la denominada, *cognitio extra ordinem*, caracterizada por el desarrollo de un juicio cuyo carácter era eminentemente inquisitivo (Rascón García, 1996: 249). El juez, en tanto que funcionario imperial, es el encargado de la instrucción del proceso. Además, preside los debates y dicta sentencia. Como expone Santalucía (1990: 114 y 115), la pena se imponía discrecionalmente por el juez, atendiendo a las circunstancias subjetivas y objetivas del delito y a la conducta del acusado, constituyendo este tema una de las diferencias capitales entre la *cognitio* y el sistema de las *quaestiones* del viejo *ordo*⁴⁹. En cuanto a la motivación de

48 Sin embargo, el propio autor (Scapini, 1983: 239) menciona un proceso penal, recogido en la obra de Valerio Máximo. *Fact. et dict. memorab.* XVIII, 1, 13, que esboza un inicio de motivación: “*Cum parricidii causam fratres Caelii dicerent splendido Terracinae loco nati, quorum pater T. Caelius in cubiculo quiscens, filiis autem cubantibus lecto, erat interemptus, neque aut servus quisquam aut liber inveniretur, ad quem suspicio caedis pertineret, hoc uno nomine absoluti sunt, quia iudicibus planum factum est illos aperto ostio inventos esse dormientes. Somnus innoxiae securitatis certissimus iudex miseris opem tulit: iudicatum est enim rerum naturam non recipere ut occiso patre supra vulnera et crux eius quietem capere potuerint*”. Se trata de un supuesto en que los hermanos Celios son acusados de la muerte de su padre, pero el tribunal decide absolverlos fundamentando su decisión en el hecho de que en el momento de comisión del parricidio los acusados se encontraban placidamente dormidos. Y como la propia naturaleza de las cosas, a juicio del tribunal, impide al asesino conciliar el sueño, se infiere que los Celios no pudieran cometer el hecho delictivo. No obstante, al tratarse de un testimonio recogido en fuente literaria y no jurídica debe valorarse con la debida cautela.

49 Incide en esta cuestión De Robertis (1939: 219-260), manifestando que “*il sistema delle pene fissato dall'ordo aveva perduto ogni carattere di rigidezza e di obligatorietà: di fronte infatti alla sua insufficienza fin dal principio del II secolo d.C., si finì pur senza esseri mai avuta una*

la sentencia penal, Brasiello considera que todo parece favorable a la práctica de la misma durante la vigencia de este sistema⁵⁰, teniendo en cuenta, además, la posibilidad de apelación (Brasiello, 1957: 1160).

Al igual que sucedía en las *cognitiones extraordinariae*, que regían el proceso civil, cuyo modo normal de finalización era la sentencia motivada, no existe razón sólida para creer que no hubiese también motivación de la sentencia penal durante la época de la *cognitio extraordinem*. Y no solo porque existiese un paralelismo en la evolución del proceso civil y el proceso penal, en el cual existía, como si de vasos comunicantes se tratase, una vinculación evolutiva deudora del proceso penal al civil, siendo, en definitiva, muy clara la ascendencia del proceso civil respecto al penal, el cual terminaba, como hemos visto, abriéndose a las reformas previamente establecidas en el orden jurisdiccional civil. Pero no solo, como antes advertimos, entendemos la existencia de motivación de la sentencia penal en cuanto a este argumento evolutivo, sino también, y este es un argumento más fuerte, atendiendo a las disposiciones recogidas en el *Corpus Iuris*, que obligaban a motivar las sentencias con independencia del orden jurisdiccional en que se dictasen. Recordemos, para tal efecto, las constituciones citadas de los emperadores cristianos Valentíniano, Valente y Graciano, recogidas en C. 7.44.2 y C. Th. 4.17.2; recordemos también aquella otra del emperador Alejandro Severo, C. 7.45.3; e, igualmente, las opiniones de los jurisconsultos Macer y Ulpiano referidas en D. 49.5.6 (*Mac. 2de apell.*) y D. 49.7.1 pr (*Ulp. 4. de apell.*). En suma, todo conduce también a la existencia de motivación en la sentencia penal durante el período de la *extraordinaria cognitio*.

4. LA SENTENCIA SIN MOTIVACIÓN COMO SENTENCIA CONTRA "IUS CONSTITUTIONIS" EN EL DERECHO ROMANO Y SU PROYECCIÓN EN LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS DEL DERECHO PROCESAL MODERNO

4.1 LA NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Ocupémonos ahora de la cuestión principal de este trabajo, para cuyo tratamiento adecuado ha sido imprescindible la exposición histórica anterior. ¿Una sentencia con defecto absoluto de motivación puede gozar de la autoridad de cosa juzgada en nuestro derecho procesal actual? Más aun, ¿la sentencia nula por ese defecto puede disfrutar

expresa abrogazione, per considerarlo desueto e per ritenere il giudice non più vincolato alla stretta osservanza della sanzione legale; talchè pure in questo campo, di fronte ai precetti dell'ordo, degradati al ruolo di direttive generali non obbligatorie, si aderse sovrana la discrezionalità del giudicante" (De Robertis, 1939: 228).

50 Nos dice Brasiello (1957: 1160) que "l'atto definitivo fu una vera sentenza, che dovè avere un valore anche più grande di quella delle quaestiones, perchè non si limita all'affermazione della responsabilità, ma contiene anche la determinazione della pena: il che implica necessariamente una valutazione dettagliata d'un compleso di circondanze, e formalmente certo una motivazione".

tar de los efectos propios de la cosa juzgada formal y material, dejando, por ello, de estar viciada de nulidad, con independencia de que se ejerciten o no los medios de impugnación establecidos por el derecho procesal?

En el derecho romano, como bien explica el profesor Llobell Tuset, existían dos tipos diferentes de sentencias viciadas, distinguiéndose perfectamente entre sentencias contra *ius constitutionis* y sentencias contra *ius litigatoris* (Llobell Tuset, 1985: 94 y ss). Las sentencias contra *ius constitutionis* son radicalmente nulas porque el *iudicatum* del juez supone una contradicción evidente con lo dispuesto en las *constitutiones*, de ahí que ante tal contravención del ordenamiento jurídico, la sentencia quede sujeta al régimen de la nulidad absoluta (Murillo Villar, 1995: 35), como magistralmente se dice en D. 49, 1, 19: "*si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sentencia, si specialiter contra leges, vel Senatusconsultum, vel Constitutionem fuerit prolatata. Unde si quis ex hac sentencia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia; unde potest causa ab initio agitari*"⁵¹. Por el contrario, las sentencias dadas contra el *ius litigatoris* abarcan todos los supuestos de error de hecho y errores de derecho que no estén en abierta contradicción con el derecho mismo, básicamente errores de subsunción, o, generalmente, de mal razonamiento de cualesquiera tipos de inferencias que conducen a la decisión., así se manifiesta en D. 50, 1, 15 pr, cuando dice que *la facti quaestio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit*⁵². Se trata, tal y como entiende Murillo Villar, de sentencias válidas, aun cuando se sepa que son erróneas. Es decir, y en terminología de Chiovenda, sentencias viciadas de injusticia susceptibles, no obstante, de impugnación para poder subsanarse (Chiovenda, (1932: 326).

En definitiva, a tenor de lo expuesto, vemos cómo el derecho romano en el caso que nos ocupa, la sentencia dictada con defecto absoluto de motivación, sí que preveía una solución concreta a este asunto. Considerando, a tenor de las disposiciones legales analizadas, que la motivación se convierte en un deber jurídicamente exigible, al menos desde las *extraordinariae cogniciones*, la falta absoluta de fundamentación de la sentencia romana implicaba la nulidad radical de la misma, precisamente por erigirse directamente contra el *ius constitutionis*. Nulidad que, siguiendo lo establecido en D. 49, 1, 19, permitía volver a plantear nuevamente otro proceso con idéntico objeto, al entenderse que en

51 *Trd. esp.* "Si expresamente se hubiere dado sentencia contra el rigor del derecho, no debe ser válida; y por lo tanto, aun sin la apelación se puede promover de nuevo la causa. No se profiere en derecho sentencia, si hubiere sido pronunciada especialmente contra leyes, o contra Senadoconsulto, o contra una constitución. Por lo cual, si alguno hubiere apelado de tal sentencia, y hubiera sido repelido por la prescripción, no se confirma de ningún modo en virtud de esta prescripción la sentencia; por lo cual se puede ventilar la causa desde un principio".

52 *Trd. esp.* "La cuestión de hecho está ciertamente bajo la potestad de los juzgadores, pero no lo está la autoridad del derecho".

este supuesto no podía plantearse la autoridad de la *res iudicata*, aunque hubiere precluido el tiempo para hacer cualquier tipo de impugnación.

¿Qué sucede en el derecho procesal actual? Nuestro moderno proceso, que no daba una clara respuesta a este asunto⁵³, tras la nueva redacción del párrafo primero número 1 del art. 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), ajustando el texto a lo dispuesto en la disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ahora ofrece una respuesta a este tema, si bien, no podemos calificarla como respuesta definitiva porque el legislador español actualmente trabaja en el texto de una nueva LOPJ que derogue la LOPJ de 1985.

En España, el art. 241.1 de la LOPJ propone la posibilidad excepcional de plantear incidente de nulidad de actuaciones, alegando la violación de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 53.2 de la Constitución española, *siempre que el hecho no haya podido denunciarse antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, no siendo, además, dicha resolución susceptible de ser impugnada por ninguna clase de recurso*. La Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 (en adelante LEC) todo lo más que llega es a plantear, en el art. 228, el llamado incidente excepcional de nulidad de actuaciones, incidente que como dispone la Disposición Adicional 17^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sigue en su regulación un régimen transitorio, que en espera de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial no permite aplicar el citado art. 228 aunque no contradiga lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Fijémonos, antes de seguir con nuestro razonamiento, que en virtud del art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sus disposiciones son aplicables como derecho supletorio al resto de procesos; es decir, las normas señaladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter de *vía atractiva*, en defecto de normas aplicables para la regulación del resto de procesos, pero, en tanto permanezca en vigor el régimen transitorio en materia de nulidades procesales, será de aplicación lo dispuesto en la LOPJ. Fijémonos bien, porque al art. 228 LEC volveremos de nuevo al final de este epígrafe.

Pues bien, con anterioridad a la nueva redacción del art. 241.1 LOPJ, este contenía también el llamado incidente excepcional de nulidad de actuaciones, el cual, atendiendo a la exégesis que Gimeno Sendra hacía del mismo (Gimeno Sendra, 2004: 595 y 596), era un medio de impugnación extraordinario, sin carácter devolutivo, dirigido, en el supuesto de las sentencias, a solicitar la nulidad de las mismas; sentencias dictadas tanto en única como segunda instancia, siempre que no existiera la oportunidad de interponer ante el Tribunal Supremo recurso extraordinario por infracción procesal, fundándose la solicitud de nulidad en defectos de forma que hayan generado indefensión, no pudién-

53 Tampoco lo hace buena parte de la doctrina procesal especializada en el tema. Véanse, por ejemplo, Martín de la Leona, 1995; Lourido Rico, 2004; Andrés Ciurana, 2005; Yélamos Bayarri, 2006.

dose denunciar esos defectos con anterioridad al dictado de la resolución firme, e, igualmente, en la incongruencia del fallo. El plazo para el planteamiento del incidente era o bien dentro de los veinte días siguientes desde la notificación de la resolución viciada, o bien desde el momento que se tenía conocimiento del defecto que causa la indefensión, ampliéndose en este caso el plazo para su interposición a los cinco años siguientes a la notificación de la sentencia que se pretende impugnar.

Así las cosas, este incidente excepcional de nulidad de actuaciones, tal y como se regulaba con anterioridad a la nueva redacción del art. 241.1 consecuencia de la disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, atendiendo al caso de la impugnación de sentencias, estaba pensado como medio de impugnación de nulidades que son subsanables y que no han podido denunciarse con anterioridad a la resolución firme que pone fin al proceso. La referencia que entonces la ley hacía sobre las actuaciones procesales que hubieren causado indefensión como motivo del incidente obligaba necesariamente a pensar en actuaciones anteriores a la propia resolución del proceso. Es decir, y recordando nuevamente a Chiovenda (1932: 328 y 329), las sentencias afectadas de mera "anulabilidad" se concebían como sentencias válidas, en tanto que transcurrido el término para su impugnación devinieran firmes e inatacables, porque una vez precluido el plazo máximo para su planteamiento, la sentencia ya no puede impugnarse, aplicándose a aquel que no actuó cuando así hubo de hacerlo aquello de *vigilantibus et non errantibus iura succurrunt*. En este sentido, observa Chiovenda que la mayoría de las nulidades son subsanables, porque se reconducen a la mera categoría de "anulabilidad". Pero con razón advierte que existen supuestos de "nulidad absoluta" e incluso de "inexistencia" que no se encuentran en relación de necesidad con la impugnabilidad de la sentencia, aunque no llega a considerar entre los mismos el defecto absoluto de motivación en la sentencia, quizás por tratarse de una cuestión muy ambigua tanto en su época como en esta.

Torrente, en un estudio específico sobre el tema (1951: 391-401), advierte que la opinión tradicional en la doctrina considera este asunto fuera de los supuestos de nulidad absoluta, y, por ello, insanable, fundamentalmente entendiendo que en los sistemas procesales modernos las exigencias de justicia, en el supuesto de que la decisión desprovista de motivos no fuera justa, se sacrifican atendiendo a la necesidad de seguridad de las relaciones jurídicas (Torrente, 1951: 394).

Ahora bien, conforme al art. 120.3 de la Constitución española, que obliga a que las sentencias sean *siempre* motivadas; conforme al art. 9.3 de la misma, que garantiza el principio de legalidad; y el art. 6.3 del Código Civil (en adelante CC), que prescribe la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, *podía* (hasta la irrupción en el sistema legislativo de la disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo) defenderse la causa de nulidad absoluta por falta de motivación de la sentencia como un subtipo más de las posibles integrantes en la categoría de las nulidades absolutas de la sentencia, cuya alegación se hacía independiente de los medios de impugnación y del incidente excepcional mal llamado de nulidad de actuaciones (lo correcto sería llamarlo de anulabilidad). En este sentido, tengamos en cuenta de forma

particular el art. 6.3 del CC⁵⁴. Tal precepto advierte que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Si atendemos a la norma, la sentencia viciada por defecto absoluto de motivación supone una contravención del ordenamiento jurídico que conduce a su ineficacia, con independencia tanto de las nulidades de pleno derecho señaladas en el art. 238 de la LOPJ como del incidente de nulidad de actuaciones que con anterioridad a la consabida reforma preveía la LOPJ en la primitiva redacción de su art. 241.1. Estábamos, en definitiva, ante una nulidad absoluta no contemplada en el ámbito del incidente de nulidad de actuaciones, de ahí su imposibilidad de subsanación y la sujeción de la misma al régimen general de nulidad previsto en el art. 6.3 del CC.

Justificaré más a fondo esta cuestión. Si analizamos bien la regulación que la LOPJ hacía del incidente de nulidad de actuaciones, pronto nos percataremos de cómo el mismo se preveía para supuestos de anulabilidad de actos procesales distintos a la resolución que pone fin al proceso, ya sea auto o sentencia. ¿Qué razón nos lleva a concluir esto? La Ley establecía, y sigue haciéndolo muy bien, que el incidente se reserva para estudiar la declaración de nulidad de *actuaciones anteriores* a una resolución del proceso que, por su firmeza, adquiere la autoridad de la cosa juzgada, pero no dice nada acerca de la nulidad de dicha resolución, ni tampoco qué órgano jurisdiccional ha de conocer sobre la declaración de nulidad de tal resolución firme, entiéndase en sí misma considerada. Y con razón no decía nada en este tema, sea por prudencia o por simple desconocimiento de la vieja y casi olvidada cuestión acerca de la nulidad absoluta de la sentencia. No decía nada fuera de lo que aquí se defiende.

Hagamos una exégesis completa sin perder de vista la relación entre el artículo 238.3º y la redacción anterior del 241.1 de la LOPJ. En tal orden de cosas, fijémonos que la propia LOPJ no se refiere a la categoría de la nulidad absoluta de la sentencia cuando en su art. 238.3º dispone que serán nulos de pleno derecho los actos procesales que prescindan de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión⁵⁵. Ahora bien, al propio tiempo que dice esto, enmudece sobre el conocimiento y resolución de nuestro problema, insisto, la nulidad absoluta de la sentencia en sí misma considerada por defecto insubsanable de motivación; lo único que deja

54 Martín de la Leona (1991: 105-109) recoge unas acertadas reflexiones sobre la aplicabilidad del art. 6.3 del Código civil respecto a la ineficacia de los actos del proceso, aplicabilidad con carácter de derecho supletorio en tanto no exista norma procesal al caso que disponga otro efecto distinto en supuestos de actos procesales que contravengan abiertamente las normas de carácter imperativo o prohibitivo.

55 Martín de la Leona (1991: 131 y 132) expresa además que “ninguno de los defectos o vicios de los que según la LOPJ provocan la nulidad de pleno derecho, excepción hecha del motivo segundo del art. 238, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 239 de la misma Ley Orgánica, tienen el carácter de imprescriptibles”. Es decir, son actos meramente anulables y susceptibles, por ello, de subsanación.

claro es que el Juzgado o tribunal (art. 240.2 LOPJ), ya sea de oficio o a instancia de parte, con anterioridad al dictado de resolución que dé por finalizado el proceso, puede declarar la nulidad de todas las actuaciones, cuestión que como vemos no afecta a la nuestra, o sea la nulidad intrínseca de la propia sentencia. Además, en el art. 240.1, la LOPJ señala que la nulidad de pleno derecho de los actos procesales se hará valer por medio del sistema legal de recursos establecidos contra la resolución de que se trate. Es decir, vemos cómo en caso de que el juzgado o tribunal no actúe declarando la nulidad del acto con anterioridad a la resolución que finalice el proceso, la norma prevé tal situación; y refiriéndose a aquellos actos nulos del procedimiento que se han venido lastrando hasta el dictado de la resolución final del proceso, debido a que dicha resolución es susceptible de ser recurrida, plantea que se comprendan, obviamente, dichos actos nulos como integrantes de la propia resolución, afectada de nulidad por los mismos. Y esto es así porque en el sistema de impugnaciones previsto para supuestos de injusticia de la resolución, en terminología de Chiovenda, se integra también la cuestión de la anulabilidad de actos procesales de los cuales ésta trae causa, y, de este modo, aunque la injusticia de la resolución se fundara no en razones inherentes a la misma, tal es el caso de su motivación, sino en la facultad que permite la ley de legar la anulabilidad de los actos procedimentales que son la causa de ella, se faculta a recurrir dicha resolución en ese sentido, pero no porque la resolución dada sea nula *per se*, he aquí la clave de todo el asunto, sino, en todo caso, porque está afectada de una anulabilidad anterior. De ahí que en caso de declararse la nulidad de los actos procedimentales en vía de recurso, esta declaración, hablando con rigor, sea de anulabilidad en cuanto esos actos y de nulidad respecto a la resolución recurrida, precisamente por traer causa de aquellos actos meramente anulables. Entonces, se ordena, por el órgano jurisdiccional que conozca de tal recurso, la vuelta inmediata a la situación en que se encontraba el procedimiento con anterioridad a la ineffectuación del acto o los actos procesales nulos, precisamente la vuelta a la situación inmediata en que se encontraba el procedimiento antes de causarse la indefensión. Sin embargo, no acaba aquí el asunto, y bien puede suceder que la resolución, que lastra en su seno un acto procesal anterior nulo de pleno derecho, no sea recurrida ordinaria ni extraordinariamente, ganando firmeza (art. 241.1 LOPJ). Pues bien, en ese caso y siempre que los defectos de forma que fundan la nulidad no hayan podido denunciarse con anterioridad a la resolución que pone fin al proceso, cabe promover el incidente excepcional de nulidad que, como vemos, se reserva exclusivamente para tratar de nulidades de actuaciones procesales. De ahí que el art. 241 insista en que dicha nulidad no haya podido denunciarse antes del dictado de la resolución que ponga fin al proceso y que, además, tal resolución no pueda ya recurrirse. El incidente por tanto está ideado para solicitar la nulidad de actuaciones procesales anteriores a la resolución. Podría pensarse que la resolución, en sí misma considerada, integra también los actos procesales sujetos al incidente, pero, no es así. La resolución solo integra el incidente en tanto que está viciada de nulidad por los actos anulables de los que ésta trae causa, y no en sí misma, de ahí que el art. 241.2 exprese que si se estima la nulidad se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado, siguiéndose el procedimiento legalmente establecido. Es decir, el incidente está pensado para actos anteriores a la propia resolución, que por ser anulables impiden también la eficacia de ésta, nula igualmente, pero no por causa endógena a la misma sino exógena.

La orden de remisión de actuaciones hasta el momento en que se origina la nulidad del acto, permite el dictado de una resolución posterior también válida. Los actos nulos a los que se refiere el incidente, insisto, con anterioridad a la nueva redacción del art. 241.1 LOPJ, pueden subsanarse; no así la resolución radicalmente nula por defecto absoluto de motivación, que no tiene posibilidad de conversión y sigue la regla *quod ab initium vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*. Esta se encuentra afectada de nulidad absoluta y no es meramente anulable. Por eso, solo cabe que se declare por el órgano jurisdiccional utilizando los medios de impugnación señalados por la ley, que, como decimos, pueden hacer valer tanto el tema de la injusticia como el de la nulidad, o bien, de no ser posible esto, por haber precluido el plazo de ejercicio de estos medios de impugnación, solicitar la nulidad de la misma conforme al art. 6.3 CC, que es imprescriptible, en un nuevo declarativo. En definitiva, la LOPJ cuando con anterioridad a la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, regulaba la nulidad de actos judiciales, atendía necesariamente a la posibilidad de anular cualquier acto del procedimiento, salvo la resolución que ponía fin al mismo. Nada se preveía sobre la posibilidad de que una sentencia fuese en sí misma nula por defecto absoluto de motivación, sin causa en una actuación anterior a su dictado que diese lugar a indefensión o incongruencia del fallo.

Sin embargo, toda esta interpretación se ha visto truncada debido a la nueva redacción del art. 241.1 LOPJ, que ha venido de la mano de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, porque a raíz del nuevo art. 241.1 LOPJ el incidente de nulidad de actuaciones podrá solicitarse siempre que la “nulidad”, dígase *anulabilidad*, se funde en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Nótese la gran diferencia respecto a la antigua redacción. Antes de la reforma la “nulidad” depende de aquellos “defectos de forma que hayan causado indefensión”. El tiempo verbal utilizado, pretérito perfecto del subjuntivo, deja muy claro que la actuación “nula” es previa a la resolución final del proceso. Tras la reforma, desaparece esa condición, ya no hay referencia verbal al pasado, porque la contravención de cualquier derecho fundamental, referido por el art. 53.2 CE, supone la anulabilidad del acto que la origine sin que necesariamente este, tras la nueva redacción, sea anterior a la resolución final del proceso. En definitiva, el cambio operado es de calado. Con la nueva redacción del art. 241.1 LOPJ se consagra la categoría de la anulabilidad procesal y desaparece el margen de alegación de la nulidad radical por falta de motivación con fundamento en el art. 6.3 CC. Si transcurrido el plazo señalado por la propia LOPJ para hacer valer dicha anulabilidad, ésta no se invoca, la resolución queda subsanada. De este modo, la LOPJ cierra toda controversia que pueda generarse en el derecho procesal español a propósito de la categoría general de nulidad reconocida por el art. 6.3 CC. Podemos concluir, pues, que para el derecho procesal no hay nulidad radical sino simple anulabilidad de actos o resoluciones.

Y, sin embargo, el derecho romano aún no tiene totalmente perdida la batalla de la nulidad procesal en España. Resulta bastante curioso el hecho de encontrarnos con una nueva redacción del art. 241.1 LOPJ, fruto de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, que

impide todo margen de actuación a la categoría de la nulidad en el derecho procesal y, al mismo tiempo, el art. 228 LEC, fiel receptor de la antigua redacción del art. 241.1 LOPJ, y, por tanto, de la anulabilidad de actos procesales anteriores a la resolución que pone fin al proceso, pero no de la resolución en sí, de la que nada se dice, y cuya ineffectuacía queda a merced de si contraviene o no específicamente las normas imperativas o prohibitivas procesales, a tenor de la norma general en materia de nulidad: el art. 6.3 CC. Y esto resulta hasta gracioso si tenemos en cuenta que dicho art. 228 LEC está llamado a ser aplicado cuando desaparezca el régimen transitorio en materia de nulidad de actuaciones, una vez se reforme la LOPJ. Así las cosas, ¿acaso estamos ante una regulación de ida y vuelta en la materia? ¿Por qué no se reformó también la redacción del art. 228 LEC al tiempo que se acometía la del art. 241.1 LOPJ? Tengamos presente que desaparecida la actual regulación, sujeta a la nueva redacción que se ha dado al art. 241.1 LOPJ, como es previsible que así suceda dada la anunciada voluntad de hacer una nueva LOPJ, la reforma o una nueva LOPJ supondría que el art. 228 LEC que, recordemos, por el momento se mantiene en suspenso hasta que se dicte o reforme una nueva LOPJ, comenzaría a surtir plenos efectos jurídicos atendiendo exclusivamente a supuestos de anulabilidad y dejando a salvo la invocación de la nulidad radical por defecto absoluto de motivación con fundamento en el art. 6.3 CC. Y para este viaje no se necesitaban tantas alforjas! La solución, pues, de *lege ferenda*, una vez que termine esta situación de régimen transitorio en materia de nulidad de actuaciones procesales, será bien aceptar la regulación del art. 228.1 LEC o bien reformar su redacción ajustándola a lo expresado en el actual art. 241.1 LOPJ. Que el legislador opte por un camino u otro significará la continuidad o desaparición definitiva de la solución al tema de nulidad por defecto absoluto de motivación recogida en el Digesto por el emperador Justiniano.

El gran maestro Chiovenda enseña que es propio de la cosa juzgada moderna que la injusticia de la sentencia quede cubierta con el paso a cosa juzgada de la misma. Sin embargo, recuerda que en Roma podía oponerse siempre a la *res iudicata* la nulidad de la sentencia, sin necesidad de buscar medios de impugnación especiales (Chiovenda, 1932: 328). Así lo hemos visto conforme dispone D. 49, 1, 19, que permite iniciar la causa nuevamente, entendiendo que si *quod nullum est, nullum effectum producit*, con mayor razón, siguiendo el argumento *a maiore ad minus*, no constituirá los efectos específicos de la cosa juzgada la sentencia radicalmente nula. Devis Echandía, formula esta misma reflexión cuando expresa que las sentencias nulas, entendiéndose las radicalmente nulas y no meramente anulables, carecen de la fuerza de cosa juzgada, porque la misma lógica impide reconocer tal fuerza a una sentencia ineffectuacía, y, por ello, desconocida por el derecho (Devis Echandía, 1985: 550 y ss).

Así las cosas, en caso de que llegue a entrar en vigor el art. 228 LEC en su redacción actual, no parece haber razón seria que obstaculice aplicar al caso el mandato del art. 6.3 del CC, impidiéndose por su propia ineffectuacía que la sentencia dictada con defecto absoluto de motivación surta los efectos característicos de la cosa juzgada material. ¿Acaso el art. 120.3 de la Constitución española carece de imperatividad? ¿No prescribe el art. 248.3 de la LOPJ que las sentencias sean fundadas? ¿No dice el art. 218.2 de la LEC

que las sentencias han de motivarse siempre? De este modo –y recordemos, siempre antes de que irrumpiese la L.O. 6/2007, de 24 de mayo–, podían hacerse valer las pretensiones de nuevo y no necesariamente ante el mismo órgano jurisdiccional que conoció del asunto, por medio de un proceso declarativo posterior, amén de poder realizarse todo ello sin sujeción a plazo alguno, siguiendo, pues, nuestro derecho procesal moderno la misma solución que sobre el mismo asunto un día previó Roma.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia, como regla general, son reacias a una declaración de invalidez de actuaciones procesales posterior en un nuevo proceso⁵⁶, esta tesis no perjudica la que en este trabajo se defiende, la idea de la nulidad radical de sentencia viciada por defecto absoluto de motivación, porque, en definitiva, no estábamos, a tenor de la vieja redacción del art. 241.1 LOPJ, ante un supuesto de *anulabilidad*, por ello, sanable, que estuviese comprendido entre aquellos para los cuales estaba ideado el incidente de nulidad de la LOPJ y la LEC, como sí lo eran, y siguen siéndolo, los supuestos propios de esas mismas leyes. Tengamos en cuenta que cuando hablamos de sentencia con defecto absoluto de motivación nos referimos a sentencias tan solo expresivas del lacónico dispositivo. Así las cosas, recordemos la tesis clásica defendida en la doctrina española por Morón Palomino, en el sentido de que la nulidad radical de la sentencia es una cuestión que no está vinculada al tema de la impugnabilidad (Morón Palomino, 1957: 160 y ss), es decir, a la existencia o no de recurso que pueda hacerla valer para su declaración por el órgano jurisdiccional correspondiente. Si una sentencia, pues, es radicalmente nula, lo sigue siendo aunque no quiera posibilidad de impugnabilidad ordinaria ni extraordinaria ante los órganos jurisdiccionales, nulidad, en definitiva, insanable e imprescriptible por su abierta contradicción con el art. 6.3 del CC, siendo el único aplicable a este supuesto de nulidades procesales, por no encontrarse otro al caso en el ámbito específico de la nulidad de pleno derecho de actos procesales de la LOPJ y la LEC. Por tanto, aquí y solo en supuestos como este, realmente atípicos, puede hablarse de nulidad radical de la sentencia y hacerse valer la misma previa su declaración en un proceso posterior frente a la excepción de cosa juzgada. Tal vez quiebre la seguridad jurídica, pero no así la exigencia de justicia al caso concreto⁵⁷.

56 Cfr. Andrés Ciurana, 2005: 479 y 480. *Vid.* STS 14 de noviembre de 1990, RJA 1990/8711; STS 3 de junio de 1991, RJA 1991/4409; STS 8 de marzo de 1993, RJA 1993/2052.

57 Hagamos una última reflexión al respecto tomando como base las siguientes palabras de Tomás y Valiente (1996: 520): “En ocasiones, algunos juristas esgrimen la idea (y ninguna idea es neutra o carente de intencionalidad interesada) de que el derecho procesal es un cúmulo de normas formales, de gran pureza técnica y, por su mismo formalismo, asépticas e imparciales, es decir, alejadas de cualquier orientación política. En contra de esta tesis, debemos señalar la visible u oculta carga política de casi todo el derecho procesal, y muy en especial de las leyes orgánicas o de las concernientes al proceso penal”. En este sentido, la regulación de las nulidades procesales y su acogida en la LOPJ es la manifestación de una creciente intervención del derecho público en una materia, la nulidad, tradicionalmente ligada al derecho civil, y en concreto a las construcciones que la pandectística, fundamentalmente alemana, hiciera en el siglo XIX a propósito de la teoría del negocio jurídico. Esta intervención, que poco a poco va presentando supuestos concretos de nulidad en el derecho público,

Y, realmente, cuando se plantea un problema entre la seguridad jurídica y la justicia, como enseña la profesora Calvo Sánchez atendiendo al fundamento de la revisión civil (Calvo Sánchez, 1977: 23 y ss), la pretendida santidad de la cosa juzgada, a duras penas puede mantenerse, viciada como quedaría por la propia injusticia de la resolución. De ahí que muy certeramente exprese que “aunque Justicia y Seguridad se dan normalmente unidas, cabe que estén disociadas y así una situación jurídica determinada puede ser injusta y, a pesar de ello, gozar de Seguridad o la Justicia de una situación jurídica puede peligrar si no tiene el apoyo de la Seguridad. Las sentencias, pues, no sólo deben ser justas, sino, también, seguras e invariables; pero estamos de acuerdo con el legislador en que la Seguridad debe ceder a favor de la Justicia y no al contrario” (Calvo Sánchez, 1977: 24). Y si con razón suscribimos las palabras de la profesora Calvo Sánchez, pensadas para supuestos de injusticia sobrevenida al dictado de una resolución judicial firme, *a fortiori*, cuánto más las suscribiremos cuando la propia resolución judicial es en sí misma injusta por ser nula de raíz.

Así las cosas, siguiendo al profesor Bujosa Vadell, en el estado actual de la legislación procesal orgánica española, “la nulidad puede ser un instrumento privilegiado por el cual los órganos jurisdiccionales puedan corregir defectos o vicios procesales que afecten a garantías constitucionales o derechos fundamentales” (Bujosa Vadell, 1997: 176). En este sentido, la nulidad de la sentencia alegando defecto absoluto en su motivación, debe declararse por el cauce específico que el ordenamiento contempla, y solo por esa vía, que no es otra que el incidente de nulidad regulado conforme a la nueva redacción

y, específicamente, por lo que a nosotros nos compete, en el derecho procesal, en principio, no está sujeta a crítica por cuanto contribuye a dar certeza de un tema que la exigencia de seguridad jurídica demandada por el derecho procesal obliga a manifestar con claridad, restringiendo, por ello, la posibilidad abstracta de alegar nulidades absolutas en materia procesal en beneficio de unas nulidades fácilmente identificables, bien en la legislación procesal orgánica, bien en la LEC. Sin embargo, la consecución de este objetivo, loable sin duda, debe separarse claramente de otro que tiene un carácter muy distinto, y a cuya consecución, más o menos soslayada, van dirigidos muchos esfuerzos legislativos y algunos doctrinales que se perciben de forma inquietante en el derecho desde hace décadas. En el fondo, la cuestión se reduce a la vieja dialéctica de tensión entre la *auctoritas* y la *libertas*, elementos cuyo maridaje ha sido complejo durante siglos en el derecho. Así las cosas, entendemos que la nulidad radical de los actos procesales, debido a sus caracteres de insubsanabilidad e imprescriptibilidad, debe admitirse como categoría supletoria de ineeficacia de actos también en el derecho procesal, en defecto de las nulidades específicas contempladas por la ley. Y que así sea, lejos de convertirse en una cuestión polémica y desestabilizadora del propio derecho procesal, más bien contribuye a la integración del derecho de una manera completamente respetuosa con la libertad de los individuos, cuya capacidad de disponibilidad sobre asuntos propios se ve cada vez más mermada por un intervencionismo estatal que tiende a restringir la autonomía de la persona a los estrechos cauces marcados por las leyes, sacrificando en el supremo altar del dogma de la seguridad jurídica exigencias concretas de justicia, olvidando, en definitiva, aquella advertencia de Hermogeniano recogida en D. 1, 5, 2, *hominum causa omne ius constitutum sit*, que, en suma, sentencia que todo el derecho está al servicio de los hombres y no los hombres al servicio del derecho.

del art. 241.1 LOPJ, cauce que de momento aún cuidadosamente las exigencias de justicia y seguridad. No obstante, de *lege ferenda*, convendría que el legislador no desatendiese el tema de una nueva redacción para el art. 228.1 LEC, que lo hiciera plenamente coherente con el texto del reformado art. 241.1 LOPJ, porque de no ser así, y cuando aquél entre en vigor, podría defenderse la polémica cuestión de alegar la nulidad radical de una resolución judicial firme dictada con defecto absoluto de motivación, amparándose en el texto del art. 6.3 CC, que sería, entonces, la vía de penetración de la mencionada solución romana al problema de la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal español actual.

4.2 ESPECIAL REFERENCIA A LA NULIDAD DE LA SENTENCIA PENAL

Conforme al derecho procesal moderno, ajustado a nuestro Estado de derecho, la función del proceso penal no puede reducirse a la tradicional tesis monista que lo identifica exclusivamente como instrumento al servicio del *ius puniendi* del Estado. Como expone Gimeno Sendra (2004: 45), no puede, de manera simplista, identificarse el fin del proceso con el derecho a castigar del Estado, desatendiendo otros fines que, sin perjuicio de aquel, también encuentran acogida en el proceso penal, sobre todo teniendo presente que todo el proceso penal ha de responder, en cuanto a sus finalidades, a la dirección marcada por la Constitución española de 1978.

Así, junto al ejercicio de ese *ius puniendi* del Estado, nuestro proceso penal también responde a garantizar de una forma eficaz el derecho a la libertad, la protección a la víctima e incluso la reinserción del propio imputado. De la ponderación, en laborioso maridaje, de todos estos fines, resulta el proceso penal moderno.

En este sentido, qué duda cabe en cuanto a que la sentencia penal, entendida como el medio normal de terminación de ese proceso, ha de ser especialmente respetuosa de dichas exigencias de naturaleza constitucional, convirtiéndose la obligación de motivar en un poderoso instrumento de control y verificación de la atención a las mismas. El art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante LECrim) plasma normativamente la obligación de motivar la sentencia penal; artículo cuya correcta exégesis ha de efectuarse atendiendo al mandato señalado en el art. 120.3 de la CE y el art. 218.2 de la LEC, ley que, recordemos, en virtud del art. 4 de la misma, tiene carácter supletorio como fuente normativa en el resto de órdenes jurisdiccionales.

Pues bien, una vez señalado esto, inferimos claramente que la falta absoluta de motivación de la sentencia penal, caso de una sentencia desnuda por completo de motivos, dejada a la suerte de la voluntad judicial secamente expresada en el fallo, evidencia un vicio de la sentencia, de naturaleza tan radicalmente injusto, que no puede remediarlo confiando en los medios ordinarios ni extraordinarios de impugnación. La sentencia penal dictada sin fundamentos que amparen el fallo se yergue desafiante adjurando de todo el ordenamiento jurídico. Está viciada de tal modo que solo atiende a la vieja máxima *sic volo sic iubeo*, desafiando quien la dictó con absoluta arrogancia la imperatividad del art. 142 LECrim. Por eso, conforme a la solución romana, no puede

subsanarse. De ahí, que tampoco quede exclusivamente a la suerte del ejercicio de los medios de impugnación, sancionándose por el ordenamiento con una clamorosa nulidad de raíz desde el momento mismo en que se dictó. Esa sentencia nada es, nada fue y nada será para el ordenamiento, de modo tal que, aun en el hipotético caso que llegue a ser cosa juzgada, la contravención de las normas imperativas del ordenamiento jurídico –en caso de la motivación de sentencias penales el art. 142 LECrim en concurso interpretativo con los arts. 120.3 CE, 218.2 LEC, que obligan a motivar todas las sentencias–, impide que surta sus inherentes efectos, imponiéndose su ineffectiveness siempre, como manda genéricamente el art. 6.3 del Código civil, y concretamente el 241.1 LOPJ, cauce específico de la nulidad procesal. Esta ineffectiveness absoluta ha de declararse por el órgano jurisdiccional, en un proceso posterior frente a quien alegue la excepción de cosa juzgada.

Precisamente, los propios fines del proceso penal exigen que estemos muy atentos ante la posibilidad de dictado de sentencias penales desprovistas absolutamente de motivación, que, por su naturaleza viciada, son radicalmente nulas sin posibilidad de subsanación o conversión posterior. Supuestos realmente extraños, pero no imposibles, y cuya eventualidad exige una reacción clamorosa, bien declarando la nulidad imprescriptible, o bien, como sucede en el derecho procesal orgánico español actual, por vía del incidente de nulidad del art. 241.1 LOPJ. Así lo entendió un pueblo como el romano que, lejos de abstracciones, atendía a la mejor respuesta posible que sirviera para hacer justicia, la cual, en palabras de Ulpiano, *est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*⁵⁸. Sin embargo, en España hemos visto cómo el régimen transitorio en materia de nulidad de actuaciones convierte tal sentencia despojada de motivos en acto procesal subsanable, sometiéndolo a la categoría de la anulabilidad vía art. 241.1 LOPJ. No obstante, aún no puede decirse que esta sea la última palabra en la materia.

5. CONCLUSIONES

Las raíces más profundas de la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales no son, como erróneamente se cree, fruto del pensamiento ilustrado de finales del siglo XVIII y del liberalismo decimonónico posterior que procede a la codificación procesal. Se hunden en un tiempo histórico más remoto, enraizándose profundamente este asunto en el derecho romano, constituyendo un ejemplo clarísimo que evidencia cómo este no solo despliega su influencia en el derecho privado actual sino también en ramas jurídicas propias del derecho público, que como el derecho procesal se creían casi completamente ajenas al mismo.

La utilidad que el derecho romano tiene para este trabajo no se circunscribe al tema de los orígenes de la motivación judicial. También, y he aquí su valor fundamental,

58 *Vid. D 1, 2, 10. Trd. esp. "Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho".*

contribuye poderosamente a solucionar problemas procesales que surgen de la falta absoluta de la motivación de las sentencias. En mi opinión, y teniendo en cuenta la incertidumbre de cuál será la futura regulación de la nulidad procesal en España, la solución manifestada en D 49, 1, 19 se proyecta también como solución al problema en nuestro derecho procesal moderno, porque aunque el incidente de nulidad, en el art. 241.1 LOPJ, está sujeto a plazo, este es su cauce y su recuerdo, siendo posible su aplicación como razonamiento en todos los órdenes jurisdiccionales y, como hemos visto, específicamente en el proceso penal en el que, partiendo de un escrupuloso respeto de los fines del mismo, se convierte en un eficaz instrumento al servicio de la justicia del caso concreto. Así, ante el dilema de optar entre el respeto a la seguridad jurídica que se deriva de la cosa juzgada o la atención a la justicia concreta, creo más justo esto último, porque, de lo contrario, ante el clásico dilema *fiat iustitia, pereat lex; pereat iustitia, fiat lex*, admitiríamos la gran aberración de que bien puede haber derecho sin justicia, pero no justicia sin derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez De Morales, 1988, "Historia del juicio motivado" en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, Consejo General del Notariado.
- Arrieta, 1867, "Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus.
- Atienza, 1991, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, nº 134.
- Benito Fraile, 1988, "Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881", en *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, nº 1, Murcia, Universidad de Murcia, Instituto de Derecho Común Europeo.
- Betti, 1990, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, 2º ed, Roma.
- _____1957, *Processo civile (Diritto romano)*, Nov. Dig. It., XIII, Milano.
- Biondi, 1934, "Intorno alla romanità del processo civile moderno", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, nuova serie*, vol. I, Murcia, Universidad de Murcia.
- _____1965, "Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano", en *Scritti giuridici II (Diritto romano, Fonti-Diritto Pubblico-Penale- Processuale civile)*, Milano, Bobbio, 1979, *Il positivismo giurídico*, Turín, Giapachelli.

- Bonfante, 1923, *Storia del Diritto Romano*, vol. I, Milano.
- Brasiello, 1957, "Processo Penale (Diritto romano)", en *Noviss. Dig. It.* XIII, pp. 1157.
- Bujosa Vadell, 1997, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos.
- Buonamici, 1971, *La storia della procedura civile romana*, Roma, "L' erma" di Bretschneider.
- Calvo Sánchez, 1977, *La revisión civil*, Madrid.
- Castán Tobeñas, 1947, *Teoría de la aplicación e investigación en el Derecho*, Madrid, Reus.
- Cicerón, *De officiis*, III, 16, 66.
- Ciurana, Andrés, 2005, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.
- Costa, 1918, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma.
- Cuenca, 1957, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Chiovenda, 1954, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, vol. III, Madrid, Ed. Revista de derecho privado.
- _____ 1932, "La historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana" (La conferencia se encuentra recogida en *Rivista di Diritto Processuale*, Parte I, IX, pp. 316 y ss).
- _____ 1904, "Romanesimo e germanesimo nel processo civile", en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Bologna, Foro Italiano.
- _____ 1932, "L'idea romana nel processo civile moderno", *Rivista di Diritto Processuale*, Parte I.
- Justiniano, 1895, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Código*, tomo II, Barcelona, Lex Nova.
- De Los Mozos Touya, 2004, "Presentación", en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Valladolid, ed. Lex Nova.
- De Martino, 1937, *La giurisdizione nel Diritto romano*, Padova.

De Robertis, 1939, "Arbitrium iudicantis e Statuizioni imperiali" en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, nº 59, Köln.

Degni, 1909, *L'interpretazione della legge*, 2º ed, Nápoles, Jovene.

Devis Echandía, 1985, *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*, tomo II, Buenos Aires, Universidad.

Ezquiaga Ganuzas, 1988, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Bizkaia, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

Fiore, 1892, "Sobre la aplicación e interpretación de las leyes" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 80, Madrid, Reus.

Garriga y Lorente, 1997, "El juez y la Ley, la motivación de sentencias (Castilla, 1849-España, 1855)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.

Gayo, 1845, *Institutionum (in Codice rescripto capitularis veronensis nuper repertorium)*, Madrid.

Geny, François y Monereo P., José, 2000, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, trad. esp, 2º ed, Madrid, Comares.

Gerard, 1978, "Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur", en *L'interprétation en droit. Apprache pluridisciplinaire*, dir. Van Dekerchove, Bruselas.

Gimeno Sendra, 2004, *Derecho Procesal penal*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes, S.A.

_____, *Derecho Procesal Civil. I El Proceso de Declaración. Parte General*.

Gioffredi, 1955, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, Apollinaris.

Godding, 1978, "Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18c siècle" en *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Bruylant.

Gómez Pérez, 1972, *La Ley Eterna en la Historia*, Pamplona, Universitas Studiorum Navarrensis.

Gómez De La Serna, 1857, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido e n los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid.

Hernández Galilea, 1995, *La nueva regulación de la nulidad procesal*, Oviedo, Forum, D.L.

- Hernández Gil, 1945, *Metodología de la Ciencia del Derecho (ordenación crítica de las principales corrientes metodológicas)*, Madrid, Revista de derecho privado.
- Lalinde Abadía, 1970, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- _____ 1974, *Derecho histórico español*, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- Laurent, 1879, *Principii di Diritto civile*, vol. 1, Napoli.
- Levaggi, 1978, "La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano", *Revista de Historia del Derecho*, nº 6, Buenos Aires.
- López Ortiz, 1942-1943, "El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 14.
- Lourido Rico, 2004, *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Granada, Comares.
- Llobell Tuset, 1985, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, Logi.
- Mariluz Urquijo, J., 1976, "La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares", *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires.
- Marrone, 1997, "Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano", *Bullettino dell`Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, vol. XXXIX, vol. I, Murcia, Universidad de Murcia.
- De la Leona, 1991, *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes.
- Menéndez Pidal y Montes, 1953, "Sobre la motivación de las resoluciones judiciales", Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- Molé, "Sentenza (Diritto romano)", en *Noviss. Dig. It.*, XVI.
- Morón Palomino, 1957, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona.
- Murillo Villar, 1995, "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano", *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 2.
- Nieto, 2000, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel.
- Orestano, 1952, *L'appello civile in Diritto Romano*, Torino.

- Ortells Ramos, 1977, "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*.
- Ortiz de Zúñiga, 1866, "Fundamentación de sentencias" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus.
- Pedraz Penalva, 1993, "Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración", *Revista General de Derecho*, julio-agosto, Valdivia.
- Perelman, 1979, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas.
- Pérez Álvarez, 1994, *Interpretación y jurisprudencia (estudio del art. 3.1 del Código civil)*, Madrid, Aranzadi.
- Raggi, 1961, *Studi sulle impugnación civili nel processo romano*, I, Milano.
- Rascón García, 1996, *Manual de Derecho Romano*, 2º ed., Madrid, Tecnos.
- Riccobono, 1949, *Lineamenti della storia delle fonti e del Diritto romano*, Milano, Giuffré.
- Rocco, 1966, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, I, parte generale, Turín, Unione tipografico-editrice torinese.
- Rosenberg, 1953, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, EJEA.
- Salvioli, 1969, "La motivazione della sentenza", en *Storia Diritto italiano*, dir. Del Giudice, vol. III, parte seconda (storia della procedura civile e criminale).
- Santalucía, 1990, *Derecho Penal Romano*, trad. esp., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, D.L.
- Savigny, 1878, *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. I, trad. esp., Madrid, Góngora Editores.
- Scialoja, 1954, *Procedimiento civil romano*, trad. esp., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Scapini, 1983, "Il problema della motivazione della sentenza nel Diritto processuale romano", en *Studi Parmensi*, vol. XXXIII.
- STS 14 de noviembre de 1990, RJA, *Repertorio Jurisprudencial Aranzadi*, 1990/8711; STS 3 de junio de 1991, RJA 1991/4409; STS 8 de marzo de 1993, RJA 1993/2052.
- Tarello, 1980, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè.

Taruffo, 1974, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM.

Tomás y Valiente, 1996, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos.

Torrente, 1951, "Spunti per uno Studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza", en *Studi in onore di Enrico Redenti, volume secondo*, Milano, Giuffrè.

Vázný, 1940, "Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, vol. XLVII, Murcia, Universidad de Murcia.

Vinnio, 1847, *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*, t. II, Barcelona, José Torner Imprenta.

Visky, 1971, "Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess", en *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité, tome XVIII*, Bruselas.

Wroblewski, 1972, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, APD, tomo XVII, Paris.

Yélamos Bayarri, 2006, *Nulidad procesal y comunicaciones procesales fallidas*, Barcelona, Atelier.