

**Al juez que ha sido abogado en el pleito no puede levantársele el impedimento conforme al artículo 109 del Código de Enjuiciamientos Civil.**

---

*Recurso de nulidad interpuesto por el doctor Felizardo Montenegro y herederos de don Pedro Enrique Arrese y Paredes en la causa que siguen los últimos con los herederos de don Teodomiro Arrese y Paredes, sobre cantidad de soles.—De Piura.*

Excmo. Señor:

Estando impedido el vocal de la Corte de Piura doctor Montenegro para entender en esta causa por haber intervenido antes de ahora, como apoderado y abogado de los acreedores de don Teodomiro Arrese, cuyo cesionario es el actor don Pedro Enrique Arrese, la colitigante doña Genara Delgado, á quien podía perjudicar esa circunstancia, se allanó á que el citado funcionario ejerza jurisdicción en la alzada pendiente, levantando ese impedimento en el otro sí del escrito de fojas 10, con arreglo al artículo 109 del Código de Enjuiciamientos Civil. Expedido el auto de fojas 13 declarándolo hábil para conocer del asunto, insiste el doctor Montenegro en su excusa, y la somete á la decisión de VE. por recurso de nulidad.

Si bien se considera, las causales de recusación, que lo son también de excusa, revisten dos caracteres de distinta naturaleza, que las diferencian sustancialmente entre sí. Si todos convienen en que están destinadas á asegurar la

imparcialidad del juez, contra el influjo nocivo de móviles interesados ó del afecto ó desafecto, unas responden exclusivamente al interés privado de las partes, al paso que otras se inspiran, sobre todo, en la necesidad de cautelar la administración de justicia, de la intervención de un juez que en una causa determinada se encuentra incapacitado real y efectivamente para ejercer su misión.

Cuando la excusa del juez sólo tiende á prevenir las desconfianzas de la parte á quien pueden perjudicar los motivos que la determinan, se comprende que desaparezca el impedimento si la parte en cuyo favor se estableció, manifiesta su voluntad de que el juez impedido conozca de la causa, lo que implicaría además la renuncia de un derecho ó de un medio de defensa que la confianza en la rectitud del funcionario hace inútil. Pero cuando la excusa se funda en una causal que no solo hace dudosa la imparcialidad del juez, sino que la excluye, entonces el impedimento ya no puede estar librado al árbitro de las partes, desde que afecta algo más que el interés privado, nada menos que la misma institución judicial.

Y que hay causales de excusa de tan grave carácter que se hacen incompatibles con la imparcialidad y hasta con la misión del juez, lo está manifestando precisamente la que motiva el recurso pendiente. Si el vocal doctor Montenegro patrocinó como apoderado y abogado la defensa de una de las partes en la cuestión que se ventila ¿cómo puede asumir jurisdicción en la causa aún con el consentimiento de la parte contraria, sin conmover profundamente los principios fundamentales de derecho público en que descansa la organización del poder judicial? Si en representación de sus clientes entabló la de-

manda que se controvierte, ó la sostuvo como la expresión del derecho, no se concibe que tornándose de parte en juez, para resolver esa misma demanda, encuentre una fórmula distinta como la expresión de la justicia.

Ciertamente que según el artículo 109 del Código de Enjuiciamientos Civil "si la parte á quien perjudica el impedimento que cree tener un juez para conocer de una causa, manifiesta su voluntad de que siga conociendo de ella, no podrá el juez excusarse". Pero no es posible dar á esa disposición un alcance mayor que el que legítimamente le corresponde. Ya se ha demostrado que la excusa del juez afecta á veces un interés meramente privado, y á veces el interés público. Si ocurriendo lo primero puede la parte remitir el impedimento que le fuese perjudicial, no podría hacerlo en el segundo caso sin invadir la órbita del derecho público, para el cual la excusa representa un elemento de buena organización judicial, que se resentiría si fuera dable alzar, por voluntad de una de las partes, el impedimento legal que no permite al juez conocer de una causa en que intervino antes como abogado de la otra.

Por otra parte, la inteligencia del citado artículo en el concepto amplio y general de su texto, suscitaría una autonomía insalvable con el Código Penal, que califica y condena como prevaricador al juez que conoció en causa que patrocinó como abogado, (artículo 170 inciso 2º). Es precisamente el caso del doctor Montenegro, que atraviesa por un verdadero conflicto, entre la ley penal que le prohíbe bajo pena de suspensión del empleo de 6 meses á un año; y la ley civil que lo obliga á asumir jurisdicción en esta causa. Después de todo, la voluntad de la parte que le alzó el impedimento, tendría tan extraordi-

naria virtud, que en el orden civil transformaría al abogado de la parte contraria en juez, y en el orden criminal, el prevaricato, no sólo en acto lícito, sino indeclinablemente obligatorio.

Si á tales extremos, á cual más absurdo, conduce lógicamente la disposición del artículo 109 del Código de Enjuiciamientos Civil aplicado en sentido absoluto, es fuerza restringir á los términos que marca el interés privado, el derecho de la parte á quien puede afectar la causal que motiva la excusa del juez para alzar el impedimento, el cuales, y debe ser irremisible cuando afecta al interés público. Sólo en este concepto puede conciliarse la disposición que se analiza, con la ley penal y también con las del artículo 40, inciso 8.º y artículo 43, inciso 2.º del Código de Enjuiciamientos Civil, la última de las cuales prohíbe al juez emitir opinión ó anticiparla en causa que estuviere juzgando ó debiere juzgar; prohibición que sería inexplicable si no se hiciera extensiva al caso más grave que ocurre con el doctor Montenegro.

En mérito de lo expuesto concluye opinando el Fiscal porque hay nulidad en el auto recurrido, y porque VE. lo revoque declarando fundada la excusa del vocal doctor Montenegro.

Lima, noviembre 27 de 1908.

CAVERO.

---

*Lima, diciembre 12 de 1908.*

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal cuyos fundamentos se reproducen;

declararon haber nulidad en el auto superior de fojas 13, su fecha 29 de agosto del corriente año y reformándolo declararon fundada la excusa del señor vocal de la Iltra. Corte Superior de Piura, doctor Montenegro, y en consecuencia que no se halla expedito para conocer en este juicio seguido por los herederos de don Pedro Enrique Arrese y Paredes con doña Genara Delgado sobre cantidad de soles; y los devolvieron;

*Castellanos. — Villarán. — León. — Villanueva. — Almenara.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*

Cuaderno N.º 686. — Año 1908.

---

**No procede la demanda contra el albacea mandatario para el pago de una deuda del testador sobre la que no ha recibido aquel encargo expreso.**

---

*Juicio seguido por el doctor don Carlos Menéndez con el doctor don José M. Salinas Gárate sobre cantidad de soles. De Arequipa.*

BOLETA DE FOJAS 4 QUE SE INVOKA COMO TÍTULO DE LA PERSONERÍA DEL DEMANDADO

Certifico: que ante mí y con fecha 11 de diciembre de 1907, el señor José María Morante de esta vecindad, otorgó su codicilo en el que apa-