

I V R A

RIVISTA INTERNAZIONALE DI
DIRITTO ROMANO E ANTICO

ESTRATTO DAL VOL. 51 (2000)

[Pubbl. 2003]

EDITORE - **JOVENE** - NAPOLI

**En torno a la adscripción al procedimiento formulario
de D. 5, 1, 79 pr. (Ulp. 5 de off. procons.)**

1. *Ubicación histórica de la condena en costas.*

El deber de los litigantes de sufragar las costas de un proceso no surge espontáneamente como propuesta de un legislador concreto ni presenta desde su origen un perfil unitario que justifique su existencia, sino que en un principio el deber de satisfacer las costas que pesa sobre el demandado que ha resultado vencido en un proceso se fundaba en un presupuesto intencional, que se identificaba con un comportamiento temerario, de modo que sólo una oposición maliciosa o imprudente podía traer consigo la consecuencia de este deber de hacer frente a los gastos del proceso. La prevalencia inicial del criterio subjetivo da paso, en su evolución, al primado del principio objetivo, de modo que las costas procesales se tienden a imponer a aquel que pierde el litigio, sin consideración alguna a su comportamiento en el curso del mismo, únicamente fundada tal imposición en el hecho objetivo de haber resultado vencido procesalmente.

Esta mutación de criterio no responde a las tradicionales distinciones a las que tan frecuentemente se recurre cuando se trata de sentar los perfiles diferenciadores del derecho clásico frente al derecho postclásico, sino que toda ella discurre aparentemente en el seno del período postclásico, pues sólo a él se viene atribuyendo de modo general la institución de la condena en costas. Y si afirmo que la sola vigencia de esta figura se da aparentemente en el período postclásico es precisamente por la tan frecuente tentación de identificar este momento de la historia del derecho romano con la tramitación procedimental que se encauza *extra ordinem*, que si bien se generaliza monopolísticamente desde el siglo III d.C., lo cierto es que progresa con pasos agigantados, coexistiendo con el procedimiento formulario, desde la fecha convenida de la codificación del edicto pretorio (130 d.C.), sin olvidar naturalmente las aplicaciones del procedimiento cognitorio en pleno apogeo del procedimiento formulario ya en el primer siglo del Principado en sedes tales como, a modo de ejemplo, los fideicomisos, las reclamaciones de alimentos entre parientes de sangre, cuestiones relacionadas con el derecho sepulcral o el procedimiento para hacer efectiva la *excusatio tutoris*¹. De ahí

¹ BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians 1 Zur Entwicklung des amtlichen Kognitionsverfahrens bis zu Justinian*, en *Atti del Congresso internazionale di Di-*

que me atreva a poner de relieve cómo deben reputarse clásicos ciertos pasajes que hablan de condena en costas, a pesar de que resulta posible vincularlos con el procedimiento formulario, aunque impregnado este sistema procesal de algunas peculiaridades consecuencia de su aplicación en provincias² y aproximándose, en cuanto a la flexibilidad de su tramitación, a la *cognitio extra ordinem*, puesto que en provincias *non est spectandum quid Romae factum est, quam quid fieri debeat* en el marco de la amplísima jurisdicción de que gozaba el procónsul en las provincias senatoriales³. Es así

ritto Romano Bologna-Roma 1933 2 (Pavia 1935) 274 ss.; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano* (Padova 1937) 325 ss.; RICCOBONO, *Roma madre delle leggi*, en *BIDR* 57-58 (1953) 41 s.; KASER, *Gli inizi della "cognitio extra ordinem"*, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* 1 (Milano 1968) 172 y 180 [*Ausgewählte Schriften* 2 (Napoli 1976) 502 y 510]; SIMSHÄUSER, *Iuridici und Municipalgerichtsbarkeit in Italien* (München 1973) 6; y PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*² (Torino 1991) 42 s. y 170 ss.

² La dualidad procedimiento cognitorio-derecho provincial presenta indudablemente puntos de contacto, pero también de alejamiento. Así, la *cognitio* es un invento que trae consigo el régimen político del Principado, por lo que, siguiendo a KASER, *Gli inizi della...*, cit. 192 [*Ausgewählte*, cit. 522], en el período republicano regiría en todas las provincias el procedimiento formulario, puesto que, según PARTSCH, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse* (Breslau 1905) 59 [citado por WENGER, *Recensión a PARTSCH*, en *ZSS* 26 (1905) 530 s.], los juristas no habrían introducido un procedimiento que no fuera el propio de Roma. Ya en época imperial se hace necesario distinguir, con KASER, entre provincias a cargo de gobernadores de rango senatorial, dotados de *ius edicendi*, en las que el procedimiento ordinario seguiría siendo el formulario, aplicándose también en ciertas materias el cognitorio con carácter *extra ordinem*; y provincias a cargo de gobernadores o prefectos sin *ius edicendi*, en las que, por tanto, no había procedimiento formulario, sino únicamente cognitorio como procedimiento ordinario y, por consiguiente, no merecedor del calificativo de *extra ordinem*. Vid. también ya a este respecto, PERNICE, *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit*, en *Festgabe für Georg Beseler zum 6 Januar 1885*^{reimp.} (Aalen 1979) 75; PARTSCH, *Die Schriftformel*, cit. 63 ss. (citado por BALOGH y PUGLIESE); BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians*, cit. 272; PUGLIESE, *Figure processuali ai confini tra "iudicia privata" e "iudicia publica"*, en *Studi in onore di Siro Solazzi* (Napoli 1948) 401 ss. [*Scritti giuridici scelti* 1 *Diritto romano* (Camerino 1985) 65 ss.]; GUARINO, *Gaio e l'"edictum provinciale"*, en *IVRA* 20 (1969) 163; y PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., 40 s. y 181. Por la aplicación del procedimiento formulario en provincias, vid. autores citados por WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur* 1 (München 1988) 484 s. n. 35.

³ D. 1, 18, 12 (*Proc. 4 epit.*). Vid. entre otros KÜBLER, *PWRE* 7.1 s.v. "*consularis*" (1900) 1139; BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians*, cit., 296 s.; PU-

cómo se reproducen comportamientos que recuerdan incluso la génesis misma del procedimiento formulario en el marco de la jurisdicción del pretor pere-

GLIESE, *Figure processuali*, cit., 402 [*Scritti giuridici*, cit., 66]; SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung* (Lahr 1952) 277; WESENBERG, *PWRE* 23.1 s.v. "*proconsule (proconsul)*" (1957) 1233; ORESTANO, *NNDI* 13 s.v. "*praesides*" (1966) 546; LUZZATTO, *NNDI* 13 s.v. "*proconsole*" (1966) 1244; MILLAR, *The emperor, the senate and the provinces*, en *JRS* 56 (1966) 156 s.; KATZOFF, *The provincial edict in Egypt*, en *TR* 37 (1969) 419; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 483 s.; KUNKEL-WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik* 2 *Die Magistratur* (München 1995) 360; y recientemente HACKL, *Der Zivilprozeß des frühen Prinzipats in den Provinzen*, en *ZSS* 114 (1997) 143 ss. y 154 [*Il processo civile nelle province*, en *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (Copanello 1996) 301 ss. y 313], quien pone de relieve la estrecha conexión entre los edictos municipales y el edicto del gobernador, del mismo modo que éste se vincula con el edicto de Roma. Frente al cauteloso criterio de E. VALIÑO, *El comentario de Gayo al edicto provincial* (Valencia 1977) 12 en torno a la, en su opinión, probable exclusión del procedimiento formulario en provincias, KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) 163 ss. pone de relieve la distinción entre provincias donde rigió el procedimiento formulario (las provincias senatoriales) y aquellas que no lo conocieron (provincias imperiales), en las cuales, por consiguiente, se aplicó el procedimiento cognitorio incluso en las "*privatrechtlichen Ansprüche*". En esta misma línea, vid. también WLASSAK, *Zum römischen Provinzialprozeß* (Wien 1919) 4 ss., quien, dentro de las imperiales, distingue aquellas sometidas al poder de un gobernador dotado del *ius edicendi* (los *legati Augusti*), con lo que también allí se aplicaría el procedimiento *per formulas* basado en el edicto del magistrado provincial, y las sujetas a gobernadores del rango ecuestre, no dotados del *ius edicendi*. Vid. asimismo BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians*, cit., 313 s.; DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 339; PUGLIESE, *NNDI* 3 s.v. "*cognitio*" (1959) 434 y *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, en *Synthese Arancio Ruiz* (Napoli 1964) 975; ORESTANO, *NNDI* 13 s.v. "*praesides*" (1966) 548; el propio KASER, *Gli inizi della*, cit., 190 [*Ausgewählte...*, cit., 520]. Niega la presencia de un edicto provincial general PERNICE, *Volksrechtliches...*, cit., 75 n. 3 y WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 486. Por la existencia de un edicto en provincias, en el que naturalmente se contendrían fórmulas, habla la existencia de un comentario gayano, el cual, sólo hipotéticamente, tendría carácter unitario para todas las provincias en época imperial, recogiendo en su mayor parte el contenido del edicto del Pretor urbano, como así señalan KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 1 *Staatsrecht und Rechtsquellen* (Leipzig 1885) 329; BUCKLAND, *L'"edictum provinciale"*, en *RHD* 13 (1934) 81 ss.; DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, en *RIDA* 4 (1950) 322 s.; WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien 1953) 408 n. 11; MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale* (Milano 1969) 17; 34; 49 ss.; 69 s.; y 103 s.; GUARINO, *Gaio e l'"edictum provinciale"*, cit., 155 ss. y 168 ss., quien pone de relieve, en el marco de su teoría contra la existencia de una codificación del edicto en tiempos de Adriano, cómo todavía en el siglo II d.C. se mantendrían autónomos un edicto urbano y un edicto provincial, compuesto en su parte más amplia tanto por disposiciones ya presentes en el edicto ur-

grino sobre la base del reconocimiento de una latente realidad social que demandaba en época arcaica una jurisdicción alternativa para quienes no tenían el privilegio del *modus agendi civium*⁴, confiriendo así a los pretores

bano como por otras comunes a las distintas provincias, sin perjuicio de las particularidades a las que pueda dar lugar en las provincias senatoriales el *ius edicendi* de sus gobernadores, que, en cambio, por corresponder en las imperiales al *Princeps*, se traduce en consecuencia en una ausencia práctica de peculiaridades entre las mismas; PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, en *Labeo* 37 (1991) 19; 54 ss.; 63 s.; y 76 s., por el carácter "tratativo" del edicto provincial sobre la base de los precedentes y el reenvío a las disposiciones del edicto urbano; y HACKL, *Der Zivilprozeß*, cit., 155 s. [*Il processo civile*, cit., 314 s.], lo cual responde a la lógica de considerar el derecho romano y su aplicación como un estatuto personal allá donde haya ciudadanos que puedan servirse de él. Vid. también SEIDL, *Ein Papyrusfund zum klassischen Zivilprozessrecht*, en *Studi in onore di Giuseppe Grosso* 2 (Milano 1969) 348, que, aun reconociendo, sobre la base de un papiro que reproduce un modelo de *actio tutelae* concebida como acción de buena fe, la aplicación del procedimiento formulario en provincias imperiales (Arabia) en tiempos de Adriano, se advierten peculiaridades, como la ausencia de facultad de las partes para designar el juez que haya de ventilar la contienda. Vid. igualmente DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto*, cit., 323, quien se hace eco del peculiar *status* de la provincia de Egipto, donde fue publicado un edicto coincidente en lo sustancial con el edicto del Pretor urbano en la versión codificada adrianea, lo que viene a significar cómo el edicto perpetuo adoptó el carácter de guía jurisdiccional en todas las partes del imperio, con independencia de cuál fuera el tipo concreto de procedimiento con el que se concluían los litigios; MARTINI, *Ricerche in tema*, cit., 134 ss.; KATZOFF, *The provincial edict*, cit., 428 s., quien considera "to be difficult to maintain" que la existencia de un edicto quedara limitada exclusivamente a las provincias senatoriales; y SIMSHÄUSER, *Iuridici*, cit., 9 ss. También LUZZATTO, *Processo provinciale e autonomie cittadine*, en *JJP* 15 (1965) 56 [*Scritti minori epigrafici e papirologici* (Bologna 1984) 386] y *In tema di processo provinciale e autonomia cittadina*, en *RIDA* 11 (1964) 360 ss. [*Scritti minori*, cit., 374 ss.] destaca las peculiaridades procedimentales en provincias, que en modo alguno pueden ser consideradas unitariamente, sino que bien pueden observarse peculiaridades en orden a la intensidad de su romanización tanto en Occidente como en Oriente; y ARIAS BONET, *La "iurisdictio" de un procónsul*, en *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d'Ors* 1 (Pamplona 1987) 243 s., subraya cómo ante el procónsul no sólo se fijan los términos de la controversia, sino que él mismo sugiere los medios de prueba que le permitan resolver la controversia, atribuyendo a su función una flexibilidad impropia de la desplegada por el Pretor Urbano en cuanto al encauzamiento de los litigios llevados a cabo en Roma.

⁴ Vid. WENCER, *Recensión a PARTSCH*, cit., 530; BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento* (Padova 1927) 81 ss.; LUZZATTO, *Procedura civile romana* 3 *La genesi del processo formulare* (Bologna) 41 ss.; SER-

un distinto ámbito competencial que minimizaba la intensidad de la colegialidad y, consiguientemente, las expectativas de *intercessio*. Generalizado el procedimiento formulario vuelven a surgir especialmente en provincias tendencias ordenadas a la flexibilidad procedimental y acordes con un nuevo substrato social bien diverso del presente en la Urbe. Así se explica la radicalidad del *imperium* magistradual⁵ incluso en lo que al encauzamiento de los litigios en provincias se refiere, anticipando así modos de proceder propios de la *cognitio extra ordinem*, sin romper con los fundamentos del procedimiento formulario⁶ en el marco de una estructura administrativa que precisa de magistrados ciertamente polivalentes, lo que determina su no sometimiento al *ius civile* y a las leyes comiciales⁷.

RAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino* (Milano 1954) 8 s.; 36 ss.; y 52 ss.; RICCOBONO, *Roma madre delle leggi*, cit., 36 s.; y PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., 20 s.

⁵ Tradicionalmente viene ligado a él tanto el carácter absoluto, unitario e ilimitado como el carácter discrecional en el actuar del magistrado, muy especialmente en el *dare o denegare actionem*, que no implica un ejercicio arbitrario de la actividad jurisdiccional, sino una libertad para modelar la rigidez del *ius civile*. Vid. SARGENTI, *Premesse ad una ricerca sulla discrezionalità del magistrato romano*, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo* 1 (Milano 1972) 48 y 63 ss.

⁶ PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., 39. Efectivamente, al tratar de la *statthalterliche Jurisdiktion*, subrayan el carácter bipartito del proceso y la actividad cognitoria del magistrado en aras de la fijación del objeto de la contienda KUNKEL-WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 355.

⁷ WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 483. También KUNKEL-WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 353 hacen hincapié en esta consideración del gobernador de provincias frente a sus administrados como un "unumschränkten Herrn, gegen dessen Exzesse es nur das langwierige, kostspielige und im Erfolg recht ungewisse Mittel nachträglicher Beschwerde oder Anklage in Rom gab". Es por ello que, contrariamente a lo expresado por MURGA, *La "addictio" del gobernador en los litigios provinciales*, en *RIDA* 30 (1983) 154 ss. sí puede reconocerse una aplicación, si bien *sui generis*, del procedimiento formulario en provincias en el testimonio que nos ofrece el Bronce de Contrebia en la medida en que constituye la *addictio* magistradual en él contenida, a propósito de un caso de utilización indebida de un acueducto, expresión misma de su actividad jurisdiccional, que se halla avalada por un edicto provincial al que se incorporaban, en contraste con el edicto urbano, una serie de disposiciones especialmente concebidas para los provinciales, tanto de derecho público como de derecho privado, y que, en cuanto disposiciones edictales integrantes muy probablemente del llamado *genus provinciale* (vid. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto*, cit., 978 ss. y 985 s.), también de ellas habría de conocer el magistrado provincial, incluso con anterioridad al desarrollo de un modo procesal de tal naturaleza en la Urbe, aunque con ciertas peculiaridades que aproximan el procedi-

2. La temeridad como presupuesto de la imposición.

Anteriormente nos hemos referido a la vigencia inicial de un criterio eminentemente subjetivo en orden a la imposición de las costas ya en el período postclásico. Se trata de un criterio que tiende a dificultar el primado del abuso del proceso por parte de quienes maliciosa o temerariamente pretenden ponerlo en marcha sin un soporte jurídico razonable, únicamente con el propósito de dilatar el litigio por parte del demandado o con el fin de vengar a su adversario procesal cuando la malicia acompaña a la conducta del demandante. Pero este criterio subjetivo no arranca con carácter novedoso del derecho postclásico. Ya en época clásica era objeto de represión por medio de instrumentos como el *iudicium calumniae* o el *iusiurandum calumniae*⁸. Pero también dentro del mismo período, incluso desde la óptica del procedimiento formulario en el que todavía no se ha articulado la burocratización de una administración de justicia retribuida y funcionarizada, se encuentran algunas referencias a la condena en costas, como la que nos ofrece el siguiente texto:

D. 5, 1, 79 pr. (Ulp. 5 de off. procons.): *Eum, quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit.*

miento al sistema de la cognición oficial y que obedecen, como no podía ser de otro modo, a esta plenitud de poderes en el ejercicio de la jurisdicción que despliega el gobernador de provincias en contraste con el que caracteriza a sus colegas urbanos, sin olvidar, por otra parte, el respeto por las particularidades indígenas. Vid. así en especial diversamente a propósito de este testimonio epigráfico D'ORS, *Las formulas procesales del "bronce de Contrebia"*, en *AHDE* 50 (1980) 15 ss.; TORRENT, *El arbitraje en el bronce de Contrebia*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* 2 (Milano 1982) 642 ss.; MURGA, *La "addictio" del gobernador*, cit., 169 ss.; y BUIQUES, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el "arbitrator ex compromisso"* (Madrid 1990) 93 ss.

⁸ Cfr. D'ORS, *Derecho privado romano*⁸ (Pamplona 1991) 139, con lo que el recurrir a la contienda judicial sin razón o la conducta temeraria se aproximaba a la *calumnia*. A propósito de estos recursos, vid. últimamente CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di "calumnia" nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, en *SDHI* 66 (2000) 165 ss. También subraya KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 558 que la percepción de costas en razón del desempeño de la actividad jurisdiccional tuvo la consideración de cohecho en el período constantiniano. Este régimen cambia en la segunda mitad del s. V, en el que se permite su exigencia hasta que con Justiniano se generaliza propiamente su regulación.

Viene a ser este pasaje el primer ejemplo de esta condena en costas entre las partes dentro de la historia del proceso romano. El criterio de imposición, como es constante en toda la evolución de esta figura, incluso en las legislaciones modernas, es desde su inicio exclusivamente subjetivo, de modo que resulta gravado con el importe de los gastos del viaje y las costas del pleito quién citó judicialmente de modo temerario a la contraparte.

3. A propósito de la adscripción de D. 5, 1, 79 pr. (Ulp. 5 de off. procons.) al sistema de la *cognitio extra ordinem*

Discutir en torno a su clasicidad o postclasicidad requiere con carácter previo tener en cuenta otros aspectos que den apoyo a un encuadramiento de tal naturaleza. Por ello, mi preocupación debería centrarse en demostrar la adscripción del fragmento reproducido al procedimiento formulario, si lo pretendido fuera atribuir al pasaje la condición de clásico. En cambio, en el seno de la doctrina ha sido generalizada la vinculación del texto con el sistema de la *cognitio extra ordinem* y, por tanto, una visión apresurada de la regla en él recogida en torno a la condena en costas conduciría al dictamen de su no clasicidad⁹. Sin embargo, la situación del pasaje dentro de la obra que Ulpiano dedica al *officium proconsulis* y especialmente en la sección de *conventu*¹⁰, parece hacer referencia propiamente a un reembolso de los gastos generados con ocasión de un litigio que, más que congeniar con el rigor y respeto al tenor de la fórmula procesal propio de la *Urbs*, exteriorizaría una nueva concepción más flexible de la administración de justicia, como la que probablemente se verificaba en relación con el funcionamiento del proceso en provincias, que acontecería también sobre la base de una fórmula edictal con ciertas peculiaridades respecto al modelo urbano por cuanto la *litis contestatio* deja de ser producto del acuerdo de las partes para primar el criterio del gobernador, actuándose así la confusión entre la *iurisdictio* y la *cognitio* magistradual¹¹. Además las características de la obra ulpiana de la

⁹ BOYE, *La "denuntiatio" introductive d'instance sous le Principat* (Bordeaux 1922) 109 n. 4 y WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (München 1925) 324 n. 16.

¹⁰ LENEL, *Paligenesia iuris civilis* 2 (Graz 1960) col. 972 fr. 2175 y WLISSAK, *Zum römischen...*, cit., 37 n. 5.

¹¹ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit. 339 ss.; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 484 s.; y PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., 32. También KASER, *Gli inizi della*,

que es tomado el fragmento en un momento de reconocida ampliación del concepto de *ius* a otras esferas tradicionalmente desligadas de la actividad jurisprudencial no son óbice para sostener que detrás del pasaje se encuentra la puesta en marcha de un proceso que recuerda el que tenía lugar bajo la jurisdicción del Pretor urbano, como así puede significarse a partir del modo privado de citación al proceso que cumple el actor (*in iudicium <ius> vocasse*)¹², puesto que el texto pone de relieve cómo el proceso sigue girando

cit., 193 [*Ausgewählte*, cit., 523] expone la dificultad de las partes para intervenir en la redacción de la fórmula procesal por la omnipotencia del poder del *praeses* como titular único del poder político y, eventualmente, jurisdiccional; la ausencia de una jurisprudencia instructora para el gobernador y para las partes; y la falta de *honorarios* indígenas susceptibles de ser elegidos como jueces privados o, habiéndolos habido, la frecuente falta de recurso a los mismos, como apunta PUGLIESE, *Figure processuali*, cit., 402 s. [*Scritti giuridici*, cit., 66 s.]. Frente al criterio de KASER, vid. HACKL, *Der Zivilprozess*, cit. 157 [*Il processo civile*, cit., 316].

¹² LENEL, *Palingenesia*, cit., col. 972 fr. 2175 ha sostenido el carácter interpolado de la expresión *in iudicium* en lugar de la clásica *in ius* en D. 5, 1, 79 pr. (*Ulp. 5 de off. procons.*). E idéntico criterio mantiene en otros pasajes que combinan la expresión *in iudicium* con la referencia a la *vocatio*, tales como D. 2, 8, 2, 2 (*Ulp. 5 ad edictum*); D. 2, 10, 3 pr. (*Iul. 2 dig.*); D. 26, 7, 1, 3 (*Ulp. 35 ad edictum*); D. 26, 7, 1, 4 (*Ulp. 35 ad edictum*); D. 26, 7, 28 pr. (*Marcell. 8 dig.*); D. 26, 7, 51 (*Ven. 6 stip.*); D. 43, 1, 102 (*Mod. 5 resp.*). La expresión también aparece en la *interpretatio* de CTh. 2, 1, 2 (*in iudicium vocaverit*); CTh. 2, 1, 12 (*ad iudicium vocabuntur*); CTh. 2, 7, 1 (*in iudicium vocatur*); C. 1, 3, 25 pr. (Marciano 456 *in iudicium vocatis*); C. 1, 3, 36, 2 (Zenón 484 *ad iudicium vocari*); C. 3, 10, 3 (Justiniano 532 *ad iudicium vocaverit*); C. 3, 11, 2 (Constantino 312 *in iudicium vocatur*); C. 3, 19, 2, 1 (Constantino 331 *ad iudicium vocatus*); y C. 6, 30, 22, 11 (Justiniano 531 *ad iudicium vocare*). También por la interpolación de la construcción vid. EISELE, "Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae", en ZSS 21 (1900) 6; ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la "reverentia" tra coniugi in diritto romano*, en RISG 47 (1910) 259 n. 1; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (contributo alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, en BIDR 22 (1910) 22; LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, en ZSS 37 (1916) 73 n. 7: "doch ist in fr. 51 nicht experiri vel, sondern vel ad iudicium vocari zu streichen"; GRADENWITZ, *Zu dem Titel C. 8, 36 "de litigiosis" und einigen anderen Gesetzen Justinians*, en ZSS 53 (1933) 415 n. 1; FERNÁNDEZ BARREIRO, *El "vindex" en la "in ius vocatio"*, en AHDE 41 (1971) 814 y 822; y GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano* (Santiago de Compostela 1984) 95 s. Vid. especialmente LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Aalen 1956) § 11 69 n. 4, poniendo de relieve que esta interpolación no ha tenido lugar en otros muchos pasajes dada "die Inkonzistenz der Kompilatoren in Ansehung ihrer Interpolationen". ¿Qué sentido tiene la interpolación de algunos pasajes para dejar intactos otros que tratan igualmente de la citación privada a juicio? La más clásica *in ius* haría referencia propiamente a la asociación de

en torno a una fórmula, pero ello no impide reconocer igualmente un procedimiento en el que para las partes se puedan seguir consecuencias gravosas que no dependen de la voluntad de las mismas, que quedan relegadas a un papel secundario en una tramitación ya cognitoria¹³. Es por ello que la imposición de *litis sumptus* en el texto, la cual se liga a una concreta actuación procesal como es la forma privada de citación del demandado, permiten apoyar la concepción de un procedimiento mucho más flexible en el que la temeridad con la que tal citación se ha practicado justifica su imposición al *vocans*, todo ello en el marco de las amplias facultades de sanción que, con ciertos tintes administrativos, vienen a denotar una oficialización en la tramitación del proceso.

Desde el punto de vista técnico, BOYE, siguiendo a otros autores, se inclina por considerar la naturaleza jurídica de la citación, que el autor identifica con la *denuntiatio*, como semi-oficial y, por consiguiente, adscribe el fragmento ulpiano desde el punto de vista del procedimiento al que se está refiriendo al sistema de la cognición oficial¹⁴. Con independencia de cuál

este acto privado con la intervención pretoria en el proceso, llamada precisamente fase *in iure*, mientras que cuando puede constatarse una pérdida de la bipartición precedente y una asunción plena del deber de resolver la contienda por parte del magistrado, el jurista, al ocuparse del inicio del proceso, ya no siente la necesidad de emplearse con tanto tecnicismo e intercambia por consiguiente las expresiones *in iudicium* o *in ius* para centrar toda su atención en el modo privado de incoar el procedimiento con independencia de ante quién ello tenga lugar. Es así cómo no veo dificultad alguna en acoger la genuinidad de la expresión *in iudicium* en pasajes por lo demás procedentes de juristas de los siglos II y III d.C. Así podría verse el sentido que tiene la expresión *iudicium* en este período como conjunto de actuaciones procedimentales tendentes a un fin que comienza como es natural con la citación al demandado: "in den nachklassischen Quellen hat *iudicium* wohl geradezu den Sinn von gerichtlichen Verfahren, Prozeß als der Summe der auf ein einheitliches Ziel angelegten prozessualen Tatbestände". Vid. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹ (Graz 1971) s.v. "*iudicium*" 295.

¹³ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 340. También, MURGA, *La "addictio" del gobernador...*, cit., 173 s. pone de relieve cómo una tramitación al modo cognitorio potencia la intervención de la autoridad política en el proceso, pudiéndose derivar de la conducta de los litigantes ciertas sanciones ignotas, pero a las que nosotros podemos asociar perfectamente la imposición de costas fundada en la citación temeraria.

¹⁴ WEIB, "*Recitatio*" und "*responsum*" im römischen Provinzialprozeß, ein Beitrag zum Gerichtsgebrauch, en ZSS 33 (1912) 238; WLISSAK, *Zum römischen*, cit., 37 n. 5; BOYE, *La "denuntiatio"*, cit., 109 n. 4; WENGER, *Institutionen*, cit., 263 s., en especial n. 14; FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969) 244 s; SIMSHÄUSER, *Iuridici und*, cit., 19; y KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 476 n. 40.

sea el tipo de procedimiento, no se pueden formular, a mi juicio, objeciones en relación con la claridad del texto, no sólo por la referencia a la *in iudicium <ius> vocatio*, conocida ya en el procedimiento arcaico, sino porque, como ya he puesto de relieve, la obra de la que se ha tomado el pasaje, dedicada al *officium proconsulis*, no deja dudas en torno a su vinculación con una aplicación del procedimiento en provincias. Por ello, el carácter semi-oficial de la citación es una aseveración que se sustenta en la forma cognitoria de citación en que consiste la *denuntiatio*¹⁵, que se presenta más bien como una nueva denominación para la antigua *in ius vocatio* del proceso del *ordo*, del que conserva su carácter esencialmente privado¹⁶; y en la referencia en el fragmento a algo tan extraño en la tradicional citación del demandado como es ese *viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportere*, pero que, sin embargo, bien puede explicarse en un procedimiento probablemente menos rígido como el provincial¹⁷, que aunque pudiera conducirse

¹⁵ HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, cit. s.v. "denuntiare" 135 s. y KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 472 s.

¹⁶ No obstante las objeciones de KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 472 n. 5. Seguimos así a FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario*, cit., 245 n. 11. No es propiamente una *litis denuntiatio* postclásica, pues ésta requiere con carácter previo la *postulatio* ante la autoridad judicial, de modo que la temeridad en orden a la citación se aprecia ya inicialmente antes de que ésta se verifique. Vid. así FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario*, cit., 296 ss.

¹⁷ En este sentido, BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians*, cit., 296 s. señala cómo "die Teilnahme der Behörde an der Einleitung des Prozesses und die aus einer Nichtbeachtung dieser Bestätigung entstandene *contumacia*, kann nur auf dem Boden der Provinzen erwachsen sein", del mismo modo que en 350 ss. habla de una "Verstaatlichung des provinziellen Formelprozesses". DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 341 apunta cómo las fórmulas, si bien subsistentes, se degradaron lentamente para constituir meras instrucciones del gobernador a los jueces no elegidos por las partes, sino delegados para la resolución de la controversia. También KASER, *Gli inizi della*, cit., 192 ss. [*Ausgewählte*, cit., 522 ss.] habla, en relación al proceso formulario en provincias, de "una degenerazione che lo ha avvicinato al processo *per cognitionem* ed ha portato ad un *livellamento dei due tipi di procedura*" y SEIDL, *Ein Papyrusfund...* cit. 355 califica el proceso provincial frente al proceso del *ordo iudiciorum* como "elastischer und weniger formaljuristisch". Asimismo SIMSHÄUSER, *Iuridici und*, cit., 12 s. pone de relieve la adulteración y deformación que experimenta la aplicación del procedimiento formulario en provincias en la medida en que se oficializa, eliminando o alterando notablemente los tres elementos sobre los que descansaba el proceso del *ordo*, esto es, la designación de un juez privado elegido por las partes, la cooperación de los litigantes en la fijación de los términos de la controversia y el modo privado de citación. Similar planteamiento ofrece,

apoyado en el *ius edicendi* de los gobernadores de provincias¹⁸, permitiría incluso acumular pretensiones en algunos casos que en el formulario ordinario deberían seguir inevitablemente cauces separados, lo que justificaría esta reacción contra el *vocans* fundada en la citación temeraria que ha practicado, de igual modo que la coacción magistradual puede incluso surgir en la órbita del proceso cognitorio a través de una forma privada de citación frente al que no comparece voluntariamente (*denuntiatio ex auctoritate*). Pero al mismo tiempo se muestra como un procedimiento más oficialista, tendente a la asimilación con el sistema de la *cognitio extra ordinem*, por las amplias facultades jurisdiccionales de los magistrados provinciales resultantes de la ausencia de un proceso bipartito¹⁹, puesto que, como bien señalaba SIBER, el procedimiento civil ordinario "mit privaten Spruchrichtern war niemals angewandt"²⁰. Todas estas aseveraciones formuladas ni siquiera son incompatibles con reconocer aún la vigencia de un procedimiento formulario en provincias, máxime en aquellas confiadas a *proconsules*, puesto que los primeros pasos hacia la vulgarización en el modo de canalizarse las pretensiones privadas se reconducen a la atenuación del rigor originario de la *in ius vocatio*,

al analizar el concepto de *iurisdictio*, PEPPE, *Sulla giurisdizione "in populos liberos"*. *Del governatore provinciale al tempo di Cicerone* (Milano 1988) 30.

¹⁸ Gai. 1, 6. Sobre las peculiaridades del edicto provincial señala VON VELSEN, *Das "edictum provinciale" des Gaius*, en *ZSS* 21 (1900) 80, que se reducirían a una pequeña parte, reproduciendo en su mayor parte el del Pretor urbano; KIPP, *PWRE* 5.2 s.v. "edictum" (1905) 1943, pone de relieve cómo el contenido mayoritario del edicto provincial respondería al del Pretor peregrino, "da die Beteiligung der Peregrinen an den Rechtsfällen der Provinzialjurisdiction natürlich stark war", sin que ello pueda confundirse con una absoluta identificación de contenido, "da in Provinzen zahlreiche römische Bürger lebten, die auch unter sich in Konflikt kommen konnten"; y BUCKLAND, *L'edictum provinciale*... cit. 86 señala que "les édits provinciaux de la République ne s'occupaient pas des divers droits privés des *peregrini*", sino que, además de contemplar reglas en orden a la administración de las provincias, reproducían "avec quelques changements de détail" el contenido del edicto del Pretor urbano. También, las leyes municipales hacían constantes reenvíos a la forma de tramitarse los litigios en Roma, que debía ser fácilmente conocido a través de los edictos de los gobernadores de provincias, como apunta LAMBERTI, "Tabulae irnitanae". *Municipalità e "ius romanorum"* (Napoli 1993) 146 s.

¹⁹ D. 1, 18, 12 (*Proc. 4 epist.*). Vid. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 338 ss.; KASER, *Gli inizi della*, cit., 171 [*Ausgewählte*, cit. 501]; E. VALINO, *El comentario de Gayo*, cit., 12; y ARIAS BONET, *La "iurisdictio"*, cit., 243 s. Admitiendo que la sentencia en el proceso cognitorio pueda contener pronunciamiento sobre *sumptus litis*, vid. KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 496.

²⁰ SIBER, *Römisches Verfassungsrecht*, cit., 336.

progresivamente mitigado hasta su plena substitución por el *vadimonium*²¹ y, por qué no, aderezado con la imposición de ciertos gastos a quienes muestran temeridad y mala fe en el hecho de incoar un litigio, exteriorizándose así una concepción enormemente autoritaria de la administración de justicia, similar a la que ofrecen los ordenamientos modernos, que restringe la libertad de las partes y del juez para reglamentar con extremo cuidado cuál es el comportamiento procesal que las partes deben mantener en el curso del proceso. No sería, por otra parte, la primera vez en la que el entorno de la *in ius vocatio* sufre este intervencionismo magistradual por parte de los titulares de la jurisdicción municipal mediante la imposición de una multa, ante la imposibilidad de tales magistrados de conceder un *iudicium* penal para el caso de incomparecencia del *vocatus*²², como así resulta de este texto vinculado al procedimiento cognitorio²³:

D. 2, 5, 2, 1 (Paul. I ad. edictum): *si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a [competenti iudice] <duoviro> multa pro iurisdictione [iudicis] <eius> damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit.*

²¹ KASER, *Gli inizi della*, cit., 194 [*Ausgewählte*, cit., 524], posiblemente también extendido a las provincias, como pone de relieve BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians...* cit. 337, además de las peculiaridades que reviste el *vadimonium Romanum faciendum*, que nos refiere, para el caso de incompetencia de jurisdicción de los magistrados municipales, DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio 2 El edicto de competencia jurisdiccional* (Santiago de Compostela 1993) 54 ss. En conexión con la problemática planteada en las notas iniciales, la regulación que del *vadimonium* nos ofrece la *lex Irnitana* opera como un testimonio más de la aplicación del procedimiento formulario en provincias, la cual se sobreentiende, como declara SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale à la lumière de la "lex Irnitana"*, en *RHD* 67 (1989) 623 ss.

²² La indicación gayana *eum qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto pretoris committere* (Gai. 4, 183) tiene que ver con la *in ius vocatio* urbana, no la municipal. Vid. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio 2*, cit., 30 y *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio 3 Palíngenesia y reconstrucción* (Santiago de Compostela 1995) 25 s. y 29.

²³ LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, en *ZSS* 4 (1881) 21 s. [*Gesammelte Schriften* 1 (Napoli 1990) 287 s.]; BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians*, cit., 348; KASER, *Die Jurisdiktion der kurlischen Ädilen*, en *Mélanges Meylan* 1 (Laussane 1963) 179 [*Ausgewählte Schriften* 2 (Napoli 1976) 485]; y DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio 2*, cit., 62 n. 162; 78; y *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio 3*, cit., 24 ss.

Ni tampoco puede desconocerse cómo sea precisamente el sistema de citación del demandado el que más rápidamente exteriorice ciertas diferencias en relación al vigente en el procedimiento formulario urbano, de modo que al carácter completamente privado de la *in ius vocatio* podría haberle seguido una citación semi-oficial, que, en palabras de PUGLIESE, "non era incompatibile con la struttura del processo formulare"²⁴.

De ahí que en relación con el medio procesal concreto para la exigibilidad de tales *litis sumptus*, en torno a lo cual Ulpiano guarda silencio, CHIOVENDA se inclina por el ejercicio de una acción *in factum* o quizá más probablemente por el entablamiento de una reclamación general encauzada a través de la *cognitio extra ordinem*²⁵ en un momento en el que incluso las provincias senatoriales habrían quedado despojadas de las vicisitudes del *agere per formulas*²⁶. Además de los argumentos ya hechos valer en cuanto a la idiosincrasia de un fragmento dedicado al estudio de una de las magistraturas provinciales, a la que corresponde la administración de la justicia²⁷, debe resaltarse cómo ahora no se hace necesario consultar al jurista sobre cuál es el recurso más adecuado de entre los que se contienen en el edicto que rige en provincias, pues sólo una aplicación del procedimiento formulario, si se quiere menos rigurosa que la que se pone en práctica en la *Urbs*, hubiera casado con el mantenimiento de la mención a la *in ius vocatio*. La

²⁴ PUGLIESE, *Figure processuali*, cit., 406 [*Scritti giuridici*, cit., 70].

²⁵ Vid. CHIOVENDA, *La condena en costas*, traducción española de la 1ª edición (Madrid 1928) 65 n. 2. Otros pasajes parecen testimoniar asimismo la procedencia de acciones *in factum* como instrumento para exigir indemnización, tales como D. 50, 5, 1, 1 (*Ulp. 2 opin.*); PS. 5, 37; C. 10, 69, 1; C. 5, 62, 14, 1; y C. 10, 32, 2. Vid. CHIOVENDA, *La condena*, cit., 68 ss. y LAURIA, "Calumnia", en *Studi e ricordi* (Napoli 1983) 275. También, en el ejercicio de la jurisdicción del procónsul conviene considerar lo contenido en D. 1, 16, 9, 4 (*Ulp. 1 de off. procons.*) *ne forte dum honori postulantium datur vel improbitati ceditur*, que contempla el deber de atajar la conducta maliciosa (*improbitas*) de los accionantes, así como relevante es también, en el ámbito competencial del *praeses provinciae* el que *ne potentiores viri humiliores iniuriis adficiant* de D. 1, 18, 6, 2 (*Ulp. 1 opin.*).

²⁶ BALOGH, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians...*, cit., 316 s.

²⁷ D. 1, 16, 7, 2 (*Ulp. 2 de off. procons.*): *cum plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent* y D. 1, 18, 10 (*Hermog. 2 iuris epit.*): *ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi vel praefectus praetorio itemque consules et praetores ceterique Romae cognoscunt, correctorum et praesidum provinciarum est notio.*

flexibilidad de este singular procedimiento bien puede confundirse con la ausencia de tipicidad característica del procedimiento cognitorio, en el que el derecho de accionar es concebido ahora como general frente al antiguo *agere per formulas* fundado en la anualidad del edicto pretorio²⁸.

4. *En torno a la clasicidad de D. 5, 1, 79 pr. (Ulp. 5 de off. procons.)*

Del fragmento a nosotros llegado destacan ciertos aspectos que, además de permitir especular en torno al carácter formulario o cognitorio del procedimiento en él tratado, como ya he apuntado previamente, pueden servir como criterio para determinar su carácter clásico o postclásico. El habernos inclinado por el procedimiento formulario condiciona la premisa lógica que sostiene asimismo su carácter de clásico. Sólo una apuesta por el procedimiento cognitorio y no en todo caso podría inclinar la balanza hacia las nuevas orientaciones del *ius novum*.

Examinando detenidamente el testimonio ulpiano presente dentro de la rúbrica dedicada al lugar en el que se debe demandar o ser demandado trata aisladamente Ulpiano de las consecuencias de la citación a juicio del demandado por parte del demandante cuando ésta tiene lugar temerariamente. Ya hemos venido insistiendo cómo la expresión interpolada *in iudi-*

²⁸ De ahí que D'ORS, *Derecho*, cit., 166 señale que "un campo importante para el nuevo procedimiento cognitorio es el de las provincias, donde nunca parece haberse utilizado el procedimiento formulario". Con anterioridad, expresaban los D'ORS, *Lex Irnitana (Texto bilingüe)* (Santiago de Compostela 1988) 68 n. 82 sus dudas en torno a la aplicación del procedimiento formulario en provincias, pese a la mención del contenido del edicto provincial que refiere el capítulo 85 *magistratus ut in publico habeant album eius qui provinciam optinebit, exque eo ius dicant* de la *Lex Irnitana*, la cual en consonancia con otras leyes municipales halladas en la Bética, acredita la existencia de un texto unitario común que serviría de fundamento a los diversos ordenamientos municipales. Así puede verse también en SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale*, cit., 620 y 641 ss.; *recensión* a JULIÁN GONZÁLEZ, en *ZSS* 107 (1990) 543 s. y 556; y *Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der "lex Irnitana"*, en *ZSS* 109 (1992) 163 ss. y 173 s., quien, sin embargo, rechaza que tal texto unitario pueda ser una ley comicial, sino que se verificaría "durch eine kaiserliche rechtsetzende Maßnahme (insbes. durch ein Edikt, vielleicht auch durch *decretum* oder auf entsprechendes *iussum*) Domitians". En cambio, por la vigencia del procedimiento formulario en el ámbito de la jurisdicción municipal se muestra SIMSHÄUSER, *Jurisdiction municipale*, cit., 622 ss. y 638 s.; y *recensión* a JULIÁN GONZÁLEZ, cit., 556.

cium <ius> vocasse no obsta para identificarla con el modo privado de citación propio del procedimiento formulario y que viene regulado en diversas rúbricas subsiguientes desde D. 2, 4 (*de in ius vocando*), siendo su principal característica el ya apuntado carácter privado de la citación en un proceso que se desenvuelve a impulso de los propios contendientes, como bien nos enseña Gayo en el siguiente pasaje de sus *Instituciones*²⁹:

Gai. 4, 183: *In summa sciendum est eum, qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere...*

Lo que resulta extraño a tal modo de citación es la obligación de *reddere* relativa a una serie de gastos de diversa procedencia únicamente condicionados a la acreditación de un comportamiento temerario del demandante en el hecho de iniciar el proceso³⁰. En esta medida, la mención del deber de restituir al demandado tales gastos surgidos a consecuencia del proceso podría tenerse por una interpolación llevada a efecto sobre un texto clásico³¹, ya que en el procedimiento formulario la reclamación de gastos judiciales tan sólo podría verificarse a través de otro proceso ulterior a resultados de la conducta temeraria del actor. Pero esto sería así bajo la jurisdicción del Pretor urbano. En este sentido, como al inicio señalaba, el Pretor se habría ser-

²⁹ Cfr. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano: il processo civile 2* (Torino 1913) 88 ss.; LUZZATTO, *Procedura civile romana 2 Le "legis actiones"* (Bologna 1948) 11 ss. e *Il problema d'origine del processo "extra ordinem" 1 Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori* (Bologna 1965) 76; WESENER, *PWRE* 9 A-1 s.v. "*vocatio in ius*" (1961) 685 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile romano 1 Le "legis actiones"* (Roma 1961) 37 s. y 2 *il processo formulare 1* (Milano 1963) 370 ss.; SCHERILLO, *Corso di istituzioni di diritto romano 2 Il processo* (Milano) 103; BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti* (Milano 1973) 57; GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia...*, cit., 17; y KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 472.

³⁰ El término debe entenderse como sinónimo de "imprudente" o "con precipitación", tal como resulta del sentido que tiene también esta expresión en tantos y tantos pasajes, limitándome al Digesto como botón de muestra a D. 4, 3, 1, 4 (*Ulp. 11 ad edictum*); D. 4, 8, 41 (*Call. 1 ed. monit.*); D. 5, 3, 40 pr. (*Paul. 20 ad edictum*); D. 19, 1, 13, 3 (*Ulp. 32 ad edictum*); D. 22, 5, 3, 6 (*Call. 4 de cogn.*); D. 24, 2, 6 (*Iul. 62 dig.*); D. 24, 3, 58 (*Mod. L.S. de heuemat.*); D. 26, 2, 17, 1 (*Ulp. 35 ad edictum*); D. 27, 2, 3, 4 (*Ulp. 1 de omn. trib.*); D. 27, 10, 6 (*Ulp. 1 de omn. trib.*); D. 29, 2, 57, 1 (*Gai. 23 ad edictum prov.*).

³¹ Cfr. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana* (Milano 1960) 142 n. 136, contemplando el sentir de otros autores aquí ya referidos por lo que a la interpolación de la expresión *in iudicium* se refiere.

vido de diversos expedientes complementarios de un litigio principal como es el caso del *iudicium calumniae*, probablemente ventilado ante el mismo juez que conoce de la causa principal si ésta se frustra para el actor, o como son en mayor medida las *actiones ex stipulatu*, que emanan de las cauciones que el Pretor suele imponer recíprocamente a ambos litigantes para garantizar la buena marcha del proceso de acuerdo con los criterios que él prevé en su edicto. Sin embargo, como hemos venido poniendo de relieve, la obra de la que proviene el pasaje (*de officio proconsulis*) nos sitúa inevitablemente en el ámbito del peculiar procedimiento que debió tener lugar en provincias, probablemente una modalidad de procedimiento formulario en la que seguía siendo decisiva la actividad de las partes para dar impulso al proceso, pero tal singularidad procedimental, concretada en el abandono de los rígidos esquemas que caracterizaban la actividad encauzadora del Pretor, nada presupone a propósito de la postclasicidad del texto ni la ausencia de bipartición en el ámbito de la jurisdicción de los magistrados municipales permite confirmar tal aseveración en la medida en que el procedimiento cognitorio, si bien generalizado ciertamente en el período postclásico, cuenta con aplicaciones ya en época clásica, conviviendo incluso con el procedimiento formulario. De ahí que la doctrina dominante asocie D. 5, 1, 79 pr. (*Ulp. 5 de off. procons.*) con el sistema de la cognición oficial³², aun cuando las principales dificultades para mantener tal afirmación se hallan en el modo de citación del demandado que nos presenta el fragmento, que difiere notablemente de la *evocatio* más propia del procedimiento cognitorio³³. Es por ello que la ausencia de referencia a tal *evocatio* y la mención, en su lugar, de un *in ius vocasse*, haga pensar en un texto esencialmente clásico alusivo a un procedimiento peculiar, de aplicación en provincias que, si bien cercano al nuevo cognitorio, no rompe plenamente con los moldes procedimentales vigentes en Roma. No me parece pensable que, aisladamente en este frag-

³² Cfr. KUBLER, *PWRE* 4 A-1 s.v. "Strafgelder" (1931) 161; WENCER, *Institutionen...*, cit., 324 n. 16; y KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 476.

³³ Efectivamente, concluye FERRARI, *NNDI* 3 s.v. "citazione" (*diritto romano*) (1959) 291 cómo la *in ius vocatio* "consisteva in un invito formale rivolto dall'attore al convenuto a presentarsi *in ius* davanti al magistrato per la soluzione di una determinata controversia giuridica", tal como aparece descrito en el fragmento reportado. También, cfr. sobre la evolución de los sistemas de citación en juicio BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß 3 cognitiones* (Bonn 1866) 233 ss. y KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 472 ss.

mento, la condena en costas constituya una interpolación acometida sobre un pasaje esencialmente clásico, sino expresión misma de las amplísimas funciones que ostentaba el gobernador de provincias en orden a la administración de justicia.

También conviene subrayar cómo la indemnización que debe afrontar el demandante obedece al hecho de haber incurrido en un comportamiento imprudente en lo que a la citación del demandado se refiere. El texto recoge así el deber de indemnizar tanto gastos extraprocesales (*viatica*), aunque sin duda generados sobre la base de la existencia de un proceso, como serían los gastos de viaje para cumplir con la comparecencia, como aquellos estrictamente judiciales (*sumptus litis*), que más bien representarían una burocratización de la administración de justicia en provincias, que culmina con su aproximación al sistema de la cognición oficial, donde la *iurisdictio* de los magistrados adquiere un inusitado vuelo consistente en la asunción de facultades tendentes a la resolución de la causa por sentencia. De este modo, no resulta complicado entrever que la referencia a tal condena en costas muestra ese monopolio jurisdiccional que ejerce el gobernador de provincias, que no limita su actuar a la instrucción del procedimiento, sino que ante él tiene lugar la recepción de las pruebas, el pronunciamiento de la sentencia y el seguimiento de medidas represoras de la conducta temeraria procesal acometida, en el pasaje que nos ocupa, por el actor, concebida así la atribución de costas procesales más como una consecuencia de la función administrativa del magistrado provincial que como un pedimento de parte fundado en la lesión que deriva de una citación judicial temeraria. De este modo se hace patente la combinación a propósito de un mismo proceso de instrumentos jurídicos atribuidos al magistrado tanto como reconocimiento de su actividad jurisdiccional, concretada en el *ius edicendi*, como expresión de su *imperium*, al que también recurre para asegurar la buena marcha del litigio. Por consiguiente, no hacía falta introducir interpolación alguna, retocando e incorporando al tenor de pasajes clásicos nuevas concepciones ya imperantes en tales tiempos y acordes en definitiva con una dimensión pública del proceso y de lo que en esencia constituye su tramitación, pues las peculiaridades de la actividad magistradual en provincias ya lo hacía posible. Frente a la flexibilidad que proporcionaría una peculiar redacción de las fórmulas, en Roma la exigencia de tales gastos durante la vigencia del procedimiento formulario tan sólo podría haberse articulado sobre la base de los recursos procesales anteriormente señalados y sólo en la medida en que el

proceder del demandante pueda calificarse de calumnioso (*agere calumniae gratia*), que en modo alguno podrían acumularse al litigio principal, sino desde la óptica de una *praescriptio* formulada por el demandado, reservándose para un futuro el ejercicio de los instrumentos sancionadores de la conducta calumniosa en el propio litigio principal. En este orden de cosas, señala FERNÁNDEZ BARREIRO cómo no resulta posible exigir al demandante una responsabilidad patrimonial por el hecho de conducirse temerariamente en orden a la citación al demandado, ya que con independencia de su imprudencia, dicha citación seguiría siendo eficaz. Sólo en un litigio posterior y a través de una acción *in factum* podría obtenerse una indemnización sobre la base de la conducta desplegada por el demandante³⁴. De este modo, el ejercicio de acciones de tal naturaleza responde a su función tradicional dentro del edicto, represora de aquellas conductas que tienen en el dolo su misma razón de ser, con lo que en este caso concreto, más que de costas judiciales, que presupondría una administración de justicia ciertamente burocratizada, hay que hablar de gastos, que responden a un deber de indemnizar y, por consiguiente, exigibles a la contraparte con ocasión de su temeraria conducta procesal y a las que se asocia el genitivo *litis* en la medida en que han surgido con ocasión de un proceso, quedando todavía alejada la concepción moderna de los gastos litigiosos así como la preeminencia del criterio objetivo dirigido a su exigencia a todo vencido. Cúal sea esta acción *in factum*, en plena vigencia del procedimiento formulario, condicionada a la conducta temeraria del *vocans* en el hecho de citar a su adversario procesal, permanece todavía en la más profunda obscuridad. Si no hay dudas en torno a los re-

³⁴ En este sentido, subraya FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario...*, cit., 95 ss. y "*Dilatio litis propter instrumenta*", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 114 n. 3, en relación con la falta de *editio* extraprocesal por parte del demandante, cómo el *vocatus* podría servirse tras su comparecencia de una acción *in factum*, concordando CHIOVENDA en idéntico recurso cuando se trata de reclamar los gastos que derivan de una temeraria citación del demandado en D. 5, 1, 79 pr. (*Ulp. 5 de off. procons.*). Vid. igualmente WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit* 1 (Wien-Leipzig 1924) 72 ss.; WENGER, *Institutionen*, cit., 91; con ciertas dudas, KASER, *Die Jurisdiktion*, cit., 180 [*Ausgewählte*, cit., 486] ("viel fragwürdiger"); LEMOSSE, "*Editio actionis*" et *procédure formulaire*, en *Labeo* 21 (1975) 48 [*Études romanistiques, Annales de la Faculté de Droit et de Science politique* 26 (1990) 392]; GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia*, cit., 27 y *Las sanciones pretorias en la fase inicial del proceso*, en *REHJ* 13 (1989-1990) 18; y KASER-HACKL, *Das römische*, cit., 220 ss.

curios que el edicto ofrece al *vocatus* frente al *vocans* contenidos en diversos pasajes³⁵, sí se puede constatar que la conducta temeraria que describe D. 5, 1, 79 pr. (*Ulp. 5 de off. procons.*) tiene carácter aislado y su ubicación es del todo punto asistemática. Debe excluirse que sea la propia *actio calumniae*, que poco tiene que ver con el trámite de la citación para circunscribir su estricto campo de aplicación a los supuestos en los que el *animus vexandi* del demandante puede deducirse de la absolución del demandado en el litigio principal. De ahí que ante la ausencia de un recurso típico pudiera hacerse uso en este supuesto de la *actio de dolo*, fundada en la premisa *si alia actio non erit*.

Las observaciones verificadas hasta ahora permiten hacer patente la lenta evolución de las distintas categorías jurídicas por obra de la labor creadora de los juriconsultos romanos, que evidencia en gran medida su profundo talante conservador. Ello se habría traducido en la larga vigencia del método tradicional de citación ya conocido en los tiempos de las acciones de la ley y el mantenimiento del criterio subjetivo como desencadenante de la responsabilidad patrimonial derivada del proceso, fundada precisamente en el comportamiento temerario o la conducta emulativa en el uso del proceso, como antecedente de lo que constituirá el criterio del *ius novum*, que no oculta su predilección por el criterio objetivo de imposición de unas auténticas costas procesales fundadas en el solo hecho del vencimiento.

Valencia

A. VALIÑO

³⁵ Diversos pueden ser los presupuestos que motiven una sanción contra el *vocans* en relación con la *in ius vocatio* tales como la citación cumplida en día inhábil, en lugar inadecuado o sin la previa autorización del Pretor; o, incluso, omitiendo el deber de llevar a cabo la *editio actionis* extra-procesal. Cfr. al respecto, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario*, cit., 95 ss. y GONZÁLEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia*, cit., 23 ss.