

## LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL SISTEMA DE LAS LEGIS ACCIONES

**Alfonso Agudo Ruiz**

*Universidad de La Rioja*

*RESUMEN: El objetivo del presente estudio es el análisis de aquellos casos en que no era posible, material o jurídicamente, la presencia personal de alguna de las partes en las actuaciones procesales, constituyendo una excepción a la regla de la inadmisibilidad de la representación directa en el procedimiento de las legis acciones, según las noticias que nos suministra Justiniano en sus Instituciones (4,10 pr.). Igualmente, hemos abordado la polémica cuestión doctrinal de sí el cognitor existía ya en el primer procedimiento que conoció Roma, tal como nosotros sostenemos y, en su caso, su ámbito de actuación.*

*ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the cases in which the personal presence of one of the parties in the trial was not physical or juridically possible, which is an exception to the rule of the irreceivability of the direct representation in the procedure of the legis acciones as shown by Iustinian in the Institutions (4,10 pr.). We also deal with the polemical doctrinal subject of the existence of the cognitor in the first procedure used in Rome, such as we maintain, as well as the scope of operation.*

I. Distinto de los jurisconsultos, abogados u oradores que realizan funciones de asesoramiento o defensa de las partes en la contienda judicial, es la labor del representante de las mismas cuya actuación supone una aplicación al proceso, serie de actos sucesivos necesarios para la defensa legítima de los derechos, de la teoría general de la representación en los negocios jurídicos.

En la dogmática civil y procesal moderna, suele distinguirse dos clases de representación: la representación directa, inmediata o perfecta y la indirecta, mediata o imperfecta. Se entiende por representación directa aquella en la que los efectos de los actos jurídicos, negocios o procesos realizados por el representante, constanding su condición de tal, se transmiten directa e inmediatamente al representado hasta el punto de que se considera que quien realiza el negocio o el proceso es el *dominus negotii* o *dominus litis*. Por el contrario, se llama representación indirecta aquella en donde los efectos se dan exclusivamente a favor y en contra del representante, pero éste, en virtud de la relación jurídica preexistente con su representado, está obligado a transmitir o trasladar los efectos jurídicos a la persona por cuenta de la cual o en cuyo interés actúa. En el primer caso, se dice que el representante obra por cuenta y en nombre del representado; en el segundo, por cuenta del representado y en nombre propio.

Premisa del derecho moderno es el principio general de admisión de la representación, tanto la directa como la indirecta, siendo excepcionales los casos de su inadmisibilidad. Distinta es la posición del Derecho romano que, al menos inicialmente, no admitió la representación directa: *per extraneam (o liberam) personam non acquiritur; per extraneam (o liberam) personam nihil acquiri potest*<sup>1</sup>.

Arias Ramos<sup>2</sup> resume así las varias causas que se han apuntado para explicar esta carencia. Unas de índole teórica o doctrinal: repugnancia de la mentalidad romana, por su acendrado sentimiento de dignidad personal, a admitir que la actividad de una persona aprovechase a otra; el particular concepto de la obligación contractual romana como un vínculo exclusivo entre los que contratan; el formalismo de los modos de obligarse en el antiguo Derecho romano incompatible con la representación. Otras explicaciones miran más bien a circunstancias de ambiente social que determinaron el que no se sintiesen en Roma las necesidades o dificultades que la representación satisface o soluciona. La organización familiar, los medios auxiliares de irradiación de su actividad que para los negocios del *pater familias* suponían hijos, esclavos y personas *in mancipio*; la sencillez de la economía y el comercio primitivos; el uso frecuentísimo del *nuntius*; son motivos de ordinario recordados para explicar lo que se ha llamado el principio romano de la no representación.

Unánimemente la doctrina romanística afirma que durante el período de vigencia del procedimiento de las *legis actiones* las partes habían de comparecer personalmente y desarrollar su respectiva actividad judicial, tanto ante el magistrado como ante el juez, por lo que quedaba excluida la posibilidad de actuar a través de un representante.

Ningún texto del período de las *legis actiones* ofrece información sobre este punto, por lo que es necesario acudir a fuentes de época posterior, en particular a los manuales de derecho romano escritos en época clásica o postclásica que, tratando la institución de la representación procesal, aborden su introducción histórica en el período de las *legis actiones*.

Gayo, único jurista que nos ha explicado detalladamente la representación, reconoce en sus Instituciones que tal posibilidad de litigar *nomine alieno* no era lícita en tiempos de las viejas acciones:

4. 82: *Cum olim, quo tempore legis actiones in uso fuissent, alieno nomine agere non liceret...*

El principio es confirmado por Ulpiano en su libro XIV *ad edictum* dedicado a los testamentos inoficiosos y a la *querela inofficiosi testamenti*:

D. 50. 17. 123 pr. (Ulpianus, XIV ad edictum): *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

1. Las fuentes romanas carecen de término técnico, no ya para designar la representación directa, sino que falta también en ellas una expresión comprensiva de las dos modalidades mencionadas. MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts* (Wien 1885) 1, afirma que el fenómeno y el concepto de la representación habría sido un producto del pensamiento jurídico moderno.

2. ARIAS RAMOS, La representación procesal en el Derecho Romano, en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, nº 28, 46.

Vemos, pues, como en las acciones de la ley se produce una identidad entre los sujetos de la relación jurídica sustancial y los de la relación jurídica procesal. Asume la cualidad de parte aquél que afirmaba ser titular de la relación jurídica sustancial deducida en juicio y fundamento de la demanda (actor) y aquél que se oponía frente a tal demanda (demandado). No existe ningún desplazamiento de la legitimación procesal.

No explica Gayo el por qué de esta imposibilidad. En opinión de Murga<sup>3</sup>, la razón habría que buscarla en la propia evolución del proceso romano. Todo el litigio no es en realidad más que una lenta transformación de la antigua lucha en donde las *vis* primitiva pasó con el tiempo, sin dejar de ser violenta, a convertirse en una “lucha reglada” con sus palabras fijas y sus gestos rituales. Finalmente aunque, con el paso de los siglos, esta vieja lucha ordálica se transforme procesalmente en un verdadero juicio, la arcaica base conceptual nunca superada de dos personas en lucha, actúa de tal modo como condicionante, que sigue siendo poco menos que inconcebible el imaginar que pueda acudir al litigio una persona distinta del interesado.

A pesar del rigor absoluto con el que Gayo presenta la imposibilidad *agere nomine alieno*, inesperadamente añade a continuación que no obstante en ciertos casos excepcionales, *praeterquam ex certis causis*<sup>4</sup>, se toleraba esta situación. A esas excepciones se refiere explícitamente un pasaje de las Instituciones de Justiniano<sup>5</sup>, seguramente relativo al proceso *per legis actiones*, aunque no se hace de ello mención alguna, y otro de la Paráfrasis de Teófilo, que recuerdan los casos: *pro populo, pro libertate, pro tutela* y *ex lege Hostilia*, todos ellos muy debatidos en la doctrina:

l. 4. 10 pr.: *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno.... cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cuius tutela essent...*

3. MURGA, Derecho Romano Clásico. El Proceso (Zaragoza 1983) 86.

4. KARLOWA, Der römische Civilprozess zur zeit der Legisactionen (Berlin 1872) 354, observa que con anterioridad a la lectura del manuscrito de Verona realizada por Studemund, se había aceptado que Gayo mencionaba dos excepciones: *nisi pro populo et libertatis causa*.

5. No creemos que se pueda compartir la conclusión de WIRBEL, Le cognitor (Paris 1911) 18 ss., de que el *agere nomine alieno* tiene en los dos textos un significado distinto. Coincide en su primera parte con Gayo 4.82: «*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno*». Además, el «*olim*» de l. 4.10 pr. equivale al «*olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent*» de Gayo 4.82.

Sobre las fuentes consultadas por los compiladores a fin de completar esa pequeña laguna de la obra gayana, FERRINI, Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano, Opere, II (Milano 1929) 413 y SCIALOJA, Procedimiento civil romano, trad. esp. de Sentis Melendo y Ayerra Redin (Buenos Aires 1954) 190, afirman que habría sido las *res cotidianae* del mismo Gayo. Cfr. ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 48 nt. 21, observa que no deja de haber una cierta contradicción entre tal conjetura y la afirmación del mismo Ferrini de que «*le res cotidianae di Gaio offrono una esposizione elementare del diritto privato, che si puo considerare como una nuova elaborazione delle Istituzioni, meno ricca di notizie storiche e di dettagli intorno a istituzioni antiquate, ma piú completa nella esposizione teorica del diritto vigente e nelle pratiche applicazioni*».

Para ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 48-49 y ALBANESE, Il processo privato romano delle legis actiones (Palermo 1993) 20 nt. 45, no cabe descartar algún manuscrito de su *Instituta* con variantes en la redacción respecto al de Verona.

Paraphr. 4. 10:..... *Scire oportet posse nos iudicio agere aut per nosmet ipsos, idest nostro nomine, aut per alios, idest alieno nomine. Et alieno nomine agimus, veluti ut procuratores tutores vel curatores: ex iure nimirum, quod hodie optinet. Olim enim in usu non erat alieno nomine agere, nisi ex certis causis; ut ecce pro populo quis litem inire poterat, aut pro libertate. Nam cum quis in possessione esset servitutis et in libertate proclamaret, non poterat ipse agere, ne forte, lite contestata, servus esse probaretur et fieret ut servus reapse cum domino ageret. Et ideo alius pro eo iudicium subibat, qui dicebatur adsertor. Item etiam pro tutela. Saepius enim fiebat, ut pupillus tutore indigeret et duo contenderent uter tutelam suscipere deberet. Patet alterutrum vincere debuisset. Qui itaque victus fuerat alieno nomine egisse videbatur, pro tutela nempe, quae ad eum non pertinebat, sicuti litis finis ostendit. Lex Hostilia permisit, ut si eorum, qui apud hostes essent vel qui reipublicae causa abessent, res ablatae estae essent, furti, qui vellet, ageret. Sed et si tutor fuissem pupilli, qui me apud hostes constituto reive publicae causa absente, furtum esset passus, aequae qui volebat, furti ei actio erat...<sup>6</sup>*

1) La representación “*pro populo*” no es explicada ni en las Instituciones de Justiniano ni en la Paráfrasis de Teófilo. Parece que se litigaba *pro populo* en todos aquellos casos en que se ejercitaban acciones en interés de la comunidad. Como afirma Murga<sup>7</sup>, claramente se comprende que, por pura necesidad material, en estos litigios en favor o en contra de la organización estatal, aunque ésta se encontrara todavía en el estado embrionario propio de los primeros siglos, no habría otro camino útil que la representación si se deseaba actuar procesalmente. Sin embargo, hemos de entender –no en vano están Gayo y Justiniano estudiando el *ordo iudiciorum privatorum*– que estos representantes no tenían que ser necesariamente los cónsules ni ningún otro magistrado cualificado, sino cualquier ciudadano que lo deseara, *qui volet ex populo*. En opinión de Karlowa<sup>8</sup>, «*Hanc ego rem populi esse aio*», o bien «*Aio te populo dare oportere*», según se tratase de una acción real o crediticia, sería la frase fundamental que en el desarrollo de la *legis actio in iure* pronunciaría el demandante.

Se litigaba *pro populo* en todos aquellos casos en los que cualquier ciudadano estaba legitimado para reclamar la multa con que se castigaba al contraventor de una ley. Esta legitimación abierta a cualquier ciudadano que quisiera litigar, *quicumque agere volet*, probablemente ideada a fin de estimular con ello el celo de los magistrados, era precisamente lo que convertía en populares a estas acciones. En tales supuestos, el particular actúa posiblemente como si lo hiciera en representación de la colectividad y la multa se pronuncia en provecho de ésta, aun cuando se otorgue al particular, como premio, una participación en ella. Es posible que se refieran a esta hipótesis algunas inscripciones en donde se puede comprobar que era posible ejecutar con carácter popular una vía ejecutiva, como la *manus iniectio* para reclamar la multa con la que se castigaba ciertas contravenciones en materia de policía como, por ejemplo, el depositar inmundicias en determinados lugares o bien el enterrar o hacer sacrificios funerarios en lugares sagrados, según nos informa la inscripción de Luceria<sup>9</sup>; o la *manus*

6. Traducción latina de LUZZATTO, *Procedura civile romana. Le legis actiones* (Bologna 1948) 275-276.

7. MURGA, *El Proceso*, cit., 87.

8. KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., 354.

9. GIRARD-SENN, *Textes de Droit Romain* (Paris 1967) nº 25.

*iniectio* y la *pignoris capio*, concedidas con fin semejante por el *Senatus Consultum de pago montano*<sup>10</sup>.

Otro caso en el que se ha visto un *agere pro populo*, es aquél en el que cualquier ciudadano ejercita una *legis actio sacramento in rem* para reivindicar en nombre e interés de la comunidad la propiedad de un bien público poseído indebidamente por otro ciudadano. La prueba de la existencia de esta *legis actio* parece haberse encontrado en un pasaje del gramático Festo, que en la voz *vindiciae* afirma que a veces *praetores secundum populum vindicias dicunt*. Puesto que con el término *vindiciae* venía indicada, siempre según Festo, el objeto controvertido y ya que el *dicere vindicias* significaba la atribución, por orden del pretor, de la posesión interina de la cosa misma a uno de los litigantes, se afirma que eran casos en los cuales tal atribución venía a favor del *populus romanus*.

Estamos, en terminología de Bruns<sup>11</sup>, ante verdaderas acciones procuratorias donde la situación del demandante como representante aparece más clara frente a las acciones populares propiamente dichas o en sentido estricto. En estas el ciudadano demanda en su propio nombre y por su propia cuenta; el actor acciona en interés del pueblo, pero no lo hace como procurador del pueblo. En ellas existe un interés personal lesionado que a su vez era colectivo ya que coincidía con el de otros muchos ciudadanos que hubieran podido igualmente ejercitar la acción. Se sigue en su tramitación el procedimiento privado ordinario, y el importe de la multa que reclama va a parar a su patrimonio particular.

En todo caso, no puede negarse que, como hizo notar Wenger<sup>12</sup>, que no cita en sus Istituzioni el caso *pro populo* entre las excepciones al principio de la no representación procesal en el sistema de las acciones de la ley, que nuestro conocimiento de estas cuestiones adolece todavía de algunas dudas. Para Murga<sup>13</sup>, si tal cosa sucedió realmente ya en la antigüedad, estaríamos ante el más remoto precedente histórico de unas acciones clásicas, que recibirían luego el nombre de acciones populares y que suponen toda una manera típicamente romana de concebir los deberes cívicos, al permitir que cualquier ciudadano pueda litigar haciendo realmente suyo el interés comunal.

2) La representación "*pro libertate*" es ilustrada en la Paráfrasis. Responde a la incapacidad del esclavo para actuar procesalmente ante los órganos jurisdiccionales, bien como actor, bien como demandado. Claramente se comprende que en todos los casos en los que fuera discutido si un hombre es libre o es esclavo, se hacía necesaria la pre-

10. RICCOBONO, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. SC. n.º 39 (Florentiae 1968) 272 ss.

11. BRUNS, *Die römischen Popularklagen*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 3 (1864) 241 ss. = *Kleinere Schriften*, vol. I (1881) 313 ss. Vid. también la traducción italiana de SCIALOJA, con prólogo y notas del traductor, en *AG*, 28, 166 ss. y 29, 279 ss. y después en su *Procedimiento civil romano*, cit., 472 ss.; FADDA, *L'azione popolare* (Roma 1894). Una sucinta exposición de lo esencial de la tesis de Bruns, y bibliografía sobre la materia, en COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (Roma 1918) 53 nt. 2. Son interesantes los más recientes estudios de CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, en *Labeo*, 1 (1955) 131 ss.; ID, *Studi sulla azioni popolari* (Napoli 1958); LOZANO CORBÍ, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona 1982).

12. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. de Orestano (Milano 1938) 83.

13. MURGA, *El Proceso*, cit., 87.

sencia de una tercera persona –*adsertor libertatis*– que le representase en la tramitación de la *causa liberalis*. La necesidad del *adsertor libertatis* viene impuesta tanto si se trata de una *vindicatio ex servitute in libertatem*, como si se trata de la *vindicatio ex libertate in servitutum*. En el primer caso, no presentándose ningún *adsertor*, aquél que de hecho es esclavo no tiene modo alguno de alegar las razones contrarias de su pretendida situación, por lo que el magistrado le consideraría *indefensus* y conserva su condición de esclavo; en el segundo caso, aquel que de hecho es libre, pero cuya condición viene discutida, se encontraría en la posición de *ductus* como consecuencia de la *vindicatio in servitutum*.

Como ha observado Arias Ramos<sup>14</sup>, en el aspecto doctrinal la situación del *adsertor* ofrece un matiz curioso, porque si su tesis resultaba victoriosa en el proceso, es obvio su papel de representante; pero si la *causa liberalis* se falla en contra suya, la idea de una representación se contradice con el carácter de objeto y no de sujeto de derecho que tiene el declarado esclavo y en cuyo nombre actuaba el *adsertor*. Sería entonces como un representante provisional de una persona presunta. Aunque la idea de la personalidad del *servus* desde el punto de vista del *ius naturale* podría resolver o suavizar la cuestión teórica.

Para el mencionado autor, la tarea representativa del *adsertor* comenzaba en momento distinto según que el estado en que de hecho viviese su representado fuese de esclavitud o de libertad. En el primer caso empezaba ya en el momento extrajudicial de la *in ius vocatio*; en el segundo caso en el acto *in iure* de proceder a la *contravindicatio in libertatem*, porque en la primera hipótesis el *adsertor* obraba como demandante y citaba a aquel que tenía como esclavo en su poder a su representado, mientras que en la segunda, el que pretendía tener el dominio sobre el hombre que de hecho vivía como libre obraba como demandante y, en cualquier lugar donde lo encontrase, podía forzar al que según él era esclavo a presentarse ante el magistrado para proceder a la *vindicatio in rem praesentem*.

En el derecho justiniano se admitió que el esclavo pueda actuar, en estas cuestiones, personalmente, ya sea como demandante ya sea como demandado; y que, en las *vindicaciones ex libertate in servitutum*, el libre cuyo estado esta en cuestión pueda defenderse por medio de un *procurator*<sup>15</sup>.

3) No es fácil saber a que caso pudo referirse el “*agere pro tutela* “. La única explicación que aparece en las fuentes corresponde a la suministrada por la Paráfrasis griega de las Instituciones:

4. 10 pr.: *Item etiam pro tutela. Saepius enim fiebat, ut pupillus tutore indigeret et duo contenderent uter tutelam suscipere deberet. Patet alterutrum vincere debuisse. Qui itaque victus fuerat alieno nomine egisse videbatur, pro tutela nempe, quae ad eum non pertinebat, sicuti litis finis ostendit.*

14. ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 51. Vid. también FERENCZY, L’«*Adsertor Libertatis*” nell’età della Repubblica romana arcaica, en *Studi in memoria di Donatuti*, vol. I (Milano 1973) 387 ss.

15. C. J. 7. 17. 1 (Imp. Iustinianus A. Memmae P.P.).

Para Teófilo se da un *agere pro tutela* cuando dos personas discuten entre sí sobre quién de ellos es el verdadero tutor del pupilo: aquél que pierde el litigio habría actuado *alieno nomine*, en cuanto que habría accionado sobre la base de una tutela que no le correspondía, habrá seguido un pleito *pro tutela* sin ser tutor<sup>16</sup>.

Descartada la interpretación de Teófilo, la opinión mayoritaria considera el *agere pro tutela* como la actuación del tutor en interés del pupilo<sup>17</sup>. Sin embargo, no han dejado de presentarse objeciones a tal interpretación<sup>18</sup>. En primer lugar, el tutor nunca litiga en nombre del pupilo sino en nombre propio y por sí mismo, como si fuese realmente el dueño de los bienes pupilares hasta el momento en que el tutelado salga de la tutela y él mismo deba rendir cuenta de su administración. Por otra parte, si ese fuese el caso no se diría *pro tutela* sino *pro pupilo* ya que sería exactamente el pupilo y no la tutela quien se encontraría bajo esa actuación procesal. Por último, de admitir la opinión mayoritaria, el *agere pro tutela* se constituiría en una excepción de las, a su vez, otras tres excepciones al principio de la no representación procesal en el sistema de las *legis actiones*, lo que parece encajar difícilmente en la idea común de legitimación popular que preside dichas excepciones.

16. SCIALOJA, Procedimiento civil romano, cit., 191 ss., ha dado la siguiente explicación, generalmente aceptada por la doctrina, al supuesto error de Teófilo: “ Existía, especialmente en el derecho justiniano, una *actio protutelae*, dada contra quien había gestionado como tutor, sin serlo verdaderamente, los asuntos del pupilo; o sea, contra el *falsus tutor*. No es improbable pues, que Teófilo, o quien fuese el autor de la Paráfrasis, al leer *pro tutela* en su fuente, hubiese evocado la *actio protutelae*, y como en ésta hay un *falsus tutor*, hubiera imaginado un caso en que compareciera un tutor que no fuera tal contra el verdadero tutor”. Scialoja ofrece otra explicación, muy hipotética, del posible error de Teófilo, relativa a una confusión con el *tutor praetorius*, de la que da noticia Gayo, 1.184: “ En tiempo de las *legis actiones* había un tutor nombrado expresamente para dar su *auctoritas* en favor del pupilo o de la mujer y contra el tutor; teníamos allí una *litis* de un tutor contra otro tutor; y acaso también esta reminiscencia de una *litis* entre dos tutores (y aquí, evidentemente, el tutor pretorio nombrado al efecto accionaba *alieno nomine* y el tutor ordinario lo hacía *suo nomine* ), puede haber dado lugar al error de Teófilo”.

BUONAMICI, La storia della procedura civile romana (Pisa 1886) (ed.anast. Roma 1971) 539, considera que se trata del tutor pretorio. Cfr. COSENTINO, Sul “pro tutela agere” di Inst. 4, 10 pr., en SDHI, 30 (1964) 275 nt. 37, afirma que el *tutor praetorius* no era representante, sino sólo asistía, merced a la *auctoritatis interpositio*, al pupilo “*qui fari potest*” en un proceso contra el efectivo tutor que, a causa del evidente conflicto de intereses, no habría podido ser *auctor in rem suam*.

17. Participan de esta interpretación, entre otros autores, EISELE, Cognitor und Procurator: Untersuchungen zur Geschichte der processialen Stellvertretung (Tübingen 1881) 53 ss.; GIRARD, Histoire de l'organisation judiciaire des romains. Les six premiers siècles de Rome (Paris 1901) 70 nt. 1; 97 nt. 1; sin embargo en Manuel (ed. anast. 1929) (Paris 1978) 1089, habla de “cas incertain”; SCIALOJA, Procedimiento civil romano, cit., 192 ss.; BERTOLINI, Appunti didattici di Diritto Romano. Il processo civile, II, 1 (Torino 1913) 187; COSTA, Profilo storico, cit., 121; WENGER, Istituzioni, cit., 83; ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 51 ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ, Curso de Derecho Romano (Madrid 1955) 217; PUGLIESE, Le legis actiones, cit., 246 ss.; ORESTANO, s.v. Rappresentanza, en NNDI, 14, 797; PROVERA, Lezioni sul processo civile giustiniano I-II (Torino 1989) 334; SCAPINI, Istituzioni di diritto romano (Parma 1992) 205; ALBANESE, Il processo, cit., 20 ss.; KASER, Das römische Zivilprozessrecht (München 1996) 63.

18. Vid., KARLOWA, Der römische Zivilprozess, cit., 355; LUZZATTO, Procedura civile romana, cit., 278 ss.; COSENTINO, Sul “pro tutela agere”, cit., 263 ss.; MURGA, El proceso, cit., 87. Cfr. la defensa que algunos de los autores citados en la nota anterior hacen frente a tales críticas: BERTOLINI, Appunti, II, 1, cit., 187 ss.; SCIALOJA, Procedimiento civil romano, cit., 192 ss.; ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 52 ss.; ALBANESE, Il processo, cit., 21 nt. 53.

Ante tales objeciones, otro sector de la doctrina considera como la interpretación más probable aquella ya formulada por Rumelin y Hruza<sup>19</sup> que centran la actuación *lege agere pro tutela* en el caso de conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo y, en particular, en el caso de la *accusatio suspecti tutoris*. En palabras de Murga, si un ciudadano romano cualquiera, sospechara que un tutor estuviera malversando los bienes del pupilo podría, si así lo deseaba, acudir a un litigio para defender los intereses de aquél. Tendríamos así también en este caso, alguien que actúa en nombre de otro y además sin ser tutor sino simplemente un *cives* que, sintiendo como suya esta situación inícuca, interviene legítimamente en el proceso sin ser realmente el interesado directo.

Esta interpretación es quizá la única que supera el obstáculo constituido por la naturaleza popular de la primitiva representación procesal y además atribuye a la palabra "*pro tutela*" un sentido sustancialmente análogo a aquél de los otros tres casos, así como entender el mismo en su significado más llano y literal de actuar en favor de la tutela, entendida como instituto.

Dicha hipótesis, sin embargo, presenta el problema de la tramitación de la *postulatio suspecti tutoris*. Como es sabido, su tramitación se realiza a través de un procedimiento acusatorio particular, más concretamente por una *cognitio praetoria*, que el magistrado decide mediante decreto. Si ello es así, el *agere pro tutela* constituiría una excepción procedimental respecto a los otros tres casos de representación procesal mencionados en Inst. 4. 10 pr., pues estos se tramitan mediante una *legis actio*. Cosentino<sup>20</sup>, para salvar el contenido del *agere pro populo*, piensa que ni Gayo ni Justiniano han querido hacer una referencia específica al *modus procedendi* de la época primitiva, sino una referencia puramente cronológica a dicho período. Los compiladores en Inst. 4, 10 pr. habrían recogido como casos de *agere nomine alieno* aquellas acciones que tienen una legitimación directa universal y en el ámbito de éstas habrían incluido, indiferentemente, acciones que se tramitan mediante un *lege agere* y acciones que se desarrollan procedimentalmente de otra forma, por ejemplo, a través de procedimientos de naturaleza pública.

4) El último caso de representación judicial de la época de las *legis actiones* enumerado en las Instituciones, y único explicado en ellas, es el de la representación judicial "*ex lege Hostilia*", permitía que cualquier ciudadano romano pudiese acudir al litigio en nombre de un *absens rei publicae causa*. Originariamente la representación debía de estar limitada únicamente a favor del que se encuentra prisionero de los enemigos, ampliándose más tarde a otras ausencias por motivos políticos. La interpretación jurisprudencial extendió este supuesto inicial al caso de un impuber sometido a tutela, cuando fuera precisamente su tutor quien se encontrase en las situaciones mencionadas anteriormente. La intervención del representante a favor del ausente parece haberse limitado al ejercicio de la *condictio furtiva*.

19. RUMELIN, *Geschichte der Stellvertretung in römischen Civilprozess* (Freiburg 1886) 38 ss.; HRUZA, *Ueber das lege agere pro tutela* (Erlangen 1887) 67 ss. Comparten esta interpretación, WIRBEL, *Le cognitor*, cit., 13 y nt. 1; LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 278 ss.; COSENTINO, *Sul "pro tutela agere"*, cit., 263 ss.; MURGA, *El Proceso*, cit., 87.

20. COSENTINO, *Sul "pro tutela agere"*, cit., 278 ss.

No ha podido determinarse la fecha de la *lex Hostilia*. Voigt<sup>21</sup> la colocaba entre el 545 y 547 a. C.; Huvelin<sup>22</sup> la relacionaba con diversos plebiscitos del siglo VII de Roma; Rotondi<sup>23</sup> atribuye su creación a C. *Hostilius Tubulus*, pretor urbano del año 547 a. C.; en todo caso, parece probable que la acción creada por esta ley sea la más moderna de las excepciones al principio *nemo nomine alieno agere potest* del procedimiento de las acciones de la ley.

En opinión de Arias Ramos<sup>24</sup>, se trata de una de esas acciones populares, en el sentido más amplio de esta denominación, de aquellas que *quilibet ex populo* puede promover. Es una de las que –según Bruns– sólo los comentaristas modernos llaman populares, ya que los romanos reservaban esta calificación –dentro de las que *quilibet ex populo* puede ejercitar– a las establecidas *iuris publici tuendi gratia*, en las que *ius suum populo tuentur*, y las ventajas de cuya sentencia favorable pertenecían al actor.

**II.** Constituye una cuestión polémica en la doctrina romanística, quizá por el silencio que guardan las fuentes, la relativa a si existió y, en caso afirmativo, con qué esfera de actividad, el *cognitor* en época de las *legis actiones*.

Los autores mantienen opiniones diversas: en favor de la tesis negativa se expresan Bethmann-Hollweg, Wlassak, Mayr, Wenger, Scialoja, Murga o Lozano<sup>25</sup>. Por el contrario, defienden la idea apuntada por Schmidt y Huschke de que el *cognitor* se utilizó en el período de las *legis actiones*, entre otros, Karlowa, Wirbel, Bertolini, Costa, Girard, Luzzatto, Arias Ramos, Álvarez Suárez, Pugliese, Gómez-Iglesias, Albanese, Fernández de Buján, F<sup>26</sup>, duda Kaser<sup>27</sup>, no obstante sus discrepancias acerca del momento procesal en el que aparece funcionando.

El hecho de que Justiniano no enumere al *cognitor* como excepción al principio *alieno nomine agere non liceret*, hace que los partidarios de la tesis negativa, volviendo los ojos hacia el testimonio literal de Gayo, afirmen que en tiempos de las vie-

21. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, 282 nt. 14.

22. HUVELIN, *Études sur le furtum dans les très ancien romain*, vol. I (Paris 1915) 117.

23. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* (Milano 1912) 480.

24. ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 53.

25. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, vol. II (Bonn 1865) 417 nt. 47; WLASSAK, *Zur Geschichte der Cognitur*, en *Festgabe zum Doktor-Jubiläum R. Ihering* (Breslau 1892) 1 ss.; MAYR, *Historia del Derecho Romano*, vol. I, trad. esp. de W. Roces (Barcelona 1926) 113; WENGER, *Istituzioni*, cit., 82 ss.; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 193 ss.; PROVERA, *Lezioni*, cit., 335; MURGA, *El Proceso*, cit., 88 ss.; LOZANO CORBÍ, *Historia e Instituciones de Derecho Romano* (Zaragoza 1999) 290; 321.

26. KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., 356 ss.; WIRBEL, *Le cognitor*, cit., 1 ss.; 23 ss.; BERTOLINI, *Appunti*, II, 1, cit., 188 ss.; ID. *Appunti didattici di Diritto Romano*, II, 2 (Torino 1914) 263 ss.; COSTA, *Profilo*, cit., 122 ss.; GIRARD, *Manuel*, cit., 1089 y nt. 3; LUZZATTO, *Procedura*, cit., 282 ss.; ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 53 ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, cit., 217 y nt. 153; LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 126 ss.; PUGLIESE, *Le legis actiones*, cit., 250 ss.; ID., *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, I (Milano 1963) 326 nt. 61; GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano* (Santiago de Compostela 1984) 20; ALBANESE, *Il processo*, cit., 21 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en Derecho romano*, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 7 (Madrid 1994) 418; 423 y nt. 27; 436 ss.

27. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 63.

jas acciones de la ley no se dio realmente, salvo los casos excepcionales anteriormente vistos, ningún tipo de representación procesal voluntaria.

Sin embargo, en nuestra opinión, su silencio puede tener otra interpretación. Obsérvese, como hizo notar Lenel<sup>28</sup>, que si bien a los redactores de la *Instituta* no preocupaba de modo prioritario los precedentes histórico-jurídicos, sin embargo hicieron una excepción con el principio recogido en Inst. 4, 10 pr., excepción que no hicieron al silenciar la figura del *cognitor*, quizá porque ello les hubiera obligado a realizar un importante esfuerzo expositivo de la distinción entre *procurator* y *cognitor*, que excedía de sus objetivos. También habrían podido interpolar al *procurator* por el *cognitor*; pero esto habría sido la afirmación positiva de un hecho ficticio y es comprensible que estos hombres, que silenciaron una parte del desarrollo histórico de la representación procesal, dudaran a la hora de emitir una ficción positiva de la realidad histórica. Además, como afirma Bertolini<sup>29</sup>, el *cognitor* había desaparecido de los textos clásicos utilizados por los compiladores cuando se llevó a cabo su tarea compiladora.

Incluso, podríamos añadir cómo la *Instituta*, aunque destinada a la enseñanza, fue promulgada como ley, razón que abunda en la omisión de una figura histórica totalmente anacrónica para los compiladores. Ello viene corroborado por el propio tenor literal de Inst. 4, 10 pr., donde los compiladores consideran al *procurator* como el primer representante procesal, en clara inarmonía histórica con Gayo 4. 83. Y sin embargo, sorprenden dos de las razones que a continuación dan los compiladores y que justificarían su nombramiento: la enfermedad y la edad, razones que curiosamente, como veremos más adelante, son las aducidas por el autor de la *Rethorica ad Herennium* para justificar la designación del *cognitor*.

Otro argumento infravalorado por los partidarios de la tesis negativa, que apoya la idea de que el *cognitor* se utilizó en el período de las *legis actiones*, a nuestro juicio muy verosímil, son las diversas consideraciones que permiten extraer la observación de los caracteres de las fórmulas de designación de este representante procesal que Gayo nos transmite (4, 83): a) las palabras sacramentales y solemnes –*certis verbis*– que recuerdan la rigidez formalista de las *legis actiones* y, en todo caso, son un indicio cierto del origen bastante remoto de la figura; b) el hecho de que su nombramiento no tolerase *diem vel condicionem*<sup>30</sup> y que hace que venga considerado entre los *actus legitimi*, y c) la necesidad de que estén presentes ambas partes litigantes –*coram adversario*–, inmediatez típica en todos los negocios y figuras jurídicas de la antigüedad.

A pesar de que parece probable que la figura del *cognitor* ya era conocida en el período de las *legis actiones*, sigue siendo un misterio el determinar la posible fecha en que fue introducido. El único dato existente es una frase contenida en la *Rethorica ad Herennium* (2. 13. 20), compuesta entre los años 86 y 82 a. C., y atribuida duran-

28. LENEL, Zur Geschichte der Cognitur (EISELE, Cognitur und Procuratur, Tübingen 1881), en ZSS, 4 (1883) 151-152.

29. BERTOLINI, Appunti, II, 1, cit., 189.

30. Frag. Vat. 318 (Ulp. VIII ad ed.): *Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus*. Frag. Vat. 329 (Pap. II resp.): *Sub condicione cognitur non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensus fertur: nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur*.

te mucho tiempo a Cicerón: «*ut maior annis LX et cui morbus causa est cognitorem det*». Los autores que niegan la existencia del *cognitor* en el sistema de las acciones de la ley consideran esta referencia “muy imprecisa” y “relativamente tardía como para que su testimonio sobre el origen del *cognitor* pudiera sernos útil” y, por supuesto, la refieren al proceso formulario<sup>31</sup>. Sin embargo, creemos que cabe otra lectura. Si el anónimo tratado retórico se refiere al proceso formulario, es difícil explicar por qué se limita la representación procesal del *cognitor* a esos dos casos, cuando en dicho proceso tiene una aplicación general. Más verosímil resulta la idea de los partidarios de la tesis positiva de referirlo a la época de las acciones de la ley, no antes de la mitad del siglo IV de Roma. Además, la mención que la *Rethorica* hace del *cognitor*, omitiendo por el contrario al *procurator*, no es fácilmente explicable referida al procedimiento formulario, pero sí lo es históricamente si la referimos a las acciones de la ley.

Se discute también cómo se introdujo el *cognitor* en las acciones de la ley. La utilización de los términos *ex aequo et bono ius constat* por el autor de la *Rethorica*, induce a Arias Ramos<sup>32</sup> a considerarlo obra del pretor. Para Karlowa<sup>33</sup> prevalece la frase anterior no como ejemplo de *ius quod lege est*, sino de *ius quod ex aequo et bono constat*, concluye atribuyendo la innovación a los *jurisperiti*. Por el contrario, lo consideran una institución del *ius civile* introducido por una ley Bethmann-Hollweg, Eisele, Girard, Wirbel o Pugliese<sup>34</sup>.

Por último, la referencia de la *Rethorica ad Herennium*, nos permite delimitar el ámbito de actuación del *cognitor* en el proceso de las *legis actiones* a los casos en que el actor o demandado fuese mayor de sesenta años o estuviese impedido o enfermo, es decir, casos de absoluta imposibilidad material de asistir al proceso. Interpretación, que vendría a completar y no a sustituir el fragmento de las XII Tablas (l. 3) que ordenaba al demandante: «*si morbus aevitasve vitium scit, iumentum dabo*», no en el sentido atribuido por Eisele<sup>35</sup> de que la ley decenviral se refiere a la fase *in iure*, mientras que la alusión de la *Rethorica* lo hace a la fase *in iudicio*, sino como dos medidas tendentes a lograr la comparecencia de las partes –*in iure* y *apud iudicem*– y presididas por una idea de equidad<sup>36</sup>.

De nuevo son las Instituciones de Gayo la fuente principal para conocer las formalidades de designación del *cognitor*:

31. MURGA, El Proceso, cit., 89.

32. ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 56. Igualmente, pero referido al procedimiento formulario, MURGA, El Proceso, cit., 89 ss.

33. KARLOWA, Der römische Civilprozess, cit., 358 ss.

34. BETHMANN-HOLLWEG, Der römische Civilprozess, vol. II, cit., 417 nt. 47, pero posterior a la *lex Aebutia*; EISELE, Cognitur, cit., 14 ss.; GIRARD, Histoire, cit., 192 nt. 2; WIRBEL, Le cognitor, cit., 34-35, afirma que esta ley, verdaderamente ignorada, puede remontarse al grupo de leyes reformistas de la segunda mitad del siglo VI de Roma; PUGLIESE, Il proceso formulare, cit., 326.

35. EISELE, Zur ältesten cognitur, en ZSS, 5 (1884) 194 nt. 1. Cfr. las acertadas observaciones dirigidas por LENEL, Zur Geschichte der Cognitur, cit., 149 ss.; GIRARD, Histoire, cit., 192 nt. 2; ID, Manuel, cit., 1089 nt. 3.

36. WIRBEL, Le cognitor, cit., 24 y nt. 2; 33 nt. 1; GÓMEZ-IGLESIAS, Citación y comparecencia, cit., 20 y nt. 13.

4, 83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI PUBLIUM MEVIUM COGNITOREM DO. Potest ut actor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO, adversarius ita: QUIA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. Nec interest presens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.*

Su nombramiento se realiza pronunciando ciertas palabras sacramentales y solemnes –*certis verbis*–, delante de la otra parte litigante –*coram adversario*– y asume el proceso en nombre propio<sup>37</sup>.

Se discute si era preceptivo que la designación se hiciera ante el magistrado. Es significativo el silencio que guarda Gayo sobre este extremo, principal argumento para aquéllos que no creen en tal requisito. Quizá, como afirman Bertolini y Arias Ramos<sup>38</sup>, la semejanza e íntima conexión del *procurator apud acta factus* con el *cognitor*, juntamente con la necesidad de la constitución de aquél *in iure*, induce a admitir como necesaria la presencia del magistrado.

Gayo, además, nos dice en el texto reproducido, que no era indispensable que el *cognitor* estuviera presente en el momento de su nombramiento y que si se hallaba ausente, era necesario notificárselo, y que lo aceptara de modo expreso, si bien existe alguna duda sobre este punto por su contradicción con otros textos:

Festo, v<sup>o</sup> *cognitor*: «*cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui datum est*».

Isidoro, *Differ.* I, 123: «*cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur*».

*Interpretatio ad C. Th.* 2, 12, de *cogn. et procur.*, 7: «*cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit*».

Ante tal disparidad no resulta fácil descubrir cuál pudo ser en realidad la verdad histórica. Sin embargo, la mayoría de los autores, creemos que con razón, han preferido atenerse al testimonio de Gayo. Arias Ramos<sup>39</sup> afirma que ha de darse un mayor valor al texto gayano, que, como informador del derecho clásico, tiene que merecer un crédito superior al de testimonios tan distanciados de la época como San Isidoro y los autores de la *Interpretatio* en la compilación romano-visigoda. Por lo que hace a la definición de Festo, pertenece a aquella parte de su obra que nos es transmitida por el epítome de Paulo el Diácono y existen dudas de que éste recogiese de un modo fidedigno la redacción de Sexto Pomponio Festo. Para Luzzatto<sup>40</sup> la ausencia del *cog-*

37. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 197, observa que la palabra *cognitor*, además de indicar un particular representante judicial, adopta el significado de perito; así en la ley malacitana c. 63-65 se habla de *cognitores* llamados a responder de la valoración de los fundos dados en garantía al municipio por los contratistas. BERTOLINI, *Appunti*, II, 2, cit., 270 nt. 3, añade que también dicho término es usado por el juez, en el derecho avanzado del Imperio, especialmente en materia penal. Vid. también WIRBEL, *Le cognitor*, cit., VII nt. 1.

38. BERTOLINI, *Appunti*, II, 2, cit., 263 nt. 3; ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 63.

39. ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 64. Con anterioridad, SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 195 ss.

40. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 283.

*nitor* se referiría a la segunda de las fórmulas de nombramiento transmitidas por Gayo, puesto que de otra manera no se comprende cómo el *cognitor* podría contestar la *litis* en nombre propio. Murga<sup>41</sup> afirma que tal vez Gayo tenga razón y el dato que el obispo hispano-romano nos aporta sea producto de un pequeño error entre el *cognitor* y el llamado *procurator praesens*, forma tardía de *procurator*, nombrado sin solemnidad y liberado de la obligación de prestar cauciones. No han faltado autores que han tratado de conciliar los testimonios de Gayo y San Isidoro. Karlowa<sup>42</sup> señala que originariamente hubo un período en que, por la necesidad de mayores solemnidades, se exigía la presencia del *cognitor*, que sería el descrito por Festo, San Isidoro y los autores de la *Interpretatio*; más tarde, con el decaer de las formas, se admitió que se pudiera prescindir de la presencia del *cognitor*, que sería el recogido por Gayo. Por el contrario, Wirbel<sup>43</sup> explica el testimonio de San Isidoro y el de la *Interpretatio* del Código de Teodosio como una degeneración de la figura del *cognitor*, que exige la verificación de los poderes del representante *in ipso limine quaestionis*, lo que confiere seguridad jurídica a la actuación procesal a través de representante.

El nombramiento del *cognitor* venía considerado entre los *actus legitimi* que no admiten condición<sup>44</sup>. Probablemente tampoco el término podría adicionarse a la *cognitoris datio* teniendo en cuenta lo que se dispone en D. 50, 17, 77, donde, naturalmente, los compiladores suprimieron la referencia a dicho acto<sup>45</sup>.

Según Gayo existían dos fórmulas para designar al *cognitor*, sin embargo el jurista no nos aclara en qué casos se empleaba una de ellas y no la otra. Partiendo de la idea de que no es verosímil que, indistinta y caprichosamente, en cualquier hipótesis y con idénticos efectos, se pudiera elegir indiferentemente, se ha buscado la explicación en el examen de los términos en que las mismas están redactadas.

Savigny y Buonamici<sup>46</sup> consideran que la primera fórmula (... *fundum peto*...) serviría para ejercitar acciones reales, mientras que la segunda (... *agere volo*...) para ejercitar acciones personales. Bethmann-Hollweg, Wlassak y Scialoja<sup>47</sup> suponen que la primera fórmula se utilizaría para designar a un *cognitor* para un determinado proceso, designación que sería simultánea con la *litis contestatio* y, por tanto, tal represen-

41. MURGA, El Proceso, cit., 91 nt. 87.

42. KARLOWA, Der römische Civilprozess, cit., 359; BERTOLINI, Appunti, II, 2, cit., 271 nt. 2.

43. WIRBEL, Le cognitor, cit., 213 ss.

44. Fr. Vat. 329 (Pap. 1. 2 resp.): *Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur...*

45. D. 50. 17. 77 (Pap. 38 Quaest.): *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem...*

46. SAVIGNY, Kritische Bemerkungen zum Vierten Buch der Institutionem des Gaius, en Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 13 (1846) 306 ss.; BUONAMICI, La storia, cit., 541. Cfr. WIRBEL, Le cognitor, cit., 102 nt. 3, afirma por lo que se refiere concretamente a *petere* también es utilizado en la *actio in personam*.

47. BETHMANN-HOLLWEG, Der römische Civilprozess, vol. II, cit., 417 nt. 50; WLASSAK, Zur Geschichte der Cognitur, cit., 25 ss.; SCIALOJA, Procedimiento civil romano, cit., 196. Cfr. PUGLIESE, Il processo formulare, cit., 327 nt. 62, observa, con toda razón, que «ogni cognitor sembra essere costituito solo per una determinata lite e, in ogni caso, solo di fronte ad un determinato avversario, che deve essere presente».

tante actuaría ante el juez *–in iudicio–*, no ante el magistrado *–in iure–*; la otra fórmula se emplearía para instituir un *cognitor* para un futuro proceso. Karlowa, Eisele, Bertolini y Gehrich<sup>48</sup> consideran que originariamente sólo existiría la primera fórmula, la segunda habría surgido más tarde con la atenuación del riguroso formalismo del *ius civile*, momento a partir del cual podrían utilizarse ambas indistintamente. En todo caso, parece indudable que las palabras empleadas por el poderdante en una y otra fórmula, indican que la designación se hace en ambos casos en distintos momentos del proceso. Esta interpretación es mantenida por Wirbel, Wenger, Luzzatto, Pugliese, Arias Ramos o Álvarez Suárez<sup>49</sup> y entienden que la primera fórmula debía ser usada para nombrar al *cognitor* en el momento de la *litis contestatio* o posterior a ésta, ya en la fase *in iudicio*, mientras que la segunda fórmula se utilizaría antes de la *litis contestatio*, durante la fase *in iure* o en el momento de la *edictio actionis* extraprocesal. Esta interpretación ha sido matizada por Zablocka<sup>50</sup> en el sentido de que la verdadera *editio actionis*, con significado procesal, tiene lugar en el momento de la *in ius vocatio*, por lo tanto, en un proceso judicial ya iniciado.

---

48. KARLOWA, Der römische Civilprozess, cit., 359 nt. 2; EISELE, Cognitor und Procuratur, cit., 28 ss.; BERTOLINI, Appunti, II, 2, cit., 271; 274 y nt. 4; GEHRICH, Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts (1963) 6 ss. Cfr. PUGLIESE, Il processo formulare, cit., 327 nt. 62, afirma que «è facile osservare, in contrario, che per la dichiarazione di nomina - elemento essenziale del formulario- entrambi gli schemi prevedevano la medesima espressione - *cognitorem do -*».

49. WIRBEL, Le cognitor, cit., 100 ss.; WENGER, Istituzioni, cit., 83; LUZZATTO, Procedura, cit., 283 ss.; PUGLIESE, Il processo formulare, cit., 327; ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 66 ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ, Curso, cit., 218 nt. 154.

50. ZABLOCKA, La costituzione del «cognitor», cit., 144; 148. KASER, Zivilprozessrecht, cit., 211 ss., ha matizado su posición respecto a la edición de 1966, 153 nt. 11, según la cual la segunda fórmula puede darse antes de iniciarse el procedimiento pero si lo permite la *edictio actionis*.