

La cognitio extra ordinem: orígenes y características

Con la cognitio extra ordinem comienza una nueva etapa en la historia del derecho procesal romano y la fractura que supone con el procedimiento anterior es mucho más profunda que la diferencia que supuso el procedimiento formulario respecto a las legis actiones; supone un orden distinto del ordo iudiciorum privatorum, desaparece la característica fundamental del ordo; división de funciones entre el magistrado que preside la fase in iure, y el juez que pronuncia la sentencia en la fase apud iudicem. En el ordo iudiciorum el magistrado investido de iuridictio consume su actuación en indicar al juez la norma y el ritual aplicable al caso y en el examen de los presupuestos procesales y sustanciales, ante cuyos resultados da o deniega la acción, pero una vez que concede la acción, la función de juzgar y dictar sentencia es confiada al juez privado, que no es titular de un oficio, y que puede ser elegido por las partes.

Algunos aspectos y problemas muy importantes (la appellatio, el procedimiento contumacial, la litis contestatio, el procedimiento sumario) habían considerado la cognitio examinando el origen y estructura del procedimiento por libelos del período justiniano, o estudiado el tema desde el punto de vista de una determinada interpretación histórica del paso del Derecho clásico al Derecho justiniano, o de los poderes del princeps en el ámbito jurisdiccional.

La doctrina se había ocupado de la cognitio extra ordinem dentro de los sistemas jurídicos cuya coexistencia caracterizan el Derecho clásico (ius civile, ius gentium, ius honorarium), fusión que se habría producido en la praxis de los tribunales según la conocida tesis de Riccobono o la progresiva elaboración del principio princeps legibus solutus, explicación que enlaza con toda una serie de sustratos ideológicos que convergen en distintas aplicaciones políticas del principio citado.

El dato principal que ha alejado a los romanistas del estudio de la cognitio extra ordinem ha sido la fragmentariedad de las fuentes, no pudiendo recurrir a Gayo que no parece conocer otro proceso que el formulario, sin mencionar otras formas procesales, lo que parece responder a una característica bien conocida de sus Instituciones: estar en retraso respecto al estado del Derecho de su tiempo. La exposición procesal de Gayo trata fundamentalmente de actionibus, y no propiamente de todo el proceso.

Las fuentes jurisprudenciales directas se limitan a algunas exposiciones que en cierta manera pueden definirse como marginales: los libri de cognitionibus de Callistrato y Paulo; los libri de appellationibus de Paulo, Ulpiano, Marciano, Emilio Macro, y algunos textos de Hermogeniano y Arcadio Carisio para los cuales la cognitio era ya la forma procesal aplicada normalmente.

Para otras fuentes, debemos recurrir a los libri decretorum por sus referencias a casos en los que se manifestaba la intervención imperial en la forma de la cognitio, y a exposiciones relativas a relaciones o figuras reguladas exclusivamente o prevalentemente en sede de cognitio extra ordinem, como son los libri fideicommissorum, o aquellos textos que contemplan la competencia específica de los funcionarios imperiales, o de los magistrados que conocían en sede de cognitio: de fundamental importancia al respecto son los libri de omnibus tribunalibus de Ulpiano.

Las fuentes relativas a la cognitio extra ordinem debe ser buscadas en las constituciones imperiales recogidas principalmente en los Códigos Teodosiano y justiniano. Respecto al Digesto la mayoría de las obras que recoge son relativas al ius civile o al Edicto, o son obras de conjunto (Digesta).

En los comentarios al ius civile, ordenados según un sistema que se remonta a Quinto Mucio, sucesivamente perfeccionado hasta llegar a los tratados de Casio Longino y Masurio Sabino, de los que incluso en la Jurisprudencia posterior se siguen encontrando libri ex Casio y ad Sabinum. Al margen de las exposiciones del ius civile, el sistema en el que se inspira la Jurisprudencia es en el Edicto del pretor, afirmación que vale

ante todo para los comentarios ad Edictum, pero también para los Digesta, sobre todo desde la época de Plaucio y Celso, que siguen el sistema edictal con apéndices para tratar las materias que no contempla el Edicto. Esta sistemática es análoga para los Responsa y las Quaestiones. De hecho, el Edicto en su perpetuación a través de un desarrollo secular, había logrado un cierto orden sistemático, sin duda imperfecto, pero de una notable utilidad práctica, y este orden no era otro que el orden del procedimiento formulario. Los títulos del Digesto recalcan así los diversos títulos del edicto, aunque esporádicamente se observan títulos nuevos constituidos por materias que en el Edicto no se contemplan, y si en los primeros títulos del Digesto.

Una intrusión en el sistema edictal es toda la reglamentación de la prueba legal que ciertamente no puede referirse al procedimiento formulario desde el momento en que las pruebas eran recogidas exclusivamente por el juez en la fase apud iudicem..

En el Digesto los textos normalmente eran dejados procesalmente sin alteraciones, adaptándolos a las exigencias del nuevo proceso.

Las instituciones de Justiniano no ofrecen datos más seguros. No recogen fielmente el sistema procesal de las instituciones de Gayo, pero tampoco recogen el procedimiento en la época de Justiniano. Junto a estas observaciones en sede de exégesis textual hay que tener en cuenta que la cognitio extra ordinem se ha venido afirmando y desarrollando lentamente, ya ha coexistido durante mucho tiempo con el proceso formulario, limitando sus funciones y desnaturalizándolo.

Características

Estatización del proceso en todas sus fases, desde la llamada a juicio realizada por obra del magistrato mediante libellus conventionis hasta la emanación de la sentencia, que es pronunciada por el mismo magistrado ante el que ha sido instaurado el proceso.

También la ejecución deja de ser acto de parte para ser realizada por los órganos del poder judicial o ejecutivo, en la forma de la ejecución manu militari o del pignus del in causa iudicati captum.

De esta total estatización del proceso, derivan a su vez algunas consideraciones importantes desde el punto de vista estructural que caracterizan la cognitio extra ordinem.

La desaparición de la litis contestatio, al menos en la forma de acuerdo de las partes accipere iudicium, que constituía la base de la sentencia judicial en el ordo.

Consiguientemente decaía el principio bis de eadem re ne sit actio, con la posibilidad de recurrir en apelación al funcionario de grado superior al que había pronunciado la sentencia, siguiendo una escala de subordinación jerárquica que llega hasta el emperador.

Surge un proceso contumacial, entendiendo por contumacia la ausencia voluntaria del demandado en el juicio, posibilidad excluida en el ordo.

Características secundarias

En primer lugar, la afirmación de una limitación sistemática de la competencia de los magistrados jurisdiccionales por valor, materia y territorio, conectada con la competencia jerárquica de los funcionarios con actividad jurisdiccional.

El proceso del ordo era público y se desarrollaba en el foro; la cognitio a partir de Constantino se desarrolla en la basílica, en lugar separado del público, y el mecanismo procesal tiende a convertirse en secreto.

Si el procedimiento del *ordo*, aunque tendiera a prevalecer la forma escrita, era esencialmente oral, la *cognitio* se desarrolla íntegramente por escrito, y las partes no intervienen directamente, sino por medio de *advocati*.

Finalmente, mientras el procedimiento del *ordo* es gratuito, y el mismo *patronus* que interviene en algunos casos a favor de alguna de las partes considera su función de consulta y asesoramiento como un *officium*, con la consecuencia de que el problema de la retribución se resuelve a través de expedientes indirectos no siempre legítimos, como ha demostrado Carcopino en su libro *les secrets de la correspondance de Cicerón*, la *cognitio* por el contrario comporta siempre gastos para las partes, tanto por gastos procesales como por los honorarios de los abogados, honorarios que fueron regulados en el Edicto de precios de Diocleciano.

Con la expresión de estas características que van diferenciando el nuevo proceso del *ordo iudiciorum* anterior, se plantea el espinoso problema de los orígenes de la *cognitio*, respecto a los cuales, si la doctrina es casi unánime en excluir un origen unitario, no lo es tanto en la determinación de sus precedentes.

La mayoría de la doctrina se orienta en el sentido de buscar el origen de la *cognitio* o en el proceso que se desarrollaba en las provincias. Otra parte de la doctrina, especialmente pandectística a la que se une un sector minoritario de la romanística actual, busca los orígenes de la *cognitio* en aquellas intervenciones de los magistrados que encuentran su fundamento en el *imperium* antes que en la *iurisdictio*.

Dicho en otros términos, aflora la hipótesis de que la *cognitio* trae su origen en la instructora que el magistrado debía lógicamente realizar para llegar al pronunciamiento de determinadas providencias que en su conjunto constituían la mecánica propia del procedimiento formulario hasta llegar a la *litis contestatio* y al consiguiente nombramiento de juez, mecánica que abarcaba la *datio* o *denegatio actionis* la verificación de la legitimación de las partes y de sus presupuestos, elección de la fórmula consecuencia de la *editio actionis*, *datio* o *denegatio iudicii*, *datio iudicis*, etc.

En el progresivo desarrollo de la actividad instructora desarrollada por el magistrado en la fase *in iure*, y en la correlativa reducción progresista de la autonomía del juez, cuyos poderes cada vez más se identifican sobre el pronunciamiento de hechos, habría que buscar según este sector de la doctrina los presupuestos que preparan y facilitan la afirmación de la *cognitio extra ordinem*.

Quedan algunas tesis aisladas que pretenden plantear desde un punto de vista muy particular el problema de las relaciones entre el *ordo iudiciorum* y la *cognitio extra ordinem*.

Un intento muy interesante en este sentido, bien llevado, pero parcial, lo debemos a Samter. Señala con razón que las fuentes normalmente antes que utilizar el término *cognitio*, utilizan el término *iudicia extraordinaria*.

Partiendo de la observación relativa a la doble condición de jurista respondente y funcionario imperial, Samter se fija sobre todo un texto de Cervidio Scaevola, del que recaba que la esencia de la *cognitio* consistiría en el hecho de que ésta se desarrollaba *extra ordinem* en sentido literal, es decir, fuera de las prescripciones y limitaciones del *ordo*.

El error fundamental de Samter está en la observación reconocida por la doctrina, de que sobre el plano formal, la *cognitio* parece haber hecho propias las terminología y categorías del *ordo iudiciorum*, hasta el punto de que como ya se ha dicho, quien lea páginas y páginas del Digesto, tiene frecuentemente la impresión de que nada ha cambiado.

El punto más débil de la tesis de Samter es reducir la antítesis entre la *cognitio* y el *ordo* al único denominador de la elección de la acción realizada por el demandante o por el juez en base a las circunstancias de hecho, llevando sobre el terreno dogmático características que distinguen las relaciones entre ambos tipos de procedimiento sobre el plano histórico.

Ha sido Scherillo quien ha intentado últimamente con cierta amplitud reafirmar una continuidad ininterrumpida entre el proceso del ordo y la cognitio extra ordinem.

Las conclusiones a las que llega Scherillo se justifican sobre el plano metodológico a través de un planteamiento diametralmente opuesto a Wlassak. Mientras Wlassak afirmaba el carácter y los fundamentos exclusivamente privatísticos del proceso romano del ordo, Scherillo siguiendo las observaciones de Carrelli sobre la importancia de la actividad del magistrado, exaspera en cierto sentido el aspecto publicístico y la acentuación de las intervenciones magistratuales. Estas intervenciones habrían sido preminentes en todo momento de la evolución del proceso civil romano, y la diferencia esencial que distinguiría la cognitio del ordo, consistiría en dos órdenes de fenómenos: 1) en el hecho que en el proceso del ordo la actividad instructora venía desarrollada por un órgano distinto del que pronunciaba la sentencia; 2) en el hecho que el proceso de la cognitio era un proceso privado de fórmulas. Pero hay un grave obstáculo que se puede oponer a Scherillo, como en general a todo intento de proponer una continuidad directa entre el proceso del ordo y la cognitio, que es la neta fractura existente durante toda la época clásica entre el procedimiento in iure ante el magistrado y el apud iudicem.

Tampoco es más convincente la tesis de Lemosse que dentro de un cuadro más amplio que abraza el proceso del mundo griego contempla un relación de continuidad entre el proceso de la época clásica y la cognitio extra ordinem, considerando la fase instructoria y el problema de la formación de la convicción del juez en el Derecho griego de las poleis y en particular en el Derecho ático, en el proceso de la época helenística tal como aparece en la documentación papirológica y en el proceso romano de la República y del Imperio.

Parece muy sugestiva la hipótesis de una extensión de los poderes instructorios del magistrado, y de una correspondiente limitación de los poderes del juez hasta llegar a su eliminación.

Tampoco parece más cierta la tesis de Bleicken de buscar los orígenes de la cognitio en una jurisdicción senatoria que se remontaría a finales de la República, y no más cierta tampoco es la tesis de Kubitschek que veía estos orígenes en ciertas controversias en las que una de las partes era el Estado, y que se desarrollaban ante el censor.

Todas estas explicaciones que tratan del origen de la cognitio extra ordinem, hemos visto que ofrecen flancos débiles a la crítica, y sigue abierto el problema del origen, que su característica esencial es basarse sobre el poder del princeps.

Si éste es el origen de la cognitio, basarse sobre el poder del princeps también hay que decir que la cognitio reúne esferas de acción muy heterogéneas de las que pueden distinguirse tres grandes sectores:

- La jurisdicción del princeps
- la cognitio extra ordinem en sentido propio, es decir, aquellos procesos en los que el pretor niega la jurisdicción de un honorarium como consecuencia de operae liberales
- la jurisdicción provincial en aquellas provincias en las que no se introdujo el procedimiento formulario.

Estos tres filones, aún siendo heterogéneos, confluyen en normas esencialmente unitarias cuyas características más acusadas son la citación de oficio y las consecuencias de la contumacia.

Para Kaser estos casos que entraban en la cognitio extra ordinem suponen causas que ofrecían dificultades a hacerlas valer ante el ordo iudiciorum. El impulso vino dado no por el procedimiento, sino por el Derecho sustancial. Quizá en estos casos se temía que los jueces privados se dejaran aconsejar por juristas conservadores que habrían negado la innovación, y en el fondo, son materias que no coinciden con las materias del ordo iudiciorum.

Un entrecruzamiento de ambos tipos de procedimiento lo encontramos sólo en dos casos: en las cuestiones de

estado y en la querela inofficiosi testamenti. Podemos por tanto establecer que los emperadores han intervenido con la cognitio extra ordinem al objeto de integrar el procedimiento del ordo donde éste aparecía con lagunas o insuficiencias.

Hasta ahora hemos tomado en consideración la cognitio imperial en Roma. Un cuadro totalmente distinto ofrecen las provincias, en las que parecen definitivas las conclusiones de Luzzatto de profundas diferenciaciones locales.

Del texto Hechos de los Apóstoles cap. 24 y 25 hay que considerar dos factores:

- que en aquel momento no había intervenido ninguna sentencia, de donde el juicio imperial que se invocaba era un juicio de primer grado
- la invocación viene expresada en el texto griego de los Acta Apostolorum con las palabras Kaisara epikalumai que literalmente significan apelo al César, es decir, con el mismo término que se convertirá en uno de los términos técnicos en lengua griega para indicar la verdadera apelación romana a un juez superior.

LA APPELLATIO

Una de las características esenciales del proceso de la cognitio se encuentra constituida por la apelación que es la impugnación por las partes que intervienen en un juicio de la resolución dictada por un juez o tribunal ante el juez o tribunal superior de jerarquía.

Las partes pedían enunciar su propósito de apelar bien oralmente al conocer la sentencia o por escrito.

El magistrado del orden superior que conocía de la apelación admitía nuevas pruebas y podía aun cuando no lo solicitase el apelado emitir una sentencia más desfavorable para el apelante que la dictada por el juez inferior, así como imponer penas pecuniarias accesorias al apelante temerario.