

LOS GASTOS DEL PROCESO EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. *La transcendencia jurídica y sociológica de los gastos del proceso.* 2. *La atención al problema por parte de la legislación y la doctrina histórica.* 3. *La historiografía.*—I. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO. 1. *La terminología:* A. La terminología de conjunto. B. La terminología de aplicación parcial. 2. *El concepto:* A. El concepto estricto. B. El concepto amplio.—II. EXTENSIÓN, CÓMPUTO Y DETERMINACIÓN. 1. *La extensión:* A. La retribución del órgano judicial. B. La retribución del órgano burocrático. C. La retribución del órgano ejecutor. D. La retribución de la representación y defensa procesal. E. El resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso. F. Las penas procesales. G. Otros gastos. H. La proporcionalidad entre los distintos gastos. 2. *El cómputo:* A. El sistema sintético. B. El sistema analítico. 3. *La determinación.*—III. CRITERIOS JURÍDICOS DE IMPUTACIÓN DEL GASTO EN EL PROCESO DECLARATIVO. 1. *El criterio de compensación de costas o distributivo:* A. Su aplicación por la escasa entidad de los gastos procesales. B. Su aplicación por reacción contra el criterio objetivo. C. Procedimientos de corrección de este criterio. 2. *El criterio objetivo o de imputación automática:* A. Por integración del gasto procesal en el sistema penal. B. Por transposición de la responsabilidad moral al Derecho. C. Por proveer al resarcimiento del perjudicado en la relación jurídica. D. Por necesidad objetiva. 3. *El criterio subjetivo o de imputación condicionada:* A. Su origen en el Derecho romano como corrección del criterio de compensación de costas y sustitución del sistema penal procesal. B. Tendencias a la transformación del criterio subjetivo en un correctivo de la solución objetiva. C. La adopción de los principios romanos en el Derecho visigodo. D. La resurrección del criterio subjetivo en las escuelas italianas. E. El triunfo del criterio subjetivo en los territorios hispánicos. F. El mantenimiento del criterio subjetivo en la codificación española.—IV. LA IMPUTACIÓN DEL GASTO PROCESAL EN LOS PROCEDIMIENTOS IMPUGNATORIOS DE SENTENTIA. 1. *La imputación del gasto en la primera impugnación.* A. Las penas procesales en el sistema de integración del gasto en el sistema penal. B. La confirmación del criterio objetivo en un sistema de transposición de la responsabilidad moral al Derecho. C. La conversión del criterio subjetivo en objetivo. D. El mantenimiento del criterio subjetivo. 2. *La imputación de*

gasto en las sucesivas impugnaciones de sentencias. A. Sistema de penas procesales. B. El mantenimiento del sistema subjetivo.—V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DEL CRITERIO GENERAL DE IMPUTACIÓN. 1. *Circunstancias modificativas derivadas de la condición general de las partes:* A. El litigante económicamente débil. B. El litisconsorcio. C. Las costas del Ministerio Fiscal. 2. *Circunstancias modificativas derivadas de la actuación procesal de las partes:* A. El desestimiento. B. La contumacia. C. Defectos en el modo de excepcionar. D. Defectos en el modo de probar. E. La "plus petitio".

INTRODUCCION

1. LA TRASCENDENCIA JURÍDICA Y SOCIOLÓGICA DE LOS GASTOS DEL PROCESO

Una de las primeras y más profundas impresiones que experimenta el recientemente graduado en la Facultad de Derecho al asomarse al ejercicio de la procelosa profesión de abogado es la de la enorme importancia que ofrece el gasto procesal. Cuando se acerca al Juzgado comprende que no le es posible dar ningún paso importante sin que haya de satisfacer derechos de orden pecuniario. Las más de las veces el nuevo abogado, y aun el que lleva largos años de profesión, no conoce el origen de la obligación, y su natural timidez le impide interrogar sobre ello al que se los exige. Frecuentemente no puede justificar debidamente los pagos que hace, porque no se le extiende un recibo explicativo, contentándose muchas veces con los números que el empleado judicial ha trazado sobre un papel común. Por su parte, el cliente desea conocer por anticipado qué es lo que le puede costar el litigar, tanto si pierde como si gana, siéndole extremadamente difícil al abogado el hacerle el cálculo correspondiente, hasta el punto de optar frecuentemente por sugerir el resultado de aplicar un tanto por ciento de la cuantía del pleito. Sólo al final de todo, practicada lo que se llama en el actual lenguaje forense "tasación de costas", conocerá el abogado una parte, la oficial, de lo que le ha costado a su cliente el litigio, cantidad que, por otra parte, puede oscilar entre límites algo separados, como consecuencia, precisamente, de lo que él o sus compañeros de profesión hayan querido minutar.

Con el tiempo, el abogado se familiariza con los gastos del proceso, y llega a considerarlos como algo natural, lo que es producto

de su formación o de su deformación profesional. No ocurre así, sin embargo, con sus clientes, que, salvo los litigantes profesionales, se acercan a la Justicia con conciencia virgen. Si creen tener razón, lo que suele ser normal, no comprenden que hayan de pagar porque se la otorguen, y, en consecuencia, según la satisfacción mora! y material que les pueda producir la hipotética victoria, persisten en la idea de litigar o desisten de ella.

En las reacciones expresadas se refleja la trascendencia jurídica y sociológica del gasto procesal. El gasto procesal ha de ser justificado por el Derecho, de una parte, y ha de ser moderado, de otra, si se quiere que incida de una manera o de otra en la Sociedad.

La justificación del gasto procesal embarga la atención del teórico del Derecho, al que su función pensante le libera de la deformación profesional a la que antes se hizo alusión. Por ello, los procesalistas le atribuyen la condición de pena, o lo fundamentan en la necesidad de resarcir daños, o lo ligan a la culpa aquiliana, o lo asimilan a un cuasicontrato judicial, o lo basan simplemente en una necesidad puramente objetiva¹, o en la responsabilidad del proceso².

La moderación del gasto procesal preocupa al legislador. En nuestra sociedad de hoy se recuerda constantemente la maldición gitana del "pleitos tengas y los ganes", y esto no pertenece solamente a nuestro tiempo. En el siglo xvii, Castillo de Bovadilla, refiriéndose al corregidor u Oficial residenciado que era absuelto, juzgaba no ser razonable condenarle en costas, porque con frecuencia era tal su cuantía que no se podía denominar victorioso al que había de soportarlas³, y a principios del siglo xviii, las

1. Vid. Manuel de la PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 611-614, quien cita a Lesona como representante de la tendencia que lo fundamenta en la culpa aquiliana, y a Dalloz como quien piensa en el cuasicontrato judicial.

2. Esta es la postura de Piero PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milán, 1959.

3. "... porque acaece ser tantas las costas, que no se puede llamar victorioso al que las ha de pagar...". Ldo. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, 1775, 2.º tomo, libr. V, cap. II, núm. 103, págs. 620-621.

Cortes catalanas exponían a Felipe V que las cantidades exigidas por los Abogados gravaban extraordinariamente a los litigantes, que por no poder soportar los gastos de los pleitos habían de dejarlos con gran perjuicio de sus haciendas⁴.

Acertadamente, Scialoja declaró como gran problema no resuelto el de evitar los innumerables juicios y, por otra parte, el hacer posible el litigar⁵. Así es, en efecto. La Sociedad debe evitar que se litigue en exceso, atemorizando al profesional del pleito o al que utiliza la Justicia como "chantage" frente al que teme las veleidades o las molestias de aquélla. Por otro lado, sin embargo, debe cuidar que el efecto conseguido no sea distinto del buscado, constituyéndose en un obstáculo para que utilice el medio judicial quien debe verse asistido por los órganos encargados de aplicar el Derecho. Conseguir la ecuación entre estos dos términos es la gran tarea del legislador.

2. LA ATENCIÓN AL PROBLEMA POR PARTE DE LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA HISTÓRICA

Siendo un problema de tan gran trascendencia jurídica y sociológica, la legislación y la doctrina jurídica, en general, le ha prestado la debida atención. En el derecho romano, punto de partida obligado para el estudio del derecho histórico de los pueblos hispánicos, los principales juristas como Labeo, Juliano, Marcelo, Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo, etc., han opinado o consultado sobre él. y la legislación imperial con Gordiano, Valentiniano y Valente, Honorio y Teodosio, León y Antemio, Zenón, Anastasio y Justiniano, no es escasa.

Dentro del derecho visigodo, de una forma o de otra, el problema se encuentra en todas las redacciones legislativas conocidas (Código de Eurico, Breviario de Alarico, Liber Iudiciorum), en las atribuidas dudosamente (Edicto de Teodorico), en las fuentes

4. "... ab que restan los litigants sumament gravats, y molts per no poder suportar los grans gastos dels plets, han de deixarlos en grave perjudici de sas haziendas...". *Constitutions y altres drets de Catalunya*, Barcelona, 1704, vol. 1.º, IV, 6, 4.

5. Vittorio SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, página 273.

accesorias (fórmulas), en la doctrina jurídica (San Isidoro) y aún da lugar a alguna ley de carácter ciertamente excepcional, como la de Teudis.

En la Edad Media, la Glosa acomete el estudio de los gastos del proceso con el mismo entusiasmo que el resto de los problemas jurídicos, siendo continuada con la misma dignidad por parte de los postglosadores o comentaristas. Civilistas y canonistas rivalizan en el tratamiento. Durantis, con el capítulo "De expensis" en su "Speculum iuris"; Jacobus de Arena, con su "De expensis in iudicio factis"; Andrés y Baldo, en las adiciones a Durantis; Lanfrancus de Ariadno, con su "De expensis", etc.⁶, son nombres destacados en una larga serie de grandes y brillantes juristas. Grandes canonistas como Inocencio III e Inocencio IV legislan como Papas en la línea de Gregorio IX.

Con la penetración de esta doctrina en los reinos de la Península Ibérica, a través de juristas como el Maestro Jacobo, Vidal de Canellas, etc., el Fuero Real y las Partidas en Castilla; los Fueros y Observancias, en Aragón, y los "Furs", en Valencia, establecen un criterio de distribución de los gastos procesales, que no difiere del que a través de la práctica forense se abre paso en otros lugares, como Cataluña. Una doctrina muy universalista, como la de Molino, Bardají, Portolés, en Aragón; Covarrubias, Gregorio López, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Yañez Parladorio, en Castilla; Peguera y Ripoll, en Cataluña, etc., solidifica este criterio hasta hacerlo casi incommovible, mientras una abundante legislación se ocupa de los órganos de fijación, procedimiento de exacción, recursos, etc. Tan sólido aparece ese movimiento que mientras Francia cambiará de criterio casi en redondo, viniendo así a coincidir casi con las legislaciones germánicas que siempre partieron de otros principios, las codificaciones procesales españolas se mantendrán en la línea que marcara la Glosa, interpretando acertada o erróneamente el ordenamiento romano.

3. LA HISTORIOGRAFÍA

Con la trascendencia del problema y con el interés prestado por la legislación y la doctrina, contrasta la postura de la historiogra-

6. Vid. José CHIOVENDA, *La condena en costas*. Madrid, 1928, pág. 27.

fa. Se observa que el gasto procesal despierta el interés como cuestión viva, pero no como cuestión muerta o del pasado.

La indicada postura letárgica no es absolutamente predicable del derecho romano. Henneman, Weber, Waldner, cuyas actitudes han sido recogidas por Chiovenda, se han empeñado en descifrar el verdadero criterio romano sobre el gasto procesal, y aún reciente, relativamente, alguna tesis doctoral, como la de Jules Paoli, ha incidido sobre fenómeno muy relacionado⁷. En cambio, sí que es absolutamente predicable del estudio sobre los derechos europeos, al menos, del español y de los más inmediatos a éste. Incluso obra tan característica sobre la historia del Derecho procesal, como es la de Salvioli⁸, se limita a dedicar unas cuantas líneas de una página, en desproporción notable con las que aplica a las restantes cuestiones del proceso. En España, donde la historia del derecho procesal es un tema prácticamente virgen, pues sólo ha sido hollado por algunos artículos monográficos de muy desigual valor y, en consecuencia, no existe ninguna obra de conjunto, el abogado que necesita antecedentes históricos o el profesor que ha de explicar el proceso histórico español, ha de recurrir directamente a las fuentes.

Intencionadamente se ha tratado de aludir en forma abierta a una figura, que merece aquí destacar, que es la del gran procesalista italiano José Chiovenda. Por influencia, probablemente, de su maestro, el gran romanista Vittorio Scialoja, el tema del gasto procesal, es obsesivo para él. Autor de diversos artículos sobre el mismo⁹, la indicada obsesión cristaliza en una obra capital, de la que se cuenta con una buena traducción y adaptación al castellano¹⁰.

7. Jules PAOLI, *Lis infitiano crescit in duplum*, Tesis doctoral, París, 1933.

8. Giuseppe SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, en *Storia del Diritto Italiano*, bajo la dirección de Pasquale del Giudice, vol. III, parte segunda, Milán, 1927.

9. *Le spese nel processo civile romano*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano*, 1896, y *La condanna nelle spese di lite*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1896, refundidos en la obra cit. en la nota 6.

10. La traducción es de Juan A. de la Puente y Quijano, y las notas y concordancias del que fue catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Barcelona, J. R. Xirau.

El hecho de que la obra proceda de un procesalista no debe hacer creer que carezca de valor historiográficamente. El propio autor declara que ha procurado investigar con amplitud las vicisitudes históricas del problema, y que la solución de la imposición de las costas al vencido fue conocida por el derecho romano, si bien este principio no fue siempre entendido del mismo modo¹¹. Chiovenda no pretende dar unos antecedentes históricos al uso, esto es, como signo de mera erudición, sino que mucho más ambiciosamente lo que aspira es a desentrañar cuál es históricamente el concepto del gasto procesal y quién debe soportarlo en el proceso en cuanto ello determinará el criterio actual, que pretende estar concorde con su génesis histórica. Ello le conduce a un estudio riguroso del derecho romano en sus diversos períodos; de los derechos de los pueblos germánicos, y, entre ellos, del derecho visigodo; de la Glosa y, en general, del Derecho común; del derecho estatutario y, finalmente, de las posturas de la codificación procesal en los diversos países. Lo que no hace Chiovenda, ni se le podía exigir, es escudriñar en el derecho de los pueblos españoles, que se va forjando desde la caída de la monarquía visigoda, y esto es lo que justifica el presente trabajo.

Lo que se pretende aquí es llenar uno de los muchos huecos que ofrece la historia del derecho procesal en España, que representan casi toda aquélla. Aunque no sin espíritu crítico, se aprovecha el ingente trabajo de Chiovenda sobre el derecho romano, el derecho canónico, la Glosa y los comentaristas, etc., pues una reelaboración o una investigación directa, independientemente de la falta de preparación para ello, no hubiera resultado útil. Sobre el resto, y dada la ausencia de bibliografía, se ha recurrido al examen directo de las fuentes normativas y de la doctrina jurídica a través de los representantes más destacados de ésta. No se descarta la posibilidad de examinar algún día otras fuentes, como las actuaciones de los pleitos donde puedan discutirse cuestiones planteadas por los gastos del proceso, pero en principio se ha prescindido de esas fuentes por creer que no han de añadir nada verdaderamente esencial si se tiene en cuenta que la doctrina jurídica suele recoger ya las inquietudes surgidas en la práctica forense.

11. *Op. cit.*, prólogo, pág. 23.

I. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

1. LA TERMINOLOGÍA

La terminología es variada, debiéndose distinguir la de conjunto, es decir, la que sirve para expresar el fenómeno total de los gastos procesales, de la de aplicación parcial, sólo utilizable para determinados gastos del proceso. Como nota general, no exenta de excepción, puede señalarse la utilización de los términos en plural, consecuencia de que, aunque teóricamente el proceso es una unidad, prácticamente es el resultado de la integración de una serie de fases y de situaciones, cada una de las cuales da origen a gastos independientes.

A. *La terminología de conjunto*

En la terminología de conjunto pueden señalarse tres grupos: a) el radicalmente latino y latinizante, cuyo término más importante es, quizá, el de "expensas", acompañándole "impensas", "sumtus", "dispendia" y formas derivadas; b) el castizamente castellano de "costas", y c) el vacilante y complementario de "misiones".

El último grupo, el menos importante desde el punto de vista de vitalidad histórica, puede calificarse de vacilante y complementario en cuanto suele acompañar a términos de los otros grupos. En forma aislada puede encontrarse el término en la Cataluña del siglo XIII, pero sin que aquí pueda otorgársele demasiada trascendencia en cuanto aparece en algún formulario notarial, y, en consecuencia, puede pensarse que se trata de un término de la práctica documental e instrumental, y no de la práctica procesal¹². Más importancia, como forma aislada, puede atribuírsele a su presencia

12. Vid. un Formulario notarial del siglo XIII, procedente seguramente del Panadés, en AHMB., fol. 1 v.º. Se trata de una fórmula de reconocimiento de deuda, en la que Berenguer de Bas, de Martorell, se declara deudor a Pedro Pellipar y los suyos, de Villafranca, por la cantidad de cien sueldos, renunciando a la excepción "non numerate pecunie", pues se declara bien pagada. Conviene pagar en la próxima fiesta de San Andrés sin dilación, daño ni gasto, renunciando a los beneficios de las Constituciones de Cataluña, y transmite sus bienes al acreedor para que por su sola autoridad pueda pignorar hasta recuperar "cum omnibus missionibus quas inde forte feceris ad recuperandum predictum debitum".

en el ordenamiento normativo navarro, en la forma de “mesiones”¹³, y en el valenciano, donde es utilizado por el Rey Martín en 1403, como “missions”¹⁴.

Fuera de estos casos, como se ha dicho, parece tener carácter complementario o alternativo de términos de los otros dos grupos. En Cataluña, y en los usos y costumbres de la Seo de Urgel recopilados en 1470, designa lo mismo que “despeses”, si bien el hecho de que este término aparece en las rúbricas y el otro en el texto puede hacer pensar que “missions” es término más arcaico¹⁵. En la misma Cataluña, pero en Tortosa, aparece como “messio” en forma alternativa con “cost”¹⁶, de la misma manera que algunas veces en Castilla, en la obra del Maestro Jacobo¹⁷ y en las Partidas¹⁸, en la forma de “misiones”.

No preocupando aquí el problema filológico, por más que se estime fundamental, sino el jurídico, es preciso destacar una vez más la falta de vitalidad del término. Es cierto que su área es extensa, pues se encuentra en Castilla, Levante y Navarra, aquí con la exclusión sorprendente de Aragón, pero como término procesal siempre en forma alternativa.

Los otros dos grupos son los verdaderamente importantes, siendo el primero el de más antigüedad y el de carácter erudito, en tanto el segundo es el más popular y de mayor vitalidad histórica.

El primero, como latino, arranca del derecho romano, en sus diversas formas de “impensae”, “expensae”, “sumptus”, “impendia” y “dispendia”. La diversidad de formas no ha dejado de preocupar a los romanistas, en cuanto que podía reflejar distintas

13. *Amejoramiento* de 1330, cap. 8.

14. *Fori Regni Valentiae*, 1547 (en adelante, F.R.V.), IX, 1, 6.

15. Vid. Francesch CARRERAS Y CANDI, *Les usances o privilegis de la Seu d'Urgell*, *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona* (en adelante, Bol. R. A. B. L. Barc.), vol. XI (1924), págs. 265-292, cap. 89. Vid. también en cap. 68: “sens messió de les parts”.

16. Código de las Costumbres de Tortosa, en Bienvenido OLIVER *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, tomo IV, Madrid, 1881, VII, 2, 6: “...sens cost e messio de les parts...”.

17. *Doctrinal*, lib. V, cap. 7, en Rafael de UREÑA Y SMENJAUD y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes*, Madrid, 1924: “... faziendoles fazer grandes costas & misiones...”.

18. *Partidas*, III, 22,8: “... faziendoles fazer grandes costas, e misiones...”.

cosas, pero no se ha obtenido en este camino un gran resultado. Frente a Maynz, Chiovenda no creía que "impensae" significara gastos en la cosa, y "expensae", gastos con motivo de la cosa, pues también se aplica el primer término a los gastos judiciales, sino que "expensae" era el término preferido por las constituciones, mientras "impensae" era propio de los juristas clásicos¹⁹. Por la aplicación que destacaba Chiovenda queda descartado que "expensae" fuera término procesal, frente a "impensae", como término de derecho sustantivo. Filológicamente cabe registrar que el término "expensae" ha tenido mayor vitalidad, como consecuencia de ser el término empleado en las constituciones imperiales, que han sido recopiladas por Justiniano, donde, a veces, aparecen aún más tecnicados en la forma de "litis expensis"²⁰.

Desde luego, y como argumento de apoyo a la opinión de Chiovenda, es preciso destacar que no es raro la utilización de términos alternativos, como se ha visto en el caso de "misiones" con el de "expensas" o el de costas". Dentro del derecho imperial romano hay que considerar el caso del término "sumptus" o del término "dispendia", presentes el primero, por ejemplo, en constituciones de Honorio y Teodosio o de Valentiniano y Marciano, y el segundo, en las de los últimos emperadores citados²¹, sin que parezcan expresar conceptos jurídicamente distintos.

Este lenguaje es común al derecho visigodo, especialmente en el Breviario de Alarico, donde se recoge el Código Teodosiano, y en el que el término más empleado es el de "sumptus", alternando con "impensas" y "expensas". Max Conrat parece haber traducido "impensas" por "gastos" (Ausgaben) y "sumtus" por "costas" (Kosten), pero, independientemente de que no ha obtenido consecuencias de ello, y mal pueden obtenerse cuando de los dos términos traductores uno no es propiamente alemán, esto es inseguro, pues unas veces se dice "impensas sumtusque litis", y otras "sumtus et expensas litis"²². En todo caso, el término pro-

19. CHIOVENDA, op. cit., nota 2, en pág. 35.

20. Código de Justiniano (en adelante: C.), VII, 51: "De fructibus et litis expensis".

21. C. VII, 51, 3: "...super sumtuum repetitione...". C. VII, 51, 4: "...post dispendia, post sumtus...".

cesal lo sería el de “expensas”, en tanto “sumptus” sería término más genérico, como lo demuestra su mayor utilización, y, sobre todo, la expresión “sumptus per litis expensas” contenida en una fórmula visigoda²³.

Naturalmente, la terminología romana es heredada por la Glosa, el Comentario y el Derecho canónico, con claro predominio del término “expensas”²⁴. A través de los juristas agentes de la denominada “recepción”, el término en forma inalterada se introduce en el lenguaje normativo del siglo XII, como en los Decretos de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188²⁵, y de los siglos posteriores, como en las Costumbres de Lérida²⁶ y en los fueros aragoneses²⁷. Cuando las colecciones se vierten a los lenguajes hablados, el término se romancea, y adopta la forma de “espesas” en el Fuero de Molina de Aragón²⁸ o de “despeses” en los usos y costumbres de la Seo de Urgel²⁹ y en la “Costum” valenciana³⁰.

Si algunos ordenamientos normativos han adoptado este término de “expensas”, tan poco popular, con más razón lo han preferido los juristas, profesionalmente inclinados a los tecnicismos y a un lenguaje especial y erudito. En Aragón, lo utiliza Bardají³¹, y

22. Vid. Código Teodosiano (en adelante: C. Th.), IV, 161, en Max CONRAT (Cohn), *Breviarium Alaricianum. In systematischer Darstellung von*. Leipzig, 1903, págs. 498-499.

23. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 143-144. La fórmula visigoda 35 conmina al demandado que no comparece con “sumptus per litis expensas nobis satisfacere”.

24. Vid. loc. cit. en nota 6.

25. Vid. los citados Decretos de Tomás MUÑOZ Y ROMERO, *Fueros municipales*, Madrid, 1847, págs. 102-106: “...et solvat insuper espensas, quas fecit mezclatus in eundo et redeundo...”.

26. *Costumbres de Lérida*, publicadas por Pilar LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO. Barcelona, 1946, pág. 68: “ De expensis non restituendis”.

27. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Publicados por Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, tomo I, Zaragoza, 1866, pág. 257: “Ut victus victori in expensis condemnetur” y “Quod succumbens in exceptione in expensis condemnetur”.

28. Vid. la nota 466.

29. Vid. loc. cit. en nota 15.

30. F.R.V., IX, 1, 6.

31. Ibañeta de BARDAXI, *Commentarii in quatuor Aragonensium Fororum libros*, Zaragoza, 1592, fol. 411.

todo un párrafo de Portolés lleva el título de "Expensae"³². En Cataluña, donde el ordenamiento normativo general, esto es, el de las constituciones, parece eludir toda terminología en esta cuestión, la doctrina, representada por Peguera, por ejemplo, habla eruditamente de "litis expensas"³³. Incluso en Castilla, donde el ordenamiento normativo adoptará una denominación castiza para el gasto procesal, el Maestro Jacobo habla en alguna obra de "despesas"³⁴, y los humanistas, como Covarrubias³⁵, Gregorio López³⁶, Juan Gutiérrez³⁷ y Yáñez Parladorio³⁸, lo hacen siempre de "expensas".

Al margen de este lenguaje técnico y erudito, es en Castilla donde, salvo una esporádica forma levantina de las Costumbres de Tortosa³⁹, se forja un término de indudable raigambre popular, destinado a triunfar, quizá por esa raigambre, y que es el de "costas". En el Fuero Viejo se encuentra en la forma con la que ha debido de comenzar y de irse abriendo paso, esto es, como expresión adverbial, derivada de un verbo tan castizo como es el de "costar"⁴⁰. En el Fuero Real es donde lo encontramos substanti-

32. Jerónimo PORTOLÉS, *Scholia, sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Aragonum*, Zaragoza, 1587, segunda parte, págs. 652-655.

33. Luis de PEGUERA, *Praxis civilis*. Añadida con decisiones de diversos Consejos por Acacio de Ripoll e ilustrada nuevamente con ejemplares, fórmulas y observaciones por Pedro de Amigant. Barcelona, sin fecha (La dedicatoria de Amigant a Don Melchor de Navarra es de 1673), rúbrica 30: "De litium expensis, et illarum taxatione".

34. Maestro Jacobi, *Los Noue tienpos de los Pleytos*, Tempus. ix us, en edición citada de Ureña y Bonilla, págs. 389-390.

35. Diego COVARRUBIAS DE LEYVA, *Practicarum Quaestionum*, con índice de José Berní y Catalá, tomo II, Valencia, 1775, pág. 149: "Cap. XXVII. De expensis, & earum condemnatione, hoc in capite traduntur multa".

36. Vid. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848, con la glosa de Gregorio López a *Partidas* (en adelante, *Part.*), III, 22,8.

37. Juan GUTIÉRREZ, *Tractatus tripartitus, De Iuramento confirmatorio, & aliis in Iure variis resolutionibus*, Frankfurt, 1606, pars. III, cap. V, números 21-22.

38. Juan YÁÑEZ PARLADORIO, *Rerum quotidianarum*, Madrid, 1603, capítulo final, 5.ª parte, par. 18.

39. Vid. la nota 16.

40. *Fuero Viejo de Castilla*. Publicado por Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ, Madrid, 1847, III,2,8: "... e el Fiel develes ir rescivir aquel logar a costa de amas partes".

vado y sirviendo ya de rúbrica para un título⁴¹. Después se encuentra ya en casi todas las colecciones normativas, como Partidas⁴², Leyes del Estilo⁴³, Ordenamiento de Alcalá⁴⁴, Nueva y Novísima Recopilación⁴⁵ y Ley de Enjuiciamiento civil vigente⁴⁶. La doctrina también la utiliza cuando no se mueve en un plano erudito, como sucede con el Maestro Jacobo, pese al empleo también de la palabra "despesas", como se ha dicho⁴⁷, y varios siglos después, con Castillo de Bovadilla, todavía en época de renacimiento humanista⁴⁸. Cuando este renacimiento pasa, y cuando se afianza el Derecho municipal frente al Derecho común para llegar a desembocar en el Derecho nacional, el triunfo del término "costas" es absoluto.

B. *La terminología de aplicación parcial.*

En tanto la terminología anterior responde al proceso como conjunto, se desarrolla otra en los distintos ordenamientos que responde a un proceso desintegrado en distintas fases y con una unidad ficticia. En el Derecho romano se hace patente esto con las denominadas "sportulae", que se desarrollan y proliferan en las "extraordinarias cogniticiones"⁴⁹, y que son los derechos pecuniarios a satisfacer a los oficiales que intervienen en las distintas fases de incoación, prueba, ejecución, etc.

Ya dentro del Derecho particular de nuestra Península merece citarse por su rareza el término "tangantes" o "tagantes", que apa-

41. *Fuero Real*, III, 14, en *Códigos antiguos de España, publicados por Marcelo ALCUBILLA*, Madrid, 1885: "De las costas".

42. *Part.* III, 22, 8: "Como el judgador deue condenar en su iuyzio al vencido en las costas que fizo su contendor".

43. Ley 164: "Como el que se alza si es vencido, ha de pechar las costas".

44. *Ordenamiento de Alcalá*, tit. II, ley 1.^a.

45. Vid. *Novísima Recopilación*, XI, 19: "De las costas y su tasación".

46. *Ley de Enjuiciamiento civil* (en adelante L.e.c.), I, 11: De la tasación de costas".

47. El maestro Jacobo utiliza "costas" en las *Flores del Derecho* y en el *Doctrinal*, mientras emplea "despesas" en los *Nueves tiempos*.

48. Ldo. Castillo de BOVADILLA, *Política para Corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, 1775, tomo 2.^o, lib. V, cap. 3.^o, núm. 50.

49. Vid. SCIALOJA, op. cit., pág. 373.

rece en el Fuero de Avilés para designar generalmente derechos debidos al órgano ejecutor, como es el merino, y que, según el parecer de Fernández Guerra, ha de derivar del verbo latino "tangere" o tocar ⁵⁰.

De mayor importancia por su extensión es el término que aparece como "arences" o "arienços" en la última redacción del Fuero de Jaca ⁵¹ con motivo de la práctica de ordalías, como la del hierro caliente, y que en la última forma citada se encuentra en el Código de Huesca para designar derechos debidos a los sayones en casos de homicidio ⁵². Como consecuencia de filiación que parece clara, los derechos del sayón aparecen denominados como "arentago" o "arentadgo" en el Fuero de Logroño ⁵³.

En Cataluña, y en la Edad Moderna, los gastos originados por la actuación de abogados y procuradores reciben el nombre específico de "palmarium" ⁵⁴, y determinados derechos de escribanía reciben el nombre de "morabitus" ⁵⁵. Mucho más importante por la generalidad de su aplicación y su duración en el tiempo es el término "averías", con el que se denominan determinados derechos de los órganos judicial, burocrático y ejecutor en las composiciones de los delitos, es decir, en las cantidades exigidas a los delincuentes para redimir una pena, generalmente corporal ⁵⁶.

Esta terminología, que aquí se ha denominado de aplicación parcial, tiene indudablemente su importancia, en cuanto si bien ha

50. *Fuero de Avilés*, publ. por Aureliano FERNÁNDEZ-GUERRA Y ORBE. Madrid, 1865, cap. 26: "et si si cremar, pectet illo aver cum suas novenas al don del aver, et solidos X per las tangantes al maiorino", y cap. 41: "... X solidos al Rei per suas tagantes". Vid. la opinión de Fernández-Guerra en pág. 181.

51. Vid. *Fuero de Jaca* (última redacción), publ. por José María RAMOS Y LOSCERTALES. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1927, cap. 316.

52. Vid. Gunnar TILANDER, *Los Fueros de Aragón, según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund, 1937, lib. VIII, cap. 323.

53. Vid. el *Fuero de Logroño* de 1095, en MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 334-343, con la forma "arentago", y la variante de Llorente con la forma "arentadgo".

54. RIPOLL, op. cit., núms. 65-67.

55. Op. cit., núm. 71.

56. Vid., p. e., CARRERAS CANDI, op. cit., cap. 68: "... les quals averies...".

denominado partes del gasto procesal conjunto o del proceso como unidad, ha destacado dentro de él, hasta el punto de que en ocasiones haya tenido un cierto tratamiento independiente.

2. EL CONCEPTO

Ni en el Derecho romano ni en el Derecho histórico particular español existe una definición del gasto procesal. En el primero puede no parecer extraño si se admite la opinión común de que es enemigo de generalidades o de abstracciones, lo que, por otra parte, hay que poner en duda si se tiene en cuenta que un buen número de las mejores definiciones, como jurisprudencia, testamento, etc., proceden de él. El que el Derecho histórico español coincida con el Derecho romano no sólo en su aspecto normativo, sino en el doctrinal, conduce a pensar que no se ha estimado nunca necesario por su propia diafanidad. Cada época se ha preocupado después de llenar de contenido ese concepto que no se ha creído necesario definir. No obstante, algunas veces se le ha deslindado de otros conceptos vecinos, y se ha tenido una idea más o menos amplia de lo que lo constituía.

A. *El concepto estricto*

Un concepto estricto de los gastos procesales es aquel que considera como tales los invertidos en remunerar los elementos personales que, con independencia de las partes, hacen posible con su actuación el desarrollo del proceso. Estos elementos componen los órganos judicial, burocrático y ejecutor de la justicia, a los que hay que unir los que integran la representación y defensa procesal de las partes. En sus formas más puras e ideales, el órgano judicial declara el Derecho; el burocrático, lo documenta; el ejecutor, lo aplica, y la representación y defensa procesal asiste a las partes en forma totalitaria.

El que el concepto estricto integre esos elementos no significa que sea siempre obligada su presencia cuando se trate de apreciar jurídicamente el gasto procesal, y apreciar jurídicamente debe entenderse como intención de imputarlo a alguien, para que lo soporte económicamente. El órgano judicial puede actuar gratuitamente en determinados períodos; puede faltar el órgano burocrá-

tico cuando el procedimiento es verbal, y puede asimismo faltar la representación y defensa procesal cuando el procedimiento no es técnico, pero si no sucede así no se duda de que las distintas actuaciones citadas dan lugar a gastos procesales, y, por otra parte, cualquier otro gasto que no sea de los mencionados suscita dudas sobre la licitud de su inclusión.

Por ello mismo, no constituyen gastos procesales en sentido estricto los que realizan las partes para acudir al proceso, aunque esta actividad es presupuesto básico para aquél, y aun se castiga si no se realiza. En la doctrina castellana esto se refleja en la distinción de las costas en procesales y personales. Hevia Bolaños, apoyándose en las Partidas y en la Glosa de Gregorio López, manifiesta que aunque la "condenación de costas" se puede hacer por las procesales y personales, en la duda se entienden sólo las procesales, si no se expresa otra cosa⁵⁷, y Yáñez Parladorio declara que las "personales expensae" sólo se acostumbra a exigir en los altos tribunales reales⁵⁸.

Una distinción similar, quizá menos nítida, se ofrece en la doctrina catalana, donde Ripoll diferencia los daños "intrínsecos" o necesarios para la litis, como gastos de abogados y procuradores, informaciones, memoriales, gastos de proceso, notarios, escrituras, itinerario, navegación y alimentación, de los daños "extrínsecos", como si yendo el litigante al lugar del juez es detenido por ladrones o muere su caballo, concluyendo que siempre que se condena en daños se entienden los intrínsecos⁵⁹. Aunque es dudoso a qué gastos de itinerario, navegación y alimentación se refiere el jurista catalán, parece que, en general, los gastos "intrínsecos" coinciden con los "procesales", como a su vez lo hacen los "extrínsecos" con los "personales".

De cualquier manera, como puede verse, la doctrina, en una época avanzada de la evolución, se ha inclinado por un concepto estricto del gasto procesal, hasta el punto de que, a veces, ha tenido que corregir exageraciones en este sentido, como sucede con la "Declaración sobre la condenación de expensas" que hace Car-

57. Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, 1783, tomo I, par. 18, núm. 9, pág. 96.

58. YÁÑEZ PARLADORIO, op. cit., cap. final, 5.ª parte, par. 18, núm. 11.

59. RIPOLL, op. cit., núm. 27.

los I en Zaragoza en el año 1519, según la cual, y a fin de aclarar dudas, siempre que el Vicecanciller, el Regente de la Cancillería o, en su caso, el Asesor del Gobernador o los Lugartenientes de Justicia condenaran en las expensas, dicha condena debía comprender el derecho de sentencia que el colitigante hubiera pagado, de forma que el condenado debía pagar todas las expensas, así del proceso como los derechos por la expedición de sentencia⁶⁰. No debe sorprender esto demasiado, en cuanto estos derechos de sentencia no se refieren propiamente al fallo en sí, sino al interés en que éste se haga en forma pública, como más adelante se explicará, pero no deja de ser sintomático que haya de ser declarada expresamente la inclusión de unos gastos derivados directamente del proceso, que ni la doctrina castellana hubiera podido calificar de "personales" ni la catalana de "extrínsecos".

B. *El concepto amplio*

Frente al concepto estricto, el amplio incluye absolutamente todos los gastos que se realizan por las partes como consecuencia lógica del proceso, y que de no mediar éste no se hubieran producido. Con la primera condición se quieren excluir aquellos gastos que accidentalmente se han producido como consecuencia del proceso sin responder a la previsión normal, como los que ya se han citado como incluidos por Ripoll en su doctrina de los daños "extrínsecos": caso del litigante que yendo al lugar del Juez es detenido por ladrones o muere su caballo. Con la segunda, se quieren excluir los gastos que no pueden llamarse propiamente "procesales", por cuanto el proceso no es condición "sine qua non" para su nacimiento, y hubieran tenido lugar aunque el proceso no se hubiera celebrado. Los gastos que no pueden ser incluidos dentro de un concepto estricto, pero que sí pueden serlo dentro de un concepto amplio, pueden agruparse bajo dos rúbricas: a) gastos de resarcimiento del injustamente perjudicado por el proceso, y b) penas procesales.

En principio, puede haber una parte que no resulte perjudicada por el proceso, sino que solamente obtenga beneficios de él, como es el caso de que reclame algo que no le corresponda y lo consiga.

60. *Fueros de Aragón*, lib. VII, pág. 258.

pero esto es la consecuencia de la falibilidad humana, al producirse lo que el Derecho no quiere, pero tampoco puede evitar. Normalmente el proceso perjudica a ambas partes: a una, porque además de no serle reconocida su pretensión ha de soportar gastos e incomodidades, y a la otra, porque a pesar de que se le reconozca ha de haberlo conseguido a costa también de gastos y esfuerzos. Los gastos del primero no preocupan al legislador, ni al jurista en general, porque se estiman que son justos por razones que son obvias, pero sí preocupan los del segundo. A éste no siempre se le considera perjudicado injustamente, pues merced a los gastos del proceso ha podido dejar esclarecido un derecho, que de otra forma aparecía dudoso, y, en consecuencia, la Justicia no le ha reintegrado a su posición anterior, sino que le ha situado en un puesto mejor, de la misma forma que el operado al que le han seccionado el tumor maligno no se encuentra como antes y no puede considerarse perjudicado por el pago de la operación. Si impera este criterio, el legislador no arbitra ningún medio para resarcirle, y ha de soportar los gastos que se le han ocasionado.

Otras veces, sin embargo, impera el criterio contrario de que por ser verdadero titular de un derecho y haber sufrido la desgracia de que alguien lo haya querido ignorar, es un perjudicado injustamente por el proceso. Si se le trata de compensar con arreglo a un concepto estricto del gasto procesal se conseguirá liberarle de la parte que pudiera corresponderle en la retribución de los órganos judicial, burocrático y ejecutor de la justicia, y de su representación y defensa procesal, pero no se llega a un verdadero resarcimiento de sus gastos, pues no se trata de gastos personales, sino de gastos de los órganos del proceso, por más que puedan recaer sobre él en todo o en parte. Un verdadero resarcimiento es el que tiene por objeto los aludidos gastos personales, que son los que pudiéramos calificar: *a)* de desplazamiento de las partes, y *b)* de daños ocasionados por las actuaciones procesales.

En primer lugar, se encuentran los citados "gastos de desplazamiento", es decir, los originados para las partes por el hecho de tener que acudir al lugar de celebración del proceso, a veces, en sentido distante, y la subsiguiente residencia en lugar distinto de

la propia. El hecho registrado por Yáñez Parladorio⁶¹ se explica por sí solo. No suelen exigirse esos gastos en los tribunales o curias encargadas de la primera instancia, porque suelen estar ubicados en el mismo lugar de residencia de las partes, o muy próximamente. Por el contrario, suelen exigirse por los Tribunales de la Corte, en cuanto éstos son los que dan lugar a los grandes desplazamientos. En la Edad Media hay que acudir adonde se encuentra el rey, inconveniente que se procura paliar con la movilidad de aquél. En la Edad Moderna, su sedentarismo está ampliamente compensado con el funcionamiento de las Audiencias, pero, no obstante, éstas se encuentran muchas veces lejos de los litigantes, y el hospedaje en las ciudades donde se encuentran no ha debido ser muy barato.

En segundo lugar, se encuentran los daños ocasionados por las actuaciones procesales, que, normalmente, afectan al que tiene razón en la pretensión substantiva, pero que puede afectar también al que suponiéndose puede tenerla, se desconoce por no haber dado lugar a la declaración del derecho. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de quien habiendo dado lugar al emplazamiento de la parte contraria no se presenta después a formalizar su demanda. Hay que suponer que el origen de esta conducta está en la falta de fundamento de su pretensión substantiva, que le impide seguir impulsando el órgano judicial después que le ha fallado el efecto intimidatorio que él esperaba del emplazamiento, confiando, quizá, en la timidez del contrario. No obstante, puede haber sido así, y de hecho, cuando se le condena a un resarcimiento de los daños experimentados por el emplazado, se prescinde de cuál haya sido el origen de su conducta contradictoria procesalmente, para atender sólo a la existencia de unos daños que se han producido a causa de una actuación procesal, que no hubieran tenido lugar sin esta actuación.

Estos daños, históricamente, suelen tener expresión aparte e independiente de los gastos en sí. En los fueros aragoneses, dados el uno por el futuro Juan II, Lugarteniente General de su hermano Alfonso V, en Alcañiz en 1436, y el otro, por Fernando el Católico, en Monzón en 1510, por ejemplo, se distingue la condena de

61. Vid. nota 58.

expensas y la de daños doblados⁶², y aún en la actualidad sucede lo mismo en el Derecho canónico, donde, como dice el Cardenal Miguel Lega, los cánones distinguen "damnorum refectionem ab expensis iudiciis", pues los daños se deben aun sin temeridad y fluyen del "lucro cessante", de "impensis emergentibus" o con ocasión del juicio, pero no del juicio mismo⁶³. Esto es así porque, como se ha dicho, generalmente se atiende a un concepto estricto del gasto procesal, pero no hay duda que son también un gasto procesal, en sentido lato.

A este respecto, hay que destacar que los daños citados pueden en algunas ocasiones confundirse o no distinguirse bien de los daños substantivos, es decir, de aquellos que proceden del simple desconocimiento de un derecho con independencia de la mediación de un proceso, y como así es históricamente, se dedicará después a ello un tratamiento especial, pero en otras ocasiones la distinción es neta, puesto que se trata de daños que no nacen de ese desconocimiento del derecho, por cuanto no puede saberse si ha habido tal desconocimiento, sino que nacen de una actuación procesal, que es la que entonces adquiere un rango substantivo o independiente. En el caso citado, del que ha producido un emplazamiento y no formaliza la demanda, o en el que la parte que no comparece indemniza a la que sí lo hace, y que, como se verá más tarde, es frecuentísima en nuestro Derecho histórico, no se sabe si el condenado al pago tendrá o no razón en el aspecto substantivo, es decir, en el de la relación jurídica debatida, pues no se ha llegado a dictar sentencia, e, incluso, lo más probable es que no llegue a dictarse nunca. Si la parte indemniza a la otra es porque ésta ha sufrido un perjuicio de naturaleza exclusivamente procesal, es decir, se ha dado lugar a un gasto procesal, que, jurídicamente, tiene

62. En el primero, ed. citada de los *Fueros de Aragón*, pág. 257, se prevé el supuesto de que el demandante no presente después la demanda contra el citado, en cuyo caso el Rey, el Regente de la Gobernación o el Justicia deben "condemnar á aquel á cuya instancia la citación fue emanada en las expensas, é daños in duplum". En el segundo, inserto en el Libro IX, se condena en expensas y daños doblados al acusador que sucumbe, a no ser haya tenido justa causa de litigar.

63. Michæle Card. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. III, Roma, 1950, págs. 56-57.

que ser apreciado, esto es, tiene que ser imputado a alguien para que éste lo soporte económicamente. Puede ser que el condenado rectifique su falta, reanude el juicio y triunfe en el debate sobre la relación jurídica que dio lugar al proceso, y, no obstante, seguirá siendo deudor del gasto a que dio lugar la actuación procesal mal impulsada por su parte.

Por tratarse, al contrario, de gastos o daños que se hubieran producido aun sin la mediación del proceso, quedan fuera de los gastos procesales los intereses de la cosa litigiosa, que, como señala Ripoll, eran objeto frecuente de condena en causas de espolio, en la forma de restitución de los frutos percibidos y que hubieran dejado de percibirse, citando una causa entre Bernardo de Cardona, archidiácono mayor de la catedral de Gerona, y algunos labradores de Llisá de Munt, en la que actuó Pedro Soler, como ponente⁶⁴. Si la cosa no hubiera sido espoliada, los intereses hubieran sido percibidos por el propietario de aquélla, que los hubiera seguido poseyendo. Si el que espolia se ve condenado a pagarlos no experimenta un nuevo gasto como consecuencia del proceso, pues lo que abona nunca le correspondió.

Al lado de estos gastos de desplazamiento y gastos derivados de actuaciones procesales, que integran los gastos de resarcimiento del injustamente perjudicado por el proceso, se encuentran las penas procesales, es decir, las sanciones que el órgano judicial impone a aquellos litigantes que entorpecen más o menos deliberadamente la administración de justicia. Tampoco éstas se incluyen dentro de un concepto estricto, y así puede verse en el fuero de Molina de Aragón, donde la cantidad a pechar al Conde por intentar que una causa fallada se vea otra vez no está incluida en las expensas⁶⁵, pero en sentido lato son gastos procesales, originados por las partes por la exclusiva presencia del proceso, sin el cual no hubieran nacido. Históricamente, como se expondrá más adelante, estas penas suelen ir unidas, casi componiendo un todo, con los daños de resarcimiento del injustamente perjudicado. Conceptualmente, es

64. RIPOLL, op. cit., núms. 25-26.

65. *El Fuero de Molina de Aragón*, publicado por Miguel SANCHO IZQUIERDO, Madrid, 1916, cap. 22: "Qui ouiere juyzio antel Conde et despues otra vegada fuere con aquel juyzio ante el Conde, peche cinco maravedís et las espesas".

obligada su distinción, en cuanto los citados daños van destinados a la parte contraria, y tiene, por decirlo así, un destino privado, en tanto lo que aquí se denomina pena procesal es pagado al órgano judicial o ejecutor que lo impone, y tiene, dentro del lenguaje citado, un destino público.

Finalmente, dentro del plano del Derecho histórico, es difícil, aunque no imposible, proyectar la diferenciación que, según el Cardenal Miguel Lega, existe entre expensas y tasas judiciales⁶⁶. Algunas de éstas pueden ser excluidas de los gastos procesales en un sentido estricto, si se tiene en cuenta que hay "sportulae" debidas por funciones realizadas por los distintos oficiales, a cuyo pago está obligada la parte que las encomienda, con independencia del resultado final del proceso. Actualmente, se considera que cuando una de las partes realiza gastos innecesarios o desproporcionados en relación al fin perseguido, no deben ser soportados por la parte contraria aunque resulte vencida y condenada. En último término es aplicable a esto lo dicho anteriormente sobre aquellos gastos que no se aprecian jurídicamente, esto es, que el Derecho no se cuida de imputarlos a alguien para soportarlos económicamente. No obstante, en el presente trabajo no se mantendrá esa diferencia que, históricamente, no ofrece demasiada importancia, sino que, por el contrario, se utilizará incluso la palabra tasa judicial para expresar el gasto procesal consistente en la remuneración del órgano judicial.

II. EXTENSION, COMPUTO Y DETERMINACION

1. LA EXTENSIÓN

Como ha podido deducirse de lo expuesto, el elemento determinante del concepto del gasto procesal, no de su naturaleza, lo es la extensión del mismo, es decir, que es lo que se ha de entender incluido en él. Estudiándose un período determinado puede suceder que sólo se precise considerar la mínima extensión, por predominar en él el concepto estricto. Estudiándose a través de todo el derecho histórico es obligado atender a todo lo que puede

66. Cardenal LEGA, *op. cit.*, págs. 51-52.

integrarse bajo un concepto amplio, lo que significa examinar: A) la retribución del órgano judicial; B) la retribución del órgano burocrático; C) la retribución del órgano ejecutor; D) la retribución de la representación y defensa de las partes; E) el resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso; F) las penas procesales, y G) los gastos diversos que no puedan incluirse en los apartados anteriores. De todos ellos, aunque no siempre sea el más trascendente, parece lógico comenzar por el estudio de la retribución del órgano judicial, declarativo o resolutorio, en cuanto se encuentra en la cúspide del proceso.

A. La retribución del órgano judicial

La retribución del órgano judicial, desde el punto de vista del gasto procesal, se traduce en la tasa judicial, término también aplicable a la retribución de los órganos burocrático y ejecutor, aunque en sentido más lato. El término "tasa" no está aquí empleado en el sentido de limitación, aunque normalmente implique también este fenómeno, sino en el hacendístico de remuneración de la actuación del órgano público por el particular a quien interesa esa actuación. Si no existe la tasa, la retribución del órgano judicial no da lugar a un gasto procesal, y así sucede en algunos períodos. La remuneración se efectuará por el Rey, por el Señor, por los súbditos, por los contribuyentes, etc., y, de no ser ejercida la justicia gratuitamente, da lugar a un gasto, pero que no tiene la condición de procesal por no ser soportado por ninguna de las partes del proceso en forma directa. Puede hablarse, entonces, de gasto judicial, pero no de gasto procesal.

Por su parte, la tasa judicial puede ser: *a)* indeterminada; *b)* fija, y *c)* proporcional. Aunque la prohibición de la percepción de la tasa judicial tiende a anularla, no debe pasarse por alto su estudio, pues los aspectos negativos perfilan como los aspectos positivos. En último término, la prohibición de la tasa judicial está mucho más cerca de ésta que la simple ausencia de tasa judicial.

a) La tasa judicial indeterminada

La tasa judicial indeterminada significa la sumisión de su determinación al arbitrio judicial. En principio, hay que admitir que

como todo sistema tiene sus ventajas e inconvenientes, pero que son más éstos que aquéllos. Para que el sistema sea ventajoso tiene que contarse con un órgano judicial dotado de un altísimo concepto de la responsabilidad. Si aquél es así, el sistema es ventajoso, porque puede corregir la iniquidad de la equidad, esto es, las desigualdades que arrastra la rigidez de unos aranceles. Como a un órgano humano no es posible exigirle demasiadas virtudes, el sistema se ofrece defectuoso, y por ello no es frecuente.

Dentro de los ordenamientos históricos de la Península Ibérica, únicamente parece haber sido el visigodo el que lo ha utilizado. En otros momentos, como la Alta Edad Media, por ejemplo, ha podido ofrecerse también, pero como abuso, contra el que se han dictado precisamente las prohibiciones de tasas judiciales o las fijaciones de aranceles. Sólo en el ordenamiento visigodo, por otra parte, en forma brumosa como tantos otros aspectos del derecho, parece que ha tenido consideración legal.

La consideración legal de la tasa judicial indeterminada en el ordenamiento visigodo parece deducirse de la conocida Ley de Teudis, del año 546⁶⁷, y de un texto del "Liber Iudiciorum"⁶⁸. Las

67. Vid. *Lex Theudi Regis de litium expensis et commodis iudicum et executorum inserta Codici Theodosiano Lib. IX tit. XVI*, en *Monumenta Germania Historica. Leges Visigothorum*, a cargo de Carlos ZEUMER, Hannover-Leipzig, 1902, págs. 467-469.

En el "Proemio. IV. De lege theudiana", págs. XVIII-XXIV, y, más concretamente, pág. XIX, de la publicación de la REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Legis Romanae Wisigothorum. Fragmenta ex Codice Palimpsesto Sanctae Legionensis Ecclesiae*, Madrid, 1896, se da como fecha de promulgación la de 24 de noviembre del año 545, habiendo intervenido en este prefacio las relevantes figuras de Aureliano Fernández Guerra, Francisco de Cárdenas, Fidel Fita y Colomer, Manuel Danvila y Collado, Juan de Dios Rada y Delgado, Marcelino Menéndez y Pelayo, y Eduardo Hinojosa y Naveros. Esto es confirmación de lo manifestado por Francisco de CÁRDENAS, en *Noticia de una ley de Teudis desconocida, recientemente descubierta en un palimpsesto de la Catedral de León*, *Boletín de la Real Academia de la Historia* (en adelante: *Bol. de la R. A. H.*), tomo XIV, junio 1889 (págs. 473-491), pág. 476, y de lo manifestado también por Fidel Fita en una carta a Cárdenas, que éste publica como apéndice en el trabajo últimamente citado, pero con la diferencia de que en éstos se dice año 546, que parece ser la data segura, recogida por TORRES LÓPEZ en la *Historia de España*, dirigida por Ramón MENÉNDEZ PIDAL, Espasa Calpe, tomo III,

dificultades para la interpretación son muchas, derivadas: a) del carácter fragmentario de la Ley de Teudis en su primera parte, que es donde se debate la cuestión relativa al órgano judicial, y b) de que el texto del "Liber Judiciorum" aparece como ley enmendada.

La Ley de Teudis parece reflejar un momento de gastos desproporcionados para los litigantes, siendo el único caso conocido de que un monarca visigodo ordene la inserción de una disposición aislada suya en una recopilación que no le es debida a él, como el Breviario de Alarico, sin que, por otra parte, parezca posible albergar dudas sobre el fenómeno denunciado y el remedio aplicado afecta a todos los componentes étnicos y políticos de la Monarquía visigoda, es decir, a visigodos y a hispanorromanos⁶⁹. Los indicados gastos desproporcionados conducen al hundimiento de una parte de ellos⁷⁰, entre los que se comprenderían, probablemente, algunos de los triunfadores en la litis, máxime si se tiene en cuenta el sistema subjetivo de distribución del gasto procesal entre los visigodos, que más tarde se detallará.

Una de las causas de estos gastos desproporcionados se encuentra en la estimación arbitraria de los mismos, por lo que Teudis tiene que advertir que esa estimación no puede realizarse por él

Madrid, 1940, págs. 94, aunque, seguramente por error de imprenta, se dice 548 en la pág. 256 de la misma obra. El manuscrito fue descubierto por D. Juan Eloy Díaz Jiménez y D. Rodolfo Baer.

68. *Liber Iudiciorum* (en adelante, *Lib. Iud.*), II, 1, 26.

69. "Flavius Theudis rex... universis rectoribus et iudicibus... Cognovimus provinciales adque universos populos nostros...". La territorialidad de esta ley ha constituido uno de los argumentos más sólidos del Profesor García-Gallo a favor de la vigencia del Breviario de Alarico. Tan reconocida es la indicada territorialidad que en el citado proemio de la edición del Breviario por la Real Academia de la Historia, pág. XXI, se supone que la ley se agregó también al Código de Eurico, puesto que aquélla se ordena para todos los jueces, también los visigodos que conocían todas las causas, tanto de romanos como de visigodos.

70. "Cognovimus provinciales adque universos populos nostros... litium sumptibus vel expensis... contritos qui se vim talibus in... sponte sua non feratur in preceps. Cog. audi principibus... ferum faciat largitor tamen... possessionis malum nostri... et pro ea re temporibus comprehensos... mus periturus obcubat..."

libre arbitrio, sino mediante el examen razonado de la norma⁷¹. Es decir, Teudis viene a distinguir entre tasa judicial indeterminada y tasa judicial arbitraria, consagrando así la primera, y sin admitir que la segunda haya podido tener carácter legal en ningún momento. La consagración de la tasa judicial indeterminada aparece clara por el hecho de que a continuación procederá a la fijación de unos aranceles para el elemento ejecutor, es decir, los sayones, sin que esa misma fijación se haga para el órgano judicial⁷².

La otra causa de la desproporción de los gastos se halla en una prestación sobre la que se carece de información, y que es la de unos "sufragii", que complementarían la retribución del órgano judicial. La única senda para presumir su carácter es la que otorga el Concilio de Tarragona del año 516, perspicazmente citado ya por los que prepararon la edición de los fragmentos del palimpsesto leonés del Breviario de Alarico⁷³, en el que se ordenaba que ningún obispo o clérigo se atreviera a recibir regalos por la protección dispensada al modo de los jueces seculares, exceptuadas las oblações gratuitas en la Iglesia, amenazando con la degradación como si se tratara de prestamistas o usureros, si se probara⁷⁴.

Poniendo en comunicación ambos textos, parece que los "sufragii" han sido regalos ofrecidos por los litigantes a los administradores de la justicia como agradecimiento por su actuación. Aunque haya una lógica tendencia a ver en ello un precio, hay que rechazar, sin embargo, su calificación incondicionada de soborno.

71. "... examussim inquire, et ut racionabiliter reddi perpendiritis, veridica extimatione decernite; quoniam iustum est, non pro expontis arbitrio, sed iusta ratiocinantis examine normam sumptuum extimari."

72. Así lo advierte CÁRDENAS, op. cit., pág. 485, al mismo tiempo que dice que las exacciones arbitrarias de los jueces eran frecuentes entre los bárbaros, citando varias leyes (págs. 483-484).

73. Vid. pág. xxii del prólogo citado a la edición del Breviario de Alarico por la R. A. H.

74. "... more saecularium iudicium". Los textos del Concilio de Tarragona pueden verse en *Concilios visigóticos e hispano romanos*, ed. preparada por José VIVES, con colaboración de Tomás MARÍN MARTÍNEZ y Gonzalo MARTÍNEZ Díez, Barcelona-Madrid, págs. 4-5 y 36-37. Vid. también el Concilio de Lérida en págs. 56-57.

como lo hizo en su día Zeumer⁷⁵. Para que exista soborno, el sobornado tiene que prescindir del carácter justo o injusto de la actuación que ofrece o que se le pide y acometerla en base a la cantidad que se le ofrece como precio, y no, en base a ninguna otra consideración. En los "suffragii" estas circunstancias no han debido darse siempre, pues el Juez visigodo, teóricamente, ha debido dictar sentencia sin hacerlo en consideración a los sufragios, como lo prueba el que según el texto de Teudis no han sido pedidos, sino dados, y esos sufragios han debido de ser dados, teóricamente, no para obtener una sentencia favorable, sino una sentencia justa. En este sentido hay que rechazar toda idea contractual, en lo que ésta tiene de vinculante⁷⁶, y pensar más en la ofrenda u oblación, en una época en la que la administración de justicia tiene un cierto carácter patriarcalista, es decir, en la que no se presta como un deber, sino se otorga como una prebenda. Nuestra sociedad, tan distante de aquélla en todos los aspectos, no puede tampoco escandalizarse, si reflexiona sobre los regalos que se hacen a los funcionarios públicos, desde el modesto guardia encargado de la circulación, al que, como se sabe, se obsequia públicamente por los conductores de vehículos en la Navidad, hasta el alto empleado de un departamento ministerial, al que se obsequia cuando se ha tomado interés en un determinado asunto. En todos estos casos, teóricamente, no se piensa que con el regalo se pague el favor, ni que el interés se haya prestado por aquél o por la presunción de que será hecho, sino que se entiende que es una "atención" o agradecimiento porque el obsequiado ha hecho lo que debía de hacer, sin apartarse del camino recto.

Naturalmente, esto, a su vez, no debe conducir a pensar que el sufragio haya estado bien considerado en el pueblo visigodo, y

75. Karl ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, págs. 161-162.

76. Así, la tesis del "contractus suffragii" en el trabajo con este título de José Manuel P. MUÑOZ DE ARRACÓ, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* (1960), vol. IV, núm. 7, págs. 135-147. No me parece acertada la comparación que se hace con la promesa de entrega de oro o bienes para gestionar cosas ante el Emperador, pues aquí hay retribución para una actuación de mediación, mientras que los sufragios de la ley visigoda se perciben por la prestación de un servicio directo.

prueba de ello es que ha tendido a eliminarlo, como también en la actualidad se ha dictado alguna disposición contra los regalos a los funcionarios. Los Concilios, como se ha dicho, han emprendido la lucha contra esos sufragios en la jurisdicción eclesiástica, donde se ha entendido que era equivalente a la usura, en cuanto al grado de reprobación, y se ha continuado por Teudis, en la jurisdicción secular, prohibiendo terminantemente que fuera de la estimación de la tasa judicial con arreglo a las normas de la razón se admitan los sufragios.

En realidad, y bien mirado, la Ley de Teudis no demuestra por sí sola la existencia de tasas judiciales, en el sentido de retribución del órgano judicial, ya que el aludido examen con arreglo a las normas de la razón es aplicable al gasto procesal general. Podría pensarse entonces, y la hipótesis hubiera sido muy aceptable, que el órgano judicial había actuado gratuitamente, como sucederá en otras épocas y se verá más adelante, recibiendo solamente los mencionados sufragios. Lo que conduce a abandonar esa hipótesis y conformarse con la de una tasa judicial determinada por el propio órgano judicial es el segundo de los textos visigodos citados, es decir, el del "Liber Iudiciorum".

Según el citado texto, el Rey manifiesta haber conocido muchos jueces que, por codicia, intentaban tomar la tercera parte de la cuantía de las causas, por lo que con esa ley aparta esa codicia estableciendo que ningún juez intente aceptar por su trabajo y causa juzgada más de un sueldo por cada veinte, según lo establecido en ley anterior, perdiendo todo lo que debiera tener legítimamente, si por fraude intentara tomar más de la cantidad aludida, pagando el duplo a aquél de quien lo tomara ⁷⁷. Como Chindasvinto, y Ervigio después, condicionan la restitución de la cosa al previo pago de

77. "Cognovimus multos iudices eo, quod, per cupiditatis occasionem supergredientes legum ordinem, ex causis sibi tertiam presumant tollere partem. Propterea nunc presenti lege constituitur, ut hec talis iudicum cupiditas auferatur et non amplius iudex pro labore suo et iudicata causa hac legitime deliberata, quam sicut constitutum fuerat in lege priori, vicensimum solidum presumat accipere. Quod si quacumque fraude quisquam super hunc numerum plus auferre temptaverit, omnia, que legitime debuerat accipere, perdat. Illut vero, quod iniuste contra huius legis ordinem super vicensimum solidum tulerit, duplum illi exsolvat, cui hoc auferri precepit..."

los gastos del juez y del sayón⁷⁸, no hay duda de que el juez no ha ejercido su cargo gratuitamente, sino que ha percibido sus derechos.

Como puede verse, la disposición de Chindasvinto no desmiente, sino que confirma, el sistema de tasa judicial indeterminada, y no para el período anterior, sino para el posterior, pues la disposición no reprueba el arbitrio judicial, sino que lo limita, de forma que el juez puede determinar lo que le corresponde, sin poder superar una determinada proporción.

La determinación del sistema visigodo ofrece dos problemas que, por el momento, son insolubles, no pudiendo sino emitirse conjeturas. Estos problemas son: *a*) la génesis del precepto del "Liber". y *b*) la desproporción entre el abuso judicial y el máximo preceptivo.

El texto del "Liber" está atribuido a Chindasvinto, pero con la condición de ley "enmendada", lo que inmediatamente lleva a pensar que aquel monarca haya corregido una ley procedente del Código de Eurico o del Código de Leovigildo. Sin embargo, un análisis del mismo no conduce a estas atribuciones.

El texto no parece del Código de Eurico, pues el lenguaje no es el de este monarca, si se tiene en cuenta, por ejemplo, la existencia de un exordio o justificación del precepto. Además, todo parece indicar que Teudis ha sido el primer monarca que ha reaccionado contra el arbitrio judicial como situación de hecho y contra la recepción de sufragios, por lo que el pago del duplo por parte del juez que toma más de los derechos que le son debidos no parece que pueda imputarse a Eurico como monarca anterior a Teudis, máxime si se considera que Eurico no parece muy riguroso con el verdadero soborno judicial, que es la figura contenida en la "antiqua" II, 1, 21⁷⁹.

El texto no parece ser del Código de Leovigildo, pues en cuanto a la fijación de una tasa para los jueces se refiere ya a una ley anterior a él, cuando, sin embargo, la Ley de Teudis no puede ser esa anterior, al no señalar la tasa, ni puede pensarse en una

78. "... Quam datam commodi summan ex lege tam iudex quam saio de restitute rei conpositione conquirat...".

79. ZEUMER la considera de Eurico, en op. cit., pág. 160.

ley de un monarca situado entre Teudis y Leovigildo, demasiado reciente para que este último monarca hubiera podido escandalizarse de su incumplimiento.

No siendo de Eurico ni de Leovigildo, la ley parece que tiene que ser forzosamente de Chindasvinto. La estructura de la ley, larga, con exordio o justificación de la parte dispositiva, abona esta teoría, y, si acaso, la única dificultad que existe en este aspecto es la brevedad o simplicidad del exordio. El que se exija rigurosamente no superar determinados límites de cuantía está de acorde con la legislación de Chindasvinto, si se recuerda la tendencia de su obra legislativa y la de su hijo en derecho de familia y sucesiones. La alusión a una ley anterior, que para la atribución a Leovigildo es un grave inconveniente, no lo es para Chindasvinto, pues esa ley anterior sí que puede haber sido de Leovigildo, como así lo creyó Zeumer. Finalmente, el único inconveniente serio que se ofrece, y que es el de la condición de ley "enmendada", puede salvarse si se considera que las leyes "Quoniam" y "Pragma", a las que se tiene por promulgadoras de las redacciones recesvindiciana y ervigiana del "Liber", denominan "enmendadas", al parecer, a todas las que componen éste, o, quizá, en un sentido más estricto, a las que ellos mismos han tenido que corregir⁸⁰.

Naturalmente, si difícil es conjeturar la génesis del precepto en cuanto a su conjunto, más lo es todavía en cuanto a sus detalles. Salvo el señalamiento del máximo de los derechos del juez, que está asignado en la ley anterior, cualquier otra de las partes de la ley ha podido ser enmendada o corregida. No es fácil que lo haya sido el tanto por ciento del órgano ejecutor, que guarda cierta proporción con el del órgano judicial, por lo que ha podido serlo la redacción, quizá, abreviando el exordio, que en Chindasvinto sería más largo, y la última parte, en cuanto será objeto de nuevas enmiendas o correcciones en la redacción "vulgata".

El segundo de los dos problemas que ofrece el texto es el de la desproporción existente entre lo que se considera abuso, es decir, la percepción de la tercera parte de lo demandado, y el máximo preceptivo, que es la vigésima parte, pues no es probable que nin-

80. *Lib. Iud.* II, 1, 5 y II, 1, 1: "De tempore, quod debeant leges emendate valere".

gún legislador se atreva a enfrentarse con lo que más o menos ilícitamente es una realidad. Para paliar esta desproporción, y en tanto no pueda conjeturarse algo mejor, debe suponerse que esa tercera parte pretendida por los jueces no ha debido ser destinada exclusivamente a la satisfacción de sus derechos, sino también los del órgano ejecutor, al menos. En ese caso, frente a un treinta y tres por ciento como abuso contra el que reacciona Chindasvinto, lo que se ha permitido, de conformidad con los límites que en otro tiempo señalaría Leovigildo, es un quince por ciento, descompuesto en un cinco por ciento para el órgano judicial y un diez por ciento para el órgano ejecutor. Puede concebirse que el legislador reduzca los ingresos a la mitad, pero no puede concebirse que los reduzca casi a la séptima parte.

Una última observación cabe hacer sobre este régimen de tasa judicial indeterminada del pueblo visigodo, y es la existencia de un límite máximo antes de la supuesta disposición de Leovigildo, recogida por Chindasvinto, concretamente, en la ley repetidamente citada de Teudis. Zeumer ya lo vio así, siendo lamentable que su visión fuera empañada siempre por la idea de soborno. Declarar que la ley de Teudis permitía cierto soborno en los jueces hasta la cuantía del litigio, al mismo tiempo que afirmar que Leovigildo atenuaba la sanción para los jueces en el cohecho⁸¹, resulta contradictorio. Hay que insistir en que los sufragios no se consideraban soborno hasta su prohibición expresa por Teudis, y hay que evitar la idea de que aquél haya permitido sufragios o cualquier otra clase de ese supuesto soborno hasta la cuantía del litigio. Lo que Teudis permite es que los gastos del litigio puedan ascender hasta la cuantía del mismo⁸², pero entendiendo como gastos los totales del proceso, de los que la tasa judicial es una parte, y, precisamente, prohíbe entonces los sufragios que pueden significar el que los gastos totales excedan de la cuantía del litigio, dándose, entonces, la circunstancia anómala de que lo que se conceda en la sentencia sea menor de lo que se pidió en la demanda⁸³.

81. Vid. loc. cit. en nota 75.

82. "...Quod si intra modum dicta causa extimata non fuerit, saltem ad coequationem petita veniant facultatis...".

83. "...Tunc enim redempta non creditur fuisse iustitia, quandoque minor sunt commoda quam petita facultas...".

b) La tasa judicial fija

La tasa judicial fija, es decir, aquella consistente en una cantidad determinada e inamovible, es casi inexistente. Cuando se ofrece obedece a tratarse de un ordenamiento primitivo, o a no exigirse por la resolución del litigio, sino por una actividad que pueda facilitar aquélla. Al primer caso responden los ordenamientos de Sepúlveda, Belorado, Navarra, etc., y al segundo, el de Jaca.

En la confirmación y adición del Fuero de Sepúlveda por Alfonso VI, en el año 1076, se prevé que el juez recorra anualmente las distintas colaciones, recibiendo entonces cinco sueldos por cada homicidio⁸⁴. Tiene, como se ve, un carácter como de dieta, en un procedimiento criminal.

Una situación similar es la que ofrece el derecho de Belorado, recogido en el Libro de los Fueros de Castilla. Los alcaldes de esta localidad tienen unos derechos fijos en especie, y como elemento complementario, independientemente de las caloñas de sus paniaguados, etc., tienen también cinco sueldos de los homicidios en los que conocieran⁸⁵.

Unos veinte años después de la confirmación aludida del Fuero de Sepúlveda, algunos conflictos entre judíos y cristianos en materia criminal (homicidios, heridas, etc.) se resuelven a través de la batalla de bastoneros, en la que el vencido, si es judío, paga cincuenta sueldos a la justicia del Rey y cincuenta a su contrincante, en tanto si el vencido es cristiano, paga los cien sueldos a la justicia del Rey⁸⁶. Aunque esta "caloña" no haya de entenderse destinada enteramente al juez, el hecho de que en su totalidad sea

84. "... et de cada homicidio accipiat V. sólidos". Vid. *F.º de Sepúlveda* en MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 281-286.

85. Vid. *Libro de los Fueros de Castilla*, publ. por Galo SÁNCHEZ. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho. Barcelona, 1924, cap. 43: "Et de cada omesidio que ellos apreçieren o testiguaren, çinco sueldos cada uno...".

86. "... et tamen si fuerit suus bastonarius de illo Judaeo venzutus per ipsam calumniam, quam demandaverit ad ipse. Christiano pariat sueldos L. ad partem Regis, et alios L. illi cui demandaverit ipsam calumniam. Si autem ipse Christianus, aut bastonarius llius fuerit venzutus, in ipsa vice pro ipsa voce pariat totam calumniam ad partem Regis". Vid. *Karta inter Christianos et Judaeos de foros illorum*, en MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 89-95.

cantidad fija, hace suponer que las partes distribuidas de la misma han debido tener también carácter fijo.

Por lo que se refiere a Navarra, la tasa judicial fija se ha calculado en especie, bien por superar los cambios de valor de la moneda, bien por tratarse, y esto es lo más fácil, de una economía casi natural. En los pleitos entre villanos de realengo, efectuada la pesquisa y tomado el correspondiente "ferme", el vencido ha debido pagar un cañiz de trigo al alcalde y al merino⁸⁷.

En cuanto a Jaca, como se ha indicado anteriormente, el supuesto es distinto, en cuanto la cantidad fija está establecida para actividades que no son la resolutoria. Es el caso, por ejemplo, de que la parte a quien se ha prescrito llevar el hierro en la ordalía del hierro caliente no quiera o no puede tener un hombre que lo lleve en el plazo de diez días, en cuyo caso debe dar diez sueldos al alcalde, que le puede dar una prórroga de diez días mediante la entrega de otros diez sueldos, de los que el alcalde recibe cuatro sueldos, en tanto que el señor recibe tres sueldos y cuatro dineros, y el reptado, tres sueldos cuatro dineros⁸⁸. Aparte de esto, el sistema de Jaca ha de ser incluido en el sistema de tasa judicial proporcional.

c) La tasa judicial proporcional

De estar autorizada la tasa judicial, el sistema proporcional es el más perfecto y, en consecuencia, el más frecuente. Es el más perfecto en cuanto responde a deseos de equidad, puesto que si bien el trabajo del juez puede ser el mismo en una cuestión de cuantía elevada que en una cuestión inferior, independientemente de que no suele ser así, es indudable que la trascendencia que para los litigantes tiene la resolución es distinta desde el punto absoluto, ya que desde el punto de vista relativo esto puede fallar algunas veces. Todo el mundo encuentra lógico que el que ha litigado sobre ciento pierda más que el que ha litigado sobre diez, pese a que el

87. "... et pague un cañiz de trigo al alcalde, et al merino por lo que es vencido, et el que tiene dreyto non deve pagar trigo ninguno". Vid. *Fuero General de Navarra*, ed. Pablo ILARREGUI y Segundo LAPUERTA. Pamplona, 1869, lib. II, tit. V, cap. X.

88. *F. de Jaca*, cap. 348.

juez haya trabajado más en el segundo caso, o que diez represente para el segundo litigante más que cien para el primero.

El sistema puede presentarse en forma variada, dado que por ser proporcional puede variar el objeto y la cuota o cuantía de la proporción. Ante todo hay que diferenciar el proceso penal del proceso civil, pues en el primero la proporción se establece sobre la cuantía de la pena o valoración económica de la misma, mientras en el segundo se establece sobre la cuantía discutida en el proceso. Dada la prelación en el tiempo del proceso criminal, la proporción sobre la pena es general en los primeros siglos de la Reconquista, más concretamente, sobre la técnicamente denominada "calumnia"⁸⁹. El otro tipo de proporción se encuentra en épocas posteriores, siglo XIV en adelante, en Cataluña o en Navarra, por ejemplo.

Aparte de esa diferenciación fundamental, existe la también citada de la variedad de cuotas, que en relación a la "calumnia" va desde la novena parte hasta la mitad o el todo, en tanto cuando se trata del proceso civil, computable sobre la cuantía del litigio, lo más frecuente es la confección de verdaderas escalas o aranceles, en los que la cuota alícuota se sustituye por cantidades fijas de tasa judicial exigibles por períodos o partes más o menos amplias de cuantía litigiosa.

a') Sistema de la novena parte. Este sistema puede ser antiguo en nuestro Derecho si tiene razón Alvaro d'Ors al suponerlo en el Código de Eurico, como existe en la Ley de los Bavaros⁹⁰. Sin embargo, esto no parece muy probable, y sólo está asentado en el conocido influjo del primero sobre la segunda, argumento flojo, si se tiene en cuenta que ese influjo no ha sido demasiado fuerte como para que en la cuestión del soborno el Código

89. Según PORTOLÉS, op. cit., pág. 296, se llama "calonia" porque se impone, no por el crimen ciertamente y probado concluyentemente, sino por la presunción del crimen, inducido de conjeturas, pues se impone al contumaz en presentarse al juicio, e igualmente porque se impone antes de la condena de muerte, por la sola "calumniae praesumptionem", que el Juez puede concebir rectamente contra el que huye, o rehusa responder de la acusación de homicidio.

90. Alvaro d'ORS, *Estudios visigóticos. II. El Código de Eurico*. Edición. Palingenesia, Indices. C.S. I.C. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1960.

de Eurico haya prescrito la devolución del tanto, mientras la Ley de los Bávamos ha prescrito la devolución del duplo⁹¹. Menos puede admitirse la afirmación del referido profesor al opinar que la Ley de Teudis aumentó notablemente esa proporción, puesto que este monarca visigodo legisló, por el contrario, en sentido restrictivo. El error está en creer que Teudis autorizó una tasa judicial equivalente a la cuantía del litigio, cuando lo que hizo es limitar a esa cuantía la totalidad de los gastos procesales y prohibir los sufragios. No parece muy adecuado pensar que un monarca que legisla como consecuencia de las perturbaciones que produce la elevada cuantía de los gastos procesales haya permitido todavía su elevación.

El sistema aparece vigente en una serie de fueros importantes que cristalizan en los siglos XII y XIII, dentro de lo que hoy denominaríamos proceso criminal. Ahora bien, dentro de éste se manifiesta en diversas formas: *a*) ligado a una ordalía; *b*) para todos los delitos, o, al menos, los más importantes, y *c*) limitado a un tipo de delito.

Al grupo primero pertenecen textos tan alejados entre sí desde el punto de vista actual de agrupación de fueros, como Jaca, Salamanca y Cuenca. En Jaca, y al practicarse la ordalía del hierro caliente en villa de frailes u otros barones o religiosos, la justicia que pronuncie el fallo en cuyo poder se firme la batalla, debe tener las novenas⁹². En Cuenca, el convicto de hurto o latrocinio es despenado, pero en el no convicto se distingue según la cuantía de forma que si el hurto es superior a veinte mencales el sospechoso ha de jurar con doce vecinos para exonerarse o jurar con uno solo responder a riepto, en cuyo caso si es vencido paga el doble de la demanda, y las novenas a la justicia real⁹³. En Salamanca, las dos ordalias descritas como aisladas en Jaca y Cuenca, aparecer uni-

91. Vid. loc. cit. en nota 75.

92. "Si algun leua ferr calt en uila de frayres o daltres barons o religios la iusticia qui dara lo iudizi en cuy poder sera fermada la bataylla deu auer las nouenas". *F. de Jaca*, cap. 137.

93. "... Si pugnaverit, et uictus fuerit, pectet petitionem duplata, et palacio nouenas". *Fuero de Cuenca*, ed. crítica con introducción, notas y apéndice por Rafael de UREÑA Y SMENJAUD, Madrid, 1935, XI, 17.

das, de forma que se proclama el derecho del juez a llevar novenas por el hombre que lidia y cae y por el que lleva el hierro y se quema⁹⁴.

En el segundo grupo, es decir, en el de los ordenamientos donde las novenas aparecen más generalizadas, puede citarse a Logroño y a Miranda de Ebro. En éste, dado por Alfonso VI en 1099, todos los homicidios y calumnias se dividen en dos partes, de las que una es de la Cámara del Rey y la otra se subdivide de forma que los alcaldes tienen la novena parte, subdividiéndose aún el resto entre el señor que tiene la villa en nombre del Rey, el perjudicado por el delito y los pobladores para las obras del puente y muro de la villa⁹⁵. En el de Logroño, del mismo monarca y cuatro años anterior, se prohíbe a los alcaldes el tomar la novena del poblador perjudicado, pero es el señor de la villa el que lo satisface a aquéllos, como también satisface al sayón su derecho⁹⁶. Junto a éstos puede colocarse por el fondo, aunque no por forma, a Teruel, pues al juez se le debe allí la novena parte de las "colonias" correspondientes a homicidios, heridas con armas prohibidas, mujer corrompida o forzada, encerramiento en alguna casa, casa quebrantada, movimiento de concejo o mercado, sacar armas prohibidas en mercado o concejo, bando, reptamiento de juez, alcaldes o escribano, asalto en yermo o en poblado, etc.⁹⁷.

En el tercer grupo se encuentra el Código de Huesca, el Libro

94. *Fuero de Salamanca*, par. 277, en Américo CASTRO y Federico de ONÍS, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca y Alba de Tormes*, Madrid, 1916.

95. "Et omnium istorum homicidiorum, et calumniarum, medietas sit remissa pro Camara Regis, et alia medietas dividatur, sic ut alcaldes habeant novenam partem, et de residuo habeat tertiam partem dominus qui mandaverit villam sub Regia potestate, et aliam tertiam partem habeat qui injuriam aut damnum recepit, et aliam tertiam partem habeant populatores pro opere ponte et muris villae". *Fuero de Miranda de Ebro* en MUÑOZ ROMERO, op. cit., (páginas 344-353), pág. 351.

96. "Et alcaldes, qui fuerint in ipsa villa non accipiant novena de ullus populator, qui calupniam fecerit; similiter saione non accipiant inde, nisi senior qui fuerit de ipsa villa, ipsi eis paget de novena, et de arentago". Loc. cit. en nota 53.

97. "...Mas es assaber que todas estas colonias, sacado el noueno del iúdez, deuen seer partidas en tres partes; zo es assaber la primera part al querelloso, et la segunda part a palacio, e la tercera part al conceio...". *El Fuero de Teruel*, publ. por Max GOROSCH, Estocolmo, 1950, cap. 54.

de los Fueros de Castilla, y también los que se han citado en el primero. La diferencia está en que en el Código de Huesca está referido al homicidio⁹⁸, mientras en los demás lo está al hurto, concretamente al de ganado en el Libro de los Fueros⁹⁹; al no convicto, en Cuenca¹⁰⁰, y al sometido a la ordalía del hierro caliente, en Jaca, en lugares de señorío, pues si lo es en lugares del Rey, las novenas son para el dueño de la cosa hurtada¹⁰¹.

En relación con estas novenas hay que hacer algunas observaciones. En primer lugar, sufren en algunas ocasiones deducciones, como ocurre en Teruel, donde el juez está obligado a dar anualmente a su colación el diezmo de su soldada¹⁰². En segundo lugar, que no siempre que esta retribución está referida a un delito ha debido limitarse al mismo, debiendo tener presente la génesis de estos textos. Lo que quiere decir es que en un momento dado ha existido interés por señalar esa proporción en ese delito, bien porque fuera el más importante y el más frecuente, bien porque exis-

98. Vid. el *Código de Huesca* en TILANDER, op. cit., lib. VIII, cap. 323, que lleva por rúbrica: "Como deue ser partida la calonia". Dice que toda "calonia" de homicidio debe ser del Rey, sacada lo novena parte de la justicia y sacados los "arienços, ço es de XII dineros tres meallas, que deuen seer dadas a los sayones". En los casos en que se dan sesenta sueldos de "calonia", si el demandante es infanzón, debe tener cuarenta sueldos, y el señor de la villa que le obligó, veinte sueldos. Si el demandante es de servicio o de señal del Rey, tiene veinte sueldos, y el señor de la villa, cuarenta. En cualquier caso, "deuen auer la nouena part la iusticia, e los sayones los arienços".

99. "... Et sy comprar çinco cabeças o dende arriba con auctor o las compró antes dos omnes buennos e le fueren demandadas e non pudier dar auctor, que sea quito del furto et quelas peche con sus nouenas... Et si non compró el ganado ante dos omnes buennos, deue pechar el ganado con sus nouenas e seer quito del furto...". *Libro de los Fueros de Castilla*, cap. 11.

100. Vid. nota 93.

101. Vid. nota 92. Recuérdese que no tratándose de villa de frailes, barones o religiosos, la justicia lleva una cantidad fija, según se indicó en la nota 51.

102. "...Empero, assaber es que el iúdez de Teruel deue dar a su collacion cada anno el diezmo de su soldada...". *Fuero de Teruel*, cap. 70. Esto mismo han de hacer escribanos y almotacaf; "...Et otrosi, el escriuano e los alcaldes cada uno por fuero dé el diezmo a su collación, et el almotacaf X sueldos a la collacion dont fuere el iudgado, segunt el fuero". Esto podía ser dados los buenos sueldos de unos y otros, pues el juez gana mil sueldos (capítulo 69); el escribano, cien sueldos (cap. 89) y el sayón, sólo sesenta (cap. 132).

tiera alguna duda. El sistema de acarreo, tan frecuente en los fueros, ha llevado a éstos el precepto aislado, dando también la impresión de ser aislada la referida cuota. En tercer lugar, hay que tener en cuenta que el señalamiento de esta cuota ha estado determinado por la existencia de más o menos coparticipantes en la "caloña", como Rey, señor, perjudicado, etc. Finalmente, hay que hacer notar que cuando ha recaído en materia de hurto se ha acercado a lo que podríamos denominar solución civil, pues no ha recaído tanto sobre la "caloña" como sobre la cuantía de lo hurtado. Esto es lo que sucede en Cuenca, donde de una parte se declara que la "calumnia" del hurto es toda del palacio, y de otra, que por el hurto convicto se paguen las novenas al palacio y el duplo de lo hurtado al perjudicado¹⁰³.

b') Sistema de la séptima parte. Puede citarse como modelo el Fuero de Alcalá de Henares. En el hurto a vecino de la población, tratándose de cuantía de dos maravedíes, se permite salvarse con el juramento de dos vecinos, prescribiéndose para cuantía superior la pesquisa o el cojuramento de seis vecinos, que con el sospechoso hacen siete, obligando al juramento de mancuadra al demandante. En el caso de ser vencido el sospechoso, se le condena a pagar el duplo al demandante y las "setenas" a palacio¹⁰⁴.

Cabe destacar que la aplicación de estas "setenas" tiene lugar en el caso más corriente de aplicación de las "novenas", como es el del hurto, acompañado, al igual que en Cuenca, del abono del duplo de lo hurtado al perjudicado¹⁰⁵.

c') Sistema de la cuarta parte. Este sistema se encuentra en Cuenca, alternando con el ya indicado de las novenas. Puede decirse que el sistema de las novenas es el excepcional, aplicable sólo al hurto no convicto, en tanto el sistema de la cuarta parte es el general, aplicable a la generalidad de los delitos. Estos

103. "...Palacii est tota calumpnia furti; quia si quis de furto fuerit conuictus, habet palacio soluere nouenas, et querimonioso furtum duplatum. *Fuero de Cuenca*, I, 21.

104. *Fuero de Alcalá*, cap. 19.

105. Sobre el pago de las novenas al poder público y, en general, lo relativo al delito de hurto, vid. Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo*, Coimbra, 1947.

delitos son homicidio, allanamiento de morada, violencia contra la mujer, propiedad violentada, raptó y lesiones, lesiones con armas, bandas, desafío injusto de jueces, alcaldes o notarios, injuria de los mismos en la curia o actuando en su oficio, prendimiento injusto, quebrantamiento de posesión en despoblado o en cualquier otro sitio y algún otro. De todas las "calumnias" exigibles por estos delitos, una cuarta parte la recibe el querellante; la segunda, el concejo; la tercera, el juez y los alcaldes, y la cuarta, el palacio, o sea, la representación del Rey. En realidad, juez y alcaldes reciben dos cuartas partes, pero sólo una de ellas lo es para su retribución, pues la otra la reciben como componentes del concejo. Queda la duda de algunos hechos, como injurias o reptación que no sea de las citadas, esto es, de juez, alcaldes o notario, en las cuales, desde luego, el palacio no recibe la cuarta parte, pero parece que ello no excluye la cuarta parte de juez y alcaldes. La exclusión del palacio parece tener su fundamento en que se trata de delitos de carácter privado, sin gran trascendencia pública, y en los que es posible que la cuarta parte que en otros llevaba el palacio la llevara el querellante ¹⁰⁶.

Como indudablemente ha de sorprender la gran diferencia que separa las dos cuotas proporcionales aplicadas en el Fuero de Cuenca, esto es, entre la novena y la cuarta parte, hay que volver a insistir en que la base de computación de ambas es muy dife-

106. "In quibus calumpniis ius habeat palatium. Palatium non predat quartum nisi de homicidio, et de domi uiolatione, et de muliere ui oppressa. Palacium non recipiat partem nisi de istis calumpniis tantum, cum euenerint, uidelicet de calumpnia homicidii cum dominus domus fuerit interfectus aut vulneratus, uel cum armis prohibitis percussus. In dehonestacione autem, neque in impulsione, neque in reptacione quicquam palacium habet... Habeat etiam partem in calumpnia domine uiolate uel ui oppresse, domini cum armis prohibitis inclusi, domi uiolate, plaga domini, percussione domini, in citacionis fori et concilii et in armorum prohibitorum, si in foro aut in concilio uel in tota ciuitate ad percucendum fuerint extracta; in percussione domini cum armis, in calumpnia bandi, reptacionis iudicis, uel alcaldum, siue notarii, si iniuste fuerint reptati, aut dehonestati in curia existentes, siue extra pro iudicio quod iudicauerint ad portam iudicis, uel alibi, in captione domini iniusta, et in assaltu domini tam in heremo quam alibi. Omnes iste calumpnie diuidantur in quatuor partes, excepta calumpnia furti que tota est palacii. Primam partem accipiat querimoniosus, et de compositione similiter; secundam, concilium; terciam, iudex et alcaldes; quartam palatium. *Fuero de Cuenca*, I; 21.

rente también. La novena parte del Fuero de Cuenca, como la del Libro de los Fueros, y como las "setenas" del Fuero de Alcalá, se entiende sobre la cuantía de lo hurtado, en tanto la cuarta parte recae sobre el importe de la "calumnia" impuesta por los correspondientes delitos. Por otro lado, la diferencia entre la novena y la cuarta parte no se encuentra propiamente en la justicia integrada por juez y alcaldes, sino en los derechos de palacio, como se pudo ver en momento oportuno.

d') Sistema de la tercera parte. Este sistema responde a un reparto de las "calumnias" entre el órgano judicial, el Rey o su representante y el querellante. Recuerda el sistema del Fuero de Cuenca en el que hubiera sido eliminada más veces la parte del concejo, y otras, la del Rey, acumulándola por partes iguales a los otros elementos. Así puede verse en la zona de Medinaceli, Guadalajara y Brihuega, y también en Soria y Zamora. Sin embargo, Soria se aparta de ello en cuanto a limitarlo a un hecho delictivo.

Por lo que se refiere a Zamora, se atribuye a los jueces la tercera parte de las "calumnias" correspondientes a los delitos de rapto, homicidio, hurto, heridas con armas y muerte de hombre, así como en el "homicidio" exigido en los casos de riña tumultuosa, siempre compartiéndolo con el merino y el querellante¹⁰⁷. En Guadalajara, los alcaldes reciben la tercera parte de las "calonnas" a que, en general, da lugar la presentación de querrela, compartiéndolo con el querellante y concejo¹⁰⁸, lo mismo que en los casos concretos de homicidio, negativa a dar fiadores delante de alcaldes y jurados, corte de árboles y de viñas y responsabili-

107. "Ede todas estas calonnias hu rancuroso houier, aya el merino ela tercia parte e los yoyzes ela tercia parte, e el rancuso ela tercia; e hu rancuroso non houier parta el merino con los ioyzes por medio." *Fuero de Zamora*, par. 1.

"E deste omezio ("buelta conocida") aya tercia parte el merino del rey, e la otra tercia elos iuyzes, e ela tercia elos parientes del muerto." Id. par. 19.

108. "... e de estas calonnas fagan tres partes: una al rancuroso, otra a los alcaldes e otra al conçejo." *Fuero de Guadalajara*, ed. por Hayward KENISTON, Princeton-Paris, 1924, pág. 19.

109. "Destas calonnas la terçia parte al rencoroso e la terçera al sennor e la terçera al conçejo." Id. cap. 91.

dad del “juguero” o “collaço” a su señor, con la diferencia de que la parte del querellante se atribuya aquí al señor¹⁰⁹, y en los de mutilaciones, donde el querellante acumula los dos tercios en que en los otros casos pueden corresponder al merino y al concejo¹¹⁰. En Brihuega se verifica el compartimento en la forma más normal, es decir, con el titular de la jurisdicción, que en este caso es el arzobispo, y con el querellante, en el caso de homicidio, heridas, detención o deshonra por hombre del palacio¹¹¹, pero siempre percibe su tercera parte, es decir, cuando el delito se comete contra hombre de palacio, pues la diferencia es que entonces el arzobispo se atribuye dos terceras partes¹¹². En el supuesto de matarse a vecino, morador o “atemplant”, el fuero prescribe el pago de 107 maravedíes, de los que, deducidos los siete, que son para el arzobispo, los cien restantes se dividen como es normal por tercias entre arzobispo, alcaldes y querellante¹¹³. Como es natural, lo que

110. “... E destas calonnas de los miembros sean las dos partes del quereloso e la tercera de los alcaldes.” Id. cap. 92.

111. “... esta calonna partas por tercios, et sea el un tercio del Arçobispo, et el otro de los Alcaldes, et el otro del quereloso.” *Fuero de Brihuega*, publ. por Juan CATALINA GARCÍA, Madrid, 1887, pág. 126.

112. “... destas calonnas aya el Arçobispo las dos partes, et el quereloso la tercera.” Id. íd.

113. “... e estos viij morabetinos sean del Arçobispo et de los c. morabetinos, sea el un tercio del Arçobispo et el otro de los Alcaldes et el otro del quereloso...” Id. págs. 126-7.

114. Caso del que acoge a hombre extraño que quisiera mal a uno de Salamanca y aquél hiriera o matara a éste, sin que el que le ha acogido pueda demostrar mediante lid que no lo acogió ni salió de su casa cuando hirió o mató, conduce a que peche el coto y salga enemigo: “... e tome el ferido o parientes del muerto el una tercia, e el otra tercia el conceyo, e el otra tercia elos alcaldes.” *F. de Salamanca*, par. 22.

“De calonas”. “Et de ccc soldos e de mil soldos e de D soldos tomen conceyo las dos partes; e el quereloso elos parientes del morto, la tercia. E si ouieren los alcaldes quereloso e calona saccaren, tome el conceyo dos tercias; e el quereloso, la otra tercia.” *F. de Salamanca*, par. 113.

Caso del lego que desafía a clérigo conduce a pechar 300 sueldos: “... la tercia parte al quereloso e la tercia al bispo e la tercia a los alcaldes.” *F. de Salamanca*, par. 312.

“De C. soldos”. “De CCC soldos e de C soldos e de C morauis e de LX soldos e de L soldos prenda conceyo la una tercia e los rancurosos la otra tercia, e alcaldes la otra tercia. Et se ouieren los alcaldes quereloso e

se predica de Zamora puede hacerse en forma similar de Salamanca y de Ledesma ¹¹⁴. Por lo que se refiere a Medinaceli, está previsto especialmente la distribución por tercias partes entre Rey, querellante y alcaldes para los sesenta sueldos y una meaja de oro con que se sanciona el homicidio ¹¹⁵, distribuyéndose las demás en forma variable, pero correspondiendo siempre la tercia a los alcaldes.

El Fuero de Soria también utiliza este sistema, aunque aparentemente lo reserva para el caso de detención ilegal ¹¹⁶.

El sistema de la tercera parte es también el observado en Jaca para el supuesto de "calonia" impuesta a través del procedimiento de batalla, y en combinación con el sistema de cantidad fija, que rige en el de la ordalía del hierro caliente o cuando hay avenencia antes de firmar la batalla. Habiendo "calonia" por el citado procedimiento de batalla, una tercera parte es del rey, la otra es del señor que tiene la villa en nombre del rey y la otra es de la justicia, más los "arienços", de los que se habló en momento oportuno ¹¹⁷. El Fuero insiste en que todo el que sea justicia por el Rey tiene por fuero la calonia llamada "arienços" de toda batalla que se firme en su poder, tanto de hierro como de otras cosas o de campeones, debiendo, además, tomar el tercio de la "calonia" que correspondiera por la batalla, recordando que para que toda batalla sea firmada en mano de la justicia hay lugar

calonia sacaren, prenda el conceyo e los alcaldes las dos partes e el quereloso, la tercia." *F. de Ledesma*, par. 61.

115. "... et una meayla de oro, la tercera part al rey, et la tercera al rencuroso, et la tercera a los alcaldes..." *F. de Medinaceli*, en MUÑOZ ROMERO, op. cit. (págs. 435-443), pág. 435.

116. Por apresar sin juicio o sin derecho se pecha veinte maravedies y si se hace transnochar al apresado cien maravedies por cada noche. "Et desto aya la tercera parte del Rey, & el otro tercio el quereloso, & el otro tercio los alcaldes". *Fuero de Soria*, publ. por Galo SÁNCHEZ, cap. LII.

117. "Com se deu partir calonia de bataylla... e la una deu estar del rey et laltra del seynnor qui ten aquela vuila per honor et laltra sua con los arienços segont for". *F. de Jaca*, cap. 320. Vid. también nota 51.

118. "... prenda per for a ses ops la calonia que es clamada arienços, et deu prendre encara lo terç de la calonia que escat per la bataylla". *F. de Jaca*, cap. 321.

a sesenta sueldos de "calonia" y seis sueldos y seis dineros por "arienços" ¹¹⁸.

Lugar aparte, por no limitarse a la cuestión penal, sino extenderse a la civil, merece el derecho visigodo, en el que debe recordarse que Chindasvinto constata la costumbre de tomar los jueces codiciosamente la tercera parte, lo que ataja fijando el máximo de un sueldo por cada veinte ¹¹⁹. El tercio, y en lo civil, se observa también en las Costumbres de Lérida ^{119 bis}, en las que no debe desdeñarse el influjo visigodo.

e') Sistema de la mitad. Como se recordará, cuando no toda, la parte del Rey se ha llevado la mitad de la "calumnia" originada por raptos, heridas, homicidios, etc., entre cristianos y judíos, y determinada o impuesta a través de la batalla de bastoneros ¹²⁰. Casi un siglo antes, en el Concilio de León de 1020, esa parte del Rey, representada por el merino, se lleva la mitad de la "calumnia" por homicidio, en los casos en que siendo el homicida un hombre dependiente de la Iglesia, ésta no pudiera hacer la justicia por sí misma ¹²¹. En el primer caso se trata del ejercicio de la función judicial en propiedad, y en el segundo, de actuación en forma supletoria.

Con carácter penal también aparece este sistema en el Fuero de Soria, aplicado concretamente a un delito contra la administración de justicia, compartiendo con el querellado la sanción impuesta a quien interpone querrela sin razón ¹²². Con carácter más civil, pero aún en la misma línea penal, se ofrece en los Fueros de Aragón que caerán en desuso, para el supuesto de negar la existencia de un censo, que después fuera probado, en cuyo caso

119. Vid loc. cit. en nota 68.

119 bis. "De tertia iudici danda. Si quis fuerit nobis debetor aut fideiussor, et in termino nolit paccare, si clamor uenerit ad curiam de illo cogatur totum ei reddere debitum, et tantum de suo proprio curie dare quantum fuerit illius debiti pars tertia". *Costumbres de Lérida*, ed. cit., páginas 21-22.

120. Vid. nota 86.

121. "... dividataque per medium calumniam homicidii". Vid. MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 60-72, cap. V.

122. "Et por que la querella puso tuerta pecha C mr. la meytad aaquel que puso en la querella & la otra meytad a los alcaldes". *F. de Soria*, página 526.

se impone una "calonia" de sesenta sueldos, que es repartida entre el demandante y el Juez ¹²³.

f) Sistema de escala o arancel. Este es el sistema propio de la tasa judicial en el procedimiento civil cuando es permitida, y que se observa en Cataluña a través del derecho de las constituciones.

Pedro IV, en las Cortes de Perpiñán de 1351 establece que el veguer, baile, Juez ordinario o asesor al que le corresponda recibir salario de decretos perciba tres sueldos por cincuenta libras barcelonesas; cinco sueldos hasta cien libras, y diez sueldos si la cuantía sobrepasa de las cien libras, percibiendo diez sueldos si sobrepasa, y tres sueldos cuando la cuantía es incierta. Asimismo se establece que Juez ordinario, asesor u oficial que conozca de partición o distribución, perciba seis dineros por libra hasta la cuantía de cincuenta libras, y si sobrepasa, tres dineros por libra, sin que en ningún caso el salario pueda exceder de mil sueldos ¹²⁴.

El mismo monarca, en cortes de Monzón de 1363, fija en cuatro dineros por libra el salario de vegueres, bailes, etc., en la venta de bienes o distribución por ejecución u otra causa, así como en procesos de paz y tregua, somatén y procesos de grandes cuantías, prohibiendo recibir nada por la declaración, composición, remisión o ejecución. En otros procesos autoriza el salario de ocho dineros por libra hasta la cuantía de diez libras; seis dineros hasta cuantía de cincuenta libras; cuatro dineros por cada libra que exceda, sin que el salario pueda superar cincuenta libras por cada parte. En las mismas cortes impone el límite de dos sueldos en las sentencias condenatorias sobre ventas de censales muertos y violarios hasta de mil sueldos de renta, sin poder percibir nada más cuando exceda ¹²⁵.

Fernando I, en cortes de Barcelona de 1413, señala salario de jueces, relatores, árbitros y otros, por cognición, relación o noción, indicando tres dineros por libra en primera instancia y dos dineros por libra en segunda o tercera suplicación o apelación, sin que en ningún caso pueda sobrepasar las setenta y cinco libras en la pri-

123. "... quorum medietas erit petentis, & reliquia Iudicis". *Fueros de Aragón*, ed. SAVALL y PENÉN, lib. III, pág. 104.

124. *Constitutions*, IV, 8, 4-5.

125. Id. IV, 8, 6-7.

mera instancia, ni las cincuenta libras en la segunda o tercera apelación o suplicación, haciéndose cuatro partes, que corresponden: una, al período de contestación o acto por el que se considerara hecha aquélla; otra, al período de testimonios, y otras dos, al período de sentencia, debiéndose prestar caución en estas últimas ¹²⁶.

Según testimonio de Peguera, en virtud de la constitución 24, de Fernando el Católico, en las cortes de Barcelona de 1503, válida tanto para la corte real como para la de los barones, según el capítulo 2 de las cortes de 1599, el salario del Juez o Asesor se fija a razón de real por libra hasta una cuantía de diez libras; a razón de sueldo por libra, hasta la cuantía de cincuenta libras, y a razón de seis dineros por libra cuando la cuantía excede de cincuenta libras, siempre que el salario no exceda a su vez de las setenta libras ¹²⁷. Como puede verse, se sigue un sistema de proporción regresiva, esto es, conforme mayor va siendo la cuantía menor va siendo la cuota, sin duda porque se piensa que el trabajo del órgano judicial no aumenta ni aún siquiera la responsabilidad en la forma que ha aumentado la cuantía, cuando, sin embargo, el mínimo de retribución al magistrado ha sido ampliamente asegurado.

Sin embargo, el sistema dejaba paso a una interpretación favorable a la natural codicia de los jueces, que Peguera rechaza, y es la de no exigir la cuota única que correspondiera por la totalidad de la cuantía, sino distintas cuotas por las distintas cuantías en que se podían considerar dividida la cuantía total. Si la causa excedía de cincuenta libras, los jueces exigían diez reales hasta las diez libras; un sueldo por libra desde diez libras hasta las cincuenta, y seis dineros por la suma que excediera de las cincuenta libras. La Audiencia, siempre según el testimonio de Peguera, rechazó esta interpretación, entendiéndolo que si la cuantía excedía de diez libras no podía pedirse más que sueldo por libra del todo, lo mismo que cuando la cuantía era superior a cincuenta libras, aunque sucediera que de menor cantidad se podía exigir mayor salario, pues cuando se pedían quince libras sólo se podían exigir quince sueldos, y si se pedían sólo diez libras se exigían diez reales, que eran

126. Id. IV, 8, 10.

127. PEGUERA, *op. cit.*, rúbr. 30, núm. 2.

veinte sueldos. Desde luego, esta interpretación fallaba en este punto, pero Peguera manifiesta que había que atenerse a ella, máxime cuando las constituciones sobre salarios de los jueces, notarios, escribanos, porteros y otros oficiales de la Audiencia debían observarse en todas las curias ordinarias de los barones del Principado, salvo alguna universidad que tuviera privilegio en contrario, según lo indicado en constitución 24 de Felipe II en cortes de Barcelona de 1564 ¹²⁸

El sistema, aunque con alguna imperfección como la apuntada en virtud de una interpretación quizá no acertada, era bastante completo, y se completaba aún más con la determinación de los casos en que no era debido salario, y los casos en que sólo se exigía parte.

Por lo que se refiere a los primeros, se consideraba que no había lugar a exigencia de salario: *a*) cuando la cuantía era menor de cincuenta sueldos; *b*) cuando el deudor confesaba inmediatamente la deuda y pedía tiempo para pagar; *c*) en juicios en que las partes accedían sólo para seguridad del pago, como sucedía frecuentemente con tutores y administradores; *d*) en causas verbales declaradas por el Canciller o el Regente de la Cancillería, a no ser declaraciones en causas de suplicación de provisiones hechas interponer por ellos; *d*) por la provisión de liquidación si fue exaccionada por anterior liquidación, y *e*) por el decreto de ejecución ¹²⁹.

Por lo que se refiere a los segundos, sólo se exigía la tercera parte del salario: *a*) tratándose del precio del censal o violario por modo de causa o incidentalmente; *b*) declaraciones de Canciller o Regente de la Cancillería en causas de suplicación de provisiones hechas interponer por ellos; *c*) por provisión de liquidación hecha después de sentencia; *d*) por decreto de ejecución cuando existía contradicción; *e*) en causas de suplicación de provisiones; *f*) en otros incidentes después de sentencia; *g*) en reconvencción, dudándose cuándo tiene lugar por reclamación de dote o esponsalicio, si el tercio lo es por el salario de la cantidad de la dote y esponsalicio o sólo de la cantidad reconvenida, y *h*) en general, por

128. Id. id. núm. 3.

129. RIPOLL, op. cit., núms. 106 y 109-113.

todos los intermedios incidentes y emergentes antes de sentencia siempre que se hiciera provisión formal en proceso ¹³⁰.

Cuando después de sentencia había contradicción por cualquier provisión se exigía el salario a razón de dos dineros por libra de lo que fuera controvertido ¹³¹, habiendo otros casos en que lo exigido era la tercia de la tercia, es decir, la novena parte, como alguna vez sucedió en provisión de secuestro, siendo ricos los pupilos ¹³², y en salario de provisión de tasación de alimentos de pupila ¹³³.

En extremo interesante es señalar que este sistema es aplicable en materia civil, pero sin que comparta otro en lo criminal, pues los jueces en causas criminales no podían exigir salario, ni tampoco podían hacerlo las Salas de lo Civil cuando entendían en suplicación de sentencias criminales, ni cuando se declaraba duda sobre si una causa era civil o criminal, al igual que tampoco se exigía por la declaración del Canciller en las causas de contenciones eclesiásticas ¹³⁴. La exigencia de tasa judicial en lo penal, propio de los primeros siglos de la Reconquista, y la exigencia de tasa judicial en lo civil en las épocas posteriores implica todo una diferenciación de conceptos sobre el papel de la justicia y una organización distinta de las finanzas. La transcendencia pública de la justicia criminal y la posesión de recursos económicos permite

130. Id., núms. 107, 112, 114, 116, 125-127. El autor considera muy discutido si por declaración a hacer por la Audiencia para ejecución de sentencia arbitral es debido al salario íntegro o sólo la tercera parte (núm. 83). También deben tenerse en cuenta dos constituciones de Fernando, el Católico en cortes de Barcelona de 1481 y 1493. En la primera se dice que los Jueces toman tercia por cada una de las declaraciones o interlocutorias que dictan y "apres no resta per pagar cosa alguna per la sententia diffinitiva", por lo que se ordena tomar sólo una sentencia. En la segunda, moderando los salarios de los Jueces de reclamos y otros de ejecución de censales o de escrituras de tercio, declara no haber salario si no hay oposición. Vid. *Constitutions*, IV, 8, 11-12.

131. RIPOLL, op. cit. núm. 114.

132. RIPOLL, op. cit., núms. 121-123. Esto, en una sentencia en la que actuó Benito Anglássell como ponente, pues en otra en la que actuó Magarola se exigió tercia.

133. Id. núm. 124. En este sentido hubo provisión de Jerónimo Astor en 1628.

134. Op. cit., núms. 129-131.

que aquélla sea gratuita en un proceso adelantado, mientras que el carácter privatista y la escasez de recursos en un proceso primitivo hace que la carga de la justicia recaiga sobre el propio condenado, y que esa carga sea parte, y a veces no la menos importante, de la sanción. Como se comprenderá, existe una íntima conexión entre pena y gasto procesal, que luego se desligará, dando lugar a conceptos y fundamentaciones distintas del gasto procesal, sobre el que se ha de insistir más adelante.

Naturalmente, la aplicación de estos aranceles da lugar a cuestiones procedimentales derivadas, como son: *a)* momento de petición; *b)* objeto de cómputo; *c)* garantías; *d)* ejecución, y *e)* momento de distribución.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Juez no puede pedir salarios después de publicada la sentencia, si la promulga sin la previa constitución de depósito, ni puede actuar para suplemento ¹³⁵.

Por lo que se refiere a la cuestión *b)*, según decreto común y derecho municipal, se considera que el salario de los jueces no se satisface según la cuantía de la condena, sino según la cuantía de la petición en juicio ¹³⁶.

En cuanto a la cuestión *c)*, diversas disposiciones regulan las garantías. Según constitución del Príncipe Felipe en las Cortes de Monzón de 1547, para que los salarios de provisiones intermedias no se puedan recibir sino con la sentencia definitiva, se depositan en la banca de la Ciudad, salvo que las partes se concertaran o dejaran la prosecución de la causa por tres años ¹³⁷. Otra constitución dada por Felipe II, en cortes de Barcelona de 1564, ordena que el salario de los jueces ordinarios se deposite en depositario o clavario de la ciudad o villa donde se trate de la causa, y en la banca cuando se trate de Perpiñán ¹³⁸, lo que complementa Felipe V,

135. Op. cit., núm. 86.

136. Op. cit., núm. 63. Vid. también núm. 84, donde se trata el caso especial de la graduación y concurso de causas por distribución y graduación del precio o del dinero entre acreedores, en que es dado al Relator el salario íntegro, tasado, no por la cantidad de lo pedido, sino por la cantidad de lo distribuido.

137. *Constitutions*, IV, 8, 22.

138. *Constitutions*, IV, 8, 25.

en cortes de 1702, disponiendo que por haber banca en casi todos los sitios, los salarios se depositarán en aquélla, y donde no la hubiera, en el depositario o clavario de la ciudad o villa¹³⁹. Si la causa es sobre cosa no estimada, antes de sentencia se deposita el salario al arbitrio del juez o del Relator, o de las dos Salas si es muy difícil, constatando Ripoll no haberse practicado las constituciones 17 y 18, de las que la primera prevenía que habiendo controversia lo arbitrara el Rey¹⁴⁰.

Garantía importante de recepción lo constituye en Cataluña la retención de sentencia, que el Juez puede disponer hasta que se pague el salario o se deposite, salario que es debido aunque no haya Juez si se pronuncia sentencia¹⁴¹.

139. Op. cit., IV, 8, 31. Vid. la práctica del depósito de salarios en RIPOLL, op. cit. núms. 87-89. Si el salario a depositar no excede de cincuenta sueldos, la parte los trae en numerario al Receptor y Credencero para esto diputados y residentes en la casa de la Diputación, que la reciben y extienden cédula. Si excede de cincuenta sueldos se deposita en caja común o de depósitos de Barcelona, extendiéndose albarán por el Cajero o Receptor e inscribiéndose el depósito. El albarán dice: "Senyor Micer N. a 9 de Juny 1656. Per N. contra N. son depositadas 2 lliuras per 2 parts. Doctor Bas. Doctor Nin". El depósito, a su vez, dice: "Senyor Micer N. a 9 de Juny 1658. Per N. contra N. son deposadas en la taula setanta sinc lliuras per duas parts. Pro Bas, Bas Prevere. Doct. Francisco Nin". Hecha provisión el proceso es traído por Relator al escribano de la causa para hacerlo intimar y el Relator en albarán de su mano pone nota: "Dividatur pro provisione facta die...".

140. RIPOLL, op. cit. núm. 75. D.^a Germana, como Lugarteniente General, en cortes de Monzón de 1512, dispone que las causas con cantidad incierta, en la Audiencia sean determinadas sumariamente dentro de los ocho días por el Rey o el Lugarteniente General con consejo de dos juristas elegidos por ellos, que no sean del Real Consejo. Vid. *Constitutions*, IV, 8, 17.

141. RIPOLL, op. cit., núms. 59-62. Por ello, cuando en la Audiencia al tiempo que se pide con cédula "ad sententiam assignari" es depositado el salario, aunque después no se profiera sentencia, es dividida entre los oidores, dada fe por el Conciller o el Regente de la Cancillería, a no ser que el depósito sea ocultado por las partes por un trienio, pues entonces hecha división es dividido el salario entre los Jueces. Igualmente se hace en el tribunal de la Bailía General. Aunque la Audiencia recibe la tercera parte del salario según la const. 3, tít. "de offici de Balle General", Cortiada enseña que el salario se divide en el oficio del Maestre Racional, entre el Abogado del Fisco, el Abogado Patrimonial y los Asesores de la Bailía general.

En cuanto a la cuestión *d*), la doctrina atribuye “rigida executio” para exigir salario en cualquier causa y negocio ¹⁴².

Por lo que se refiere al último punto, el Príncipe Felipe, en cortes de Monzón de 1547 dispone que los salarios depositados para sentencias definitivas no se puedan repartir, sino que los Diputados tengan albarán o certificatoria del Canciller, Vicecanciller o Regente de la Cancillería, y, en su caso, del “portant veus” del Gobernador general ¹⁴³. Felipe III, en las cortes de Barcelona de 1599 autoriza a los Doctores del Real Consejo para repartirse un tercio del salario después de votar y declarar la causa, rectificando la petición que se le hacía de que fuera la mitad, quedando el resto hasta después de ser expedidas las ejecutorias ¹⁴⁴. La práctica se encarga de completar detalladamente estas disposiciones ¹⁴⁵.

142. Op. cit., núm. 85.

143. *Constitutions*, IV, 8, 21.

144. Op. cit., IV, 8, 28.

145. Vid. RIPOLL, op. cit. núms. 91 a 102, cuyo contenido se da a conocer a continuación.

Los albaranes de salarios del Relator no liberan al Notario, sino que procede la custodia hasta ser finalizada la tercia, y entonces todos los albaranes son entregados al juez que procede al cómputo. Las tercias de todo el año, en que se han de dividir los salarios y pagar 400 ó 500 libras al General son cuatro, a computar del 26 de enero al 26 de abril, del 26 de abril al 26 de julio; de éste al 26 de octubre, y de éste hasta enero.

Si el Relator profiere sentencia definitiva, pone de su mano en el albarán: “sic dividatur pro diffinitiva”, y si hace reserva para mayor deliberación: “sic dividatur pro diffinitiva retenta tertia pro maiori deliberatione” y entrega el albarán con el proceso al escribano de la causa, que va a casa del otro de los Presidentes a publicar la sentencia, y el Presidente reconoce el albarán y lo suscribe para que en un día determinado sea publicado y dividido.

Publicada la sentencia el Presidente guarda el albarán hasta que sea concluida la tercia, y entonces ambos Presidentes entregan todos los albaranes a los que se han de entregar, realizándose el cómputo por algún comerciante o experto y haciéndose comprobación con cada relator, que lleva sus libros particulares. Dos Doctores de la Audiencia, nombrados específicamente, se constituyen personalmente con los Oficiales de la Diputación en la Casa de ésta y allí comprueban los cálculos y los suscriben.

Firmada apoca o recibo por los Doctores, los encargados del Registro general hacen albarán para los Diputados y describen la cantidad perteneciente a cada Doctor de las Salas civiles. Después los Doctores de la Sala 3.^a cobran

d) La prohibición de la tasa judicial

La prohibición de la tasa judicial puede ser ficticia y verdadera. En el primer caso lo que existe es prohibición de la tasa judicial directa, es decir, recaudada por el propio órgano judicial para sí mismo, que es lo que sucede en el derecho de algunos fueros castellanos cuando entre el titular de la función judicial en su aspecto técnico y el poder del que deriva la jurisdicción se interpone un representante de ésta. Si se recuerda, es el caso de Logroño, donde se prohíbe a los alcaldes percibir de los pobladores las novenas, si bien las ha de satisfacer el señor de la villa, que como es natural, lo hará a su vez de los beneficios obtenidos por la administración de justicia¹⁴⁶. También el Fuero de Usagre prohíbe a los alcaldes el percibir nada por los juicios¹⁴⁷, pero el Maestro de la Orden de Santiago por homicidio, forzamiento y mutilación toma cuatro maravedíes y un tercio y tres meajas, lo que es recaudado para él por el juez, con tal rigidez que si no lo recauda lo pecha él¹⁴⁸. Como se sabe, con frecuencia los frutos de la justicia constituyen uno de los ingresos más preciados para el titular de los señoríos, como puede verse en los fueros otorgados a los burgueses de Sahagún por Alfonso VII y el Abad Don Domingo en 1152, en los que el homicida pecha cien sueldos al Abad, y de éste son las calumnias impuestas al traidor probado y al hurtador conocido en juicio del maiorino y del concejo¹⁴⁹.

La prohibición verdadera responde a la preocupación porque el juez no dependa económicamente de las partes. Para que la pro-

lo que les pertenece, del dinero de la Generalidad, y a los de las otras Salas además del tercio de los salarios ordinarios se les da 400 libras. Los salarios son divididos rehuyendo el altercado o callando por un trienio, por lo que el Relator anota en el albarán: "dividatur, quia partes se concordarunt", o "quia partes tacuerunt per triennium". Muerto algún Doctor, se le da al heredero la tercia aunque muera el primer día de la misma. El recientemente ingresado no entra en la partición de la tercia del día que presta el juramento, aunque sea el primero de ella.

146. Loc. cit. en nota 96.

147. "Los alcaldes per iudizio non reciban precio ninguno". *Fuero de Usagre*, publ. por Rafael UREÑA Y SMENJAUD y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN, Madrid, 1907, cap. 203.

148. Op. cit., cap. 389.

149. Vid. MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 309-312.

nibición pueda hacerse y con efectividad hace falta, pues, que exista el criterio mencionado y que, además, no se necesite el concurso económico de las partes. Ejemplo de ello lo ofrece el derecho canónico, en el que las Decretales recogen la antigua práctica de prohibir a los jueces eclesiásticos u ordinarios o delegados el exigir de las partes estipendio o mercedes, pues se reputaba que los jueces tenían ingresos suficientes para su sustento, mientras que en lo civil era costumbre que el juez conviniera sobre la décima de la litis o sobre otras cuotas según la costumbre de la tierra, además de los gastos de alimentos¹⁵⁰. Aunque el criterio siga siendo el mismo, como la circunstancia económica debía variar, Bonifacio VIII permite al juez delegado cuando hubiera de ir fuera del domicilio, el recibir de las partes algunos auxilios, que no pierden su carácter de tal por más que se deje su prestación a la liberalidad de aquéllas¹⁵¹.

La referida preocupación es patente en el derecho catalano-aragonés y en el tortosino-valenciano. Limitado el derecho catalán a la materia criminal, es en el derecho aragonés en el que alcanza una mayor amplitud, y también en el tortosino.

En el derecho catalán, Jaime II en las cortes de Barcelona de 1281 prohíbe ya a todo juez, oficial o inquisidor el tomar nada de aquél contra quien encuesta. Sólo si el sujeto de la encuesta se niega a darla fuera de su lugar y el Juez ha de acudir, se le permite a aquél tomar algo, pero moderadamente¹⁵². Pedro IV, en cortes de Perpiñán de 1351 prohíbe a veguer, baile, oficial o comisionado el recibir salario si hubieran conocido de la causa aunque no se les hubiera delegado, y sólo al Juez o asesor le es permitido el recibir un salario moderado¹⁵³. Incluso cuando fija el arancel de aquéllos a los que correspondiera recibir salario por decretos¹⁵⁴, lo hace con la reserva de que donde no se acostumbre a recibir, se observe. En cortes de Monzón de 1363 se prescribe

150. *Decretales*, III, 1, cap. 10.

151. "... osculentum et poculentum mera liberalitate oblatum." *Liber Sextus*, cap. 11, "De rescrip."

152. "... no haja res de alguna encuesta... puxan pendre tempradament..." Vid. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 8, 2.

153. "... li sie legut rebre salari moderat..." Vid. *Constitutions*, IV, 8, 3.

154. Vid. nota 124.

no recibir nada el Juez ordinario, asesor o cualquier Juez por aconsejar o por pronunciar absolución o condena de algún denunciado por crimen¹⁵⁵, y en cortes de Barcelona de 1382, el Rey se congratula de que los sabios de su corte no pidan nada de las sentencias absolutorias, frente a lo que desde hacía algún tiempo venían realizando de pedir salario de los absueltos, y, a veces, tanto o más de los condenados¹⁵⁶. En cortes de Monzón de 1510 se prohíbe el salario de cinco sueldos que a favor del Juez ordinario o Asesor, y por aconsejar para meter o sacar de prisión a los denunciados, se había introducido en la Ciudad de Gerona y otros lugares¹⁵⁷. Es un camino firme que conduce a una prohibición general de salario en causas criminales¹⁵⁸.

En el derecho tortosiano-valenciano, la prohibición de la tasa judicial está referida más propiamente al proceso civil. En 1403, el Rey Martín, y para Valencia, ordena que de las sentencias de árbitros y amigables componedores, e, incluso, de sentencias de jueces ordinarios o delegados, en las que la parte no fuera condenada en costas, no fuera llevado el cuarto¹⁵⁹. Más rotundo y general, el Código de las Costumbres de Tortosa establece que todas las sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, y todos los determinamientos de los pleitos, se deben pronunciar, y hacer todas las ejecuciones, sin gastos de las partes, de forma que no debe ser dado ni prometido ningún servicio al veguer o a los jueces por ello, pudiendo toda persona repletarlos si lo hicieran, sin que tuviera efectividad la posible promesa a que se hubiera dado lugar¹⁶⁰. Sólo

155. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 8, 8.

156. *Op. cit.*, IV, 8, 9.

157. *Op. cit.*, IV, 8, 15.

158. *Vid. nota* 137.

159. *Martinus Rex. Anno M.cccc. tertio. Valentiae. Ordenam que de sentencias darbitres arbitradors, o amigables composadors, e encara de sentencias de jutges ordinaris, o delegats, en les quals la part no sera condempnada en les missions, no sia leuat quart algu.* F. R. V., 1, 4, 10.

160. "Totes les sentencies, axi enterloqutories com deffiniues, e tots los determenaments dels pleyts, se deuen pronunciar y enantar, e totes les exequions fer, sens cost e messio de les parts, en axi que nuyl seruii no deu esser donat ne promes a Veguer ne a Jutges ne a altres, per rao d'ells. E si res los n'es donat, ne eyls o han reebut o feyt reebre, fan ço que no deuen, e pot los ne hom repletar. E si res los n'es promes, non poden forçar ne des-

cuando la demanda pide más de dos maravedís y la sentencia se ha de dar por escrito, se permite la tasa de doce dineros a cada uno de los jueces que la firmen y al veguer, en el caso de que la parte quiera tener la sentencia en forma pública ¹⁶¹.

En el derecho aragonés, superado el fondo jacense primitivo que se refleja, por ejemplo, en la percepción de novenas por el homicidio ¹⁶², la justicia se declara gratis, prohibiéndose por Jaime I que ningún zalmedina, juez, justicia, baile o jurado, o cualquier otro oficial del Rey, u otro hombre, o persona eclesiástica o secular de cualquier condición, reciba algo, ni obligación alguna o promesa o pacto de hacer o no hacer justicia, o por hacer o no alguna coacción, bajo pena de privación de oficio ¹⁶³. Con esta pena conmina Pedro IV, en cortes de Monzón de 1362, por el período de un año. a Jueces, Auditores y Relatores, los cuales parece no han de recibir salario por el hecho de tener que ser aragoneses según el Privilegio General y sus declaraciones ¹⁶⁴. En 1398, y en cortes de Zaragoza, el Rey Martín prohíbe el que oficiales, jueces, abogados, notarios, fiscales u otros puedan pedir o exigir averías en razón de composición de crímenes o remisiones o de condena civil o criminal ¹⁶⁵.

B. La retribución del órgano burocrático

La importancia de la retribución del órgano burocrático va unida al triunfo del procedimiento escrito sobre el procedimiento verbal, y aquél es casi una constante histórica que tiene lugar siempre que se superan épocas de primitivismo. Lo único que evita los

treynner lo prometedor, ne accio ne demanda no han contra eyl." *Costumbres de Tortosa*, VII, 2, 6.

161. "... e si la part vol auer la sentencia en forma publica, deula auer, y es tenguda de donar a cascu dels Judges per son fermament XII diners, e al Veguer altres XII diners. Mas la part que no la vol en forma publica, no'ls es tenguda de re a donar." *Costumbres de Tortosa*, VII, 2, 8.

162. Vid. la nota 98.

163. "De Iustitia reddenda, & non vendenda". Lib. VII de los *Fueros de Aragón*, ed. SAVALL y PENÉN, pág. 256.

164. Id. id., rubr. "Quod Iudices, Auditores".

165. Id. id., rubr. "De prohibitis averiis".

crecientes gastos en este aspecto es la reacción que frecuentemente se produce contra la hipertrofia del órgano burocrático.

Por lo que se refiere al mundo romano, casi todos los romanistas han destacado el crecimiento de los gastos en el período imperial, como consecuencia del oficio complejo del magistrado, los soldados destacados, los oficiales, etc.¹⁶⁶. Según Chioventa, se carece de datos sobre "commoda" y "sportulae" de funcionarios judiciales ("scribae", "exceptores", "adiutores", "aparitores", "viatores", "exsecutores", "intercessores", y acaso el mismo juez) hasta el siglo IV, pero cree que debieron existir. Constantino, Valentiniano I, Valente y Graciano se lamentaban de la venalidad y no eran desconocidos esos gastos en el Código Teodosiano, si bien en él aparezcan como una costumbre¹⁶⁷. Según el mismo Chioventa, son muchos los actos por los que se pagan (acta o copia de la demanda, contestación, réplica y contraréplica, sentencia, etc.) y Justiniano legisla sobre ello con amplitud, siendo distintas esas "sportulae" según la importancia de los tribunales, pues era casi la mitad en los de provincias, y aún menos en juicios arbitrales, reduciéndose mucho cuando siendo menor la cuantía se podía prescindir del procedimiento escrito¹⁶⁸. Justiniano alude a las "sportulae", que eran proporcionales, pero no inserta tarifas, siendo uno de los fundamentos de su importancia el gran valor que tenía el papiro¹⁶⁹. Scialoja calificó de ingentes las "sportulae" debidas a los oficiales que redactaban los escritos en el procedimiento imperial de las "extraordinarias cognitiones", que era de este carácter¹⁷⁰.

Aunque el procedimiento visigodo ha sido escrito, y no ha sido poca la importancia de los escribanos, parece que el órgano buro-

166. Así lo cree Leopold WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. de Riccardo Orestano, Milán, 1938, págs. 331-332. Nacen así las parcelas, de las que se enumera una serie de ellas en una inscripción de Numidia, con pago en dinero, formándose tarifas en los siglos v y vi. Además los magistrados cuentan con derechos en especie: "annona capitus". Se registran exenciones para obispos, iglesia, abogados, pobres, y reducciones para clérigos, soldados y empleados de la corte imperial.

167. CHIOVENTA, op. cit., págs. 41-42.

168. Op. cit., págs. 42-47.

169. Op. cit., pág. 48.

170. SCIALOJA, op. cit., pág. 432.

crático no ha preocupado por sus excesos en la misma manera que lo han hecho el órgano judicial y el órgano ejecutor. En los primeros siglos de la Reconquista, la ausencia de un procedimiento escrito importante no ha permitido problemas de este orden.

La importancia del órgano burocrático en el orden del gasto procesal no surge hasta el siglo XIII. En Cataluña, donde el valor de la escritura ha debido destacarse antes que en los demás territorios, las Cortes de Barcelona de 1283, celebradas con Pedro III, fijan un simplista arancel en cuanto al derecho del sello, que es de cinco sueldos para el particular por la carta de simple justicia, y la de ejecución de justicia y de comisión, cantidad que es doblada si la obligada al pago es una Universidad, señalando también dos sueldos como devengo por la citación¹⁷¹. En Castilla, las leyes del Estilo se ocupan del pago de las costas de los escribanos que documentan las declaraciones de los testigos de cada parte, cuando cada parte por sospecha lleva un escribano propio, haciendo soportar el gasto de ambos escribanos a la parte que interesa la prueba¹⁷². En los usos y privilegios de la Seo de Urgel, ya bien avanzado el siglo XV, el notario comparte las "averías" con el procurador fiscal y el sayón¹⁷³; y en Tortosa el escribano percibe derechos con arreglo a arancel¹⁷⁴.

Los primeros aranceles de notable importancia por su extensión y detalle, aparecen promulgados como acto de corte en Aragón, Zaragoza, 31 de julio de 1442, referidos a la escribanía del Justicia, siendo presentados como resultado de una información

171. *Constitutions*, vol. 1.º, I, 25, 2.

172. Ley 179. "Quien pagará las costas a los escribanos, que resciben los testigos".

"Otrosí, si alguno en el pleyto que ha con su contrario ha de traer pruebas sobre algún artículo, et por partir sospecha, toma la una parte un escribano por sí, et la otra parte otro escribano, que escriban los dichos de los testigos: esta costa de los escribanos amos aquel que traxo las pruebas las ha de pagar luego de mano."

173. El baile u otro justicia no debe tener "redelme", sino de la composición, la cual se lleva de dicha cantidad si es "encamarada", pues en otra manera ha de pagar la parte a notario, procurador fiscal y sayón, "les quals aueries" no pueden exceder de cuatro sueldos por libra. Vid. Carreras Candi, op. cit., cap. 68 de los usos o privilegios.

174. Bienvenido OLIVER, op. cit., tomo III (Madrid, 1879), págs. 454-455.

practicada por voluntad de las Cortes, y en forma de "capitales" o "tachacion" (tasación), por parte de Micer Pedro de la Cavallería, D. Juan Guallart, D. Martín Crabero, D. Ramón de Palomar y D. Juan Díaz Daux, jueces diputados, junto con Pedro Gilbert, D. Ramón de Castellón y D. Alfonso de Mur, éstos ausentes, realizándose la presentación en presencia de la reina D.^a María y de su notario y testigos en capilla llamada "Capítulo de los Canónigos", de la Seo de S. Salvador ¹⁷⁵.

Felipe IV, en Cortes de Barbastro de 1626 elimina el rito del proceso civil ordinario conforme a los fueros antiguos y prescribe los fueros primero y segundo del "De rei vindicatione" y para las causas posesorias el fuero único "De firmis iuris super possessione", a fin de evitar la prolijidad del proceso y los consiguientes gastos del mismo, como también elimina por la misma razón el proceso de manifestación de bienes muebles ¹⁷⁶.

Con Carlos II, en Cortes de Zaragoza de 1678, se ordena que las "exhibitas" de los procesos se paguen en Escribanías por las hojas de los originales y no por las copias, así como que los actuarios pongan en cada plana de declaración de testigos veinte líneas, quedando al arbitrio del juez el aminorar los derechos de las hojas si faltaran líneas o se ensanchara la letra, todo ello para evitar gastos a las partes ¹⁷⁷.

En Castilla, los Reyes Católicos, en Madrigal, el año 1476, tasan el derecho del sello, fijando nueve maravedíes para las cartas de papel y doce para las de pergamino, duplicando la tasa cuando los beneficiarios son dos personas, y triplicándola cuando se tratara de tres o más de tres o Concejo o Cabildo, en tanto los grupos de marido y mujer, padres e hijos, etc., sólo pagan como una persona ¹⁷⁸. Las Audiencias adoptaron acuerdos para cumplimentar lo dispuesto sobre derechos y salarios y aranceles de los mismos ¹⁷⁹. Estos acuerdos imponen también limitaciones para perci-

175. Vid. *Fueros de Aragón*, ed. cit., págs. 297-304.

176. "... y por escusar los muchos gastos dél...", "por ser tan grandes las molestias y gastos..." Op. cit., págs. 448-449.

177. Op. cit., págs. 508-509.

178. *Nov. Rec.*, IV, 13, 11.

179. Una Cédula de los RR. CC. es dada en Ecija a 4 de Diciembre de 1501 para que se corrijan excesos en la Audiencia de Valladolid, y un

bir derechos el órgano burocrático antes de tiempo ¹⁸⁰. En los casos de residencia, se distingue la secreta de la pública, pues los gastos del órgano burocrático en la segunda corren a cargo de los residenciados culpables, pero no así en la primera, en la que subvencionan con los gastos de justicia, y no habiéndolos, con las penas de Cámara ¹⁸¹.

En Cataluña, y en virtud de constitución de Alfonso II, la tasa de los escribanos es sometida a los jurados, baile y vegueres de la correspondiente villa, y el Príncipe Felipe, en las Cortes de Monzón 1553, donde se constata tal constitución, accede a que todos los salarios sean colocados en un tablón para ser colgado en la Corte, de forma que si los notarios se excedieran se pudiera recurrir al baile y jurados, con la adición hecha por el Príncipe de que se pueda recurrir por los abusos al veguer o al baile ¹⁸². Peguera testimonia encontrarse estatuido en las leyes el que el proceso documental se constituya en folios con treinta líneas por página; ocho dicciones o palabras en línea y, por tanto, el folio con dos páginas o sesenta líneas con ocho dicciones o palabras por línea, pagándose al notario un real, y testimonia que así se viene haciendo en base a la constitución 61 de las Cortes de Monzón de 1585 ¹⁸³. Según el mismo jurista, antes de las indicadas Cortes, por la custodia del proceso se satisfacía a razón de un dinero y óbolo, pero utilizando el folio pequeño, por lo que al utilizarse el folio íntegro debía entenderse la obligación de satisfacer seis dine-

acuerdo de ésta de 1536 establece que hasta la cuantía de 400 mr. se ha de hacer el proceso, conforme a las Cortes de Madrid, ni los escribanos han de llevar más de medio real por lo que excediera, más otras disposiciones similares. Vid. *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la Villa de Valladolid*, Valladolid, 1566, fol. 143 y ss.

180. Un acuerdo de la misma Audiencia de 18 de julio de 1538 establece que escribanos y relatores no den los procesos a abogados y procuradores ni cobren nada antes de ser tasados, so pena de devolver el cuádruplo para la Cámara por la segunda vez, y el duplo, por la primera. Op. cit., fol. 165.

181. Vid. HEVIA BOLAÑOS, op. cit., cuarta parte, par. 1, núm. 14, citando como textos legales los de la Nueva Recopilación, 2, 4, 43 y 3, 7, 20.

182. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 6, 2.

183. PEGUERA, op. cit., rubr. 30, núm. 6.

ros por folio, habiendo oído en la Audiencia que el salario de los escribanos se debía a ejemplo del salario por custodia del proceso ¹⁸⁴.

Por su parte, Ripoll da noticias del "ius morabatini" del escribano de mandato. Indica la existencia de dos tipos de "morabatinus", el "antiquus", que valía trece sueldos y cuatro dineros, y el "Alfonsinus", que valía veintitrés sueldos a razón de veintitrés equilates, aunque en los censos se solía pagar otro con el mismo nombre, que valía nueve sueldos. El "ius morabatini" del escribano de mandato tenía lugar cuando se publicaba la sentencia y se computaba según el salario del juez, de forma que cuando éste tenía setenta y cinco libras de salario, se daban diez libras por morabatinus, de forma que no se pudiera dar menos de un "morabatinus antiquus", ingreso a dividir entre el escribano de mandato y el escribano de la causa, y que sólo tenía lugar cuando se trataba de sentencia definitiva. Según el mismo Ripoll, eran parecidos los florines de oro que se pagaban por gracias y privilegios reales, cuyo valor de once sueldos en 1365 había aumentado a trece sueldos después; a diecisiete, en 1479, y en su época, a cuarenta sueldos ¹⁸⁵.

Como puede observarse, la creación de Audiencias, Tribunales de Corte, etc., ha supuesto la creación de un enorme aparato burocrático cuyos ingresos han tenido que ser cuidadosamente delimitados en aranceles, la mayor parte de las veces aprobados a nivel inferior al que hoy calificaríamos de legislativo.

C. *La retribución del órgano ejecutor*

La retribución del órgano ejecutor tiene muchos problemas comunes con la del órgano judicial, del que, en realidad, es un apéndice, y, al mismo tiempo, un necesario complemento. Como aquél, unas veces adopta la forma de retribución mediante cantidad fija y otras mediante cuota proporcional. A este último sistema, en especial, va anejo el problema de la base de que se parte para la proporcionalidad, y a los dos, los de los presupuestos básicos para

184. Op. cit., núms. 6 y 7.

185. RIPOLL, op. cit., núm. 71.

que se produzca la retribución y las excepciones particulares a la misma.

a) El sistema de cantidad fija

El sistema de cantidad fija para retribuir el órgano ejecutor puede coincidir o no con el mismo sistema para retribuir el órgano judicial, y, como es lógico, sólo es aplicable en un procedimiento predominantemente criminal, en el que la cuantía del litigio no tiene transcendencia y no precisa de elasticidad en la retribución.

Como ya se indicó, esta cantidad fija adopta diversos nombres, existiendo un área que podría calificarse del "arentazgo", en el derecho pirenaico-aragonés y en el de Logroño¹⁸⁶, y otra, de las "tagantes" en la zona de Avilés-Oviedo¹⁸⁷, aunque estas áreas son de carácter filológico. Salvo en Logroño, que no se especifica la cantidad en que consiste el "arentazgo", sino sólo la obligación que pesa sobre el señor de la villa de pagar las novenas a los alcaldes y al sayón la retribución citada, en los demás lugares, tanto orientales como occidentales, se manipula con la habitual calumnia de los sesenta sueldos, consistiendo en diez sueldos, aproximadamente, los "arienzos" pirenaicos y las "tagantes" astúricas, lo que puede explicarse por un común fundamento franco¹⁸⁸, también extensivo a Logroño¹⁸⁹.

b) El sistema de cuota proporcional

Como en el caso de la retribución del órgano judicial, es el más frecuente, pues se da siempre que existe un proceso medianamente desarrollado.

Proporcionales son las "sportulae" del proceso de "extraordinaria cognitio", pagadas por muchos conceptos, como, por ejem-

186. Vid. notas 51, 52 y 53.

187. Vid. nota 50.

188. Sobre un fuero de Avilés-Oviedo procedente de Sahagún, inspirado por el Abad D. Bernardo, y extraño a las costumbres del país, vid. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1960, págs. 352-353.

189. Cfr. op. cit., pág. 352.

plo, por el demandado al "executor" que le notifica el libelo y al que, por su parte, entrega el libelo contradictorio¹⁹⁰. La proliferación de funcionarios ejecutores en el Bajo Imperio es consecuencia y origen de las numerosas "sportulae" satisfechas por las partes en el proceso.

En el derecho visigodo, las disposiciones fundamentales en este orden son las mismas que se mencionaron en cuanto a la retribución del órgano judicial, y en primer lugar, la ley de Teudis.

A juzgar por la ley de Teudis, los compulsos o ejecutores han exigido sus derechos o beneficios a voluntad, posiblemente, no sólo en cuantía, sino en cuanto a la parte que había de soportarlos, en cuanto el monarca visigodo prescribe que sólo a costa de aquellos que les impulsan reciban lo que les corresponde por el gasto de los caballos que han de utilizar¹⁹¹, como también les prescribe que no exijan esos derechos antes de que los litigantes ejerzan sus acciones en juicio¹⁹². Teudis modera los derechos de esos compulsos o ejecutores en dos sentidos: a) por cada cincuenta millas que se haya de utilizar un caballo, percibirán un sueldo: b) en las causas menores bastará la utilización de dos caballos, y en las mayores la de cuatro caballos¹⁹³. Los caballos que pudieran utilizarse por encima de este número se consideraban ornato, recayendo por ello el gasto sobre el propio executor¹⁹⁴. Todo esto parece que puede concluirse en el sentido de que estos ejecutores han podido cobrar dos o cuatro sueldos, según se tratara de causas menores o mayores, por cada cincuenta millas que hubieran de recorrer para practicar la diligencia, por el concepto específico

190. Vid. SCIALOJA, op. cit., págs. 373 y 375.

191. "... Simili hetiam compulsos vel executores decreto prestringimus, ut non pro sua comoda exigant volumtate, sed ab eis, quos propria evectione compulerint, subvectum tantum super eum accipiant caballorum."

192. "... Nec illi prius comoda compulsionis exigant, quam suas in iudicio litigantes exerent actiones..."

193. "... Comoda quoque iuxta huius consulti seriem accepturi, id est, ut in milibus quinquaginta accipiant per caballo uno solido uno; ea videlicet ratione, ut in minoribus causis duo tantum, in maioribus vero quatuor caballi sufficient..."

194. "... caballos ultra hunc numerum ducere voluerit, absque ullo deductorum damno suo tantum reputabit ornato..."

de caballos, sin perjuicio de pedir el décimo por su actuación¹⁹⁶. La opinión de Cárdenas sobre incompatibilidad de este décimo con esos otros gastos de viaje¹⁹⁶ no parece totalmente adecuada, pues igualaría en derechos al que tuviera que realizar la diligencia en su lugar de residencia con el que tuviera que realizarla fuera en la mayoría de los casos, por lo que la opinión no sería dudosa. Los gastos por el concepto de caballos son dietas o viáticos que complementan los derechos normales.

Esta proporción del décimo, aunque sin alusión ninguna a esos otros gastos de viaje, se mantiene a través de la citada ley de Chindasvinto "enmendada", que figura en el "Liber Iudiciorum"¹⁹⁷. En esa ley se constata los abusos de los sayones al recibir mayores mercedes de las merecidas¹⁹⁸, lo que da origen precisamente a señalar esa proporción, que, a diferencia de lo sucedido con la tasa judicial, no se da como procedente de otra ley anterior, sino instaurada de presente, por lo que puede considerarse como limitación impuesta por Chindasvinto, o como limitación impuesta por Leovigildo si ha tomado de éste la ley y no la ha enmendado en ese punto.

El indicado diezmo es recogido, como es natural, por el Fuero Juzgo¹⁹⁹, pero lo que ya no es tan natural es su vitalidad, que contrasta con la escasa que tiene la relativa a la retribución del órgano judicial contenida en la misma disposición. Sucesivas disposiciones recopiladas de Juan I, en Cortes de Valladolid de 1385; los Reyes Católicos, en Toledo, 1480; visita de Isabel la Católica, en Segovia, 1503, y también visita de Carlos I, en Toledo, 1525, prescriben que alguaciles y merinos lleven el diezmo de la deuda

195. "... De ea vero, que exigerit, decimum nummum pro suo consequatur exercitio..."

196. CÁRDENAS, op. cit., pág. 476.

197. "... propterea simili decreto legis huius edicitur, ut qui pro causis alienis vadunt decimum tantundem solidum pro labore suo conquirant..."

198. "... Similiter quoque, quia cognovimus, quod saions qui pro causis alienis vadunt, maiores pro labore suo mercedes, quam merentur, accipiant..."

199. "... E otrosí, porque entendemos que los Sayones que andan en los pleytos, tomaban mas que non debian por su trabayo, por ende establecemos en esta Ley, que non tomen mas de la decima parte de la demanda..."
Fuero Juzgo, publ. por Juan Antonio LLORENTE, Madrid, 1792, II, 1. 24.

principal allí donde se acostumbrara ²⁰⁰. Aunque estas disposiciones admiten que puedan existir otras costumbres, en cuyo caso las respeta también, lo indudable es que la única cuota citada, y, por ende, la más general, ha sido la citada del diezmo, que puede proceder del derecho visigodo a través de su renacimiento con el Fuero Juzgo.

Lo que aún sorprende más es que en la Nueva Instrucción para Alcaldes Mayores de Adelantamientos, de Carlos y Juana, y en la visita de Carlos I, Toledo año 1525, se prescriba que cuando se cobre la décima no se lleven otros derechos por vía de camino ²⁰¹, pues estos derechos de camino recuerdan vivamente los gastos para caballos de la Ley de Teudis, no mencionados, sin embargo, ni en el "Liber Iudiciorum" ni en su versión romanceada o "Fuero Juzgo", amén de contener una interpretación similar a la que Cárdenas dio del texto de Teudis, a la que no obstante hay que oponer la objeción histórica de que en Teudis esos derechos de caballos estaban fijados, mientras los derechos de camino no lo están en la legislación castellana. Su importancia, sin embargo, no puede desdeñarse, en cuanto los mismos monarcas, prohibiendo hacer conciertos con los acreedores y prescribiendo la observancia de los aranceles, proscriben al mismo tiempo que "el salario del camino" sea llevado por entero por parte de los escribanos ²⁰².

Por otra parte, y en cuanto a esta retribución del órgano ejecutor mediante cuota proporcional, podría darse por reproducida una parte de lo dicho al tratar del sistema en cuanto al órgano judicial, especialmente en los sistemas de cuarta y tercera parte, en los que, como se recordará, la "calumnia" era compartida aquel, unas veces por el denominado "palacio", otras, por el merino o funcionario típicamente ejecutor, y otras, por el señor de la villa. En todos estos casos, la parte de éstos, distinta de la parte de alcaldes y juez, hay que atribuirle al órgano ejecutor, pues no otra es su misión, al poseer ellos el poder coercitivo que complementa el poder declarativo del órgano estrictamente judicial.

200. *Nov. Rec.*, XI, 30, 1.

201. *Nov. Rec.*, XI, 30, 10.

202. *Id.*, XI, 30, 12.

c) La base de la proporcionalidad

En cuanto a la base de la proporcionalidad puede afirmarse que se ha tendido, aunque no siempre se haya conseguido, a cuatro unidades: *a)* de deuda; *b)* de acto; *c)* de lugar, y *d)* de tiempo.

La unidad de deuda aparece reconocida en las disposiciones castellanas anteriormente citadas²⁰³ al manifestarse que por una deuda no caben más que unos derechos, de forma que si una de las partes da espera, y luego se continúa el proceso, sólo pueden exigirse unos derechos.

La unidad de acto está reflejada en la Pragmática de 9 de junio de 1500, de los Reyes Católicos, donde se ordena que alguaciles o ejecutores no lleven derechos "mas que por un camino", aunque se hicieran varias ejecuciones, repartiéndolas a prórrata²⁰⁴.

La unidad de lugar se expresa en la Nueva Instrucción para Alcaldes Mayores de Adelantamientos dados por Carlos I y su madre Doña Juana, obligando a llevar los derechos por el lugar de donde fuera vecino el ejecutado, y no por el lugar donde se ejecutara, saliendo así al paso de la maniobra consistente en esperar a que los ejecutados fueran a las ferias y mercados, donde las existencias podían ser mayores²⁰⁵.

La unidad de tiempo, contenida en la misma disposición, se manifiesta en la prohibición de la costumbre de cobrar la ejecución, queriendo pagar antes o pagando antes²⁰⁶.

Relacionado con la unidad de deuda, que más bien pudiera calificarse de unidad de petición, debe citarse una de las leyes del Estilo, en la que se prescribe el derecho del alguacil al diezmo de la cantidad total por la que se presentara la querella, aunque hubiera avenencia por menor cuantía, corrigiendo la iniquidad a que esto hubiera podido dar lugar respecto al querellado mediante la imposición del pago por la parte correspondiente a la "plus petitio" al querellante²⁰⁷.

203. Loc. cit. en nota 200.

204. *Nov. Rec.*, XI, 30, 6.

205. *Id.*, XI, 30, 7.

206. *Id.*, XI, 30, 8.

207. Ley 196. "Del derecho del alguacil de la entrega, et quien lo ha de pagar".

Las dificultades de reparto, propia de los juzgados y tribunales centrales, dio lugar a peculiares disposiciones, como la de Felipe V en Instrucción de 30 de agosto de 1743, dada en S. Ildefonso, por la que se centralizaba las décimas de ejecución en los Juzgados de la Corte para dotar alguaciles y otros ministros, atajando así a los escribanos que las percibirían mientras utilizaban a los alguaciles de "negros"²⁰⁸, y la de Fernando VI, en R. D. de 25 de noviembre de 1755, comisionando privativamente al Decano de la Sala de Alcaldes de Corte para la recaudación de las décimas²⁰⁹.

d) Presupuestos básicos de la retribución

En realidad, casi no cabe hablar sino de un presupuesto, que es el que se haya dado lugar a la verdadera intervención del órgano ejecutor, generalmente, posterior a la del órgano judicial. Por ello, Teudis prohíbe a los sayones exigir derechos antes de que los litigantes ejerzan sus acciones en juicio²¹⁰, y las Leyes Nuevas, de Alfonso X, prohíben al merino el tomar el diezmo de los "asentamientos" o depósitos judiciales en cuanto éstos no se daban al demandante, sino por razón de prenda, atajando así las pretensiones de los merinos, que alegan el que en virtud de estos "asentamientos" solían llegar a un acuerdo las partes contendientes²¹¹.

Cuando el proceso, especialmente en su parte civil, evoluciona y se desarrolla, tiende a dar las menos oportunidades posibles de intervención del órgano ejecutor, en virtud de un humanitarismo, que en ocasiones llega a ser parcial a favor del deudor. Esa reduc

Otrosi, si a querrela de alguno prende al alguacil a su debdor desde querelloso, porque non es valido, et lo fiziere prender como a querrela de diez mil mrs. o de otra quantía, et desque fuere preso se aveniere con el querelloso, o fuere conocido el debdo; maguer non se avenga con él por tanta cuantía; por tanto llevará el diezmo el alguacil por quanto querelló el querelloso, por quien fue preso este de quien querelló: mas este que dió la querrela por mas de quanto fue fallado por el juicio, que debe haber, es tenuto de le dar el diezmo de lo demás segund la cuantía al alguacil."

208. *Nov. Rec.*, XI, 30 19.

209. *Id.*, XI, 30, 20.

210. *Vid.* nota 192.

211. "... ca non se fazen en razon de entrega, nin los dan, al demandador por suyos, mas en razon de prenda..." Ley 4.^a

ción de oportunidades de intervención del órgano ejecutor puede observarse en varias disposiciones. Felipe II, en el Arancel de los Alguaciles de la Corte de 1565, establece que no se lleven derechos si la parte demandada después del mandamiento y antes de la ejecución paga al contado²¹². El mismo monarca, en Cortes de Madrid de 1573, establece que no se lleve la décima pagando dentro del día natural siguiente al de la notificación²¹³, y en cortes de Madrid de 1579 que no se lleve tampoco la décima cuando la parte demandante se manifiesta por satisfecha dentro de las veinticuatro horas²¹⁴. Felipe III, en Pragmática de 21 de junio de 1619, dada en Lisboa y Felipe IV en Cédula de 17 de julio de 1632, amplían el plazo de percepción a las setenta y dos horas siguientes a la de trabada la ejecución²¹⁵.

Al lado de este retardamiento de la acción ejecutoria se produce una clara tendencia a otorgar primacía al deudor en la satisfacción, en un momento en que ello se hace necesario, pues en el período en que el gasto procesal va inserto en la "calumnia", ésta es un todo, y el reparto entre órgano judicial, ejecutor y perjudicado se realiza contemporáneamente. En ese proceso civil evolucionado, las disposiciones de varios monarcas castellanos ya citados²¹⁶ establecen que alguaciles y merinos lleven derechos sin satisfacción primero del acreedor, y para evitar fraudes se establece que los bienes no se dejen en poder del deudor ni se los lleven ellos, sino que los dejen en poder de persona llana y abonada previo inventario por escribano, cuestión tan familiar al abogado de hoy que conoce la importancia utilitaria de la práctica de los Juzgados conocida con el nombre de "cambio de depositario". Los Reyes Católicos, en Pragmática de 9 de junio de 1500, ordenan a Asistentes, Gobernadores o Corregidores el que no lleven derecho de ejecuciones por contrato de obligación o por sentencia hasta ser pagado el dueño de la deuda²¹⁷, y Carlos I y su madre, D.^{na} Juana, en la ya citada Nueva Instrucción de los Alcaldes Mayores de

212. *Nov. Rec.*, XI, 30, 13.

213. *Id.*, XI, 30, 14.

214. "... mostrando contento de la parte..." *Nov. Rec.*, XI, 30, 15.

215. *Id.*, XI, 30, 16.

216. Vid. nota 200.

217. *Nov. Rec.*, XI, 30 5.

los Adelantamientos, insisten en que no se cobren derechos hasta ser satisfecho el acreedor, prohibiendo a los ejecutores el llevarse las prendas obtenidas para sus costas²¹⁸.

e) Excepciones particulares a la percepción de derechos

Si en los casos anteriores no se llega a la percepción de derechos por el órgano ejecutor es debido a que faltan los presupuestos básicos para ello. Al lado, sin embargo, se ofrecen otros casos en los que dándose los presupuestos no se llega tampoco a la percepción, es decir, se trata simplemente de excepciones, de las que pueden observarse algunas en el Derecho castellano.

Los Reyes Católicos, en Madrigal, año de 1476, excluyen del pago de derechos de ejecución a las personas presas para liquidar cuentas de cargos tenidos por el Rey²¹⁹, y por Pragmática de 6 de julio de 1493 prohíben llevar derechos por ejecutores con salario señalado en sus cartas, de la misma forma que a las Justicias a quienes se les encomiendan sólo se les permite los derechos que les pertenecieran como jueces ordinarios²²⁰. En el primer caso, como puede observarse, la causa de excepción se encuentra en el ejecutado, mientras que en el segundo lo está en el ejecutor, en el que el salario fijo que le está asignado es incompatible con la percepción de derechos.

Muy excepcional también es la prohibición dirigida a Alcaldes de Casa y Corte y Chancillerías, Corregidores y Asistentes, Alcaldes, Alguaciles, Jueces y Justicias para llevar derechos algunos de "meajas" por ejecuciones que ordenaran hacer, que está contenida en la Pragmática de Isabel la Católica de 13 de mayo de 1503 y en la disposición de Carlos I y su madre Doña Juana en Molins de Rey en 23 de noviembre de 1519²²¹. Como una de las anteriores, la excepción está basada en el carácter del órgano ejecutor, y su fundamento debe ser similar, en cuanto la percepción de un sueldo fijo, importante incluso, ha debido considerarse incompatible con la percepción de derechos de las partes.

218. Id., XI, 30 9.

219. Id., XI, 30, 2.

220. Id., XI, 30, 3.

221. Id., XI, 30, 4.

D. La retribución de la representación y defensa procesal

La retribución de la representación y defensa procesal ocupa un puesto de primera importancia sociológico e históricamente en el estudio del gasto procesal. Sociológicamente, su interés estriba en que su cuantía no ha podido estar nunca sometida al control al que lo ha estado la del órgano judicial o la del órgano ejecutor. Las integrantes de éstos han dependido directamente del Rey, del señor, de los concejos, etc., y su actuación, en consecuencia, ha estado reglada y vigilada. Con ellos ha contrastado la libertad del procurador o del abogado, en directo contacto con la parte y con independencia de cualquier poder coercitivo, de forma que los gastos de representación y defensa han tenido que pesar extraordinariamente en el gasto procesal general. La voz popular, que varias veces se ha elevado contra el jurista, ha obedecido a la cuantía de ese gasto y a las maniobras realizadas por aquél para justificar su elevación.

Históricamente, la importancia reside en que el gasto de la representación y defensa procesal ha sido el de más antigüedad, más, incluso, que el del órgano judicial. Si por lo que se refiere a Roma, en el período de las "legis acciones" no se habla de honorarios debidos al "procurator" y al "advocatus", en el proceso formulario, las costas parecen haberse limitado, precisamente, a los gastos de viaje de las partes y a los honorarios de los abogados y de los procuradores²²². Las partes asisten en principio asistidas por "patroni" o "advocati", de carácter honorífico, pero la representación del ausente da lugar al "cognitor" y "procurator", que necesita cierta preparación y que ha de prestar cauciones, por lo que a fines de la República es recompensado con una "merced", como también lo es el "orator", en cuanto es objeto de prohibición en la ley Cincia del año 550 de Roma, renovada con Augusto. Con el Emperador Claudio, el uso triunfa sobre la ley, fijándose el máximo de los honorarios o "modus", y obligándose por Nerón a que se paguen aun sin pactarlos. Independientemente del "modus", la retribución queda limitada por la prohibición rigurosa del pacto de "quota litis", o pacto por el que la retribución se fija en:

222. Vid. SCIALOJA, op. cit., págs. 274-275.

una parte alícuota de lo que pueda obtenerse en el juicio victorioso ²²³.

Sin datos para el estudio de esta cuestión en el Derecho visigodo, la ausencia de toda alusión a los gastos de representación y defensa procesal, unido a la preocupación exclusiva por los gastos del juez y del sayón, esto es, de los órganos judicial y ejecutor ²²⁴, hace suponer que se ha producido una inversión en la cuestión, lo cual no es extraño ni tiene carácter revolucionario si se tiene en cuenta que lo dicho respecto de Roma está referido al procedimiento formulario, pero que, como se sabe, en el procedimiento de la "extraordinaria cogniticio" y, sobre todo, en la evolución del Bajo Imperio y que ha continuado Justiniano, ha cobrado vigor el sistema de "sportulae" debidas a los magistrados y funcionarios que han proliferado, absorbiendo la mayor importancia del gasto procesal, en tanto la función de la representación y defensa procesal se ha minimizado, y ha sido, en todo caso, cuestión privada de las partes.

Naturalmente, cuando esta minimización ha llegado a su máxima expresión ha sido en los primeros siglos de la Reconquista, con el predominio de un proceso popular y de prueba tasada, basado las más de las veces en la práctica de la ordalía, donde la voluntad divina ha hecho innecesario el razonamiento de las partes. Ni aun en el período de superación el gasto de representación y defensa ha figurado en el reparto de la "calumnia", si bien la presencia en él del perjudicado hace suponer que le permitiría retribuir particularmente a los que le apoyaran o ayudaran en el trance.

Hay que esperar a los siglos XII y XIII para que con la tecnicización del Derecho la representación y la defensa adquieran la importancia que ya no volverán a perder. Del último siglo citado es la constitución de Jaime I, en Cortes de Barcelona de 1251, en la que se ordena que los abogados juren no recibir salario alguno en causa secular hasta que sea terminada, permitiéndose el que exijan caución ²²⁵, disposición tanto más interesante cuanto que

223. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 38-40.

224. Vid. la ley repetidamente citada en nota 68.

225. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 8, 1.

contradice otra de las mismas Cortes, cuya interpretación rigorista induce frecuentemente a pensar en una prohibición general de la profesión de abogado²²⁶.

La preocupación por limitar la remuneración del abogado, y también la del procurador, se ha dejado sentir más en Cataluña que en el resto de los países hispánicos. Fernando I, en Cortes de Barcelona de 1413, fija tres dineros en primera instancia y dos dineros por libra en las otras, sin sobrepasar treinta y siete libras dos sueldos en la primera ni veinticinco libras en las otras²²⁷, lo que supone equipararlos a los jueces, relatores y árbitros, salvo en el límite máximo, que es el más amplio de éstos. Esta equiparación se desnivela, estimándose por la doctrina, sobre todo después de la fijación de aranceles judiciales en 1503, que el salario del abogado es la mitad del salario del juez²²⁸, generalizando así una proporción que en la citada disposición de 1413 ya existía para las causas de ejecución, en las que los jueces o consejeros no debían sobrepasar el tercio del salario de la primera causa, ni los abogados la mitad de dicha tercia. A su vez, la doctrina fija el salario del procurador en la mitad del del abogado²²⁹, no dejando de ser curioso que esto último se siga admitiendo hoy como criterio, entendiéndose que el abogado puede minutar por el doble de lo que minuta el procurador, sometido, como se sabe, a arancel.

Como se dijo anteriormente, en la práctica judicial catalana, estos gastos de abogado y procurador reciben el nombre específico de "palmarium"²³⁰, recayendo nuevas limitaciones en las Cortes de Barcelona de 1702, celebradas bajo Felipe V, como consecuencia de las cantidades considerables exigidas por los abogados, que dejaban a los litigantes sumamente gravados, hasta el punto de no poder soportarlos y haber de dejarlos con gran perjuicio de sus haciendas²³¹. Las Cortes piden entonces se aplique como tasa la de un real de moneda de Barcelona por artículo, y en los trabajos de

226. Id., vol. 3.º, I, 8, 3.

227. Vid. nota 126.

228. Vid. PEGUERA, op. cit., rubr. 30, núm. 4.

229. Id. id., núm. 5.

230. Vid. nota 54.

231. Vid. nota 4.

uno sólo, o juntas de dos o muchos abogados, no más de seis reales por hora, valiendo el límite de la mitad para los procuradores.

Como opinión común a la doctrina de los siglos XVI y XVII, y que hay que suponer puede extenderse a las demás épocas, puede citarse la de que el abogado en la propia litis no pueda exigir expensas por el concepto de la defensa procesal. Así se manifiesta en Castilla Yáñez Parladorio²³², y Ripoll, en Cataluña, tras de afirmar que abogados y procuradores no pueden pedir las expensas, sino que han de hacerlo los principales en la causa, declara también que cuando actúan en causa propia, por costumbre, no lucran el "palmarium"²³³. Con referencia a los juicios de residencia, Castillo de Bovadilla dice que siendo condenado en costas el capitulante, no debe pagar al vencedor las costas de abogado, si éste era letrado o asumió su propia defensa, aunque admite que pudiera cobrar el interés por lo que dejó de ganar y ocuparse en otros negocios²³⁴, es decir, aplica la doctrina del "lucrum cesans".

E. El resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso

Con el resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso se abandona el campo del concepto estricto del gasto procesal, para entrar en el del concepto amplio o lato del mismo. Dentro de la presente rúbrica cabe el estudio, como se recordará, de los gastos de desplazamiento de las partes y de los daños ocasionados por las actuaciones procesales.

a) Gastos de desplazamiento de las partes

Históricamente parecen compartir la primacía temporal junto con los gastos de representación y defensa procesal, dado que a unos y a otros parecen limitarse las costas del procedimiento formulario en el Derecho romano²³⁵.

232. YÁÑEZ PARLADORIO, op. cit., cap. final, 5.^a parte, par. 18, núm. 14.

233. Loc. cit. en nota 54.

234. CASTILLO DE BOVADILLA, op. cit., lib. V, cap. II, núm. 104, pág. 621.

235. Loc. cit. en nota 222.

Su presencia aparece constatada también en el Derecho visigodo por una disposición de Recesvinto sobre aquel cuya inocencia es demostrada, debiendo ser liberado de las molestias originadas por los que se las han causado. El monarca dispone que si alguien es obligado a acudir a la presencia del príncipe o de algún juez para la prosecución de una causa y después fuera probado que era injusta la contención, el obligado injustamente reciba del querellante cinco sueldos si hubiera habido de recorrer un camino aproximado de cincuenta millas, o seis sueldos si el camino hubiera sido de sesenta millas, aumentando un sueldo por cada diez millas más hasta la cantidad de diez sueldos por las cien millas^{235 bis}. La distancia de cincuenta millas recuerda forzosamente la ley de Teudis, en cuanto aquí sirve de módulo para la exigencia de derechos del sayón, como la cantidad de cinco sueldos recuerda la que ese demandado inocente debería haber pagado al demandante en el supuesto de no haber comparecido a tiempo.

Sin embargo, posteriormente su importancia queda limitada, como se recordará que hizo notar Yáñez Parladorio²³⁶, a los tribunales centrales del Rey, en cuanto que son los que dan nacimiento a importantes gastos de desplazamiento. Así, Alfonso IX, en las Cortes de León de 1188, tomando medidas contra el que recurriera a él haciendo o diciendo "mezclam", esto es, agravio u ofensa de alguien y no lo probara, condena al "mezclantem" a agraviante al pago de los gastos que hiciera el "mezclatus" o agraviado en ir y venir²³⁷. Es una época en que se tiene que prestar forzosa atención al que se desplaza de su lugar de origen para acudir al Rey, dando lugar a garantías especiales²³⁸.

Las Leyes del Estilo son las que mejor reflejan este gasto procesal, al tratar de las costas en la apelación, especificando la existencia de aquellas por los días festivos o no festivos que la parte

235 bis. *Lib. Iud.*, II, 2, 10.

236. Loc. cit en nota 61.

237. Vid. nota 25.

238. Recuértese, por ejemplo, el usatge "Auctoritate et Rogatu".

contraria hubiera de residir en la Corte²³⁹, extremo sobre el que insisten aun en el caso de que el alcalde prolongara el pleito por excepciones y aunque el vencido dijera que entre tanto podía haberse ido su contrario de la Corte, contándose, además, en las costas los días de ida y regreso²⁴⁰.

Finalmente, también están presentes en el procedimiento de pesquisa encomendado a los corregidores, según atestigua Castillo de Bovadilla. Si el pesquisidor ha de ejecutar condena de costas, lo accesorio, que son las costas, ha de seguir la naturaleza del negocio principal, y si en lo más se procede a ejecución, con más fuerza en lo menos, entrando, por regla general, en esa condena las costas personales que hizo el querellante desde que salió de su casa para ir ante el Rey y acudir al Consejo a pedir pesquisidor, y por el tiempo que estuvo en la Corte. El escritor castellano se refiere después al criterio distinto de no acostumbrarse a condenar en costas personales y procesales causadas en la competencia de jurisdicción entre pesquisidor y algún eclesiástico u otro juez, habiéndolo visto determinar así por los alcaldes de la Corte, y moderando mucho. en todo caso, unas y otras, sin meter las costas de los abogados cuando eran varios en negocio leve, ni del abogado que ayudara gratis, precisando que las costas personales tampoco se cobraban cuando era algún amigo el que había hospedado al querellante durante el pleito²⁴¹.

239. Ley 164. "... Et por quantos dias feriadados, o non feriadados anduviere en la corte, habrá costas para cada dia de la una parte a la otra, el vencedor del vencido las costas que dichas son, maguer los que han el pleyto en la corte, se han de ir de la villa do el Rey está."

240. Ley 165. "En que costas ha de ser condenado el vencido, et como se librará."

"En razón de las costas de que ha de ser condenado el vencido al vencedor, serán contados los días que estuvo en la corte desde fue emplazado, maguer el alcalde alongase el pleyto por dilaciones, et maguer el vencido diga que se pudiera ir su contrario de la corte entre tanto. Et otro si, han de contar en las costas los días de venida, et de tornada."

241. CASTILLO DE BOVADILLA, op. cit., tomo I, Madrid, 1775, lib. II, cap. XXI, pág. 848. Vid. también la glosa Gregorio López a *Part. III*, 22, 8, planteándose el supuesto de que el "victor" hubiese sido hospedado por un amigo, de donde no hiciera expensas, o el de que el abogado amigo le prestara patrocinio gratuito, lo que resuelve el jurista castellano diciendo que debe distinguirse según hubiera o no "animo donandi".

b) Daños ocasionados por las actuaciones procesales

Como ya se anticipó, en alguna época, y concretamente en la de los primeros siglos de la Reconquista que culmina con los denominados fueros extensos, existe en determinados aspectos una cierta confusión o mezcla entre el daño procesal y el daño que calificamos de sustantivo, para referirnos al de la relación jurídica debatida en el proceso. Esta confusión se produce en un sistema que, influido o no por él, recuerda el del "Gesamtbusse" del Derecho germánico. Este, pagado por el malhechor, se divide, según los pueblos, entre el querellante y el poder público; el querellante, el rey y el tribunal popular, etc., constando fundamentalmente de una prestación destinada al querellante, denominada "Wergeld" o "Busse" en sentido estricto, y una prestación al poder público que se denomina "Friedensgeld", y más tarde "mulcta", "pena", "Brüche" o "Wette"²⁴².

En el Derecho reflejado por los fueros extensos de León y Castilla también el malhechor paga una determinada cantidad global, que en latín se denomina "calumnia", y que romanceadamente adopta las formas de "calonnia", "caloña" y formas parecidas, la cual, como ya se ha visto en textos citados, se distribuye entre el querellante y los que ejercen la función judicial y coactiva, generalmente, por terceras o cuartas partes²⁴³. La calificación que algunas veces se da a la participación privada de "enmienda" o "satisfacción" aleja dudas en esos casos sobre su naturaleza, que, en cierta manera, puede ser análoga a la de una responsabilidad civil en materia criminal de nuestros días, pero su unión con las cuotas encaminadas a retribuir el gasto del órgano judicial y del órgano ejecutor en bloque sólido empaña otras veces esa naturaleza, máxime cuando en esos fueros no se suele precisar que la participación privada sea la del perjudicado por el delito, sino la del querellante. Es cierto que, generalmente, querellante y perjudicado coinciden, pero también es cierto que puede haber alguna ocasión en que esa coincidencia no se dé, o no se dé plenamente.

242. Vid. Rudolf Hirs, *Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Munich-Berlín, 1928, págs. 96-102.

243. P. e., locs. cit. en notas 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 106.

Por de pronto, mueve a sospecha el que insistentemente se eluda la palabra perjudicado, para situarse en un terreno puramente procesal y utilizar siempre la de querellante, lo que puede significar que no se excluye el que en algún momento no sea la misma persona, lo que aparece confirmado por el hecho de que alguna vez se habla también vagamente de persona que tenga parte en la calumnia²⁴⁴. Si alguna vez, en efecto, la citada coincidencia no se ha producido, podemos encontrarnos ante el resarcimiento de una persona no en virtud de los daños que se han irrogado por el desconocimiento de su titularidad en un derecho, sino por los que se le han podido irrogar en su condición de persona que ha emprendido una acción, y a causa del proceso que se ha visto obligada a seguir.

Independientemente de las consideraciones anteriores, con las que no se trata sino de plantear un problema de gran interés conceptual, pero que no puede resolverse en un trabajo de las presentes proporciones, lo que es indiscutible es la existencia de unos daños ocasionados por las actuaciones procesales, que en cuanto son imputados por el Derecho a una de las partes para soportarlo económicamente, y en cuanto son daños nacidos exclusivamente de la existencia de un proceso, con independencia de la relación sustantiva que en el mismo se pueda debatir, hay que calificar de gastos procesales, aunque, como repetidamente se ha dicho, no estén incluidos dentro de un concepto estricto. Estos daños pueden nacer: *a)* de la desobediencia al mandato judicial; *b)* de la falta de perfeccionamiento del proceso, y *c)* de la desviada utilización del órgano judicial.

a') Por desobediencia al mandato judicial. Por lo que se refiere a la incomparecencia, Chindasvinto ya prevé que el juez, interpelado por alguien, compela al adversario a comparecer mediante carta o sello, y aquél dilate o contienda sobre acudir a juicio, en cuyo caso, y sólo por la dilación, independientemente de los cinco sueldos de oro que ha de pagar al juez, ha de pagar otros cinco al demandante, salvo que por testigos pruebe y

244. Vid. *Fuero de Brihuega*, ed. cit., pág. 129, en cuanto al supuesto del que mata y no puede pechar el coto, por lo que sus bienes son colocados en almoneda, pero ordenando que "no la saque Juez, ni Alcalde ni ome que part aya en la calonna".

preste juramento de que no lo hizo por contención. Si quien discute la orden judicial es un obispo y dilata el nombrar representante suyo, paga cincuenta sueldos, de los que treinta aprovecharán al sacerdote demandante, rigiendo lo mismo para presbíteros, diáconos, subdiáconos, clérigos y monjes. La disposición prevé también situaciones de edad o enfermedad, y luego, de distancia, de forma que concede once días para acudir si se está a cien millas, y veintiún días si se está a doscientas, pagándose en el primer caso veinte sueldos y en el segundo diez si se sobrepasan los plazos, cantidades de las cuales la mitad es para el demandante ²⁴⁵.

Interesa destacar que aun cuando en principio existe una pena originada por el desobedecimiento al mandato judicial, sólo una parte de ella tiene la verdadera naturaleza de pena procesal, que es la destinada al juez. La parte destinada al demandante, si tiene algún fundamento, y caprichosamente no puede haber sido dispuesto, tiene que ser forzosamente la de resarcirle del que le produce la incomparecencia del citado. Sólo en caso de insolvencia se opera una transformación en pena, pero no de carácter civil o de satisfacción pecuniaria, que no es posible, precisamente por la insolvencia, sino de pena criminal consistente en castigo corporal ²⁴⁶.

El Derecho del "Liber Iudiciorum" revive, como es natural, con el Fuero Juzgo, en el que hay cambios de atribución de origen,

245. "... Et si tali admonitione conventus aut se dilataverit aut ad iudicium venire contemserit, pro dilatione sola quinque auri solidos petitori et pro contemptu quinque alios iudici coactus exolvat... Quod si quilibet episcopus admonitionem iudicis, fretus honore sacerdotali, contemserit et pro sua persona adsertorem dare distulerit, confestim a iudice negotii seu a provincie sue duce vel comite compulsus quinquaginta solidorum damnum excipiat, ex qua summa pecunie XX solidi iudici contempto proficiant, XXX vero sacerdoti ipsius petitor consequatur... si vicensimum primum diem transcenderit, XX auri solidos coactus exolvat. Nam et his, qui de centum milibus superiorem ordinem preteriens constitutionem undecimi diei fuerit supergressus, et idem decem solidorum damnum excipiat, de quibus damnis superius institutis medietatem sibi iudex adquirat, alteram vero medietatem pars petitoris obtineat..." *Lib. Iud.* II, 1, 19.

246. "... Quod si non habuerit, unde conponat quinquaginta flagella contemptor idem vel dilatator coram iudice verberetur... Sin autem solummodo contemptor exiterit et non habuerit, unde compositionem exsolvat, absque ulla testificandi iactura XXX flagella suscipiat..."

pues se hace a Recesvinto en lugar de Chindasvinto²⁴⁷, pero pasa también a los Fueros de Cuenca y Teruel, aunque en este último una redacción algo ambigua permite pensar que no se castiga con cinco sueldos para el juez y otros cinco para el demandante, sino sólo con cinco sueldos para ambos²⁴⁸, lo que en Cuenca deja de ser ambiguo para confirmarse que ahora sólo se imponen cinco sueldos, de los que la mitad se destinan al juez y la otra mitad al demandante²⁴⁹. En la forma primitiva del "Liber" y del Fuero Juzgo se transmite, sin embargo, la disposición al Fuero Real²⁵⁰

b') Por falta de perfeccionamiento debido del proceso. Al resarcimiento de daños ocasionados por la

247. "... e despues que fuere lamado en tal manera, si quisiere alongar el pleyto, o non venir quisiere al pleyto, por que se asconde solamente, peche cinco sueldos doro a aquel que se querella. E por non querer venir, peche otros cinco sueldos doro al juez. E si non oviere onde los pague, reciba I. azotes antel iuez... E si algun obispo non quisiere venir por mandado del iuez, e si non quisiere dar personero que responda por él, el iuez de la tierra, o el sennor de la provincia le costringa, que peche L. sueldos, é daquellos L. sueldos aya los XXX el que se querellava dél... é pues que viniere aquel que se ascondiera, si fueren pasados los XXI. dias peche XX. sueldos doro. E aquel que es alongado por C. millas, si pasaren XI. días despues del plazo ante quel viniese, peche X. sueldos doro, é desta pena deve aver la meetad el iuez, é la meetad aquel que se querella..." *Fuero Juzgo*, I, 1, 17.

248. "Del que al plazo non uiniere... Que si alguno de los contendores ya aplazado assi como es dicho al plazo non uiniere, peche V sueldos al iúdez et al querelloso, si uençido fuere con aquellos dos uezinos delant los quales fue aplazado como el fuero mandado o enulado..." *F. de Teruel*, cap. 159.

249. "Siquis contemporum ad placitum non uenerit, ut dictum est, pectet quinque soldos, de quibus uidex habeat medietatem, et ille qui uenerit, aliam medietatem." *F. de Cuenca*, XVIII, 2.

250. "... E qualquier de los contendores que al plazo no viniere, ó no enviáre como debe, peche cinco sueldos para el Rey, é otros cinco sueldos a su contendor que viniere al plazo ó que enviare. E si aquel que no viniere, diere escusacion derecha por qué no vino, no haya pena." *F. Real*, II, 3, 1.

Vid. también *F. de Guadalajara*, cap. 94: "... el que no viniere al coto, peche medio maravedi al quereloso e medio al juez", y *Fuero Viejo*, III, 1, 3: "... e si a este plaço non parecier ante el Alcalde; e si aquel, que aplaço al otro non vinier a este plaço a demandarle, devel pechar el jornal, segun qual fuer el ome; o si fuer otro ome mayor, devel pechar cinco sueldo, e un dinero..."

falta de perfeccionamiento debido del proceso corresponden los de falta de presentación de la demanda y los de defectos en la pignoración.

En cuanto a los primeros, el Fuero de Soria impone a los querellantes que no acuden el pechar la demanda y el daño doblado, "caloña", que parte el "quereloso" con el consejo²⁵¹. En Aragón, una disposición ya citada de Juan, Rey de Navarra, en Cortes de Alcañiz de 1436, condena a las expensas y al daño doblado al demandante que luego no formula la demanda contra el citado²⁵².

En cuanto a los segundos, el Fuero de Guadalajara castiga con medio metal al que embarga prendas a un vecino, del que destina la mitad al querellado²⁵³; el Fuero de Cuenca impone cinco sueldos al emplazado que no aporta prenda, de los que la mitad también se destinan al contrario²⁵⁴, y aún el Ordenamiento de Alcalá impone al que emplaza maliciosamente y prenda el pagar el cuádruplo del daño al mal emplazado y prendado²⁵⁵.

c') Por la desviada utilización del órgano judicial. El punto de arranque puede hallarse, quizá, en el Derecho romano y en la Constitución del Emperador Zenón, cuyo epítome, tomado de las Basílicas, es recogido por Justiniano, pues permitiendo el juez aumentar la suma de las expensas hasta la décima parte de lo que se gastó de forma que lo que exceda pertenezca a los fondos públicos, prevé como cosa permitida que el juez quisiera resarcir a la parte victoriosa del perjuicio de la demora²⁵⁶. La Constitución no aclara suficientemente si ese perjuicio de la demora se refiere a intereses de la cosa litigiosa, en cuyo caso no

251. Vid. nota 122.

252. Loc. cit. en nota 62.

253. "... peche medio metal al juez e medio al quereloso." *F. de Guadalajara*, cap. 93.

254. "Si applacitatus pignora non adduxerit, ut dictum est pectet quinque soldos, de quibus iudex habeat medietatem, et querimoniosus aliam medietatem." *F. de Cuenca*, XVIII, 3.

255. "De los que echan amplaçamiento maliciosamente." "... si el emplaçado fuere prendado, é rescibiere algunt danno por esta raçon, tornele el Juez la prenda, é el emplaçador peche el danno con el tres tanto al emplaçado." *Ord. de Alcalá*, II, 2.

256. C. VII, 51, 5.

puede hablarse de gasto procesal, o de algo independiente y motivado por el proceso en sí.

En el Derecho canónico, cuando el actor o el reo litigan temerariamente, son condenados también “ad damnorum refectio-nem”²⁵⁷. Aun cuando puede considerarse discutible que este resarcimiento de daños sea un gasto procesal, debe tenerse en cuenta que se condiciona estrictamente a un modo de actuación procesal. Si se basara en daños nacidos de la relación jurídica substantiva no tendría por qué supeditarse su exigencia a una actuación temeraria, y si se hace así es porque los daños que se resarcen son los originados por la actuación procesal.

En estos casos puede decirse que los daños nacen de una desviada utilización del órgano judicial, o si se quiere, de no emplearlo adecuadamente, pero no en el sentido de una técnica, sino de un fin. Ese carácter tiene la repetidamente citada disposición dada para judíos y cristianos, en la que el judío vencido en la batalla de bastoneros se ve obligado al pago de una cantidad al cristiano por la “calumnia” que le demandara²⁵⁸, pues desde el punto de vista de relación jurídica sustantiva ya bastaba con que el resultado de la batalla exonerara al cristiano del pago de lo demandado. Esto se ve claramente en el Fuero de Soria, cuando castiga al que interpuso querrela injustificada al pago de cantidad, de la que la mitad se destina al querrellado²⁵⁹, y en el Derecho aragonés, donde se condena, en Cortes de Monzón de 1510, al acusante en las expensas y en los daños doblados, si sucumbe, a no ser que hubiera habido justa causa de acusar²⁶⁰, y anteriormente, en Cortes de Zaragoza de 1372, al que impetra letras del Justicia de Aragón y

257. Vid. *Codex iuris canonici. Praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab Emo. Petro Card. Gasparri auctus*, Roma, 1917, canon 1.910. Como Derecho histórico se cita C. 1, de electione et electi potestati, I, 6, in VI°; c. 1. de restitutione spoliatorum, II, 5, in VI°; c. 1. de exceptionibus, II, 12, in VI°.

258. Vid. nota 86.

259. Vid. nota 122.

260. Vid. nota 62.

las usa, cuando las obtiene, para impedir el oficio del Justicia citado²⁶¹.

F. *Las penas procesales*

Como se anticipó, las penas procesales, históricamente hablando, van unidas generalmente al resarcimiento del injustamente perjudicado por las actuaciones procesales, aunque no siempre. Con ella tiene de común el que se trata de cantidades a cuyo pago es castigada la parte procesal que ha dado lugar a una actuación injusta por parte del órgano judicial o por parte del órgano ejecutor. La diferencia está, como ya se ha indicado en otro lugar, en el destino de esas cantidades, pues se trata de resarcimiento si lo percibe la otra parte contendiente, y de pena procesal si lo percibe el órgano judicial o ejecutor. Puede suceder que sólo lo perciba uno de estos dos, en cuyo caso no existe más que la pena procesal, o que la perciba uno de estos dos y la otra parte contendiente, fenómeno muy general, en cuyo caso hay que volver a insistir en que se ofrecen los dos gastos: el resarcimiento y la pena procesal. Es muy raro que se ofrezca sólo el resarcimiento, pero puede haber algún caso, y se ha citado uno de ellos en el Derecho visigodo²⁶².

Desde el punto de vista de penas procesales, su finalidad es doble, según se examinen desde el punto de vista del Derecho penal o del Derecho procesal. Desde el punto de vista del Derecho penal, son sanciones por perturbar la administración de justicia. Una actuación superflua de ésta puede estorbar o impedir otra actuación conveniente o justa, independientemente de constituir una desobediencia respecto del poder público. Desde el punto de vista del Derecho procesal, forma parte de un sistema pecuniario de impulsión y corrección procesal, que, como tal sistema, no se da en todas las épocas, sino que aparece tímidamente en el Derecho visigodo y culmina en el Derecho de naturaleza local, para desaparecer cuando la justicia se tecnifica y el Derecho se territorializa, pese a que todavía haya alguna muestra en el Ordenamiento de Alcalá. Des-

261. Rúbrica "Quod impetrans literas", en *Fueros de Aragón*, ed. cit. pág. 45.

262. Vid. nota 235 bis.

pués, la justicia emplea otros sistemas para impulsar el proceso, sin necesidad de recurrir a la multa o sanción pecuniaria.

Desde el punto de vista de gasto procesal, interesa señalar que en las épocas citadas las multas procesales pueden corresponder a distintos periodos del proceso, como son: *a)* de iniciación; *b)* de garantía o caución; *c)* de perfección; *d)* de prueba, y *e)* de resolución.

a) En el período procesal de iniciación

Obedecen en este período, fundamentalmente, a la incomparecencia desobedeciendo la citación judicial, pudiéndose dar aquí por reproducidos los textos que se han citado con motivo de tratar del resarcimiento del injustamente perjudicado por estas actuaciones procesales²⁶³. Por tratarse de penas no acompañadas de resarcimiento del perjudicado, puede citarse el Fuero de Molina de Aragón, en el que el no acudir al emplazamiento en el procedimiento de pesquisa, es sancionado con un maravedí por cada plazo²⁶⁴, y el mismo hecho en el procedimiento de desafío es sancionado con diez mencales, tanto para el que desafió como para el desafiado²⁶⁵. También puede citarse el Fuero de Sepúlveda en cuanto al acotado que no acude el viernes ante el alcalde, por lo que paga maravedí²⁶⁶, el Libro de los Fueros²⁶⁷ y, desde luego, el Ordenamiento de Alcalá, donde lo que se refleja es una limitación del sistema, al imponer el máximo de seis maravedíes para los sitios donde se acos-

263. Vid. notas 245-252.

264. "Et qualquiere que toxieren los pesquisidores ante los alcaldes por que ayan derecho, aquel que uen^oido fuere por juyzio de los alcaldes, peche todo aquello por quanto fuere uencido et constringanle los pesquisidores fasta que peche aquello. Et qui non uiniere a sus plazos, peche un maravedí a cada un plazo..." *F. de Molina de Aragón*, cap. XVIII.

265. "Todo omne que desafiado fuere et non uiniere a su plazo, peche diez mencales, et si aquel non uiniere quel desafío, peche diez mencales."

266. Vid. *Los Fueros de Sepúlveda, Estudio histórico-jurídico*, por Rafael GIBERT, Segovia, 1953, pág. 519.

267. "Esto es por fuero de un omne que muestra sennal de jues delante dos vesinos derechos e non viene faser derecho ante el alcalle: deue pechar cinco sueldos por quantos quier que non vengán antes al alcalle..." *Libro de los Fueros de Castilla*, cap. 78.

tumbrara a llevar más, y respetar la norma que hubiera en los sitios donde se acostumbrara a llevar menos ²⁶⁸.

b) En el período procesal de garantía o caución.

Dentro de este período, las principales multas procesales lo son: a) por no dar prenda; b) por no devolverla; c) por defecto de forma al preñar; d) por preñar a quien no se debe; e) por ocultación de prenda, y f) por negativa de garantía.

a') Por no dar prenda. Es el caso ya citado del Fuero de Cuenca del emplazado que no la aporta ²⁶⁹, y el del Fuero de Usagre, respecto del que litiga ante alcalde y no aporta la bestia mandada, por lo que pecha maravedí ²⁷⁰.

b') Por no devolverla. En el Fuero de Salamanca se imponen penas por no devolver las prendas liberadas por los alcaldes o justicias ²⁷¹, y en el de Usagre duplica el que no suelta bestia o prenda mandada soltar por el alcalde ²⁷².

c') Por defecto de forma al preñar. El Fuero de Usagre castiga con un maravedí el preñar dos veces en el día ²⁷³, y el Fuero de Alcalá sanciona con sesenta sueldos al que prenda sin ir asistido de un vecino, o con cinco sueldos si quien se asiste es de la aldea ²⁷⁴, como, asimismo, sanciona con cinco sueldos al que prenda en domingo o jueves ²⁷⁵ o después del sol ²⁷⁶.

d') Por preñar a quien no debe. En Alcalá, pecha el preñado que prenda a su vez ²⁷⁷. Según el Fuero de Ledesma, se pecha por preñar a alcaldes o fiadores de concejo, y a andadores y sayones ²⁷⁸, como también a hombre muerto ²⁷⁹, a pa-

268. *Ord. de Alcalá*, II, 4: "Que la Sennal, ó el emplaçamiento en que cayeren en los Cibdades, é Villas é logares non sea mas de seis maravedís."

269. Vid. nota 254.

270. *Fuero de Usagre*, cap. 15.

271. *Fuero de Salamanca*, cap. 95.

272. *Fuero de Usagre*, cap. 27.

274. *Fuero de Alcalá*, cap. 232.

275. *Fuero de Alcalá*, cap. 255.

276. *Fuero de Alcalá*, cap. 256.

277. *Fuero de Alcalá*, cap. 249.

278. *Fuero de Ledesma*, caps. 43 y 44.

279. *Fuero de Ledesma*, cap. 140.

riente al verse prendado por otro²⁸⁰ o a mercader sin mandato de alcaldes²⁸¹. En Guadalajara se pecha por embargar prendas a vecino²⁸².

e') Por ocultación de prenda. Aparece sancionado en Salamanca el ocultar prendas a las justicias, fiadores del concejo y a vecinos²⁸³.

f') Por negativa de garantía. En Guadalajara pecha tres maravedíes el que no quiere dar fiadores de salvo²⁸⁴.

c) En período procesal de perfección

En este período las penas procesales recaen: a) por no formalizar la demanda o petición; b) por no aceptar el procedimiento legal que se le ofrece; c) por inducir injustificadamente a actuaciones de perfeccionamiento, y d) por eludir el desarrollo del proceso incoado.

a') Por no formalizar la demanda o petición. Pueden darse aquí por reproducidos algunos de los textos utilizados al tratar del resarcimiento del injustamente perjudicado por la falta de perfeccionamiento debida al proceso.

b') Por no aceptar el procedimiento legal. Es uno de los supuestos previstos en el Fuero de Zamora. Cuando una persona atribuye a otra un delito de sangre contra su familia, la que sufre la atribución puede ofrecer a la otra el dirimir la cuestión de forma que si no acepta pecha diez maravedíes por domingo que pase, los cuales se distribuyen entre el juez y el querellante²⁸⁶.

c') Por inducir injustificadamente a actuaciones de perfeccionamiento. El Fuero de Alcalá

280. Id., cap. 146.

281. Id., cap. 150.

282. Vid. nota 253.

283. *F. de Salamanca*, caps. 93 y 94.

284. *F. de Guadalajara*, cap. 50. Vid. también el *Fuero de Brihuega*, ed. cit., pág. 132, en el que no quiere dar salvo pecha diez maravedíes al querellante.

285. Vid. notas 251-252.

286. *Fuero de Zamora*, cap. 69.

hace duplicar la petición al que obliga a jurar mancuadra a un vecino, y después deviene él culpable manifiesto ²⁸⁷.

d') Por eludir el desarrollo del proceso incoado. Este supuesto se da en el Derecho visigodo, en una curiosa "novela" de Egica, que reacciona contra los perjuicios que ocasiona a la justicia el no terminar de dirimir los negocios, independiente de la dificultad de calmar a los contendientes. Frente a la práctica de los que sometiendo a juicio sus pretensiones intentan luego llevar a su fin mediante acuerdo antes de que la causa sea resuelta, el monarca decreta que después de comenzar la causa contara el contendiente no puede convenirse con éste ninguna forma hasta que lo permita la potestad real, condenando de otra forma a pagar al Rey cantidad igual a aquella por la que litigara, cantidad que se divide entre el juez y el sayón, aplicándose pena corporal en el caso de insolvencia ²⁸⁸.

d) En el período procesal de prueba

Las penas procesales en el sistema indicado de los fueros extensos van decayendo a medida que el proceso va llegando a su fin. La razón está en que la importancia de obligar a las partes a realizar actuaciones es mayor en los períodos de iniciación y de perfeccionamiento, porque sin esa actuación el proceso no puede seguir adelante, y la justicia no cumple su misión. En el período probatorio ello no ocurre ya en la misma forma, de forma que la parte que no actúa procesalmente como el Derecho desea se perjudica a ella misma, y no al proceso. No obstante, todavía se observa la presencia un poco diluidas de esas penas, como en el Fuero de Alcalá en lo relativo a la celebración de lid ²⁸⁹.

e) En el período procesal de resolución

Finalmente, y cuando no hay verdaderamente una estimación del gasto procesal como tal, se impone un sistema de penas para evitar los litigios injustificados o temerarios, como sucede en el procedimiento formulario romano con las llamadas "poenae temeré

287. *Fuero de Alcalá*, cap. 182.

288. *Lib. Iud.* II, 2, 10.

289. *F. de Alcalá*, cap. 77.

litigantium”²⁹⁰, las cuales reaparecen en la Edad Media en el Código de Huesca, donde se impone la “calonia” de sesenta sueldos para el demandante de heredad que es vencido, y como tal pena por litigar temerariamente, dirigida contra los que litigan locamente²⁹¹, y menos técnicamente en el Fuero de Avilés, con la misma pena y en el mismo caso²⁹².

G. *Otros gastos*

El proceso da lugar a algunos otros gastos, que resultan de difícil catalogación entre los distintos grupos que se han hecho. Entre esos gastos se encuentra el de utilización de algún material, como el alquiler del hierro en la ordalía consiguiente dentro del Fuero de Jaca, que recae en principio sobre el que le ha de llevar, soportándolo la parte contraria si aquél sale indemne²⁹³; el pago de los testigos que han de desplazarse al otro lado del Duero, en el Fuero Viejo de Castilla²⁹⁴, y las tasas pertenecientes al carcelero, que se dan en muchos textos, y que pueden verse, entre otros, en la disposición que sobre las mismas da el príncipe Felipe en las Cortes de Monzón de 1553²⁹⁵. En cuanto a la condición de gasto procesal de este “carcelatge” y denominaciones similares, debe tenerse presente que la cárcel no está empleada entonces como medio punitivo, sino como medio garantizador y auxiliar del proceso. Por ello, y a diferencia de lo que ocurre hoy, incluso aún en el

290. Vid. SCIALOJA, *op. cit.*, pág. 273.

291. *Fueros de Aragón*, ed. TILANDER, cap. 142: “De pena temere litigancium, ço es que pena deuen sufrir aquellos qui pleytian loca mientre”. *Fueros de Aragón*, ed. SAVALL Y PENÉN, t. II, libr. III, pág. 104: “De poena temerè litigantium”, y tomo I, pág. 257: “De poena temerè litigantium”.

292. “... que aquel que será venzudo pectet LX solidos al Rei.” *F. de Avilés-Oviedo*, ed. cit., cap. 8.

293. *F. de Jaca*, ed. cit., cap. 316. Se habla de “alogar” el hierro.

294. “... e el Fiel develes ir rescivir aquel logar a costa de amas partes.” *F. Viejo de Castilla*, ed. cit., III, 2, 8.

295. Se dispone que la tabla que antiguamente se solía tener colgada en la sala de la prisión, con las tasas del carcelero, como de mesa, y otros derechos pertenecientes al carcelero, así como a Alguaciles, Vegueres, Notarios de lo criminal y otros oficiales, sea reparada y vuelta a dicha Sala para remediar abusos.

período anterior al juicio, pues aun entonces hay una presunción de culpabilidad, en aquellas épocas es el propio encarcelado el que paga su estancia, y, por ello, a veces, le es reintegrado ese pago cuando resulta inocente.

H. *La proporcionalidad entre los distintos gastos*

El estudio de los diversos tipos de gastos procesales realizado en forma aislada no sólo no puede ofrecer la visión adecuada, sino que puede proporcionar una visión deformada. El historiador y el jurista necesitan elevarse por encima de ese estudio aislado y obtener la visión panorámica de los gastos procesales a través de las diversas épocas y a través de la proporcionalidad que ha podido apreciarse entre ellos. Bajo el ángulo del gasto procesal puede acometerse un ensayo de la tipología de los procesos que han regido de manera más o menos intensa en nuestro país, en la siguiente forma: *a)* proceso romano de gasto extraprocesal; *b)* proceso romano complejo de gasto particularizado; *c)* proceso visigodo retributivo del órgano resolutorio-ejecutor; *d)* primitivo proceso cristiano indemnizatorio; *e)* evolucionado proceso cristiano, indemnizatorio, sancionador y retributivo del órgano declarativo-ejecutor, y *f)* proceso burocratizado y retributivo de los elementos técnicos.

a) El proceso romano de gasto extraprocesal

Los principales romanistas coinciden en que las costas son prácticamente desconocidas en el período de las "legis acciones" y en los primeros tiempos del período formulario, dada la utilización de formas primitivas, la ausencia de órgano burocrático y el limitado campo de actuación del Derecho²⁹⁶. Especialmente el proceso de las "legis acciones" puede decirse que es un proceso de gasto extraprocesal, en cuanto que lo que ha de soportar la parte vencida es el "sacramentum", o cantidad puesta en juicio en el litigio, la cual corresponde a la relación jurídica substantiva y no al proceso, aunque a través de éste se decida quién ha de soportarlo. El "sa-

296. Vid. SCIALOJA, op. cit., nota de redacción en pág. 273, y CHIOVENDA, op. cit., págs. 36-37.

cramentum” viene a ser la valoración pecuniaria de la relación jurídica que puede no tener tal carácter, y cuando el proceso decide sobre él está decidido sobre la relación que sustituye.

Por lo que se refiere al proceso formulario, los autores parecen estar de acuerdo también en la escasa importancia de las costas, que, como ya se ha dicho en otros apartados, parecen reducirse a los gastos de desplazamiento y a los de representación y defensa, pero unos y otros en forma muy moderada. Los verdaderos gastos experimentados por las partes no son apreciados jurídicamente como tales, es decir, no son imputados a nadie expresamente para que los soporte, y en este sentido puede decirse que son gastos *extra-procesales*, o, por lo menos, que no son gastos *procesales*. La condición de “honor” en el ejercicio de la jurisdicción y el papel arbitral de los jueces, que desarrollan su papel como deber de ciudadanía, ha hecho que el proceso, como tal proceso, pueda considerarse gratuito.

b) El proceso romano complejo de gasto particularizado

A los procedimientos de las “*legis actiones*” y “formulario” sucede, en todo o en parte, el procedimiento de la “*extraordinaria cognitio*”, en el que las costas cobran una notable importancia. El procedimiento se hace complejo y el órgano que ha de tramitarlo también. Eminentemente escrito, se desarrolla la burocratización, y unida a ésta prolifera el elemento ejecutor, en tanto la magistratura se profesionaliza fuertemente. En consecuencia, es importante la retribución del complejo órgano resolutivo-burocrático-ejecutor, al mismo tiempo que la de la representación y defensa procesal, a la cual hay que ponerla tasa o límite. Sólo la retribución del elemento injustamente perjudicado por las actuaciones del proceso no tiene la importancia que los demás elementos, dependiendo casi por completo del arbitrio judicial.

A todo el ingente complejo mencionado no se le retribuye en forma unitaria, sino que el gasto aparece muy particularizado, en el sentido de desenvolverse en el pago de cantidades independientes o “*sportulae*” por las actuaciones que van realizando los diversos elementos integrantes del complejo. Puede decirse, por ello,

que es un sistema complejo de gasto particularizado, en el que las partes han de ir desembolsando progresivamente el precio de las distintas actuaciones durante el largo camino del proceso.

c) El proceso visigodo retributivo del órgano resolutorio-ejecutor

En el proceso visigodo destaca la importancia que tiene la retribución del órgano judicial y del órgano ejecutor. Uno y otro, durante largos períodos, han debido percibir derechos a su libre arbitrio, con grave perjuicio de los litigantes, lo que ha determinado una reacción que, en principio, ha sido más limitativa para el órgano ejecutor, pero a la larga, quizá, ha restringido más al órgano judicial.

Se ha conocido el resarcimiento de la parte perjudicada por desobediencia al órgano judicial y por los gastos de desplazamiento, como también han asomado las penas procesales, pero sin que uno ni otro concepto hayan alcanzado la importancia que tendrán en el período casi inmediatamente posterior. Por todo ello, puede decirse que, desde el punto de vista procesal, el proceso visigodo tiende fundamentalmente a la retribución de los órganos judicial y ejecutor.

d) El primitivo proceso cristiano indemnizatorio

El panorama ha cambiado por completo a la caída de la Monarquía visigoda. Ejercido el poder judicial por las clases poderosas, éstas han tenido interés en él como instrumento de gobierno. Cuando elementos de clases no poderosas han intervenido en el proceso no lo han hecho en función profesional, sino como deber cívico. Puede decirse que el órgano judicial no ha irrogado gasto procesal, ni tampoco el órgano burocrático, totalmente inexistente. Probablemente, sólo el órgano ejecutor ha podido originar algún dispendio para las partes.

De entre todos los gastos, el único que ha podido tener importancia es el resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso, aunque posiblemente no ha sido fácil distinguir lo que pueda haber habido de resarcimiento procesal, de lo que pueda haber tenido de resarcimiento por la relación jurídica substantiva. De

todas formas, dada la gratuidad del órgano judicial, y la inexistencia del órgano burocrático y de la representación y defensa procesal, bien puede calificarse el proceso de indemnizatorio de la parte injustamente perjudicada por el proceso, en cuanto es la única partida de gastos que puede haber tenido importancia.

e) El evolucionado proceso cristiano, indemnizatorio, sancionador y retributivo del órgano declarativo-ejecutor

El proceso anterior ha evolucionado y, naturalmente, se ha hecho más complejo, pero no puede decirse que se haya burocratizado. Se ha profesionalizado en cuanto los que han juzgado o han ejecutado han dedicado toda su actividad a esa función, pero no se ha tecnificado, en cuanto han atendido más al sentimiento popular para administrar justicia que a la teoría del Derecho. Como consecuencia de ello, aunque haya aparecido la representación y defensa procesal, no ha adquirido una gran relevancia. Por otro lado, la administración de justicia ha devenido una fuente de ingresos.

Por seguir teniendo la administración de justicia un sentido popular y carácter de un sentido técnico, se ha atendido con especial atención a indemnizar a la parte perjudicada y se ha recurrido a las penas procesales para conseguir la feliz terminación del proceso. Por ese mismo carácter popular del órgano judicial, al que no se le reconoce de naturaleza esencialmente distinta de la de las partes, retribución del órgano declarativo-ejecutor y resarcimiento de la parte, ha formado un bloque sólido que se ha distribuido después por partes iguales. Hay que hacer notar que en este período no ha habido propiamente un proceso civil, sino que se ha tratado de un proceso penal muy acorde con el carácter popular de los órganos de la justicia.

En conjunto, pues, este proceso que aparece reflejado en los denominados fueros extensos y en las colecciones que inician la territorialización del Derecho en los siglos XII y XIII, es indemnizatorio, en cuanto atiende con interés el resarcimiento del perjudicado; es sancionador, en cuanto utiliza con generosidad la pena procesal, y es retributivo del órgano resolutivo-ejecutor.

f) El proceso burocratizado y retributivo de los elementos técnicos:

Cuando con el gran impulso de la actividad legisladora de los siglos XIII y siguiente y la influencia del derecho común, la justicia se centraliza, el órgano judicial se tecnifica, el órgano burocrático se desarrolla y la representación y defensa procesal se hace imprescindible, el gasto procesal puede decirse que es el originado por la retribución de la burocracia y de los elementos técnicos que participan en el proceso, esto es, los jueces y magistrados, y los procuradores y los abogados. Podrá suceder que en algún territorio pueda excluirse el órgano judicial, como cuando en Aragón se declara la justicia gratuita, pero en ningún caso perderá importancia la legión de escribanos, cuyas argucias caligráficas habrá que regular, ni el gran conjunto de "golillas", "garnachas" y demás gente togada, que hablará un lenguaje ininteligible para los interesados. Las penas procesales quedan desplazadas, porque el tecnicismo de ahora las hace innecesarias, y también quedará desplazado el resarcimiento de la parte perjudicada, de una parte porque el mejoramiento de las comunicaciones y la facilidad de la representación aminora los gastos, y de otra, porque la tecnificación de la justicia concederá más importancia al problema abstracto debatido que a los problemas concretos de las partes, que ahora no son sino eso, "partes" de un todo gigantesco.

2. EL CÓMPUTO

En realidad, el examen de los diversos tipos de gastos procesales ya ha contestado la interrogación de cómo se procede al cómputo. No se trata aquí sino de resumir para, como en el caso de la proporcionalidad entre los gastos, obtener la debida síntesis. En este sentido puede decirse que existen dos sistemas de cómputo: A) el sintético, y B) el analítico.

A) *El sistema sintético*

El sistema sintético es el que parte de considerar el gasto procesal como una entidad unitaria. Gráficamente puede decirse que el sistema sintético considera "el" gasto procesal, mientras el sistema analítico parte de "los" gastos procesales.

El sistema sintético, por lo que tiene de simplista y de basto, no se ofrece nada más que en procesos de carácter rudimentario, y prácticamente es exclusivo de los que aquí se han calificado de "primitivo proceso cristiano indemnizatorio" y "evolucionado proceso cristiano, indemnizatorio, sancionador y retributivo del órgano declarativo-ejecutor". En este último, sobre todo, y como se ha visto, por regla general, no se van calculando los distintos gastos y acumulándolos para el cálculo del gasto total, sino que sobre la cuantía del litigio, o, y esto es lo más general, sobre la "calumnia" impuesta se señalan las cuotas o las cantidades que corresponden a los órganos que dan lugar al gasto procesal. Este sistema responde casi siempre a un proceso penal, pero también puede extenderse a un proceso civil, y lo demuestra textos ya citados del Código de Huesca y del Fuero de Avilés, donde al que demanda injustificadamente una heredad se le hace pagar una "calumnia" fija, independiente de los gastos que se hayan podido producir, o de los fueros de Valencia, donde es el cuarto el que se destina la curia en toda ocasión, sin preocupaciones porque un litigio dentro de una misma cuantía haya podido ser más o menos laborioso que otro.

Por lo demás, ningún sistema se ofrece puro. Ha podido comprobarse que, precisamente, en éste se ha seguido un procedimiento pecuniario de impulsión y corrección procesal que ha dado lugar a penas procesales particularizadas, pero aun así, en ningún caso esas penas han sido acumuladas para realizar un cómputo total. Una parte ha podido ser penalizada por desobedecer un mandato judicial, por no aportar prenda, por no dar garantía, por defectos en la proposición de la lid, etc., pero aunque haya corregido sus defectos procesales, si después ha sido vencida, habrá soportado en forma independiente la "calumnia" que ha dado lugar a la retribución del órgano resolutivo-ejecutor y al resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso, cuando de proceso penal se ha tratado, o la "pena temerè litigantium", si ha sido proceso civil.

B) *El sistema analítico*

En cuanto es el sistema que corresponde a todo proceso complejo, es el más frecuente. Al procedimiento de la "extraordinaria

cognitio" ya se le calificó de sistema de gasto particularizado, y esta forma adopta también el proceso burocratizado y retributivo de los elementos técnicos. La intervención de los distintos elementos, jueces cuando no están excluidos y, sobre todo, escribanos, secretarios, alguaciles, abogados, procuradores, etc., da lugar al nacimiento de distintos gastos que, a veces, satisface de momento la parte que demanda esa intervención, pero que, finalmente, y sin perder su substantividad, son acumulados para calcular el gasto o los gastos totales del proceso, a fin de proceder a su imputación a la parte o a las partes que han de soportarlos en definitiva.

En alguna ocasión, los aranceles que regulan estos diversos gastos integrantes del coste total del proceso tienen carácter competitivo, como ocurre en Navarra, en las cortes de Pamplona de 1796, en las que los estados del Reino de Navarra piden que los curiales del tribunal eclesiástico se acomoden en la exacción de derechos a los aranceles formados para los tribunales de la Real Corte y Consejo. Lo consideran regalía y citan como precedente el haber conseguido en 1678 que los ministros del Deán de Tudela llevaran los mismos derechos que los ministros del Obispado de Pamplona e invocan la R. C. de 23 de junio de 1768 para que los tribunales eclesiásticos observaran el arancel real, a no tener otro aprobado por el Supremo Consejo. Aunque el Decreto recaído, de Joaquín de Fonsdeviela, manifestó que el Arancel real no era una regla para el arancel eclesiástico, y que no los gravaba más, los tres estados replicaron insistiendo en sus razones, y en que al ser más altos los aranceles eclesiásticos atraían los curiales más instruidos y de mejor concepto, dejando para los tribunales reales lo que por estar llenos los oficios no podían acomodarse en aquel Juzgado, con lo que consiguieron Decreto respondiendo que se concedía lo que pedían supuesto que se creía que gravaba más que el arancel real²⁹⁷.

El sistema analítico no tiene nada más que un defecto, y es el de la cuantía que puede alcanzar: Con el sistema sintético se sabe que el gasto procesal no puede exceder de una cantidad o de una cuota, mientras que en el sistema analítico nunca se sabe hasta dónde puede llegar el resultado de la acumulación de los

297. Vid. José ALONSO, *Recopilación y comentario de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra*, tomo I, Madrid, 1848, págs. 103-105.

gastos parciales. Por ello domina en algunas ocasiones la preocupación porque la cuantía no rebase un máximo. Así en la ya citada constitución de Zenon, dentro del derecho romano, le está concedido al juez el aumentar la suma de las expensas, pero sólo hasta la décima parte de lo que se gastara²⁹⁸. Donde ha culminado esta preocupación ha sido en la época de la codificación. Puede verse el proyecto de reforma del R. D. de 17 de octubre de 1894, cuya base 5 señalaba que el importe de las costas exigibles a un litigante no podría exceder de una cantidad proporcional a la que fuera objeto del litigio, salvo caso de temeridad²⁹⁹, y la Ley de 31 de marzo de 1900 decretó que los gastos de defensa y costas no podían exceder de la mitad del valor de la cosa o derecho litigioso, si fuera valorable³⁰⁰.

3. LA DETERMINACIÓN

a) El órgano determinante

Normalmente, la determinación de la cuantía de las costas, como resolución, le es encomendada al órgano judicial, si bien la tasación puede ser realizada por el órgano burocrático o encomendarse a funcionarios especializados cuando se trata de órganos judiciales colegiados. Para facilitar la determinación suele requerirse el concurso de las partes litigantes.

La encomienda del señalamiento de las costas al juez es en el derecho romano una de las innovaciones que se atribuyen al Emperador Zenón³⁰¹. En este período aparece el juramento de las partes sobre los gastos, pero que no obliga, sino que es mera indicación al juez³⁰².

En los períodos en los que predomina el sistema sintético de cómputo, la intervención del juez aparece más pasiva o automática, en cuanto la verdadera determinación la da la norma, con carácter preventivo y general.

298. C. VII, 51, 5.

299. Vid. M. de la PLAZA, *op. cit.*, pág. 103.

300. *Id. id.*, pág. 106.

301. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 100.

302. *Id. id.*, pág. 105.

La encomienda más absoluta al Juez, dentro ya de un sistema analítico y más complejo, puede verse en el Fuero Real, donde se da por descontado que es al Alcalde a quien corresponde juzgar sobre las costas en los distintos supuestos, que son: *a)* el de no comparecencia; *b)* el de traer a juicio sin derecho; *c)* el de ineptitud de la demanda o acción; *d)* el de la excepción o defensa no justificada; *e)* el del juicio "afinado"; *f)* el de la apelación, y *g)* el de cualquier otro caso³⁰³. Este texto, al ser recopilado³⁰⁴, va a constituir el derecho castellano fundamental en esta materia hasta la codificación. En base al mismo, toda la doctrina, entre la que se puede citar a Covarrubias³⁰⁵ y a Hevia Bolaños³⁰⁶, atribuyen la tasación al Juez, con la excepción del supuesto descrito por Castillo de Bovadilla de tasación por escribanos nombrados por las partes en las pesquisas sometidas a los corregidores³⁰⁷.

En la codificación tiende a deslindarse la tasación que corresponde al órgano burocrático, de la aprobación de la tasación, que corresponde al órgano judicial, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855³⁰⁸, como en la actual³⁰⁹. Aunque en otros territorios falte la declaración expresada, ello mismo es demostración de que

303. "Todo Alcalde que debiere juzgar costas, quier por razon de no venir al plazo que le fue puesto, quier por traher su contendor a Juicio sin derecho, quier por facer demanda que le sea tollida con derecho, é que por razon de ella sea delongado el Pleyto, quier por poner ante si defension que no sea el derecho, é por razon della se aluengue el Pleyto, ó que fuere derecha, é no le pueda probar, quier razon de juicio afinado, quier por razon de alzada, quier por otra razon cualquier guisada, é derecha, juzguelas en esta guisa..." *F. Real*, III, 14.

304. *Nov. Rec.*, XI, 19, 1.

305. *Covarrubias*, op. cit., cap. XXVII, núm. 6.

306. HEVIA BOLAÑOS, op. cit., tomo I, par. 18, núm. 9, pág. 96.

307. CASTILLO, op. cit., tomo I, lib. II, cap. XXI, pág. 258.

308. Vid. L. e. c. promulgada por R. D. de 5 de octubre de 1855, arts. 78 y 81. Según el primero, cuando hubiera condena en costas, habían de tasarlas los 'Escribanos de las Salas, con sujección a los Aranceles, y en los Juzgados de primera instancia los escribanos ante quienes se hubieran seguido los autos, tasando las costas de letrados, peritos y demás elementos no sujetos a aranceles, mediante minuta firmada. Según el segundo artículo citado, la aprobación de la tasación correspondía al Tribunal, o al juzgado de primera instancia, en su caso.

309. Vid. arts. 422 a 428 de la L. e. c. vigente.

se considera obvio que es el órgano judicial el encargado de la determinación.

Como se ha indicado anteriormente, la complejidad de los órganos judiciales colegiados da lugar a la especialización de funcionarios para la determinación o tasación. En las Audiencias castellanas, durante algún tiempo se ha encomendado la tasación al oidor más antiguo de la Sala que proveyera al tiempo de corregir la ejecutoria, pero en la de Valladolid, por ejemplo, se ha designado desde 1536 uno de los oidores que estuvieran presentes en la condena³¹⁰, y en 1538 se ha regulado la actuación del "tassador de los procesos", que ha debido llevar un libro en el que ha asentado la razón de los procesos y las pruebas que haya tasado, declarando entre qué partes, nombre del receptor o escribano y dinero que se le mandara retener o devolver, debiendo firmar el citado escribano. Cuando ha estimado que se había llevado de más, ha tenido que acudir con el escribano de la causa al Oidor semanero de la Sala del pleito para que averiguara y proveyera³¹¹.

La figura del tasador aparece destacada tanto en los Consejos centrales como en las Audiencias y Chancillerías, durante el período de apogeo de estos órganos colegiados. Por lo que se refiere al Consejo Real, las Ordenanzas de La Coruña de 1554 establecen su función de tasar los derechos de procesos y escrituras que hubieran de llevarse por los Relatores, Escribanos de Cámara, Escribanos del Crimen, Relator de la cárcel y Escribanos de Audiencias y Alcaldes, no pudiendo llevarse tales derechos sin su previa tasación³¹². La Princesa Gobernadora en ausencia de Felipe II en Valladolid y en junio de 1556, prevé, incluso, la devolución a las partes de lo que se hubiera llevado de más³¹³, que se obtiene del definitivo cómputo del tasador, y Felipe V, en Ventosilla, a 9 de enero de 1722, establece algunas limitaciones para los derechos a recibir por el Tasador general³¹⁴.

El Tasador general del Consejo Real tiene su homónimo en las Chancillerías y Audiencias. Lo establece la Princesa Goberna-

310. Vid. Recopilación cit. de Ordenanzas, lib. IV, tít. 11, fol. 165.

311. Id., fols. 113-114.

312. *Nov. Rec.*, IV, 23, 1.

313. Id., IV, 23, 3.

314. Id., IV, 23, 4.

dora en ausencia de Felipe II, en Valladolid, en 1557, para que tase los procesos recibidos de los jueces inferiores por apelación³¹⁵, y Felipe V, en la fecha anteriormente mencionada, establece la limitación de sus derechos³¹⁶.

La indicada figura pasa de Castilla a Indias. Felipe II, desde Madrid, en 7 de julio de 1572, dice que por las Ordenanzas de Audiencias ha proveído que haya Tasadores y Repartidores, y ordena que sirva el oficio de Tasador y Repartidor la persona que convengan, y le señalen algún salario o entretenimiento moderado con cargo a los gastos de Justicia de la Audiencia³¹⁷. Carlos II dispone se guarde lo resuelto por Cédula de 10 de mayo de 1619 sobre que se venda y remate en el mejor postor, procurando que sea el más idóneo, fiel y legal³¹⁸.

En Cataluña parece existir una figura algo similar, aunque menos importante y menos regulada, que es la de los "calculadores", cuyo salario está reglamentado en cortes de Barcelona de 1493³¹⁹ y suscita frecuentes recelos³²⁰.

b) El procedimiento de determinación

En cuanto al procedimiento de determinación hay que distinguir aquellos gastos que el órgano determinante conoce por sí, de aquellos otros que no tiene ese conocimiento directo. Ejemplo de los primeros, pueden ser los derechos de registro y sello de las Reales Cartas y provisiones del Consejo, tal como aparecen reguladas en la Novísima Recopilación. Juan II, en Valladolid 1447, y Enrique IV, en Toledo 1462, prescriben que hayan de ser re-

315. Id., IV, 30, 1.

316. Id. IV, 30, 2.

317. *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* (vid. ed. facsímil del Consejo de la Hispanidad, Madrid 1943), II, 26, 1.

318. *Rec. Indias*, II, 26, 2.

319. PEGUERA, op. cit., rubr. 30, núm. 10. Se les paga dos dineros por libra, de forma que el salario no exceda de veinticinco libras.

320. Vid. RIPOLL, op. cit., núms. 69-70, que dice que la tasa se refiere a estimaciones derivadas "ex calculatione", y no a otras, en las que el salario es arbitrario y las partes no pueden convenir un mayor salario de los calculadores, y concluye que si el salario de los Relatores no asciende a veinticinco libras, menos debe ascender el de los calculadores.

gistradas las cartas y provisiones emanadas del Rey o del Consejo, de los Contadores Mayores, Alcaldes de Casa y Corte y Jueces Comisarios³²¹. A su vez, Enrique II, en Toro 1369, prescribe el sello mayor, y no el sello de poridad, para las cartas de justicia³²², sello mayor que Felipe V, desde el Pardo en 18 de septiembre de 1714, pondrá a cargo de Chanciller mayor en la Chancillería y Audiencia de Valladolid³²³. Por otra parte, los Reyes Católicos, en Valladolid, prevén el nombramiento por parte del Registrador mayor de tenientes de las Chancillerías, a favor de personas hábiles y suficientes en el número que fuera menester, poniéndolos el Presidente y Oidores a costa de los derechos del Registro, cuando no lo hiciera el citado Registrador mayor³²⁴.

De los citados derechos, el propio órgano judicial por sí, o por sus funcionarios especializados, como tasadores o calculadores, puede realizar el cómputo. De los demás, aun incluso de aquellos que parten del propio órgano burocrático, necesita, por regla general, el concurso de las partes que, como directamente interesadas, pueden ofrecer un cómputo exacto, de forma que el papel del órgano judicial es más bien de supervisor y, en su caso, de moderador.

El citado texto fundamental del Fuero Real indica que el Juez debe pedir a la parte a quien le han de ser satisfechas las costas, cuales fueran éstas, jurando su cuantía en el caso de que el Juez las encontrara normales, o la cuantía que el Juez señalara en el supuesto de que las encontrara excesivas. El Juez aprueba la tasación en las condiciones citadas, es decir, cuando ha existido el previo juramento de la parte a quienes se le han de satisfacer, y no la aprueba si hay resistencia a ese juramento, salvo que se debiera a la actividad contraria de la otra parte³²⁵. El texto, como

321. *Nov. Rec.*, IV, 13, 1.

322. *Id.*, IV, 13, 2.

323. *Id.*, IV, 13, 3.

324. *Id.*, V, 21, 1.

325. "... Demande a la Parte á que las de juzgar, quanto despendió por razón de aquel Pleyto señalado porque las ha de haber: e si dixere cosa guisada, é mesurada porque entienda bien el Alcalde que dice verdad mandele que jure que asi los despendió como dixo: é despues que jurare, juzgue asi como las juró, é no menos. E si el Alcalde entiende que dice cosa sin guisa amesurelas á su bien vista, así que ante diga de menos que de mas: é si como él las mesurare, la Parte que las ha de haber las juráre, jurelas, y

se ha dicho, es recopilado³²⁶. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el alcalde o juez decide sobre la prestación del juramento, pero una vez prestado éste ha de aceptar la tasación, pues tiene carácter vinculante, lo que destaca el Maestro Jacobo³²⁷.

Las Leyes del Estilo se ocupan de la tasación de costas del emplazado a oír la sentencia y que no comparece, al que se le emplaza nuevamente cuando el procurador del vencedor en costas pide plazo para computarlas, como también se emplaza al litigante personado por sí que, vencido en costas, se va de la corte sin autorización, pregonándolo por tres días³²⁸.

El momento de pronunciar la condena de costas es, generalmente, el de la decisión de la cuestión litigiosa, como puede verse también en las Leyes del Estilo, donde, como en el derecho caste-

despues que las hubiere juradas, juzguelas el Alcalde como las juraron, é no mas, ni ménos: é si el que ha de haber las costas no quisiere jurar por ella, el Alcalde no gelas juzgue, fuera ende si su contendor le quisiere quitar la jura: y asi mandamos que se juzguen, é se den todas las costas que las Leyes mandan dar, si la Parte las demandare, y en otra guisa no las juzgue el Alcalde." *F. Real*, III, 14.

326. Vid. nota 304.

327. "... E el iuyz puede texar elas despesas, e fazer a la parte que las ha de auer iurar sobrellas, mas puy la parte iurar sobrellas, non puede el iuyz toller delas que son iuradas." *Los Nueve tiempos*, en ed. cit., páginas 389-390.

328. Ley 167. "Como se han de tasar las costas contra el que fue dada sentencia, que non vino a oïlla, et así ha de ser citado para la tasación."

"Otrosí, si alguno es emplazado porque venga a oír la sentencia, et non viene; et el alcalde da sentencia contra él; et aquel por quien es dado el juicio, es personero de aquel por quien es dado el juicio: et el alcalde a su pedimiento condenó al vencido en las costas derechas: a este personero dice que non sabe quantos son las costas nin quales, porque las él pueda demandar; et demanda plazo a que lo sepa, el alcalde debe gelo dar este plazo: mas el estimar de las costas debe ser emplazada la otra parte que venga a ver tasar las costas, si quiere; maguer que él fué rebelde, que non vino a oír la sentencia que se dió en el pleyto. Et si el señor del pleyto se va de la corte sin mandado, et dan la sentencia contra él, maguer sea demandador, debele el alcalde condenar en las costas: mas para la tasacion dellas debe ser emplazado ante que se faga la tasación, segund dicho es, et primero lo debe fazer pregonar por tres días segund es uso de la corte."

llano en general, se condiciona, además, a que hayan sido peditas ³²⁹.

Al momento de tasar debe tenerse un criterio restrictivo sobre los gastos, en cuanto en todo momento del proceso debe aspirarse a un mínimo de aquéllos. Bardaxi, al comentar el fuero primero "De manifestatione bonorum", expone cómo para evitar gastos a las partes y para abreviar la litis, se dispone que los bienes manifestados sean extraídos del lugar en que lo son, dados fiadores idóneos ³³⁰. La superfluidad de las costas está magníficamente expresada en una de las Leyes del Estilo, según la cual corresponde pechar al Alcalde las que resultan de aceptar un recibimiento a prueba sobre alguna circunstancia que aunque se probara no serviría para nada ³³¹. Más o menos modificadamente, el criterio ha llegado hasta nuestros días, al no comprenderse actualmente en la tasación los derechos correspondientes a escritos, diligencias y demás actuaciones que fueran inútiles, supérfluas o no autorizadas por la ley ³³².

La exigencia de la tasación cristaliza frecuentemente en la de no percibirse derechos antes de efectuada aquélla, como puede verse en Acuerdo de la Chancillería y Audiencia de Valladolid en 18 de julio de 1538, que prohibía a escribanos y relatores el dar procesos a Abogados y Procuradores o cobrar algo antes de ser tasados, so

329. Ley 251. "Quando el alcalde libra lo principal, debe librar los frutos et costas, si fueren pedidos, si non pecharlos ha." — "Si el alcalde del día, que juzga sobre la principal demanda, si non condena a la parte en los frutos, et esquilmo de la cosa sobre que juzga, si puede juzgar despues en los esquilmos, es a saber, que non, et si la parte los demandó, et el alcalde non los juzgó, pecharlos ha el alcalde: et si non los demandó, perderlos ha la parte. Et eso mesmo es en las costas."

330. BARDAXI, op. cit., fol. 405.

331. Ley 174. "Como el alcalde debe pechar las costas quando rescibe a alguno a prueba de cosas que non aprovechan." "Es a saber, que si el alcalde rescibe a qualquier de las partes a probar sobre tal artículo, que maguer que lo probase, non se aprovecharía de aquello que probase; et este que fue asi rescebido por el alcalde a la prueba, non lo probó aquello que se obligó a probar, non debe ser condenado en las costas a la otra parte: mas el alcalde ha de pechar las costas porque le recibió a tal prueba valdía."

332. L. e. c., art. 424.

pena de la devolución del cuádruplo para la Cámara por segunda vez, o del duplo, por la primera ³³³.

c) Las garantías

El hecho de que, por regla general, la ejecución del fallo permite con el mismo esfuerzo la ejecución de los gastos, hace que apenas se haya desarrollado en esta materia el campo de las garantías.

En el derecho romano decaen con la decadencia del "sacramentum", la "sponsio" y la "restipulatio", sin que baste para compensarlo el "iusiurandum propter calumniam". La Novela 53 de Justiniano hace referencia a la costumbre generalizada de la prestación de caución en la iniciación del pleito, y la utiliza para asegurar al demandado el resarcimiento de los gastos si el actor no comparece. Incluso, el actor garantiza la prosecución del pleito dentro de los dos meses, reembolsando en caso contrario el duplo de los gastos realizados, lo que es completado por la Novela 112, haciéndolo extensivo a la costas en caso de victoria ³³⁴.

En el derecho de los territorios hispánicos el sistema general e intrincado de fianzas ha podido utilizarse también para la percepción de los gastos procesales. Así puede verse en la importante constitución alfonsina de 1329 para Valencia, en la que se condiciona la admisión de denuncias a la prestación de "fermança" en poder del baile de pagar los gastos del pleito si no se probara lo denunciado o notificado ³³⁵. En el propio derecho valenciano, y en su primera época, puede verse cómo el cobro del cuarto de las

333. Vid. Recopilación cit. de Ordenanzas, fol. 165.

334. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 113-115.

335. "Que algu no sia admes a denunciar altu tro a tant que sia dada fermança en poder del batle de pagar les despeses.—Alfonso I. Rex. Anno M.ccc.xxix. Valentiae.—Lo aduocat del fisch jur en lo començament de son offici en poder del justicia que no ordenara ne consellara que sien preposades demandes algunes calumnioses, o injustes, ne contra furs, ne priuilegis contra algu. Ni encara si seran justes a denunciacio o notificacio del fiscal, o dalgun altre tro a ell sia cert que aquell denunciador, o notificador haja donada fermança en poder del batle de pagar les messions del plet si nos prouara ço que haura denunciat, o notificat." *F. R. V.*, IX, 1, 6.

deudas debido a la Corte se hace efectivo también sobre los fiadores³³⁶.

d) La resolución

Sólo la resolución da nacimiento jurídicamente al gasto procesal, y por ello, la doctrina afirma acertadamente que la sentencia es el título constitutivo³³⁷. Hasta que se dicta la resolución en que se imputan las costas a una o ambas partes, o hasta que llegado el momento deja de dictarse, cuando a la ausencia de resolución se le da el valor de imputadora de esas costas a las dos partes habrá gastos en sentido económico, es decir, desembolso de dinero, pero no gastos en sentido jurídico. Lo que da sentido jurídico al gasto procesal es exclusivamente la imputación a alguien por parte del Derecho, para soportarlo económicamente.

Normalmente, y en apoyo de ello, se ha alegado una de las Leyes del Estilo³³⁸, la resolución sobre el gasto procesal se dicta al mismo tiempo que la resolución sobre la relación jurídica que ha dado lugar al proceso. Este hecho, unido a que el gasto procesal no hubiera nacido si no hubiera habido una relación jurídica ajena debatida, da lugar a que la obligación del pago de aquel gasto se considere accesoria y derivada de aquélla³³⁹. Como en ocasiones se dicta resolución sobre el gasto procesal, sin que haya habido resolución sobre una relación jurídica substantiva, la accesoriadad puede salvarse, como hace Portolés, diciendo que la sentencia de expensas, juntamente con la definitiva lata, es definitiva e irrevocable, mientras si es independiente es interlocutoria³⁴⁰. Sin embargo, ello no es cierto, pues será interlocutoria respecto a la rela-

336. "Del quart e penes de la Cort.—Oltra aquella cosa que lo demandador demana, e que sera jutgada a ell haja la cort la quarta part de tot los deutes: ço es a saber daquells qui seran condempnats deutors, o fermances: pagat empero primerament al crehedor tot son deute: ans que la cort haja lo seu quart. E la cort destrenga los deutor, e les fermances a venir dauant si, e a fer dret. e a pagar lo deute sens alguna missio del demandador." *F. R. V.*, I, 4, 1.

337. Vid. Manuel de la PLAZA, op. cit., pág. 611.

338. Vid. nota 329.

339. Vid. nota 337.

340. PORTOLÉS, op. cit. y par. cit.

ción jurídica substantiva en cuanto a la sentencia de costas no impide que el juicio vuelva a reanudarse o entablarse, pero no es interlocutoria en cuanto a las costas en sí mismas, que se han desligado de la relación jurídica substantiva y constituyen un problema independiente en sí. Como sentencia definitiva se ejecutarán y como sentencia definitiva no cabrán recursos contra la misma.

La doctrina histórica, como puede juzgarse por la postura de Portolés, no ha sabido o no ha podido comprender esto, dado que tampoco ha llegado en ningún momento a conferir carácter substantivo al derecho procesal, lo que, como se sabe, corresponde a la ciencia alemana, relativamente reciente. No obstante, esa misma doctrina ha tenido atisbos al citar un supuesto muy importante que lo demuestra, como lo es el de la competencia para dictaminar sobre el gasto por parte del juez incompetente para la relación jurídica substantiva. En efecto, con base en el derecho romano, Juan Gutiérrez proclama que los jueces, aunque incompetentes en la causa principal, pueden condenar en expensas a una y otra parte, porque el juez incompetente por razón de la causa principal puede condenar en los gastos³⁴¹, así como el clérigo llamado por el laico ante el juez laico es condenado por éste en las expensas si sucumbe³⁴², lo que, en líneas generales repiten otros, como Castillo de Bovadilla³⁴³. Piénsese en el supuesto de realizarse las distintas actuaciones procesales necesarias para dirimir una cuestión de competencia que desemboque en el reconocimiento de la falta de ésta en el Juez ante el que se han dirimido esas actuaciones. Ese Juez que, precisamente, es incompetente para entender de la relación subjetiva, lo es, sin embargo, para condenar en las costas, de forma que no hay nada aquí que haga a la condena en costas accesoria de la denominada causa principal.

En realidad, y por ello preocupa tanto a los autores el fundamento³⁴⁴, el cual es vario según las épocas, como podrá verse

341. "...quia iudex incompetens ratione caussae principalis, potest condemnare in expensis." Juan GUTIÉRREZ, op. cit., pars. III, cap. V, núm. 21, basándose, entre otros textos, en D. de re iud. y en Alejandro, en l. de Diuo Pio.

342. Id. id., núm. 22.

343. CASTILLO, op. cit., lib. II, cap. XVIII, núm. 209, pág. 720.

344. Recuértese la dicho en nota 1.

al tratar de los sistemas de imputación, la obligación al pago de los gastos procesales es independiente jurídicamente de las causas principales que los dan origen económicamente, derivando directamente de una de las facultades inherentes a todo poder jurisdiccional para obligar a soportar el gasto económico de las actuaciones que, erróneamente o no, se desarrollan ante él.

Otra de las características que hay que señalar es que aunque se hable de ser ello una de las facultades, no hay que entender esto en el sentido de que sea permisivo para el órgano jurisdiccional el disponer sobre los gastos, sino que, por regla general, constituye una obligación, coincidiendo en ello con toda la naturaleza del poder jurisdiccional en sí, pues tampoco es que a éste le esté “permitido” administrar justicia, sino que le está “mandado” el hacerlo. Ese carácter de obligación está presente en otra de las Leyes del Estilo, según la cual, se condena al Alcalde a pechar las costas cuando habiéndosele pedido no lo hace³⁴⁵, y Castillo de Bovadilla señala como caso de hacer propio el Juez un pleito que le es ajeno, pudiendo, en consecuencia, ser demandado en residencia y obligado a satisfacer con su hacienda, el de haber pedido la parte condena en costas y no haberse pronunciado sobre ello cuando debía³⁴⁶.

La sentencia sobre costas, cuando ya no es recurrible, lleva aparejada ejecución³⁴⁷, y, como ya se indicó, posiblemente por las facilidades para la misma no se desarrolló más ampliamente el campo de las garantías de satisfacerlas. Sin embargo, las consecuencias han sido diversas en los distintos territorios y circunstancias. En las Leyes del Estilo aparece posible la detención del condenado, si bien parece ser limitado a la sede del tribunal real³⁴⁸. Las Costumbres de Lérida, sin embargo, tienen que prevenir contra un

345. Vid. nota 329.

346. “Quando hace el Juez de pleyto ageno suyo propio”, en CASTILLO, *op. cit.*, tomo II, lib. V, cap. 3.º, núm. 50, págs. 637-639.

347. Recuérdese lo dicho en nota 142.

348. Ley 168. “Como por costas pueden prender el cuerpo del hombre.—Otrosí, en casa del rey el que es condenado en las costas, prenderle han por ellas el su cuerpo.”

excesivo rigorismo, prohibiendo la detención y sumisión a pan y agua del detenido por no satisfacer el tercio de la curia ³⁴⁹.

e) La revisión

Como toda resolución, la que condena a soportar el gasto procesal suele ser revisible. En el Derecho aragonés, las Observancias señalan la condición de apelable que tiene la tasación excesiva de costas ³⁵⁰; y en la doctrina castellana esta condición aparece atestiguada, por ejemplo, en Covarrubias ³⁵¹.

La revisión de estas sentencias da lugar a algunas disposiciones legislativas, sobre todo, en órganos colegiados. En disposición recopilada procedente de la visita de la emperatriz Isabel, Madrid, 1536, se prevé que las partes supliquen de la tasación del Oidor en la ejecutoria, debiéndose llevar entonces a otro Oidor de los que estuvieran en la condena para que la viera y retasara ³⁵². Por lo que se refiere al Consejo Real, Felipe II, en Madrid, a consulta de 25 de octubre de 1572, dispone que el agravio sobre lo que proveyera uno de los ministros sobre tasación en costas se llevara al mismo ministro, del cual no hubiera más apelación ni suplicación, en tanto el agravio por tasación del tasador de procesos había de llevarse al que fuera más nuevo de los ministros del Consejo, sin que de lo que él proveyera hubiera más grado de apelación ni suplicación ³⁵³.

III. CRITERIOS JURIDICOS DE IMPUTACION DEL GASTO EN EL PROCESO DECLARATIVO

La determinación de los criterios de imputación constituye el punto culminante del estudio jurídico del gasto procesal. El señalamiento de la extensión de éste, su cuantía, forma de determinación, etc., no tiene sentido, sino en cuanto perfila el objeto de

349. "Nemo traditur pro tertia curie", en ed. cit. de las Costumbres de Lérida, pág. 40.

350. Lib. VIII. "De appellationibus".

351. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 5.

352. *Nov. Rec.*, XI, 19, 6.

353. *Nov. Rec.*, XI, 19, 7.

imputación, y aun el propio concepto, como ya se ha indicado, depende de esta actividad del Derecho, que es la que le suministra condición jurídica. Retribución de los órganos judicial, burocrático, ejecutor, etc., son conceptos de carácter económico, que implican esfuerzos humanos con reflejo dinerario para la consecución de la satisfacción de unas necesidades, como puede ser el pacífico disfrute de una cosa, la exigencia de una determinada conducta en otra persona, etc., que exigen a veces la mediación de un proceso para obtenerla, y esos conceptos adquieren carácter jurídico cuando el Derecho, a través de la norma y de los órganos de actuación de la norma, los imputa a una de las partes del proceso o a ambas para que los soporte económicamente.

No existe un criterio único de imputación, sino varios, que, sustancialmente, pueden reducirse a tres: *a)* el de la compensación de costas o distributivo; *b)* el objetivo o de imputación automática, y *c)* el subjetivo o de imputación condicionada. En virtud del primero, el Derecho imputa los gastos procesales a ambas partes, es decir, los distribuye entre ellas, de forma que cada una ha de soportar aquellos gastos a los que ha dado origen, y se denomina en el lenguaje jurídico corriente "de compensación de costas", en cuanto se entiende que lo que paga cada una de ellas por los gastos propios compensa los que ha irrogado a la parte contraria, por aquellos que ésta se ha visto precisada a realizar. En realidad, es lo más parecido a una falta de criterio.

En virtud del segundo criterio, la imputación aparece predeterminada por el resultado del proceso y actúa, en consecuencia, automáticamente. El que resulta vencido o condenado en la relación jurídica substantiva, ha de soportar el gasto procesal a que se haya dado lugar, sin que haya de diferenciarse por las circunstancias que hayan podido concurrir en un proceso con relación a otro, por lo que puede calificarse de un criterio objetivo.

Finalmente, el tercer criterio resulta del condicionamiento de uno de los dos criterios señalados anteriormente a la existencia de determinadas circunstancias concurrentes en la forma de actuación de los litigantes. El Derecho puede imputar en principio los gastos a ambas partes, es decir, inclinarse al criterio de compensación de costas, pero variar este criterio cuando una de las partes haya

actuado de una forma no deseada por él, y a cuya actuación adscribe la obligación de soportar el gasto. Puede también inclinarse el Derecho a un criterio objetivo, admitiendo en principio que la imputación ha de hacerse al vencido o condenado, pero exonerando a éste de la imputación exclusiva cuando ha actuado por razones que el propio Derecho conceptúa que se deben estimular, o que, al menos, no se deben eliminar. Se trata de un criterio subjetivo, en el que el resultado no aparece predeterminado, sino que depende del estudio de las circunstancias concurrentes en cada caso, estando sometida la imputación a un condicionamiento, como puede observarse.

1. EL CRITERIO DE COMPENSACIÓN DE COSTAS O DISTRIBUTIVO

A. *Su aplicación por la escasa entidad de los gastos procesales.*

Por ser lo más parecido a una falta de criterio, como se ha indicado, la compensación de costas se aplica en aquellos supuestos de escasa entidad de los gastos procesales, pues el Derecho no manifiesta gran interés por imputarlos con exclusividad a una de las partes.

Scialoja ha señalado este criterio como el imperante en el período del proceso formulario romano, en el que las costas son irrepetibles y no forman parte de la condena³⁵⁴. Guilmain, estudiando el proceso civil en la justicia señorial medieval según Beaumanoir, lo ha señalado también para el proceso en las cortes laicas, al revés de lo sucedido en la jurisdicción eclesiástica, donde se condenaba al vencido, hasta el punto de que ganada la cuestión en la jurisdicción laica era llevada a la jurisdicción eclesiástica para hacer soportar las costas al indicado vencido³⁵⁵. Dentro del proceso histórico español podría citarse el que aquí ha sido calificado de primitivo proceso cristiano indemnizatorio, es decir, el de los primeros siglos de la Reconquista, con un órgano judicial que actúa por una retribución política o un deber cívico y con un órgano burocrático inexistente.

354. Vid nota 222. Vid. también CHIOVENDA, op. cit., págs. 36-37 y 52-53.

355. Vid. Jean GUILMAIN, *Le procès civil dans les justices seigneuriales d'après Ph. de Beaumanoir*, Burdeos, 1937, págs. 149-150.

B. *Su aplicación por reacción contra el criterio objetivo*

Así tiene lugar en parte del Derecho catalán local y para la primera instancia. Se trata de evitar la imputación automática en una instancia en la que se estima también que es difícil apreciar el elemento subjetivo. Por ello, en las Costumbres de Lérida, se dispone que al que decayera en causa suya, fuera después oído una o varias veces sin prestación de expensas, no siendo condenado el vencido en las expensas al vencedor³⁵⁶. Por su parte, las Costumbres de Tortosa dispone que en pleito principal no se paguen expensas de una parte a la otra³⁵⁷. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el criterio no es total. Como se ha dicho, sólo lo es para la primera instancia, no rigiendo para la apelación, como se dirá en momento oportuno, ni excluyendo tampoco que el vencido haya de pagar los derechos de la curia, reintegrando, incluso, de ello al vencedor cuando sea preciso, como ocurre en las Costumbres de Lérida³⁵⁸, con lo que la compensación de costas tiene sólo carácter parcial.

C. *Procedimientos de corrección de este criterio*

Salvo en el caso de reacción contra los perjuicios de una rigurosa imputación automática, el criterio de compensación de costas no satisface sino cuando éstas son de muy escasa entidad. Cuando éstas se elevan, y este hecho es una constante histórica, pues el proceso tiende siempre a hacerse más complejo, se buscan procedimientos que corrijan la desigualdad que produce la igualdad en los gastos. Cuando la cuestión debatida es dudosa y ambas partes litigan con buena fe, nadie experimenta disgusto porque se opere la compensación, pero cuando no era dudoso a quién asistía la razón, y, sin embargo, el desasistido de ella persistió en dificultar el

356. Vid. "De expensis non restituendis", en ed. cit. de las *Costumbres de Lérida*, pág. 68.

357. "En la Cort de Tortosa no's paguen n'es refan despeses, el pleyt principal, de part a part..." *C. de Tortosa*, VII, 2, 10.

358. Vid. "De condempnatis qui debent satisfacere", en ed. cit. de las *Costumbres de Lérida*, pág. 68.

reconocimiento de la misma, se suscita una corriente humana que exige la indemnidad del inocente y la onerosidad para el que no tuvo esta condición.

Esto puede desembocar en la aplicación de un criterio subjetivo, pero en cuanto ello significa un cambio de criterio ha de ser objeto de estudio bajo rúbrica propia, como se hará más adelante, o también en la utilización de medios que corrijan las consecuencias, respetando el criterio que las ha dado lugar. Los citados medios pueden ser: *a)* extraprocerales, y *b)* procesales. Ambos son de igual valor, ofreciendo mayor desarrollo e importancia los segundos.

a) Medios extraprocerales de corrección

Casi más que de medios puede hablarse de “medio”, consistente en que en alguno de los momentos de nacimiento o vida de la relación jurídica substantiva que sea se pacte que el vencido haya de reintegrar los gastos al vencedor. Como puede observarse, es la aplicación del criterio objetivo por la voluntad de las partes.

Ejemplos de la utilización de este medio se encuentran en el Derecho romano. No lo es la pérdida del “sacramentum”, propia del período de las “legis acciones”, en cuanto aquél no va destinado a la otra parte, sino al órgano público, pero sí lo constituye la prestación de una “sponsio” para ello, o la “restipulatio”³⁵⁹. Gayo, aunque calificándolo de “poena”, habla de admitirse en ciertas causas una “sponsio” de que siendo vencido uno de ellos pagará parte alícuota del objeto de la litis, como la tercera parte en la “actio de pecunia certa credita”, y la mitad en la “actio de pecunia constituta”³⁶⁰. Aunque es dudoso que en estos supuestos la “sponsio” sea un medio extraprocerales, y lo más probable es que el gran jurista tenga razón en asignarle naturaleza procesal, puede servir de indicio de que promesas similares podrían realizarse fuera del proceso, y exigirse después dentro de éste.

En nuestro Derecho histórico este procedimiento ha debido de ser utilizado para las cuestiones civiles en épocas en las que en éstas no se ha conocido la condena en costas, y si bien se ha uti-

359. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 52-53.

360. Vid. SCIALOJA, op. cit., pág. 278.

lizado un procedimiento de tipo indemnizatorio, lo ha sido en el aspecto penal. Este fenómeno precisará del correspondiente estudio histórico documental, pero aquí, a título de ejemplo, puede citarse el texto ya citado de un formulario notarial del siglo XIII, procedente probablemente del Panadés, en el que la fórmula de deuda contiene la cláusula de prenda libre a favor del acreedor para recuperar todos los gastos que hubiera de hacer para recuperar la citada deuda³⁶¹, entre los que, lógicamente, hay que suponer comprendidos los procesales.

b) Medios procesales de corrección

Los medios procesales de corrección se suscitan, en el Derecho romano, a fin de complementar o suplir las deficiencias en el aspecto del gasto procesal que ofrece el procedimiento formulario. nacido, probablemente, en un momento en el que todavía los gastos procesales no ofrecían interés. Las costas no pueden comprenderse en la "fórmula", aunque se solicite una "condemnatio incerta", pues aquélla toma en consideración un hecho consumado, y la "condemnatio quanti ea res erit" se encuentra todavía en curso³⁶². La sentencia no puede pronunciarse nada más que sobre lo que se ha pedido, y no puede pedir nada más que lo que está debido de antemano. En todo caso, los gastos del juicio deben ser solicitados en un nuevo juicio.

Para corregir las consecuencias a que conduce la estructura técnica de la fórmula, el Derecho romano va arbitrando diversos medios consistentes en disposiciones de naturaleza penal, llamadas "poenae temerè litigantium"³⁶³, de las que todavía habla Gayo³⁶⁴, y mediante las cuales se corrige la iniquidad que supone la distribu-

361. Vid. nota 12.

362. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 64-65, aunque en este caso es inconsecuente, pues no cree que el desconocimiento de las cosas estribe en la estructura del procedimiento formulario, sino en la supervivencia teórica de las penas procesales, cuando más adelante (págs. 67-68) afirma que la condena en costas nació al mismo tiempo que las penas procesales contra el vencido.

363. Loc. cit. en nota 5.

364. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 53-55.

ción de costas, al implicar un gasto o un resarcimiento por parte del que haya actuado con temeridad, concepto que no explana aquí por cuanto tiene mejor su sitio al estudiar el criterio subjetivo de imputación, ya que éste toma como base de partida esa temeridad. Al mismo tiempo, se persigue intimidar a los que inconsistentemente acuden a la administración de justicia, embarazándola mediante peticiones injustas.

Según Chioyenda, entre los pueblos bárbaros hay equivalentes en las multas contra los bienes del rebelde, alegación indebida de excepciones, testigos inadecuados, etc.³⁶⁵, pero, independientemente de que estos pueblos hayan podido llegar a resultados similares por sí mismos, no es improbable que esas penas contra el litigante temerario hayan sido las que hayan sugerido a Chindasvinto la introducción de multa para los que pleitearan imprudentemente³⁶⁶, sin que, sin embargo, se sustituyera con ello el pago de las costas del juicio, según pretendía Zeumer³⁶⁷, pues debe tenerse presente que se prevé para actuaciones procesales de iniciación, y no para la conclusión del proceso. Más fácil es que, independientemente de lo relativo a los gastos del proceso como conjunto, en el último período de la monarquía visigoda se haya comenzado a utilizar las penas procesales como medio de castigar a los perturbadores del proceso y como medio de impulsar las actuaciones. Este último objetivo es el que ha movido a ese complejo sistema de multas o penas procesales del procedimiento medieval, del que se ha tratado

365. Id. id., págs. 140-141.

366. "De quantitate itineris, quod alium quisque innocentem fatigare presumserit.—Removeri debet iniuriam ab his, quorum probatur innocentia a molestiis inprobatorum existere aliena. Proinde cum quisque alium ad principis conspectum vel ad discussionem quorumlibet iudicum iniuste compulerit ad prosequendum negotium, mox probata fuerit non iusta petentis esse contentio, si supra L milium vel infra L milium quamlibet parvum spatium compulsus iniuste extiterit convexatus, quinque solidos pro iniusta tantundem petitionem a petitore percipiat. Si per LX milia, idem iniustus petitor sex solidos reddat; ac sic deinceps, crescentem X milium numerum, singulorum solidorum crescat et numerus, et per C milia indebite fatigato X solidi a petitore dentur iniusto, sicque ex hoc per L milia solidis quinque et per C milia crescentibus solidis X, usque ad eo perveniat summa compositionis, usquequo pervenerit et ductus itineris." *Lib. Iud.*, II, 2, 6.

367. Vid. ZEUMER, op. cit., pág. 179.

ampliamente con motivo de la extensión del gasto procesal, sin que se le haya buscado un entronque romano hasta el siglo XIII, a través, seguramente, de la preparación romanista del impulsor de la codificación del Derecho aragonés, Vidal de Canellas, quien bajo la rúbrica expresa de “De pena temerè litigantium” agrupa los supuestos de multas contra demanda injustificada dirigida contra el poseedor de heredad³⁶⁸ y contra negativa injustificada de censo³⁶⁹. Que ese entronque se debe a la preparación de los nuevos juristas lo demuestra que el primer supuesto se encuentra también en los Fueros de Avilés y Oviedo, como ya se dijo³⁷⁰, como consecuencia, probablemente, de un común origen franco, sin que en dichos fueros se emplee la citada expresión de penas por litigar temerariamente.

Entre este tipo de medios arbitrados por el Derecho romano se encuentran los siguientes: *a*) la acción del duplo contra el demandado perturbador; *b*) la condena superatoria de la cuantía del litigio; *c*) el juicio contrario; *d*) la declaración de infamia del vencido, y *e*) el juicio de calumnia.

a) La acción del duplo contra el demandado perturbador. Atestiguado por Gayo, se encuentra en el sistema del procedimiento formulario romano una “actio dupli” contra el demandado denegante, que se da en determinadas acciones, como la de ejecución de sentencia o “actio iudicati”; la del “sponsor” contra el deudor principal que no le ha reembolsado habiendo pagado aquél por éste o “actio depesi”; la acción por daños de la ley Aquilia o “actio damni iniuriae”, y la “actio ex testamento” en los legados “per damnationem”. El indicado duplo se dirige contra los “infitiantes” o denegantes, y se produce como consecuencia de esa actitud negativa en el proceso (“lis infitiando crescit in duplum”), viéndose en ello un residuo de la “manus iniectio”, en la que el “vindex” si perdía era condenado al duplo de la cuantía, aunque Scialoja, por ejemplo, ha creído que no se

368. Loc. cit. en nota 291.

369. “... quorum medietas erit petentis, & reliqua Iudicis.” *Fueros de Aragón*, ed. cit., tomo II, pág. 104.

370. Vid. nota 292.

da una sucesión perfecta, por no ofrecerse absolutamente en los mismos casos, aunque se de en la mayoría ³⁷¹.

Ulpiano atestigua igualmente este medio al estudiar la acción procedente de la ley Aquilia, diciendo que contra el contendiente corresponde por el tanto de la cuantía, y contra el denegante, por el duplo ³⁷², con lo que posiblemente ha perfilado nítidamente la institución, pues de sus palabras no parece que la acción del duplo se desarrolle contra todo el que niega, sino contra el que niega sin fundamento alguno, por el solo deseo de perturbar. Por ello, es posible que Jules Paoli se equivoque al creer sin significación jurídica la oposición que en Cicerón existe entre "infitiatio" y "defensio" ³⁷³, pues ésta no implica una simple negativa o desconocimiento del derecho contrario, sino la réplica sobre su fundamento, que es lo que hace ser un contendiente, y, en consecuencia, una parte procesalmente útil, y no un denegante o perturbador del proceso. Otra cosa es que, como el mismo Paoli dice, esa distinción haya decaído e "infitiatio" haya designado el rehusamiento por una razón cualquiera, originándose un anquilosamiento. Una buena definición del "infitiator" se encuentra en San Isidoro, para el que se llama así porque no confiesa, sino que apoya la falsedad contra la verdad ³⁷⁴, donde puede observarse que lo que le caracteriza no es negar, sino negar falsamente, y no confesar, cuando debería hacerlo, pues San Isidoro no puede pretender que el demandado confiese si no es porque carece de razón, con lo cual perturba el proceso.

Como podrá observarse, también la "infitiatio" coincide con el "furtum" en cuanto a sus resultados prácticos, pero, como dice bien Paoli, los más antiguos romanos no han dicho nunca que la primera constituyera una clase del segundo. Sobre todo debe tenerse en cuenta que en el "furtum" la pretensión del doble se da desde

371. SCIALOJA, *op. cit.*, págs. 276-278.

372. Sobre la ley Aquilia, Ulpiano, D. IX, 22, 23.10 dice: "... aduersus contitentem competit in simplum, aduersus negantem in duplum." Vid. PAOLI, *op. cit.*, pág. 3.

373. PAOLI, *op. cit.*, págs. 5-6.

374. ETIMOLOGÍAS, lib. XX: "Infitiator, negator, qui non fatetur, sed contra ueritatem mendacio nititur". Vid. Paoli, *op. cit.*, pág. 331.

el principio, en tanto que en la "infittatio" lo que se opera es una "litis crescentia" a través del proceso³⁷⁵.

Esta "litis crescentia", que se mantiene en Justiniano³⁷⁶, pasa al Derecho visigodo, a través de las Sentencias de Paulo, donde se expresa que algunas acciones, si son perjudicadas por el reo, son dobladas, como en la cosa juzgada, alimentos, lo dejado por legado "per damnationem", injuria con arreglo a la ley Aquilia, así como en el campo, cuando el comprador es engañado por el vendedor³⁷⁷. La "interpretatio", que acompaña al texto del Breviario de Alarico, expresa que algunas deudas son sustituidas por la satisfacción del duplo, cuando repetidas por aquellos a los que son debidas son negadas por el deudor, citando los mismos casos que el texto, y agregando que todo esto se entiende duplicado por la ley Aquilia³⁷⁸. No es fácil saber si esto tuvo aplicación en el territorio visigodo, pero no es difícil que lo fuera si se tiene en cuenta que en éste debió ser muy conocida la "actio dupli" por el hurto y, en consecuencia, no debió originar extrañeza.

b') La condena superatoria de la cuantía del litigio. Gayo se refiere a otras causas ("furti manifesti quadrupli", "nec manifesti dupli", "concepti et obliti tripli") en las que ya la acción era concedida por una suma mayor que el "simplum ab initio", y aunque Scialoja lo califica de error sistemático del jurista latino, por tratarse de un derecho penal³⁷⁹, lo cierto es que todos estos medios tienen de una parte naturaleza

375. Op. cit., pág. 340.

376. Vid. WENGER, op. cit., pág. 331.

377. "Quaedam actiones si a reo inficientur, duplantur: velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictis, damni iniuria legis Aquiliae, item de modo agri, quum a venditores emtor deceptus est." *Sentencias de Paulo* (en adelante *PS.*), *Breviario de Alarico* (en adelante: *Brev. Alar.*), 1, 19, 1, en CONRAT, op. cit., págs. 499-501.

378. "Aliqua, quae quum ab his, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur, id est, res iudicata, legati per damnationem relictis, id est, si quid heres legati titulo dare iussus est, et petitum negaverit, vel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire noluerit, vel de modo agri, quum a venditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum. Quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur." Loc. cit. en nota anterior.

379. SCIALOJA, op. cit., págs. 279-280.

penal, cuando imponen una sanción o castigo, pero de otras, naturaleza procesal, en cuanto tienden a corregir unas consecuencias procesales que se rechazan por inicuas.

c') El juicio contrario. En ciertas causas se ofrece el "contrarium iudicium", menos general que el juicio de calumnia, del que se hablará más tarde, pero más severo, pues se emprende por el sólo hecho de que el juez lo haya absuelto, aunque la litis la hubiera iniciado el autor, siendo medios alternativos, que no podían acumularse³⁸⁰.

d') La declaración de infamia del vencido. Aunque en realidad no es medio correctivo directo en cuanto a los gastos procesales, la declaración de infamia en algunas causas, como hurto, rapiña, injuria, sociedad, fiducia, tutela, mandato y depósito, haciendo a los vencidos "ignominiosi", pudo compensar la iniquidad de la distribución de los gastos y, sobre todo, intimidar a los litigantes de mala fe.

e') El juicio de calumnia. Según Gayo, el "iudicium calumniae" se admite para todas las acciones, ordinariamente por la décima parte, probando la mala fe del vencido³⁸¹. Lo que le otorga una gran importancia es, en consecuencia, su generalidad, aunque, como se ha dicho, haya sido mucho menos severo que el "contrarium iudicium".

Dentro de este procedimiento, cabe la anticipación por parte del demandado, prestando el juramento de no haber actuado de mala fe o "iusiurandum calumniae"³⁸². Según Gayo, cuando no existen otros recursos, el pretor admite como remedio general el que el actor exija al demandado el juramento de que no se niega "calumniae causa" o de mala fe³⁸³, y Justiniano lo prescribe también, permitiendo que sea deferido de una parte a la otra³⁸⁴.

En todo caso, el "iudicium calumniae" no perjudica sino al

380. Gayo, IV, par. 177-179. Loc. cit. en nota anterior, págs. 281-282.

381. Gayo, IV, par. 174. Op. cit., pág. 280.

382. Gayo, IV par. 176. Op. y loc. cit.

383. Gayo, IV, par. 172. Op. cit., pág. 279.

384. Vid. loc. cit. en nota 376.

demandante temerario, entendiendo por tal el que sabe que no actúa rectamente³⁸⁵.

2. EL CRITERIO OBJETIVO O DE IMPUTACIÓN AUTOMÁTICA

Mientras que la elección del criterio de compensación de costas descansa, fundamentalmente, en un hecho económico, cual es el de la escasa entidad de los gastos, el criterio objetivo responde a una fundamentación psicológica, pero que puede ser de diverso signo. Sustancialmente este criterio puede ser aplicado: *a)* por integración del gasto procesal en el sistema penal; *b)* por transposición al Derecho de la responsabilidad moral; *c)* por proveer al resarcimiento del perjudicado en la relación jurídica, y *d)* por necesidad objetiva.

A. Por integración del gasto procesal en el sistema penal

Repetidamente se ha indicado que en la época de los primeros siglos de la Reconquista, que culmina con los fueros y costumbres extensos, se produce una cierta confusión entre el daño procesal y el daño substantivo. No existe propiamente una conciencia del gasto procesal, como algo que debe ser examinado con independencia de la cuestión que se juzga. No hay duda de que se condena a unas cantidades que, en parte, están destinadas a retribuir al injustamente perjudicado por el proceso, pero recayendo todo en un proceso esencialmente penal, esas cantidades se configuran más como una pena que como la satisfacción de un gasto procesal. Podría decirse que el gasto procesal está integrado en el sistema penal, de forma que, precisamente, una de las formas de penar es imponer el gasto procesal que, por no tener carácter penal, no se computa analíticamente y con arreglo a criterios económicos, sino se predetermina por la norma, con arreglo a criterios jurídicos. Al condenado no se le condena, pues, a satisfacer los gastos a que realmente ha dado lugar, sino a satisfacer la cantidad que aparece fijada en la norma para el supuesto jurídico en que él se encuentra, la cual se destina luego a satisfacer el órgano judicial, el ejecutor y la parte querellante.

385. "... qui intelligit, non recte se agere." Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 52-53.

En cuanto el gasto aparece integrado en un sistema penal, su imputación es automática, pues corresponde al declarado delincuente. En los supuestos de aplicación de ordalías puede decirse que la imputación del gasto es casi de origen divino, manifestada a través del resultado, y se han citado textos castellanos, aragoneses, etc., en los que el hierro caliente, la lid, etc., ha determinado el responsable al pago. Superado ese momento, las pruebas humanas han sustituido a las divinas, pero también han determinado automáticamente la imputación. La reacción en algunas costumbres catalanas ha conducido a la compensación de costas en la primera instancia, al menos ³⁸⁶.

B. Por transposición al Derecho de la responsabilidad moral

Habituada la Iglesia en su actividad penitencial a investigar y sancionar la culpa en todas las conductas humanas, es difícil que pudiera inclinarse a un criterio de compensación de costas, que implica el inhibicionismo en ese aspecto. Pudiendo separar sólo a duras penas el aspecto moral del aspecto jurídico, e inclinada a considerar la responsabilidad moral del vencido en juicio, ha tendido también a considerarle responsable jurídicamente del gasto procesal, adoptando así una postura objetiva.

Como más adelante se verá, no se considera plenamente al derecho canónico dentro de una postura objetiva y, efectivamente, se examinará también su trayectoria dentro del criterio de imputación subjetiva, pero como también se verá, ha llegado a este criterio partiendo del criterio objetivo, y no, como otras direcciones, a través de la compensación de costas. Si aquí no se subraya esa tendencia a la objetividad de la doctrina canónica, se obtendría una falsa idea en su postura, y también de la del pensamiento jurídico europeo en general.

La referida objetividad se halla presente en la actividad legislativa de los Papas, de la que se verán algunos ejemplos.

Con ocasión de la provisión sobre primacía entre arzobispos de Bituria y Burdel, Gregorio IX pide el consentimiento de los preladados de la Provincia de Burdel y de los cabildos de las iglesias

386. Vid. notas 356-357.

catedrales y del cabildo de Bituria, para, una vez hecho así, hacer saber al pueblo su providencia, de forma que si no se obtuviera el consentimiento no se hiciera la publicación y vinieran personalmente a él, tratándose de prelados, o a través de procurador, tratándose de otras dignidades, para probar su derecho, declarando que una parte satisficiera a la otra las expensas si sucumbiera ³⁸⁷.

Inocencio III, al suscitarse oposición y excepcionar por homicidio y perjurio al designado por él en una prebenda de la Iglesia de Cremona, prescribe la anulación o confirmación según el resultado de la prueba, y prevé el procedimiento de purga canónica para el supuesto de que no se mantuviera la acusación, disponiendo que en el caso de que purgara, los contradictores que le quisieron impedir el disfrute de la prebenda fueran condenados en las expensas legítimas ³⁸⁸.

Inocencio IV, en el Concilio de Lyon, en un caso de oposición de elección, apelándose a él, determina que quien probara plenamente lo que opone, debe ser condenado por los gastos que originara a la otra parte ³⁸⁹.

El mismo Pontífice no admite en lo civil la excepción de expolio, sino por el actor, pero si el actor en lo civil, o el reo en lo criminal, afirmara haber sido expoliado es obligado a probarlo en un período de quince días, pues de otra manera, por los gastos

387. "... et satisfacturi parti alteri, si sucubuerint, in expensis." *Decretales*, I, 33, 17, en *Corpus Iuris Canonici. Instruxit Aemilius Friedberg. Pars Secunda. Decretalium Collectiones*, Leipzig, 1881, págs. 202-203. Vid. también la versión castellana publicada por Jaime M. Mans Puigarnau, Barcelona, 1939, vol 1.º, pág. 250: "... e paguen las despensas si fueren uencidos".

388. "... contradictores ab eius molestia compescentes, eos, qui eum nisi sunt impedire, in expensis ipsi legitimis condemnetis." *Decretales* V, 1, 23, en ed. cit., págs. 745-746. Vid. la versión castellana ed. por Mans Puigarnau, vol. 3, págs. 108-109: "... Mas si se purgare fagan reffrenar aquellos que contradizien e condempnenles en las despesas que fizo, aquellos quel quisieron enuargar."

389. "... qui plene non probaverit quod in formam opponit, ad expensas, quas propter hoc pars altera se fecisse docuerit, condemnetur." *Liber Sextus*, I, 6, 1, en ed. cit., pág. 946.

que entretanto el actor hiciera por esto, previa tasación judicial, debería ser condenado³⁹⁰.

Como puede verse, en todos los ejemplos anteriores la decisión papal es de la imposición de los gastos al que es vencido y, por otra parte, para las causas pecuniarias rige la regla general de que el vencido debe ser condenado en los gastos a favor del vencedor, a no ser que la sentencia se diera por ausencia³⁹¹.

El mismo criterio parece observarse en las curias eclesiásticas, en general. Como ya se ha citado, y según Guilmain, en la Francia del siglo XIII, el que obtiene una sentencia favorable en la corte laica acude después a la eclesiástica para hacer soportar los gastos al vencido³⁹².

Quizá, donde más intensamente aparece atestiguada esa tendencia es en el jurista aragonés del siglo XVI, Portolés, quien al recoger la doctrina tradicional de su época de ser condenado el vencido a no ser que tuviera justa causa para litigar, cita alguna opinión de que los Jueces de la Curia Romana, "de stilo" condenaban al vencido aunque tuviera la indicada justa causa de litigar³⁹³.

Finalmente, el actual Código de Derecho Canónico, de naturaleza histórica, declara que el vencido está regularmente obligado a rehacer las "expensas" al vencedor, tanto en la causa principal como en los incidentes³⁹⁴.

390. "... alioquin in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, iudiciali taxatione praehabita condemnetur." *Liber Sextus*, II, 5, 1, en ed. cit., pág. 999.

391. "... praecipimus, ut de coetero, in causis pecuniariis victus victori in expensis condemnetur, nisi sententia pro absente feratur." *Decretales*, V, 37, 10, en Cardenal LEGA, op. cit., nota en pág. 55.

392. Vid. nota 355.

393. PORTOLÉS, op. cit., par. "Expensae", núms. 5-7.

394. Canon 1.910. Vid. la edición del Cardenal Gasparri, ya citada, en la que da como antecedentes los siguientes: C. 12, X, de rescriptis, I, 33; c. 17, X, de maiori et obedientia, I, 33; c. 5, X, de dolo et contumacia, II, 14; c. 36, X, de testibus et attestationibus, II, 20; c. 23, X, de accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus, V, 1; c. 4, X, de poenis.

C. *Por prever al resarcimiento del perjudicado en la relación jurídica*

También en la legislación civil, e independientemente de cuando el gasto procesal está integrado en el sistema penal, asoma en ocasiones el criterio objetivo de imputación, en coincidencia con la doctrina canónica, y, seguramente, influido por ella. Coincidente en los resultados, quizá, el fundamento ha variado algo, en cuanto la condena del vencido no ha debido imponerse pensando en la responsabilidad moral del mismo, sino en la conveniencia de resarcir al perjudicado en la relación jurídica substantiva. De esta forma se ha conseguido una continuidad en relación al criterio objetivo de la referida integración del gasto en el sistema penal, pero en una nueva forma, adecuada al procedimiento civil y a los nuevos tiempos. Ejemplo de este criterio pueden serlo las costumbres y privilegios de la Seo de Urgel, en Cataluña, recopiladas en 1470, y en las que se determina expresamente que en los pleitos sostenidos entre partes, el vencido debe pagar los gastos³⁹⁵. Que este criterio ha debido estar bastante extendido en la Cataluña medieval lo demuestra el que ha tenido que ser rechazado expresamente en algunas costumbres como Lérida y Tortosa, dando así la impresión de haber constituido el criterio local de la denominada Cataluña Vieja, frente al que se ha alzado la Cataluña del sur.

Frente al criterio subjetivo que, como más adelante se explicará, ha sido el triunfante con la Glosa, parece desarrollarse una oposición favorable al criterio objetivo con el denominado "mos gallicus". Como se sabe, ese movimiento representa una reacción contra los comentaristas o postglosadores, fundamentalmente, y pretenden restaurar un derecho romano puro, que cree conocerse en cuanto se trata de una escuela erudita y con métodos históricos adecuados, condiciones totalmente distintas a las de la Glosa y el Comentario, que sin espíritu historicista hacen derecho vivo de los textos que encuentran y a los que consideran dogmáticos. En el aspecto del gasto procesal, es Cujacio el que exhuma la constitución repetidamente citada de Zenón, y la incluye de nuevo en el Código de Justiniano con auxilio de las Basílicas. Dado que en ésta

395. Loc. cit. en nota 15.

es posible ver una tendencia objetivista, y así lo ha creído Chiovenda, como más adelante se dirá, puede decirse que este "mos gallicus" contribuye a crear una atmósfera favorable a la imputación incondicionada de las costas al vencido, que cristaliza legislativamente en la Ordenanza francesa de Luis XIV, dada en 12 de noviembre de 1667³⁹⁶. Aunque se trata de cristalización aislada no puede desconocerse el gran influjo de la legislación francesa, a lo que hay que unir la defensa que de ese criterio realiza el profesor alemán Adolfo Weber en la Universidad de Rostok el año 1788³⁹⁷.

Aunque luego se insista en ello, debe anticiparse que estas corrientes no han tenido ningún reflejo importante en nuestro país, en el que el criterio objetivo, como se ha dicho, se ha desarrollado con anterioridad.

D. *Por necesidad objetiva*

En realidad, esta rúbrica sobra cuando se trata de una exposición sobre el gasto procesal en el derecho histórico español, pues un criterio objetivo basado en ese fundamento no ha asomado nunca en él. La razón de citarlo está en completar la visión sobre las distintas posibilidades en cuanto a la imputación del gasto.

Esta corriente, que es la que ha informado las codificaciones francesa y alemana, desliga el fundamento procesal del fundamento a que pudiera dar lugar cualquier consideración sobre la relación jurídica substantiva. Con ello se sublima el grado de objetividad, y la imputación automática del gasto al vencido nace de la necesidad objetiva de la relación jurídica procesal. Así como en la relación jurídica substantiva ha de haber un vencedor y un vencido, también debe haberlo en la relación jurídica procesal. Nadie atiende a que el usurpador de una posesión tuviera más o menos motivos para hacerlo o para creer que debía hacerlo, sino que si se considera que no tenía derecho se le condena a transpasar esa posesión al usurpado. De la misma manera, el vencido, aunque tuviera más o menos motivos para litigar, por el hecho de serlo debe

396. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 180-185.

397. *Id.*, págs. 191-192.

sufragar el gasto, pues a su actuación, más o menos de buena fe, se debe el nacimiento. Corresponde esto a una época en la que es concebible el positivismo jurídico, y en la que se han objetivizado el riesgo de algunas, como, por ejemplo, el de la relación laboral. Su influjo ha llegado al derecho procesal español actual con el denominado "juicio de cognición", cuyo vencimiento implica condena en costas automáticas dentro de un procedimiento declarativo.

3. EL CRITERIO SUBJETIVO O DE IMPUTACIÓN CONDICIONADA

A. *Su origen en el derecho romano como corrección del criterio de compensación de costas y sustitución del sistema penal procesal*

Como se recordará, el procedimiento formulario no ha resultado apto para conseguir un resarcimiento del perjudicado, y se ha tenido que recurrir al sistema de las penas contra el litigante temerario, que todavía se reflejan ampliamente en Gayo. Los gastos del pleito son objeto de controversia en la doctrina, pero sin tomar como objeto las relaciones de las partes entre sí, sino las de las partes y los terceros con quienes están vinculadas aquéllas, como ocurre en textos de Labeon, Juliano y Marcelo. Entre esas relaciones se encuentran las de los administradores de una comunidad como sujetos al reembolso respecto de ésta por los gastos, lo que aparece tratado por Papiniano, o la del comodante que reclama del comodatario las costas del pleito seguido contra tercero para recuperar las costas, mediante la "actio commodati". En todo ello, sin embargo, y como acertadamente destaca Chiovenda, no se habla de condena en costas, sino que implícitamente se excluye, pues lo que hay no es resarcimiento a cargo del vencido, o mejor, de la otra parte litigante, sino del fiador, procurador, mandante, etc.³⁹⁸.

Como indica muy bien Chiovenda, la condena en costas nace a modo de sustitutivo de las penas procesales contra el vencido, y revistiendo los caracteres de excepción a la regla de que cada una de las partes ha de soportar sus gastos. En la jurisprudencia

398. Vid. op. cit., págs. 61-64. Chiovenda señala la existencia de interpolaciones en los textos de Labeon, Juliano y Marcelo.

se plasma en dos textos de Ulpiano, uno con carácter general y otro con carácter especial, pero complementarios, refiriéndose el segundo, siempre según Chiovenda, a un decreto imperial como origen legislativo³⁹⁹.

Según concluye el ilustre procesalista italiano, la condena tiene dos limitaciones, como son las de dictarse solamente: *a*) contra el actor vencido, lo que es lógico, pues la finalidad perseguida es sustituir al "iudicium calumniae", que sólo se daba contra el actor, siempre considerado más responsable que el demandado, y *b*) contra el actor vencido y temerario, debiéndose identificar la "temeritas" a la "calumnia" o "conciencia de lo injusto", en lo que Chiovenda se alinea con otros autores frente a aquellos otros que pretenden equiparar "temeritas" a "culpa", o simplemente a "vencimiento". Como argumenta muy bien, "temeritas" no podía ser "vencimiento", en cuanto tenía carácter excepcional, ni podía ser "culpa" al sustituir al "iudicium calumniae", lo que se confirma por el hecho de que el Emperador Gordiano, pocos años después de Ulpiano, renueva la conminación de la condena en dos textos en los que se alude a la actividad de perjudicar la causa, ni tampoco "culpa simple", que podía darse por no comparecer en juicio, multiplicar pruebas, etc., lo que daba lugar a condenar independientes, sin que pudiera ponderarse una culpa en cuanto a la cuestión⁴⁰⁰.

Un paso importante en la legislación imperial lo representa la constitución de Valentiano y Valente al prefecto de la urbe Olybrio, del año 369. Aunque limitada a un supuesto reivindicatorio, como también indica Chiovenda, por primera vez se conmina con el pago de expensas al demandado, y no sólo al actor, lo que hace pensar al procesalista italiano que quizá en la "petitio hereditatis" y acciones semejantes es donde se ha podido encontrar el origen de la condena contra el demandado, no como pena y sustitutivo del "iudicium calumniae", como sucedía anteriormente con el actor, sino como restitución o resarcimiento junto con los frutos, no

399. Op. cit., págs. 67-69. Los textos de Ulpiano se encuentran en D. 5, 1, 79 y 50, 5, 1.

400. Op. cit., págs. 69-78 y 79-81.

exenta de carácter penal y condicionada a la "temeritas"⁴⁰¹. Conviene destacar que en la constitución se acentúa la nota subjetiva que impera en este momento, en cuanto se prevé también la condena en el pago de los gastos al demandante, cuando se considera deshonesto su demanda, y no, simplemente, cuando sea vencido⁴⁰².

Se ha superado ya en Roma el período en el que el resarcimiento de los gastos precisa de un nuevo juicio, lo que desemboca en que la decisión sobre las costas pase a ser de una facultad, una obligación, como se ve en la constitución de los Emperadores Honorio y Teodosio dirigida a Asclepiodoto, Prefecto del Pretorio, en el año 423. Terminado y transigido el negocio, no concede ninguna acción ni permite rescripto para la petición de costas, si el que conoció y promulgó en el negocio principal no firmó pronunciamiento, constituidas las partes, para que al vencedor le fueran restituidos los gastos o si sobre dicho pronunciamiento no correspondiera querrela por derecho, pues los Emperadores consideran "nefas" el resucitar la litis⁴⁰³.

La constitución sigue dentro de la misma línea de criterio subjetivo que el derecho anterior. En ningún momento se prevé la condena automática del vencido, sino que ello precisa de una de-

401. Op. cit., págs. 82-84. Vid. la constitución, *C. Th.*, 4, 16, 1, en CONRAT, ed. cit., págs. 498-499: "Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae... Heredis quoque... Addimus etiam, ut impensas sumtusque litis, re ad finem deducta, petitoribus praestent. Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et iurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab istius cautionis merito segregamus... Vid. también *Codices Gregorianus Hermogenianus Theodosianus*. Edidit Gustavus HAENEL, Bonn, 1842, págs. 418-419.

402. "... iubemus enim, ut, si intentio petitoris improba iudicetur, praestet possessori sumtus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiamsi super hac re expressior cesset sententia iudicantis."

403. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 85-86. Vid. la constitución, *C. Th.* 4, 16, 2, en ed. CONRAT, loc. cit.: "Terminato transactoque negotio posthac nulli actio, neque ex rescripto, super sumtuum repetitione praestetur, nisi cognitor, qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis iuridica pronuntiatione signaverit: victori causae restitui debere expensas, aut: super his querelam iure competere. Post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia." Puede verse también ed. HAENEL, págs. 420-421.

claración especial, ahora a cargo del juez que resuelve sobre la relación jurídica substantiva, entendiéndose que cuando ese pronunciamiento falta, se opera la compensación de costas. Esta constitución deroga la de Valentiniano y Valente, a la que excluye en el Código de Justiniano ⁴⁰⁴.

B. Tendencias a la transformación del criterio subjetivo en un correctivo de la solución objetiva

Hasta ahora, como ha podido observarse, el criterio subjetivo de imputación ha sido un correctivo del criterio de compensación de costas, sustituyendo al sistema de penalización procesal que, aún incluso en los tiempos de Gayo, había constituido el único correctivo. A mediados del siglo v se opera un cambio, que tiene su origen en uno de los privilegios concedidos a los eclesiásticos, concretamente, en una constitución de los Emperadores León y Antemio, dirigida al prefecto del pretorio Erythrio en el año 472, que recopilará Justiniano.

En la referida constitución, y a fin de combatir contra la misma "temeritas" que han luchado las anteriores disposiciones imperiales, se ordena que cuando los demandados fueran sacerdotes, clérigos o monjes y la demanda no fuera justa y legítima, los demandantes fueran condenados a satisfacer todos los gastos que los hubieran irrogado desde el principio de la causa ⁴⁰⁵. Esta constitución por parecer no hacer sino confirmar el criterio de las anteriores, ha suscitado viva curiosidad y asombro en todas las épocas. Irnerio lo explicó como un privilegio de los clérigos; Búlgaro, como que por ella había de restituirse a los eclesiásticos todo, aun-

404. C. VII, 51, 3.

405. "Leo et ant. AA. Erythrio p. p. Praeterea ne cui temeritas sua lucrativa concedatur et ut impudens calumniantium refrenetur audacia, iubemus, quotiens ii, qui sacerdotes seu clerigos seu monachos ceterosque superius designatos vel in tuae magnitudinis examine vel in provinciali iudicio proposita actione convenerint, si causa cognita convicti fuerint sine iusta eos et legitima petitione pulsasse, omnes eis legitimas expensas sumptusque, quos ab exordio coeptae controversiae ipsorum vitio tolerasse eos constiterit, redhibere cogantur, ut hac saltem censurae iustissimae formidine revocati improbis adsidue conflictationibus occupati adquiescant se iam sopitis clamoribus iurgiorum magistra deinceps necessitate retinere." C. 1, 3, 32.

que sobrepasara de lo indispensable, y otros glosadores, como que se les indemnizaba también de los daños. En la doctrina moderna, Chiovenda parece ser el que ha acertado en la interpretación, al creer que lo que se ha hecho es sustituir la "temeritas" por la "petitio non iusta et legitima", aunque también se haga para castigar aquélla, no pudiéndose reprochar al gran maestro italiano sino que creyera que ello había terminado por conducir hacia la condena pura y simple del vencido⁴⁰⁶.

Lo que parece que León y Antemio han hecho ha sido, en efecto, dispensar de la exigencia de deshonestidad en la demanda para la condena en costas, cuando los perjudicados por el proceso han tenido la condición eclesiástica, bastando con que no haya tenido la condición de justa y legítima. No es que se haya abandonado el criterio de la temeridad, sino que ésta se ha apreciado como más fácil cuando la demanda se ha dirigido contra unas personas cuya condición debía inspirar más respeto, y a las que por esa condición se irroga un mayor perjuicio, al menos, moral. El vencimiento ha aparecido así como una presunción de temeridad en el actor, que por la redacción de la parte dispositiva del precepto es, incluso, "iuris et de iure", aunque hay que suponer que no se llegara hasta este extremo en base al exordio, donde hay que volver a repetir que lo que se intenta es castigar la temeridad.

El criterio instaurado por primera vez como un privilegio para los eclesiásticos parece extenderse con carácter general, a través de la constitución del Emperador Zenón, del año 487, que Cujacio reintegrara al Código de Justiniano tomándola de las Basílicas. En ella se dispone que todo juez ordene al vencido el abonar todos los gastos irrogados en el juicio, estándole concedido al juez el aumentar la suma de los gastos hasta la décima parte de lo gastado si a ello le moviera la impudicia del vencido, de suerte que lo que excediera perteneciera a los fondos públicos, a no ser que el juez quisiera resarcir a la parte victoriosa por la demora y le adjudicara parte, debiendo ser condenado actor y reo, no sólo si el juez fuera competente para ambos, sino también si fuera incompetente para el actor, cuando éste fuera vencido en reconvencción.

406. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 87-89.

dado que no podía recusar al juez. La constitución concluye exponiendo las excepciones a la referida condena, que son las de que el demandado, acordándose de su deber, hubiera pagado; el actor hubiera desistido, o el juez hubiera concedido que éste no era un calumniador, sino que había sido condenado en cosa dudosa, lo que evitaba la condena de gastos⁴⁰⁷.

Erman y Waldner, cuyas opiniones recoge Chiovenda, no creyeron que Zenón hubiera instaurado un criterio objetivo. Para el primero, el emperador romano no había hecho sino combatir el abandono de los jueces en imponer las costas, pero subordinándolo siempre a la temeridad. Waldner estimó que la imposición en cuanto al demandado se apoyaba siempre en el pleito injusto, y se apoyó en las excepciones, elevando la última a norma general. Frente a estas opiniones, Chiovenda defendió íntimamente convencido el que Zenón había innovado y había llegado al principio puro de la condena en costas al vencido, abriendo con ello un tercer período en el derecho romano, que había recorrido tres etapas: a) condena del temerario vencido; b) condena del vencido, pero con propósito de castigar al temerario, y c) condena del vencido⁴⁰⁸.

Aunque la construcción chiovendiana sea sugestiva históricamente, jurídicamente no es convincente, y, además, no debe olvidarse que el gran maestro italiano escribe en una época muy inclinada doctrinalmente a la condena automática de las costas, por la que se siente muy influido al realizar su estudio histórico.

407. "Epitome graec. const. Zenonis ex Bas.—Constitutio sancit, ut omnis iudex in sententia sua iubeat victum praestare omnes expensas in iudicio erogatas; concessa ipsi iudici potestate et excedenci summam expensarum ad decimam usque partem eorum, quae impensa sunt, si eum victi impudentia ad hoc permoverit, ita ut, quod expensas excedit, ad publicas rationes pertineat, nisi forte iudex, morae detrimentum parti vitrici sarcire volens, partem aliquam eorum ei addicat: condemnando non solum actore et reo, si iudex utrique competens sit, verum etiam si actori sit incompetens, si is vincatur ex reconvencione, quum non possit illum iudicem recusare, sive praesides iudices fuerint, sive delegati a principe arbitri; nam et hi exsecutores et compulsos habent. Quodsi iudex hoc non fecerit, ipse hoc damnum victrici parti sarcire cogitur." C. VII, 51, 5.

408. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 92-96.

En primer lugar debe tenerse presente que la constitución de Zenón no deroga la de Honorio y Teodosio, sino que es compatible con ella, y aún debe complementarla en cuanto Justiniano recoge las dos, incluso dentro del mismo capítulo y título. Ahora bien, Honorio y Teodosio admiten como supuesto normal, aunque no deseado, el que no exista pronunciamiento sobre las costas, dándose lugar, en consecuencia, a una compensación de las mismas, por lo que no puede pensarse que Zenón haya rechazado categóricamente ambas situaciones, sino que más bien lo que ha podido hacer es tratar de corregir una para a su vez corregir la otra. En consecuencia, Zenón, como apuntó bien Erman, debió combatir la indolencia judicial en este aspecto, induciendo a no dejar de pronunciarse y a no dar lugar a una compensación de costas por inhibicionismo. Otra cosa distinta es que Zenón llegara con ello a un criterio objetivo de imputación automática, pues, por el contrario, desde el momento que exige un pronunciamiento expreso en el que el juez condene al vencido, es porque la condena no se produce automáticamente, y, en consecuencia, no puede pretenderse, como quería Chiovenda, un principio asoluto.

En segundo lugar, el que el hecho de que la condena en cosa dudosa sea una excepción no puede disminuir su importancia, aun cuando esa condición de dudosa deba constarle no sólo a la parte litigante, sino al juez. En virtud de la disposición, el juez aparece obligado en todos los casos a considerar si la condena ha recaído sobre la cosa dudosa, y ello significa que se está muy lejos de una imputación automática, en la que al Juez le basta con saber quién es el vencido.

En tercer lugar, no debe pasar desapercibido que Zenón ha prescrito posiblemente la condena al costas al vencido, pensando exclusivamente en el actor, y no en el demandado por las siguientes razones: *a)* porque está pesando siempre el recuerdo del “*iudicium calumniae*”, sólo dado contra el actor; *b)* porque también la constitución de León y Antemio citada está hecha para el actor, y *c)* porque en la propia constitución de Zenón la excepción está referida sólo también al actor. Se dirá, entonces, que sólo el actor ha podido salvarse de la condena en costas cuando la cosa sobre la que ha litigado era de carácter dudoso, y que esa posibilidad no

ha alcanzado al demandado, pero eso, de una parte, es absurdo, y de otra, iría contra todo el pensamiento jurídico romano. Es absurdo que el actor, que es quien ha dado origen a los gastos con su conducta, pueda liberarse porque no se le pueda imputar que ha actuado injusta o imprudentemente, y no pueda liberarse por la misma razón el demandado, que es el que no ha dado origen a los gastos. Precisamente es al demandado al que menos puede imputársele una actitud imprudente, pues hallándose disfrutando de una situación jurídica, que es la que se impugna, es lógico que la defienda, y no puede censurársele porque estime tener un principio de razón, como lo es ya el hecho de hallarse disfrutando más o menos tiempo de la indicada situación. Al actor, que mueve la máquina judicial y en el que tiene que preceder una reflexión sosegada, es al que más puede exigírsele en relación al demandado, que se ve atacado e instintivamente ha de defenderse.

Las constituciones, pues, de León y Antemio y de Zenón, la primera para el supuesto de eclesiásticos demandados y la segunda para toda clase de demandados, no representan la instauración de un criterio objetivo de imputación del gasto procesal, sino una tendencia a la objetividad en relación a los demandantes, en los cuales el vencimiento determina una presunción de temeridad por la cual deben ser condenados expresamente por el Juez en los gastos. Tendencia a la objetividad no significa objetividad, pues cabe: a) que el juez no cumpla con su deber de condenar, y b) que la presunción de temeridad, presunción "iuris tantum", sea derribada. todo esto, además, referido exclusivamente al actor o demandante.

Si el juez no cumple con su obligación podrá ser objeto de sanción o de resarcimiento, pero en el litigio fallado se operará una compensación de costas, pues éstas precisan de una declaración expresa, ya que la constitución de Zenón no dice que el vencido pagará las expensas, sino que el juez le condenará a pagarlas. Si el Juez concluye que el demandante no era un calumniador, porque ha formulado su petición en un asunto en el que realmente cabía la posibilidad de que tuviera razón, aunque finalmente no haya sido así, también existe una exoneración de responsabilidad en cuanto al gasto, que, como puede observarse, nace de considerar que el actor no ha actuado con la temeridad que se presume en el

que ha sido vencido. El criterio subjetivo de imputación no ha sido vencido, sino que, por el contrario, aparece aquí más triunfante que nunca, lo que sucede es que mientras anteriormente se le concebía un correctivo del criterio de compensación de costas y como sustitutivo de las penas procesales, ahora se le concibe también como un correctivo del criterio objetivo. Anteriormente, el planteamiento era: las costas han de soportarlas las partes, a no ser que el Juez castigue al actor, e incluso, a veces, al demandado cuando actúe maliciosa o temerariamente. Ahora el planteamiento es: el Juez puede imponer las costas al actor, y a veces al demandado, cuando actúen maliciosa o temerariamente, pero, además, debe imponerlas siempre al actor o demandante que ha sido vencido, a no ser que lo haya sido en cuestión de carácter dudosa, que revele que no ha actuado maliciosa o temerariamente. Finalmente, este criterio de presunción de temeridad en el actor está fortalecido cuando el demandado es de condición eclesiástico.

C. La adopción de los principios romanos en el derecho visigodo

El derecho visigodo en el aspecto del gasto procesal no ha conseguido una buena consideración por parte de los autores. Chioven-
da, aunque reconoce que la condena en costas no ha sido desconocida en el derecho visigodo, y realiza unas cuantas e interesantes citas sobre ello⁴⁰⁹, concluye que las leyes bárbaras, aun las más influidas por el derecho romano, no conocieron la condena en costas, pues, incluso, en los visigodos la "compositio", por el número de millas recorridas, se refería exclusivamente a los gastos de viaje, y todo lo más que llega a conceder es que, recordando el Breviario de Alarico, probablemente el precepto romano no cayó totalmente

409. Op. cit. pág. 138. Cita la retribución de los representantes en juicio (*Lib. Iud. II, 3, 7*); el reembolso a las partes por el juez "quidquid dispendii super octo dies pertulerint" cuando tarda en decidir el pleito más de lo debido (*Lib. Iud. II, 1, 21*). y el que el actor puede ser puesto en posesión de los bienes del juez negligente de distinto territorio para obtener "de solis frugibus usum et expensas" (*Lib. Iud. II, 2, 7*).

en desuso, aunque limitado a los sometidos a la ley romana ⁴¹⁰. Por su parte, Zeumer vio en el "Liber Iudiciorum" la introducción de la multa procesal para los que pleitearan imprudentemente como un sustitutivo del pago de las costas del juicio ⁴¹¹.

Desde luego hay que rechazar la opinión de Chiovenda de que los gastos procesales hayan podido estar reducidos a los gastos del viaje, pues se ha visto la importancia que tuvo la retribución del órgano judicial, por ejemplo. En cuanto a la opinión de Zeumer también se juzgó a su debido tiempo que no podía entenderse con carácter general lo que sólo era un medio aplicado para una actuación procesal concreta.

Dado lo fragmentario del código euriciano, no se puede afirmar con seguridad que en él se contuviera o no se contuviera algún precepto sobre imputación de gastos en juicio, pero de lo que sí se puede tener alguna certidumbre es de que ha existido un criterio antes de la promulgación de la Ley de Teudis. En efecto, la ley de Teudis es una disposición centrada exclusivamente en torno al gasto procesal, y de importancia excepcional, como lo demuestra su inclusión en una gran colección legislativa, por lo que si la citada disposición no contiene nada sobre imputación obedece forzosamente a que no se cree necesario por estar ya establecido. Naturalmente, si la ley de Teudis ha sido incluida en el Breviario de Alarico es porque se han estimado vigentes las disposiciones de éste, y es más, la mencionada inclusión puede explicarse por el hecho de que una disposición sobre gasto procesal sólo encontrará lugar en el citado Breviario. En este caso, no sólo se demostraría la vigencia del Breviario en este aspecto, sino su vigencia exclusiva, es decir, que tanto si el Breviario derogó el Código de Eurico, según la tesis de García-Gallo, como si coexistieron, según la teoría de Merêa, en cuanto al gasto procesal sólo estuvieron vigentes las disposiciones del Breviario, sin que por otra parte pueda pensarse que lo estu-

410. Op. cit., págs. 139-143. Actúa por prejuicios cuando dice que el concepto romano no resultaba claro a los germanos, poco acostumbrados a objetivar, pues si alguien estaba acostumbrado a objetivar y abusar de la objetivación eran los germanos.

411. Vid. nota 367.

vieron sólo para la población romana, pues la disposición de Teudis está dada para todos sus pueblos.

Con arreglo al Breviario de Alarico, puede decirse que el pueblo visigodo ha recibido los principios romanos que han informado el Código Teodosiano, esto es, los de un criterio subjetivo de imputación como correctivo de un criterio de compensación de costas, y sin llegar a ese criterio como correctivo de una tendencia objetiva, puesto que las constituciones de León y Antemio y de Zenón, como es lógico, no fueron recibidas. Ese criterio coexiste con algún residuo de las penas contra el litigante temerario, como la "litis crescentia" a través de las Sentencias de Paulo. La "interpretatio", que hoy no se cree visigoda, tiende a abandonar, quizá, los tecnicismos, hablando de negar simplemente donde antes se hablaba de "infitiatio", y a desarrollar algún puesto como el de engaño en la compraventa de heredad⁴¹².

El criterio subjetivo está presente al recogerse las constituciones de Valentiniano, año 369, y de Honorio y Teodosio, año 423⁴¹³. En la primera, la "interpretatio" confirma la posible condena del demandado en los casos de reivindicación de heredad⁴¹⁴, y en la segunda destaca la obligación de la parte interesada en cuanto a la petición de la condena, pareciendo que hace recaer en la misma la responsabilidad de que la sentencia no contenga pronunciamiento, y con ello la imposibilidad de obtener la citada condena⁴¹⁵.

412. Vid. nota 378.

413. Vid. notas 401-403.

414. "Quisquis rem alienam male possederit, si in iudicio fuerit superatus, quod rem sibi non debitam occupare praesumpsit: sed et ille, qui conventus a certo domino reddere pervasa noluerit... Heredes quoque eorum... Addimus quoque, eiusmodi personis ut et sumtus et expensas litis ex eo die, a quo de tali re coeperint litigare, usque dum finiatur, pulsantibus reddant: nam et ipsi, qui alios possidentes pulsare tentaverint, si ea in iudicio repertant, quae sua probare non possint, similiter sumtus et expensas litis pulsatis possessoribus reddant, quantum eos toto litis tempore perdidisse constiterit."

415. "Posteaquam inter partes fuerit definitum iudicio intercedente negotium, quaecunque actio propter repetendos sumtus vel expensas litis obtenta fuerit, nullam habeat firmitatem, quam iudicati forma non continet: quia quicumque, quod in iudicio adversario praesente non petiit, postea de eadem re litem aliam non poterit inchoare."

Este criterio ha debido persistir después de Leovigildo, y aún después de promulgada la primera redacción del "Liber Iudiciorum", pues en éste se refleja una de las muchas lagunas que contiene de todo orden. Esta laguna viene a salvarla Ervigio al reformar por el sistema de interpolación la ley enmendada de Chindasvinto sobre retribución del órgano judicial y ejecutor de los pleitos. Esa interpolación no parece variar el criterio anterior, sino darle mayor fuerza, evitando su incumplimiento. Ervigio confirma el criterio de compensación de costas con el criterio subjetivo de imputación como correctivo, decretando que en juicios de partición de herencia las partes paguen conjuntamente al juez y al sayón, lo mismo que cuando, en general, no se apreciara en el demandado culpa, presunción, usurpación o deuda posesoria⁴¹⁶. Con ello no se desvía del criterio de la constitución de Valentiniano y Valente recogida en el Breviario de Alarico, sino que, en todo caso, lo que hace es generalizar lo que en aquella parecía limitado a casos de reivindicación, por otra parte, los más frecuentes.

D. *La resurrección del criterio subjetivo en las escuelas italianas*

Es dudoso que pueda hablarse propiamente de una resurrección del criterio subjetivo, si se tiene en cuenta que, probablemente, no murió nunca. La creencia de Chiovenda de que las escuelas anteriores a la boloñesa debieron interpretar a Justiniano como prescribiendo las costas al vencido, aunque el Brachilogo recogiera la facultad judicial de la compensación en uno de los casos de la constitución de Zenón⁴¹⁷, descansa, como puede comprenderse, en su errónea interpretación de aquella constitución. El emperador romano no instauró el criterio objetivo, y por ello, las escuelas pre-boloñesas mal pudieron interpretarlo así, ni tampoco Chiovenda se esforzó en demostrarlo.

416. "...Pro celebrandis autem divisionibus, si causa extiterit, iam quia utraque pars et competentia sibi iura reposcit et debitam sibi partem portionis requirit, ab utrisque partibus predicta commoda exigenda sunt. Similiter autem et in huiusmodi causis, ubi nulla est culpa, presumptio, usurpatio vel debitum possessorum hic ordo servabitur, ut commodum iudicis vel saionis de utrisque causantium partibus exigatur..." *Lib. Iud.* II, 1, 26.

417. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 154.

La justificación del empleo del término *resurrección* está en que el criterio subjetivo debió debilitarse, y aun desaparecer, allí donde no se mantuvo la recopilación justiniana o la teodosiana que la precedió, como es el caso de la Península Ibérica, donde en los primeros siglos de la Reconquista rigió un criterio objetivo, según se explicó. Las escuelas italianas resucitarán el criterio subjetivo en cuanto le insuflarán fuerza, hasta el punto de expandirse triunfalmente nuevamente por aquellos territorios que en épocas ya distantes le habían saludado.

Para Chiovenda, el primer texto que se separa de una interpretación de la constitución de Zenón en sentido objetivo es el de las "Questiones de iuris subtilitatibus". El texto, en forma de diálogo entre el "Auditor" y el "Interpres" presenta a través del primero la antinomia existente entre la condena en costas del vencido y la consideración debida al poseedor de buena fe, cuando la cosa perece durante el juicio, antinomia que es resuelta por el "Interpres" muy acertadamente concluyendo que la condena no depende del vencimiento, sino del dolo del litigante, lo que deduce de que las constituciones condenan al litigante rebelde "etiam ante sententiam", cuando en consecuencia no existe vencimiento. Esa es la doctrina de los glosadores, y esa opinión se cita en la Glosa como de Irnerio⁴¹⁸.

Conocido el modo de trabajar de los glosadores, no es extraño que incurrieran en errores y, sobre todo, que aprovecharan toda clase de textos para ilustrar una tesis. Chiovenda los acusa de ver

418. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 155-56. 'El texto de las "Questiones" dice así: "XIII De iudiciis. A. Qui sententia uictus est condempnari debet in id quod uictor se legitime circa littem expendisse iuraverit, contra bona fide possessor ipsius etiam rei petite prestationem uitat quae pendente iudicio periiit, nec debet aut fatalitatem prestare aut ius suum indefensum propter eiusmodi metum relinquere. Qui ergo rem ipsam prestare non compellitur, is nec ad inpensarum solutionem cogendus esset. I. Si tempore iudicii perit res a te petita pretium eius prestabis, si scilicet actor rem distracturus erat, quamuis ne culpa quidem tua deprehendatur, si dictracturus non erat, tunc locum habet id quod proposuisti, impensas quoque bone fidei possessori remitti et ab eo demum exigi qui dolo fecit, apparet ex multis constitutionibus que etiam ante sententiam dispendia litis exigunt ab eo cui vitium potest imputari, regule vero generalitas qua victis infliguntur impense distenditur ad utrosque, id este tam presentes quam absentes."

“pena” en muchos textos que no la contenían; de dar preferencia a los textos que limitaban la condena en costas, por resultar más fácil sobreentenderla en los que no hablaban que suprimirla en los que la expresaban, y de la importancia concedida a un texto de Papiniano, donde la razón de litigar se admitía para que los administradores pudieran hacer soportar las costas a sus administrados, glosando que la justa ignorancia excusaba de los gastos, pese a que este supuesto fuera diferente en relación al vencedor que en relación al administrado, a todo lo que añade, como es natural, la falta de la ley de Zenón, que hubo de restituir Cuiacio ⁴¹⁹.

Del examen de los textos, los glosadores concluyen: *a*) la condena en los gastos sólo es imputable al que litiga “sine iusta causa”; *b*) de dicha condena está exento el que tiene “iusta causa litigandi”, y *c*) la “iusta ignorantia” es asimilable a la “iusta causa”. La condena en costas, en consecuencia, deviene la regla general, pero, como señala el procesalista italiano, sólo en la teoría, dada la excepción citada de que haya justa causa de litigar. La extensión de la regla general depende entonces de la interpretación, pues, para algunos, como Guido da Suzara y Durantis, el litigante tiene siempre justa causa de litigar en tanto tenga motivo “probabilis”, en tanto que para otros, como Baldo, en el que sucumbe se presume la malicia ⁴²⁰.

En ocasiones se ponen ejemplos constitutivos de “iusta causa litigandi”. Uno de ellos es el del que litiga sobre cosa que ha com-

419. CHIOVENDA, op. cit., págs. 156-159. El texto de Papiniano a que se alude está en L. 78, par. 2, D. de leg. II., que glosan: “quia iusta ignorantia excusat a litis sumptibus, etiam olim”. Completan todo viendo limitación de “calumnia” en C. III, 1. 13, la disposición más objetiva de todo el Derecho romano, como puede verse a continuación: “Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.—Sive autem alterutra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt. sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit, non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae suiacebunt, et reddere eam parti laesae coarctabantur.—Et haec de alterutra parte litigantium contumaciter absente nobis statuere visum est, ad acquitatis rationem omnia corrigentibus.” C. III, 1, 13, párrafos 6 y 7.

420. Para Baldo, “quod eo ipso quod succumbit praesumitur calumniari.” Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 162-163.

prado y que le es reclamada judicialmente, pues necesita ser vendido en juicio para poder repetir contra el que le vendió la cosa. Otro es el que litiga sobre cosa en la que ha sucedido a otro, pues no conoce los vicios provenientes del causante, con lo cual puede llegarse a una confusión entre la "ignorantia facti" con la "iusta causa litigandi". Junto con esto se plantea el problema del "iuramentum calumniae", es decir, la exoneración del que presta juramento de que no actúa por malicia. Cuando la prestación de este juramento está admitida, excusa desde luego del gasto procesal, pero también suele excusar cuando no es preceptivo. Se observa, sin embargo, una reacción entre los postglosadores, rechazándose la exoneración a causa de él, mediante la distinción que Bartolo, Baldo, el Panormitano y otros hacen entre "calumnia" o dolo y "temeritas" o negligencia. En cuanto que el juramento se presta por el dolo, no excusa de la condena en costas que se impone por la culpa ⁴²¹.

Dentro de este movimiento de las escuelas italianas hay que comprender también a los canonistas. Precisamente a uno de ellos, Durante, se debe la elaboración de la "probabilem causam litigandi", que dio argumento a la tentativa de establecer la regla general, desuniéndola de la "ignorancia facti" y de la prestación del juramento de calumnia, como ha destacado Salvioli ⁴²². Sin embargo, como se recordará, la legislación pontificia observa una tendencia objetivista, que puede tener sus antecedentes en la constitución citada de León y Antemio, y que tiene su fundamento en el hecho de que en los supuestos en los que se dicta se aprecia la temeridad o se estima no haber justa causa de litigar. Chioyenda atribuye a los Papas la actitud de imponer los gastos como pena frente a la audacia de los litigantes con origen en la ley romana citada, que él recuerda como de especial afecto para los eclesiásticos ⁴²³, y ese origen es demostrativo de la citada tendencia objetivista.

E. El triunfo del criterio subjetivo en los territorios hispánicos

El criterio subjetivo de imputación triunfa plenamente en los territorios hispánicos, hasta el punto de informar la legislación ac-

421. Op. cit., págs. 163-165.

422. SALVIOLI, op. cit., pág. 535.

423. CHIOYENDA, op. cit., pág. 159.

tual. Su triunfo va unido, generalmente, al del Derecho común, pero en unos territorios se plasma legislativamente y en otros no, así como en unos territorios va ligado a un predominio claro de la compensación en costas, mientras en otro aparece como un correctivo de una tendencia a la objetividad. Estos matices son más intensos en la Edad Media, es decir, en el momento de su introducción para sustituir el criterio objetivo de los primeros siglos de la Reconquista, mientras que en la Edad Moderna desaparecen y se opera una especie de fusión de criterios, a través de una doctrina jurídica que tiene caracteres de universalidad.

a) Castilla y territorios de su influencia

a') El doble origen visigodo y el Derecho común. En Castilla, el triunfo pleno del criterio subjetivo vinculado a la compensación de costas tiene un doble origen: a) el del renacimiento del Derecho visigodo, y b) el de la doctrina del Derecho común.

b') El Fuero Juzgo y el Fuero Real. En cuanto al primero, debe tenerse en cuenta la versión romanceada del "Liber Iudiciorum", en la que se recoge la disposición citada de Ervigio, por la que para el caso de partición de herencia prescribe el abono conjunto de costas, que extiende, en general, a todo pleito en el que no se demuestre la existencia de culpa, dolo o presunción en el demandado ⁴²⁴.

El Fuero Juzgo ha podido influir, a su vez, en el Fuero Real, aunque en todo caso sólo en espíritu, pero no en forma. Por primera vez en el Derecho de todos los territorios hispánicos el gasto procesal es objeto de un título independiente, lo cual da idea de un tratamiento científico del mismo muy superior al de épocas anteriores. Sin embargo, el Fuero Real parece interesarse más por la forma de determinación o cómputo de las costas que por su imputación, la cual da sólo como de pasada, describiendo una serie de supuestos en los que el alcalde ha de juzgar sobre las costas.

424. "... E otrosí decimos, si el pleyto fuére tal, que aquel a quien demandaban, non seméye, que había nenguna culpa, nin facie nengun tuerto, nin alguna presuncion non era contra él, ámas las partes paguen de só uno al Juiz y al Sayon..." *F. Juzgo*, II, 1, 24.

La mayoría de estos supuestos se refieren a perturbaciones ocasionadas por actuaciones procesales⁴²⁵, de lo que se desprende que ese juicio o condena sobre las costas tiene caracteres, fundamentalmente, de pena por litigar temerariamente. Por otro lado, el que haya unos supuestos determinados que acarreen la condena, y de otra, el que haya de ser objeto de actividad especial de los Alcaldes, indica que el criterio general ha sido el de compensación de las costas. Esto lo confirman las Leyes del Estilo, en las que el libramiento de las costas está condicionado a la previa petición de la parte⁴²⁶.

c') La obra del Maestro Jacobo y las Partidas. La influencia del Derecho común que, seguramente, se ha dejado sentir ya en el Fuero Real, está representada, fundamentalmente por la gran figura del Maestro Jacobo, en el siglo XIII. El problema de las costas lo trata en sus tres obras conocidas: las "Flores del Derecho", el "Doctrinal" y los "Nueve tiempos de los pleitos". Sin poder entrar ahora en la discusión de la prelación cronológica de las mismas⁴²⁷, lo único que cabe señalar es que la relación más próxima con las Partidas, tal como conocemos éstas, es, desde luego, la del "Doctrinal". En las "Flores del Derecho" y en los "Nueve tiempos", el Maestro Jacobo se muestra más cercano, aunque tímidamente, a la tendencia objetivista representada por el espíritu de la constitución de Zenón. En el "Doctrinal", por el contrario, se advierte siempre un aliento subjetivista, más compatible con un criterio de compensación de costas. Desde luego, siempre que existen coincidencias entre las "Flores del Derecho" y las Partidas es porque también coincide aquel texto con el "Doctrinal".

Si la influencia doctrinal del Derecho común está representada por el Maestro Jacobo, lo influencia legislativa lo está por las Par-

425. Vid. nota 303.

426. Vid. nota 329.

427. Frente a la opinión común, el profesor García-Gallo cree las "Flores del Derecho" una obra tardía, en tanto Partidas y "Doctrinal" copian un texto común.

tidas. Concordando con la glosa ⁴²⁸, esta monumental colección de Alfonso X, va a establecer el criterio castellano en materia de costas que va a predominar hasta nuestros días y que va a resistir los embates de las doctrinas contrarias. Al concordar, como se ha dicho, con el "Doctrinal" de Jacobo, sin haberlo en la misma medida con las otras obras de éste, va a adoptar un criterio marcadamente subjetivista y de corrección de un criterio de compensación de costas.

En primer lugar, "Doctrinal" y Partidas eluden toda declaración sobre que el juez haya de condenar siempre a la parte vencida, que, como se recordará, hacía Zenón, y que se recoge en las "Flores" y en los "Nueve tiempos" ⁴²⁹, aunque mucho menos objetivamente. El acento de las Partidas no se sitúa en el vencido, por más que hubiera podido después establecer excepciones, sino en el que actúa maliciosamente, bien como demandante obligando a comparecer al demandado, aun sabiendo que sin derecho, bien como demandado, defendiéndose sin tener razón ⁴³⁰, coincidiendo literalmente con el "Doctrinal" ⁴³¹, y parcial, aunque no literalmente, con el

428. Vid. la Glosa de Gregorio López a *Partidas*, III, 22, 8, señalando que este texto concuerda con l. properandum 13 § sin autem 3 C. de judic. et l. eum quem temerè 79. D. cod. et cap. "calumniam 4 de poenis, et Instit. de poena temerè litig., remitiéndose también a Spec. tit. de expensis, Lucas de Penna, en l. unica C. de sumpt. recup. lib. 10; Baldo en l. non ignorat, C. de fruct. et lit. expens.

429. *Flores del Derecho*, III, 1, 6: "Sennor quando dierdes tal sentençia siempre deuedes condenpnar ela parte que fuer uencida en las costas ala parte que fur uencedor, se entendierdes que la parte uençuda mouio o deffendio maliciosa mientras el pleyto..." Ed. cit., págs. 147-149. *Los Nueve tiempos*, tiempo 9.º: "... El iuyz deue acondempnar a la parte uençuda a la que uencio ennas despesas, & e se non, deuelas apagar de lo suyo..." Ed. cit., págs. 389-390.

430. "Los que maliciosamente sabiendo que non han derecho en la cosa que demandan mueuen a sus contendores pleytos sobre ella, trayendolos en juyzio, e faziendolos fazer grandes costas, e misiones es guisado que non sean sin pena, porque los otros se recelen de lo fazer..." *Part.* III, 22, 8.

431. "Los que maliciosamente, sabiendo que han derecho en la cosa que demandan, mueuen pleyto asus contendores sobrella trayendolos en juyzio, & faziendoles fazer grandes costas & misiones, es guisado que no sean sin pena por que los otros se rreçelen delo fazer; & por ende dezimos, quelos que enesta manera fazen demandas o se defienden contra otrie, no aviendo

Fuero Real⁴³². Esto que podría denominarse enunciación positiva del criterio, no elimina la enunciación negativa en "Doctrinal" y Partidas, por lo que se prescribe que el Juez no debe condenar al vencido cuando éste actúa por causa justa para demandar o para defenderse⁴³³. Coinciden en esto con las "Flores", pero en ésta ese supuesto está previsto como una excepción a la regla general de que debe condenarse al vencido, por más que en las "Flores" haya de ser el vencido temerario también⁴³⁴, mientras en Partidas y "Doctrinal" no es una excepción, sino una formulación pleonástica. Mientras la fórmula de las "Flores" es que siempre se debe condenar al vencido malicioso, salvo que se comprobara que actuó con razón, entendiendo por razón la posibilidad de tenerla, en Partidas y "Doctrinal" lo que se prescribe es que se condene al que actúe maliciosamente y no se condene al que actúe con razón.

Independientemente de exponer el criterio general, las Partidas suministran tres ejemplos de situaciones en las que no cabe la condena en costas, coincidiendo también con el "Doctrinal", mientras que las "Flores" sólo dan dos de estos ejemplos, y los "Nueve tiempos", ninguno. Los casos citados son: a) el del que litiga por lo que ha heredado; b) el del que lo hace por lo que le ha sido donado, vendido o cambiado, y c) el del que ha prestado juramento de calumnia. El segundo caso es el que no está contenido en las "Flores".

y rrazon por quello deuan fazer, que no deue tan sola mente el judgador dar por vençido ensu juyzio dela demanda al que la fiziere, mas aun la deue condenpnar enlas costas que fizo la otra parte por rrazon del pleito..." *Doctrinal*, lib. V, cap. 7, ed. cit., págs. 307-308.

432. "... quier por traher su contendor a Juicio sin derecho... quier por poner defension que non sea el derecho..." *F. Real*, III, 14.

433. "... Empero si el juez entendiere que el vencido se mouiera por alguna derecha razon para demandar, o defender su pleyto, non ha porque mandar quel pechen las costas..." *Part.* III, 22, 8.

"... pero sy el juez entendiere que el vençido se mouiere por alguna derecha rrazon para demandar o defender su pleito, non ha por que mandar quel peche las costas..." *Doctrinal*, loc. cit.

434. "... Mas se uirdes que mouio o deffendio su pleyto con guisa & con rrazon... non deuedes condenpnar ela parte uençada en las costas..." *Flores del Derecho*, loc. vit.

En el primer caso se entiende que hay justa causa de litigar en el que ha heredado algo y se defiende del que le demanda por ello, o, incluso, demanda por algo que se le hizo a su causahabiente⁴³⁵. En el segundo caso, se entiende lo mismo del que litiga sobre cosa que le ha sido donada, vendida o permutada, por creer que el que se la enajenó estaba en condiciones de hacerlo⁴³⁶. En el tercero, se aplica el mismo criterio a la prestación del juramento de calumnia, por el prestigio de que todavía goza, denominándolo Partidas y “Doctrinal” de juramento de mancuadra, lo que no hace las “Flores”⁴³⁷. Todos estos ejemplos están extraídos de la Glosa, como se recordará⁴³⁸.

d') El Derecho recopilado. El Derecho recopilado parece dedicar su atención a órganos y procedimientos de cómputo, y sólo la disposición citada del Fuero Real, al ser recogida, parece reflejar un criterio de imputación. Dada la deficiencia de este Derecho recopilado, seguramente de intento, el texto de Partidas constituye, desde su reconocimiento oficial por el Ordenamiento de Alcalá, el verdadero fundamento del Derecho sobre gastos procesales.

435. “... E esto sería quando alguno que fincasse por heredero de otro demandasse, o defendiesse en juyzio por rason de aquellos bienes que heredó...” *Part.*, loc. cit.

“... assi como se era heredero de alguno & mouio ela otra parte contra el pleyto, o el mouio pleyto dalgún fecho que feziesse aaquel de que era heredero contra la otra parte...” *Flores del Derecho*, loc. cit.

“... & esto sería quando alguno que fincase por heredero dotrie, demandase en juyzio por rrazon de aquellos bienes que heredó...” *Doctrinal* loc. cit.

436. “... o si alguno otro fiziese demanda, o se amparasse en rason de alguna cosa que le fuesse dada, o que el ouiesse comprada, o cambiada a buena fe creyendo que aquel que gela diera auia poderio de la enagenar...” *Part.*, loc. cit.

“... o si alguno que otro fiziese demanda o se anparase en alguna cosa quel fuese dada o quel ouiesse conprada o camiada a buena fe, o creyendo que aquel que gela diera avia poderio dela enajenar...” *Doctrinal*, loc. cit.

437. “... o si en otro pleyto qualquier y fuesse ya fecha la jura de la mancuadra a que dizen en latin, iuramentum de calumnia...” *Part.*, loc. cit.

“... o sy en otro pleito qualquier fuese y fecha la jura de la mancuadra a que dicen latin juramento de calupnia...” *Doctrinal*, op. cit.

“... e se por auentura fuere jurado enel pleyto de juramiento de calonpnia...” *Flores del Derecho*, loc. cit.

438. Vid. nota 421.

Cabe, en todo caso, destacar, para subrayar la tendencia subjetivista castellana en este aspecto, la Pragmática de Carlos I y su madre Doña Juana, dada en Valladolid en 16 de julio de 1513, la de 20 de mayo de 1518, en las que partiendo del supuesto de que en materia de deudas el demandante hubiera pedido recibimiento de prueba y hubiera probado, concluye que el demandado ha de pagar las costas, pero lo condiciona a que hubiera lugar en Derecho de pagarlas⁴³⁹, es decir, ni aun en este caso se decide por una doctrina del vencimiento sin más, sino se emplea una cláusula de reserva, en la que se está pensando, sin duda alguna, en Partidas.

e') La doctrina castellana de los siglos XVI y XVII. La doctrina castellana de los siglos XVI y XVII centra su atención en los siguientes puntos: a) estudio de la justa causa de litigar; b) estudio de la temeridad manifiesta; c) estudio del valor específico del juramento de calumnia; d) estudio de la necesidad de petición y de pronunciamiento expreso para la condena en costas, y e) generalidad del criterio.

a'') *La justa causa de litigar.* La justa causa de litigar interesa a la doctrina en cuanto excluye la condena en costas. Como dice Yáñez Parladorio, el vencido regularmente es condenado a satisfacer los gastos del vencedor, y la justa causa de litigar excusa de la condena⁴⁴⁰.

Para Gregorio López, se habla de justa causa de litigar por el hecho de la incertidumbre y la verdad escondida que existe en la causa, concluyendo que corresponde determinar si existe al arbitrio del juez⁴⁴¹. Yáñez Parladorio, siguiendo a Baldo, se inclina también a dejarlo al arbitrio del juez⁴⁴².

Por su parte, Covarrubias declara que el vencido es condenado en las expensas también cuando actúa sin dolo, si litiga temerariamente⁴⁴³, con lo que viene a diferenciar el dolo de la temeridad,

439. "... habiendo lugar de Derecho de las pagar." *Nov Rec.*, XI, 19, 4.

440. "Victus victori in expensis regulariter es damnandus" y "Iusta litigandi causa excusat a condemnatione expensarum." YÁÑEZ PARLADORIO, op. cit., cap. final, 5.ª parte, par. 18, núms. 1 y 2.

441. "... propter facti incertitudinem, et celatam veritatem... si sit punctus juris ambiguus..." Glosa a *Part.* III, 22, 8, en pág. 285.

442. YÁÑEZ, op. cit., núms. 4 y 5.

443. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 1.

siguiendo en esto a Bartolo, Baldo y el Panormitano, que, como se recordará, distinguían la “calumnia” o dolo de la “temeritas” o negligencia ⁴⁴⁴.

b”) *La temeridad manifiesta*. Siendo la temeridad la base de la condena en costas, algunos juristas exponen casos de temeridad manifiesta. Uno de ellos es Castillo de Bovadilla, quien estudiando los juicios de residencia prescribe el pago de las costas al falso capitulante en el supuesto de que se absolviera al corregidor u oficial capitulado ⁴⁴⁵.

En el siglo XVIII, Berni, glosando una ley de Partidas hace notar que cuando los pleitos empiezan por declaración jurada y los reos niegan, en caso de justificarse por el actor la pretensión, se condena a los reos en costas ⁴⁴⁶.

c”) *El juramento de calumnia*. Como se recordará, el juramento de calumnia recibió fuertes ataques de las más grandes figuras del Comentario, es decir, de Bartolo, Baldo y el Panormitano, a los que, en general, sigue la doctrina castellana.

Gregorio López afirma haber oído opiniones diversas, concluyendo comúnmente los Doctores que aunque excuse de la presunta calumnia, no excusa del litigar con temeridad o de las expensas que se pagan en razón de la contumacia, y añade que él lo ha visto practicar así. El glosador de las Partidas agrega que como el juramento se suele prestar comúnmente, de aceptar la excusa del mismo, no habría nunca lugar a la condena de los gastos, y concluye que como la ley se funda en la presunción de buena fe, la indicada presunción puede anularse por presunciones contrarias ⁴⁴⁷.

De la misma opinión es Covarrubias, que se apoya en Bartolo, Abbas, Socino y Lanfranco, manifestando que aunque la Glosa probara lo contrario, el uso forense lo había abrogado y no lo había visto nunca controvertido ⁴⁴⁸.

444. Vid. nota 421.

445. CASTILLO, op. cit., tomo 2.º, lib. V, cap. II, núm. 103, págs. 620-621.

446. Vid. JOSÉ BERNI Y CATALÁ, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partidas*, Valencia, 1759, pág. 190.

447. Vid. nota 441.

448. Vid. nota 443.

En la misma línea puede situarse también a Hevia Bolaños, quien siguiendo primero la legislación afirma que no ha de ser condenado en costas cuando se prestó el juramento de calumnia al principio del pleito, pero añadiendo después que siempre que en autos no constara el haber litigado con malicia, porque en este caso la presunción que existía de no litigar con malicia habría sido vencida, y sería condenado⁴⁴⁹.

d'') *La necesidad de petición y pronunciamiento expreso.* Demostrando que el criterio subjetivo no es sino un correctivo del de compensación de costas, la doctrina castellana insiste en la necesidad de que aquéllas sean pedidas y sobre las mismas exista un pronunciamiento expreso, pues de otra forma han de soportadas por ambas partes y no por el vencido.

La necesidad de petición se encuentra expresada, por ejemplo, en Covarrubias⁴⁵⁰. La necesidad de pronunciamiento se encuentra en Hevia Bolaños, según el cual hay condena cuando se dice en la sentencia "con costas", pues de no ser así cada parte ha de sostener las suyas⁴⁵¹.

e'') *Generalidad del criterio.* Es Gregorio López, al glosar el texto fundamental de Partidas, el que apoyándose en Baldo afirma que el criterio expresado en aquél procede también en causa criminal⁴⁵². La autoridad de esta opinión no puede ser contrarrestada por un texto citado de Castillo de Bovadilla en el que afirma ser de Derecho el que en las causas criminales el vencido sea condenado en costas, pues la doctrina que invoca es floja (Anania, Segura de Avalos, Cigaul) y comete en él un error importante, pues al aplicarlo a los juicios de residencia parece conferir a éstos carácter criminal⁴⁵³. En coincidencia con Gregorio López, y frente a la doctrina invocada por Castillo, se había pronunciado otro gran jurista, Covarrubias, para el que el criterio era aplicable a las causas criminales, como también las civiles podía ser declarada en sentencias interlocutorias, sin exigir que lo fuera en sentencias definitivas⁴⁵⁴.

449. HEVIA, op. cit., tomo I, par. 18, núm. 9, pág. 96.

450. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 5.

451. Vid. nota 449.

452. Vid. nota 428.

453. Vid. nota 445.

454. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 2.

b) Aragón

En Aragón, como se indicó, la preparación romanista de Vidal de Canellas lleva a una titulación de penas contra el litigar temerariamente a lo que no eran sino simples penas o multas procesales. La idea de "temeridad" está fuertemente arraigada en el obispo aragonés, como puede verse en su obra doctrinal⁴⁵⁵, pero no puede llevarla en debida forma a la obra legislativa que, al fin y al cabo, no es sino la recopilación del material suministrado por el derecho pirenaico.

La nueva corriente es incorporada definitivamente por Pedro IV, en cortes de Zaragoza de 1349. Se recuerda que muchos traen a otras personas indebidamente a juicio y las vejan con trabajos y expensas, por lo que ordena que si alguien condujera causa injustamente contra otro, fuera condenado el vencido en las expensas al vencedor, a no ser que tuviera justa causa para litigar⁴⁵⁶, como se verá, la fórmula más pura a la que había llegado la Glosa, en tanto que los antiguos fueros dejan de usarse.

El nuevo criterio es confirmado en cortes de Monzón de 1510 por Fernando el Católico, declarando que el acusador es condenado en las expensas y daños doblados si sucumbe, a no ser que hubiera habido justa causa de acusar⁴⁵⁷.

La doctrina se muestra concorde con esta línea. Bardaxi, partiendo de la base de que el vencido ha de ser condenado en las expensas, a no ser que tenga justa causa de litigar, se remite para su tratamiento a otros juristas aragoneses, como Molino, y a otros castellanos, como Covarrubias⁴⁵⁸. La doctrina clásica es expuesta por Portolés, el cual admite que las expensas sean pedidas después de recaída sentencia⁴⁵⁹.

455. "De pena temere litigantium, es assaber: De los qui mueuen pleito sin dreito et sin razon", lib. IV, 2, en Gunnar TILANDER, *Vidal Mayor*, trad. aragonesa de la obra *In excelsis Dei Thesauris*, de Vidal de Canellas, tomo II, Lund, 1956, pág. 265.

456. "... victus victori in expensis legitimis condemnetur, nisi iustam causam vel rationem habuerit litigandi." Ed. cit. de los Fueros Aragoneses, tomo I, pág. 257.

457. Fueros aragoneses, ed. cit., libro IX.

458. BARDAXI, op. cit., fol. 411.

459. PORTOLÉS, op. cit., par. "Expensae", núm. 6.

La formulación del derecho aragonés induce a pensar que en él el criterio subjetivo se haya concebido como correctivo del criterio objetivo. Sin embargo, la postura de la doctrina, concorde con la castellana, no confirma esa impresión.

c) Cataluña

En Cataluña no existe ninguna formulación de índole legislativa, por lo que la aplicación del criterio subjetivo se ha debido a la condición de fuente que en este territorio ha tenido el derecho común. La doctrina se ha manifestado, pues, de acuerdo también con este criterio, que ha parecido lógico, pues Peguera, por ejemplo, pese a tratar de las expensas, no se molesta en determinar su imputación. Ripoll lo hace en la forma tradicional, es decir, diciendo que la condena por gastos se excusa cuando hay "iusta litigandi causa", y que las "expensae litis" no deben gravar a los litigantes, sino "ob temerariam litigationem"⁴⁶⁰.

d) Valencia

En Valencia, el criterio subjetivo de la Glosa aparece introducido por Pedro IV, unos veinticinco años después de hacerlo en Aragón, al celebrar cortes en Monzón en 1376. El Monarca accede a una petición que le es hecha de que no exija el cuarto de la curia cuando se pronunciaran sentencias de árbitros, jueces ordinarios o amigables componedores en las que los litigantes no hubieran litigado maliciosamente o hubieran tenido justa o probable causa de litigar⁴⁶¹. Lo más notable de esta disposición es, quizá, el utilizar junto al adjetivo "justa" el adjetivo "probable", que recuerda el lenguaje de Durante, y que aclara bastante el concepto. En realidad, lo que excusa siempre no es una causa justa, que no lo es desde el momento en que se es condenado, sino una causa probable, en cuanto tenga ciertos caracteres que el que la defiende sea inducido lógicamente a suponer que tiene derecho.

460. RIPOLL, *op. cit.*, núm. 19.

461. "Nos Petrus dei gratia Rex Aragonum, Valentiae, & Ad humilem supplicationem pro parte generalis Curiae Regni Valentiae preterea nobis facta. Tenore praesentis concedimus vobis omnibus, & singulis universitati-

Posteriormente, Martín I, en 1403, dispone que en sentencias de árbitros o amigables componedores, e incluso de jueces ordinarios, no sea llevado cuarto alguno de la curia cuando la parte no fuera condenada en los gastos ⁴⁶², lo que implícitamente reconoce operarse compensación de costas en caso de ausencia de condena, pues si aun sin condena expresa hubiera de pagarlas el vencido, también habría de pagar el cuarto de la curia.

F. *El mantenimiento del criterio subjetivo en la codificación española*

La codificación española, en contraste con la de tipo alemán, y sobre todo con la de tipo francés, ha mantenido el criterio subjetivo, como destaca Chiovenda ⁴⁶³. En realidad, la codificación lo que ha hecho es no pronunciarse, actuando en la misma manera que lo hizo la recopilación, y pareciendo entender así que la condena en costas en cuanto a imputación no es un problema procesal "strictu sensu", sino un problema del derecho substantivo.

La primera Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por RD. de 5 de octubre de 1855 no se pronuncia, de forma que el Tribunal

bus, & singularibus dicti Regni, quod de vel pro sententiis arbitratorum, vel arbitratorum, vel amicabilium compositorum, & etiam de vel pro sententiis iudicum ordinariorum, vel delegatorum in quibus condempnati non se habuerint litigando maliciose, aut iustam, vel saltem probabilem causam habuerunt, vel habuerint litigandi nullum quartum, vel poena quarti exigatur, vel leuetur per nos, aut per quartenarium, vel officiales alios loco nostri. Et ne super hiis dubium, vel contentio valeat suboriri volumus, & declaramus, quod eo tunc condempnatus in principali facto litis censeatur in ipsa lite malitiose non se habuisse, aut causam litigandi iustam, vel probabilem habuisse cum in expensis eiusdem litis minime fuerit condempnatus. Mandamus itaque universis, & singulis officialibus, & quartenariis nostris quatenus praesentem concessionem, & declarationem quam hinc ad primas curias per nos in dicto regno Valentiae celebrandas durare dumtaxat volumus, & non ultra firmam habeant, teneant, & obseruent, & contra eam non veniant, vel aliquem contra uenire permittant aliqua ratione. In cuius rei testimonium praesentem vobis fieri iussimus nostro sigillo pendenti munitam. Datis in Montissono. xxj die Iulii, anno a Natiuitate domini M.ccc.lxx. sexto. Regnisque nostri. xlj." *F. R. V.*, I, 4, 9.

462. Vid. nota 159.

463. CHIOVENDA, op. cit., págs. 204-205.

Supremo da por descontado la temeridad como base de la condena, e incluso se sigue invocando las Partidas, como en la S. de 6 de mayo de 1876, y sin que la imposición de costas, por regla general, dé lugar a recurso de casación, como se afirma en SS. de 23 de diciembre de 1858 y 2 de octubre de 1878, entre otras cosas, porque la buena o mala fe se entiende cuestión de hecho, como afirma la S. de 18 de mayo de 1876.

La vigente Ley de Enjuiciamiento civil, pese a dedicar un título, el XI del libro I, a la tasación de las costas, no contiene tampoco una declaración sobre el criterio general en el juicio declarativo, aunque contiene muchas declaraciones sobre casos especiales, como incidentes de pobreza, cuestiones de competencia, recusamientos, etc.⁴⁶⁴ y para el criterio general del juicio declarativo hay que recurrir al Código civil. El interés de este diferimiento de las leyes procesales a las leyes substantivas civiles es grande. sin embargo, pues pueden significar que ha desaparecido en absoluto el carácter penal que ha podido tener en tiempos la condena en costas para ser actualmente un resarcimiento de perjuicios, como opina la doctrina moderna⁴⁶⁵. Quizá ello sea un bien, en cuanto evite que la condena en costas se transforme en un medio fríaamente técnico modelado por leyes procesales abstractas. No obstante, y como ya se ha dicho, el sistema objetivo ha entrado en nuestro país a través de la regulación del denominado "juicio de cognición".

IV. LA IMPUTACION DEL GASTO PROCESAL EN LOS PROCEDIMIENTOS IMPUGNATORIOS DE SENTENCIA

El criterio de imputación en el juicio declarativo o proceso ordinario en su también fase ordinaria, como es la primera ins-

464. Una lista muy completa puede verse en las conocidas *Leyes Civiles* editadas por MEDINA Y MARAÑÓN, en nota al art. 1.168 del Código civil.

465. Vid. de la PLAZA, op. cit., pág. 614.

tancia, no lleva aparejado forzosamente un criterio paralelo para las sucesivas instancias, es decir, para los procedimientos en que se impugna la sentencia primeramente recaída. Puede suceder que así sea cuando para una primera impugnación lo que se observa en la primera instancia es un criterio objetivo, pero no es lo mismo cuando se observa un criterio subjetivo, que quizá por su propia subjetividad es más inseguro y más vario. Sin embargo, cuando las impugnaciones se suceden es el criterio objetivo el que vacila y se cuarteja, y aparece entonces otra vez el subjetivo como el que puede satisfacer las pretensiones de equidad. Por ello es conveniente el estudio del problema en una primera impugnación y en unas impugnaciones sucesivas.

1. LA IMPUTACIÓN DEL GASTO EN LA PRIMERA IMPUGNACIÓN

A. *Las penas procesales en el sistema de integración del gasto en el sistema penal*

Cuando en la primera instancia se observa un criterio objetivo porque la satisfacción del gasto procesal está integrada en un sistema penal, se mantiene también en la impugnación de sentencia dando lugar a nuevas penas. Si en la primera vista de la causa el Juez no se ha planteado ninguna cuestión sobre si era justo o no que el acusado acusara o el demandado se defendiera, menos se lo va a plantear cuando el litigante impugna el fallo que él ha pronunciado. En este caso lo único que puede hacer es castigar siempre al que no ha podido derribar su decisión.

En el derecho histórico español pueden citarse como ejemplos los fueros de Molina de Aragón y de Usagre. En el primero, el que después de haber celebrado juicio ante el Conde lo impugna es condenado a pagar cinco maravedís y los gastos⁴⁶⁶. En el segundo, todo el que va contra la cosa juzgada pecha cuatro maravedís a su rival⁴⁶⁷, y el que se alza al Maestre, si éste confirma la deci-

466. "Qui ouiere juyzio antel Conde et despues otra vegada fuere con aquel juyzio ante el Conde, peche cinco maravedís et las espesas." *F. de Molina de Aragón*, cap. 22.

467. "... que judició arrancado renouare..." *Fuero de Usagre*, cap. 30.

sión, ha de pechar dos maravedies a los fieles y otros dos a los alcaldes ⁴⁶⁸.

En todos los textos debe observarse el concepto anfibológico que siempre ofrecen estas penas. En el Fuero de Molina de Aragón parece diferenciarse la pena de los gastos, pero es por tenerse de éstos un concepto muy estricto, como debe ser el de los hechos por la otra parte, seguramente para desplazarse ante el Conde, ya que la pena va dirigida a remunerar al órgano judicial y es, por tanto, un gasto puramente procesal por nacer del proceso, y que se imputa sólo a una parte para soportarlo económicamente. En el Fuero de Usagre, en el que el primer texto es dudoso que responda a una impugnación, pues más bien parece la iniciación de nuevo juicio, el segundo texto es claro en cuanto que se trata de una pena que, al mismo tiempo, va a satisfacer los gastos originados por la actuación de fieles y alcaldes.

B. *La confirmación del criterio objetivo en un sistema de transposición de la responsabilidad moral al Derecho*

Con motivo de apelar los monjes de San Dionisio de una sentencia interlocutoria, Inocencio III, en una Decretal dirigida al Obispo de San Vicores, decide que si no pudieran probar sean condenados en los gastos ⁴⁶⁹. Un derecho que, como el canónico, ha mantenido una postura que si no es la objetiva se ha acercado mucho a ella, no es extraño que confirme ese criterio. Si en la primera instancia ha estimado que el vencido por el hecho de serlo ha quedado demostrado ser el responsable de los gastos originados, con más razón ha de pensarlo cuando ese vencido ha litigado, no ya con otra parte, sino contra el propio Juez. Sobre que los tribunales eclesiásticos superiores han observado generalmente este criterio, debe recordarse lo atestiguado por Portolés ⁴⁷⁰, aunque

468. "... aquel que se alço pectet II morauetis a los fieles et II. a los alcaldes." *F. de Usagre*, cap. 387.

469. "... si in probatione defecerint, in expensis legitimis condemnantes..." *Decretales*, ed. cit., pág. 330. Vid. la edición castellana de Mans Puignarnau, vol 2.º, pág. 114: "... e si los monies esto non pudieren prouar, condempnenlos en las despensas."

470. Vid. nota 393.

esto quede atenuado por lo que dice Covarrubias, y de lo que se dará cuenta más adelante.

También cabe citar dentro de esta rúbrica a la legislación navarra, en cuyo Amejoramiento de 1330 se decide que todo el que sea vencido en apelación de sentencias definitivas pague los gastos al vencedor⁴⁷¹. Pese al arcaísmo de la legislación navarra no es posible pensar que en el siglo XIV, que ha visto la penetración triunfante del criterio subjetivo en Aragón y Valencia, después que en el siglo anterior, al menos, lo había hecho en Castilla y Cataluña, se haya mantenido con un sistema penal, sino que es más lógico suponer que si se ha observado un criterio objetivo en la primera instancia ha debido serlo basado en la responsabilidad moral del vencido. En todo caso, el Amejoramiento lo que ha hecho ha sido confirmar ese criterio para la apelación de una manera firme.

C. *La conversión del criterio subjetivo en objetivo*

Así como no es fácil que manteniéndose un criterio objetivo en la primera instancia se mantenga uno subjetivo en la impugnación, es completamente natural que la conversión pueda tener lugar en el caso contrario. Con arreglo al criterio subjetivo no se condena siempre al vencido porque hay supuesto en que se estima que éste ha podido pensar tener razón, pues el asunto era dudoso o incierto, pero estas circunstancias han variado cuando se ha pronunciado sentencia, y la duda o incertidumbre del asunto ha desaparecido o ha disminuido notablemente. Una postura ante este cambio puede ser el cambio también de criterio.

El indicado cambio puede observarse en las Leyes del Estilo, en las que se declara que el que apela al tribunal del Rey y es vencido debe pagar las costas al vencedor, y esto tan rígidamente que las paga también aunque apelando de más de un pronunciamiento, sea confirmado uno y revocado otro⁴⁷².

471. *Amejoramiento* de 1330, cap. 8.

472. Ley 164. "Como el que se alza si es vencido, ha de pechar las costas.—El que se alza para casa del rey, si es vencido ante el alcalde de la alzada, ha de pechar las costas al vencedor, sinon vino a seguir la alzada, et si se alzo sobre dos articulos o mas que dieron juicio contra él: et el

La rigurosidad en el apelante se manifiesta en el Ordenamiento de Alcalá, al prohibirse al que apela o a su procurador el alegar la falta de dinero en el primero, o la falta de provisión en el segundo ⁴⁷³.

El criterio objetivo más riguroso se establece en la legislación recopilada para la apelación de juicios de pequeña cuantía. Don Carlos y D.^a Juana, en Segovia 1532 y en Madrid 1534, establecen que en los pleitos menores de 40.000 mr. que vinieran de los jueces inferiores a la Audiencia por apelación, confirmándose sentencia se hiciera con condena de costas, y manda a Justicias y Jueces de sus reinos que en la apelación hagan condena de costas ⁴⁷⁴.

En el derecho local catalán existe una muestra importante de la citada conversión en las Costumbres de Tortosa, en las que estableciéndose, como se sabe, que las partes no paguen gastos de una a la otra en el pleito principal, dispone, sin embargo, que en apelaciones la parte vencida abone los gastos al vencedor ⁴⁷⁵.

D. *El mantenimiento del criterio subjetivo*

Pese a que las circunstancias de duda e incertidumbre de la causa hayan variado e, indudablemente, disminuido, puede pensarse que no han desaparecido, y, en consecuencia, mantenerse un criterio subjetivo en la impugnación. Además, no debe olvidarse, está el importante problema que se suscita cuando el vencido en la apelación es el que venció en la primera instancia.

En la legislación castellana, y por más que haya existido práctica en contrario durante alguna época si se recuerda lo dicho de

juez de la alzada confirmo el juicio sobre un artículo, et revoco sobre otro, con todo eso el que se alzó, si es vencido sobre un artículo tan solamente, pechará las costas de la corte cumplidamente a la otra parte por quien fue dado el juicio..."

473. "De las alçadas, é de la nulidat de la sentencia.—... nin se defienda el que se alço, nin su procurador por decir el procurador que non le dio dineros el sennor del pleyto, nin tiene con que pagar el proceso del pleyto..." *Ord. de Alcalá*, tít. XIII.

474. *Nov. Rec.*, XI, 19, 3. Vid. COVARRUBIAS, cap. XXVII, núm. 3.

475. "... mas el pleyt de les appellacions, la part vençuda deu refer les despeses a la part que aura vençut." *Cost. Tortosa*, VII, 2, 10.

las Leyes del Estilo, el criterio subjetivo se mantiene para la apelación a través del Fuero Real, que pasa al derecho recopilado. Regulándose el modo de hacer la condena cuando la sentencia inferior se confirma o revoca, el Rey o quien juzga la alzada sobre agravio hecho antes del juicio o afinado, si halla que fue bien dado, envía las partes al Alcalde que las juzgó, y el que se alza sin derecho abona las costas a la otra parte que recibió el juicio, y en caso contrario, ninguna de las partes abona las costas a la otra ⁴⁷⁶. Este criterio subjetivo cede ante el objetivo en causas de pequeña cuantía, como se ha indicado en la rúbrica anterior.

La doctrina, como es lógico, confirma el criterio de la legislación. Covarrubias explica que la condena "jure omittenda est" cuando hay causa justa de litigar, lo que es aplicable no sólo en la primera instancia, sino en la apelación, salvo en las causas menores ⁴⁷⁷.

La codificación procesal mantiene el criterio, como se deduce de que el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente prevé la tasación de costas sólo para el supuesto de que haya condena. Los casos de condena legal de costas en la segunda instancia (arts. 842, 846, etc.) obedecen a actuaciones de las partes sancionadas.

En cuanto a la situación del apelado vencido, la doctrina sostenida por la Glosa es la de que siempre tiene "iusta causa litigandi" ⁴⁷⁸. Para Portolés no es condenado en apelación el que obtuvo sentencia favorable en primera instancia, a no ser que sucumbiera "ex eisdem actitatis" ⁴⁷⁹.

476. "... y el que se alzó sin derecho, dé las costas a la otra parte que rescibió el juicio...", mientras en caso contrario, "ninguna de las partes no dé costas a la otra." *Nov. Rec.*, XI, 19, 2.—*F. Real*, II, 15, 6.

477. COVARRUBIAS, *op. cit.*, cap. XXVII, núm. 3.

478. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 165-166.

479. PORTOLÉS, *op. y paraf. cit.*, núm. 9.

2. LA IMPUTACIÓN DEL GASTO EN LAS SUCESIVAS IMPUGNACIONES DE SENTENCIA

A. *Sistema de penas procesales*

Con objeto de intimidar a los litigantes, sin por ello evitar un sistema de sucesivas instancias, es corriente que se penalice de alguna manera al vencido. Esto se observa en las Leyes del Estilo, donde se opera una curiosa "litis crescentia", al condenar a las costas dobladas al que es vencido cuando se alza en el Tribunal del Rey del pronunciamiento del alcalde del Rey, que hubiera ya oído enalzada, y con las costas cuadruplicadas al que volviera a suplicar y fuera vencido⁴⁸⁰.

El otro ejemplo que puede citarse es el de la segunda suplicación castellana, que aparece en el Derecho recopilado, y en la que dentro de los veinte días el recurrente se ve obligado a dar fianza de pagar mil quinientas doblas, aplicables a la Cámara, parte contraria y Jueces, sistema no aplicable en Indias, donde siempre hubo obligación de admitir la segunda suplicación sin la referida fianza⁴⁸¹. El sistema no deja de recordar el del viejo "sacramentum" romano.

B. *El mantenimiento del sistema subjetivo*

Aunque pueda parecer paradójico, las sucesivas impugnaciones pueden fortalecer el criterio subjetivo y debilitar el objetivo, lo que tiene fácil explicación si se piensa en la posibilidad de que las sucesivas sentencias sean contradictorias.

Mientras que en Castilla el sistema de las 1.500 doblas ha convertido el sistema subjetivo de la primera instancia y de la apela-

480. "... Et el que se alzó en casa del rey del juicio del alcalde del rey, que libró por alzada, et fuere vencido ante aquel que oyere las alzadas, ha de pechar estas costas dichas dobladas. Et si suplica, y es vencido, el que suplicare pechará las costas del quatro tanto. Et estas mismas costas se juzgan dobladas al que tiesta alguna carta sin derecho, seyendo oído con la parte sobre ello: et quatro dobladas si tiene carta librada por suplicacion que son al de bestia seis mrs. et quatro dineros por cada día, et al de pie tres mrs. et dos dineros..." Ley 164.

481. HEVIA BOLAÑOS, op. cit. quinta parte, par. 5, núms. 9-12.

ción en un sistema de penalización, en Cataluña el sistema subjetivo se ha mantenido en las sucesivas instancias, previniéndose los distintos casos posibles.

Ripoll expone la materia de la siguiente forma: *a)* supuesto de condena en una Sala con conmutación en la otra, conduce a absolución de los gastos; *b)* supuesto de condena y sentencia interlocutoria contrario imperio en causa de suplicación con cláusula "neutram in expensis", conduce a la absolución, pues la "clausulam neutram" comprende ambas provisiones, según sentencia de 1589, con Juan Sabater como relator; *c)* absolución tácita en primera instancia, conduce a pagar primera y segunda suplicación si es condenado en ésta; *d)* absolución expresa en primera instancia, sólo conduce al abono de la segunda si es condenado en ésta ⁴⁸². También declara que si en primera instancia y en apelación se vence, y se sucumbe en segunda apelación, se es excusado de las expensas de la última apelación, a no ser que la primera sentencia confirmada en apelación contenga error expreso ⁴⁸³.

V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DEL CRITERIO GENERAL DE IMPUTACION

1. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DERIVADAS DE LA CONDICIÓN PERSONAL DE LAS PARTES

A. *El litigante económicamente débil*

Desde muy antiguo se ha tenido en cuenta la existencia de personas que no están en condiciones de soportar los gastos procesales como los demás, a causa de su debilidad económica, para otorgarles algún privilegio, previa la oportuna garantía.

a) La exoneración de los gastos

La exoneración de los gastos a satisfacer por la actuación de los órganos judicial, burocrático y ejecutor constituye uno de los dos grandes privilegios concedidos a los económicamente débiles.

482. RIPOLL, op. cit., rubr. 30, núm. 32.

483. Id., núm. 44.

En el Derecho romano, una constitución del emperador Anastasio dirigida a Esteban, maestro militar, testimonia ya la existencia de personas que tenían el privilegio de satisfacer las espórtulas hasta una cierta cantidad, o rebajarlas o no pagarlas⁴⁸⁴, entre las que, indudablemente, se encontraban los económicamente débiles. El Derecho canónico, según Franceschini, establece la liberación legal de todos los gastos por parte de los pobres⁴⁸⁵.

El año 1283, fecha de numerosos privilegios en la Corona de Aragón, registra dos relacionados con el gasto procesal, uno para Cataluña y otro para Valencia. El primero emana de las Cortes celebradas en Barcelona, en las que con motivo de fijarse los derechos de algunas resoluciones, se exime del pago a los pobres y a las órdenes religiosas⁴⁸⁶. El segundo emana de Cortes de Valencia y dispone que si el deudor condenado no tiene bienes muebles de donde pagar al acreedor, pero asigna inmediatamente inmuebles al acreedor que puedan satisfacer la deuda, se le exonera del pago del "cuarto" a la curia⁴⁸⁷. Si se tiene en cuenta que la actuación judicial se ha producido, y desde el punto de vista legal se ha dado lugar al pago del "cuarto", la exoneración no puede deberse sino a un privilegio concedido al que se considera económicamente débil por carecer de toda clase de bienes muebles, si bien es hombre de buena fe en cuanto asigna los inmuebles que pueda poseer, y que, normalmente, lo constituiría la finca que le sirviera de residencia.

Dentro de Cataluña y en la Edad Media existen diversas disposiciones que contienen indirectamente la exoneración de derechos, en cuanto evitan el que se produzcan éstos. Puede citarse en cuanto al Derecho general, la constitución de Alfonso V, en Cortes de

484. C. VII, 51, 6.

485. Cayetano FRANCESCHINI, *El beneficio de pobreza*, trad. José Xirau, Madrid, 1927, págs. 10-11.

486. *Constitutions*, vol. 1.º, I, 25, 2.

487. "Petrus I. Rex. Anno M.cc.lxxxiiij. Valentiae.—Item statuimus, & ordinamus quod si aliquis fuerit condemnatus sub poena quart, & non habeat mobilia, unde soluat, & debitor ante terminum, vel retro clamum assignabit bona sua sedencia: quae ipse voluerit, quae sufficiant ad faciendum solutionem de dicto debito, quod in tali casu debitor non teneatur soluere quartum." *F. R. V.*, I, 4, 6.

Barcelona de 1432, que prescribe la permanencia de las causas de viudas, huérfanos y pobres en la Audiencia del Gobernador General cuando el Rey saliera del Principado, y ello si esas personas no prefirieran la permanencia en las causas ante el juez ordinario⁴⁸⁸. En el Derecho particular, los textos que reflejan la práctica curial en el Rosellón, prevén el que los asuntos de los pobres no sean tratados en forma de pleito⁴⁸⁹.

El Derecho recopilado ofrece disposiciones favorables a los económicamente débiles, que la doctrina confirma y glosa. Hevia Bolaños lo testimonia para Castilla⁴⁹⁰, así como la sustitución del depósito de las mil quinientas doblas en la segunda suplicación por la caución juratoria⁴⁹¹. Según Castillo de Bovadilla, los jueces, escribanos, abogados, procurador y carcelero no deben llevar costas a los presos pobres⁴⁹².

En la doctrina catalana, Ripoll afirma que los pobres no pagan el salario de los jueces, etc., cuando pierden, prestando caución si vencen⁴⁹³. La obligación de pagar en caso de vencer, cosa que eludían, conduce a que se dicte una constitución en las Cortes de Barcelona de 1564, bajo Felipe II, en la que se encomienda a los Diputados del General el hacerla exigir por mediación de los oficiales y porteros que recorrían el país⁴⁹⁴.

Económicamente débiles suele considerarse a algunas de las Ordenes religiosas, como son las mendicantes y las hospitalarias. Una

488. *Constitutions*, III, 1, 2.

489. "Que los pobres sien tractats sens plet. XXXVI. Item, promisiones mulierum et gentium pauperum et similia, per officium judicis explicari et cognosci consueverunt, et non per formam querimonie." Vid. Jaume Cots i Gorchs, "*Textos de Dret Rosellonès. Els estils de la cort del veguer del Rosselló i Vallespir.*" *Estudis Universitaris Catalans*. volum. XVII (1932), págs. 65-85.

490. Vid. nota 449.

491. Vid. nota 481.

492. Castillo de BOVADILLA, op. cit., tomo 2.º, lib. III, cap. XV, núm. 64, páginas 334-335.

493. RIPOLL, op. cit., núm. 105. Vid. *Constitutions*, III, 28, tit. "Pobres pledeiants". La constitución 1.ª, de las cortes de Barcelona de 1503, dispone que los pobres litigantes no pagan salario al General, ni derecho de sello de la sentencia y provisiones.

494. *Constitutions*, IV, 8, 24.

pragmática de los Reyes Católicos para Castilla, dada en 1502, confirmada en visita al Consejo Real realizada por Felipe II en 1554, todavía príncipe, ordena no se lleven derechos a las Ordenes de San Francisco, San Agustín, Santo Domingo del Carmen ni a los hospitales y monasterios de monjes reformados, así como a los monasterios que se reformaran. La princesa Doña Juana, en ausencia de Felipe II, promulga pragmática en Valladolid, 1556, ordenando que los escribanos de cámara de los Consejos Real, de Indias y de la Inquisición y Ordenes no llevarán derechos, y si los llevaran por registro, no pasarán de medio real. Contra estas leyes, que fueron recopiladas, se suscita reacción en el siglo XVIII. En 1782, a una petición de la Orden de San Juan de Dios, Campomanes, como fiscal del Consejo, manifiesta que las leyes anteriormente citadas fueron dictadas porque en aquella época los monasterios no podían tener bienes, pero que ese fundamento había desaparecido desde que les autorizó a tenerlos por el Concilio de Trento, publicado en España en 1563, habiendo, en consecuencia, cesado la causa de la exención ⁴⁹⁵.

La codificación dedica gran interés al que denomina "pobre", de forma que tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 como en la actual, es objeto de un título completo ⁴⁹⁶.

b) La representación y asistencia procesal gratuita

Este constituye el otro gran privilegio de los pobres desde el punto de vista del gasto procesal, y que implica el arbitrio de medios para que sean asistidos gratuitamente por procurador y abogado.

Según Pertile, a fines del siglo IV los Concilios ordenan que los obispos destinen ciertas personas a la defensa contra los ricos, en tanto, según Schott, el Derecho canónico sigue las mismas disposiciones del Derecho romano, aunque fundamentándolo en el dere-

495. Vid. Pedro ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real*, tomo I, Madrid, 1796, págs. 577-580, cap. LVII: "Sobre despachar por pobres, y sin exigir derechos a las Ordenes Mendicantes, y Hospitales."

496. L. e. c. de 1855, lib. I, tít. V: "De la defensa por pobre", y L. e. c. vigente, lib. I, tit. vigente, lib. I, tít. I, sección 2.ª

cho divino⁴⁹⁷. La condición honorífica de la profesión de abogado, especialmente en el Derecho romano, permitía a éste fácilmente el asegurar la defensa gratuita.

Por lo que se refiere a la Península Ibérica, cuando la representación y defensa procesal ha adquirido cierto relieve como consecuencia de la tecnificación del proceso, la defensa gratuita ha debido correr al principio a cargo de eclesiásticos, aunque ello haya provocado reacción por parte de la misma autoridad eclesiástica. En un sínodo celebrado en Barcelona el año 1243 se prohíbe a los eclesiásticos el abogar en causas seculares ante el juez secular, citándose expresamente el hacerlo en beneficio de huérfanos, viudas, pobres u otras personas miserables, insistiendo en que no se defienda a personas miserables ni ante el juez eclesiástico, salvo un permiso especialísimo⁴⁹⁸.

La profesionalización y colegiación de los abogados, fundamentalmente, ha permitido la existencia de algunos dedicados expresamente a la defensa de los menesterosos, dando lugar a la figura del "abogado de pobres", o la subvención de esa defensa mediante la obligación general, paliada por la rotación de los colegiados o procedimientos similares. Castillo de Bovadilla señala la indicada obligación general diciendo que el abogado peca mortalmente no ayudando de balde al pobre que se encuentra en estado de grave necesidad, para lo que se apoya en el Hostiense, Silvestro, Angelo y otros, y dice que puede ser compelido a hacerlo según glosa aprobada y ley de Partidas⁴⁹⁹. Hasta nuestros días, lo que ha prevalecido es la rotación de los colegiados en lo que se ha denominado tradicionalmente "turno de oficio".

c) La declaración formal de pobreza

Normalmente, la condición de pobreza ha requerido una declaración formal de la misma. En Cataluña, una constitución de Fernando I en las Cortes de Barcelona de 1413 dispone que se pruebe

497. Vid. nota 485.

498. Formulario catalán cit. del siglo XIII, 1.^a parte, fol. 14.

499. Vid. nota 492.

con testimonios dignos de fe la condición de miserable⁵⁰⁰. La recopilación catalana dedica un título a los pobres litigantes en sentido formal⁵⁰¹.

En Castilla, la condición de pobre está también sometida a la previa existencia de una "información de su pobreza", testimoniada en todas las importantes reglamentaciones de la administración de justicia, como las Ordenanzas de las Audiencias⁵⁰², y que sobrevive en nuestra legislación actual en la "declaración de pobreza", regulada por la Ley de Enjuiciamiento civil⁵⁰³.

La mencionada declaración puede ser interpretada más o menos formalmente, como ocurre, a veces, dentro de una misma legislación, según las épocas, siendo ilustrativo a este respecto lo que dice el jurista catalán Ripoll de que difícilmente se observaría en su época, y después de promulgada la constitución del título "De pobres pledejants", una resolución a la que aún se refería Ferrer, y según la cual los pobres estaban obligados a pagar el salario por la apelación introducida "iure ordinario", y no "praetestu paupertatis". Según el citado jurista, la resolución, que era de 1495, y, por tanto, anterior a las constituciones que forman el referido título de la recopilación, no hubiera sido posible ya porque bastaba que la pobreza se probara en el transcurso de la suplicación⁵⁰⁴, interpretación, como se ve, bastante espiritualista, pues aunque no se prescinde de la declaración de pobreza se permite su prueba en cualquier momento procesal.

d) La protección del litigante contrario

La protección del litigante económicamente débil tiene por objeto compensar su situación deficitaria frente a la de su adversario,

500. *Constitutions*, III, 1, 1.

501. III, 28 &.

502. Vid. Rec. cit. de Ordenanzas, tít. octavo, fols. 136-137. Según visita de Don Francisco de Mendoza, a los pobres a quienes se les atormenta "no les han de tomar el sayo ni llevarles dinero, ni cosa alguna" por la ejecución de la justicia, como, al parecer, se había hecho. A los que litigaran por pobres, no se les habían de llevar derecho alguno, y haciendo "la información de su pobreza" en la Corte y trayendo la de sus tierras se debía proveer para no dilatar las causas.

503. Arts. 13 a 50.

504. Loc. cit. en nota 493.

pero esa protección puede descompensar el equilibrio, en cuanto puede inducirle a litigar en la confianza de que sólo puede ganar y, por el contrario, no tiene nada que perder. Por ello, en diversos momentos de la historia ha preocupado esta situación.

En Roma, una disposición ya citada del emperador Anastasio prescribe que los que tienen privilegios en el pago de espórtulas no puedan exigir a sus adversarios más de lo que ellos están obligados a pagar⁵⁰⁵.

En Castilla, la preocupación por este problema puede verse en el Conde de la Cañada, gobernador del Real Consejo en el siglo XVIII, el cual se plantea si el reo rico está obligado a satisfacer los gastos del actor pobre, y refuta la opinión de Guido Papa de que indistintamente debía haberlo, opinando que no cabe esa generalidad, aunque lo admita para el supuesto de fundada presunción del buen derecho del actor pobre⁵⁰⁶.

La codificación, en general, ha seguido el criterio de amparar con el beneficio de pobreza al que no proceda de mala fe. Algún proyecto de reforma, como el de 1894, ha intentado amparar con el beneficio de pobreza al rico contra el litigante pobre hasta que recayera sentencia a su favor⁵⁰⁷.

B. *El litisconsorcio*

Según Chiovenda, el problema de la pluralidad de partes no se ha resuelto en el Derecho romano, en el que ante el silencio de las costas, y con base en un texto del Digesto y otro del Código, se han repartido las costas. Partiendo de un concepto subjetivo, como el de la temeridad, se ha estimado independiente la actuación de las partes, y, por tanto, el vínculo de solidaridad no se ha extendido a las costas⁵⁰⁸.

505. Vid. nota 484.

506. CONDE DE LA CAÑADA, *Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios, que empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, Madrid, 1793, pág. 257.

507. Base 6.ª Vid. M. de la Plaza, op. cit., pág. 104.

508. CHIOVENDA, op. cit., págs. 283-284.

En el Derecho castellano, las Leyes del Estilo han dedicado amplia atención al problema, distinguiendo el emplazamiento de una persona colectiva, como el concejo, o de varios demandados por la misma causa. Tratándose de concejo, y aunque estuviera representado por diversas personas, las costas se consideran como de una sola persona. Para el caso de varias personas demandadas, manifiesta seguir disposición de Alfonso X, distinguiendo se trate de un hecho sólo o de diversos hechos. En este supuesto, y, sobre todo, nombrando cada uno representante por sí, se da lugar a costas por todos ellos. En el otro caso, y habiendo representante común, distingue entre que los demandados sean tres o más, de tal forma que, venciendo, en el primer supuesto cuenta las costas por los tres, y por encima de este número, sólo por uno, dando de ello una explicación no demasiado convincente, como es la de que dándose costas por tres habría disputa para cuáles debían de ser⁵⁰⁹.

En el Derecho catalán, Ripoll, siguiendo el criterio romano, declara que siendo varios los condenados, cada uno lo es "pro rata", y no "in solidum", pues la condena de expensas es siempre per-

509. "Quando un concejo es emplazado, et ha un personero o mas, et vence, que costas debe haber, o si son muchos omes, como se librara.— Otrosi, si el concejo que es emplazado, envía muchos omes por sus personeros, et vencieron el pleyto sobre que fue emplazado el concejo, maguer muchos sean los personeros, non habran costas sinon tan solamente por uno: et el concejo non es contado si non por una cosa. Et otrosi, si muchos omes contra quien tañe un fecho son emplazados, et envian todos un personero, et este personero vence el pleyto, en este caso fue establescido y guardado en tiempo del rey Don Alfonso et es agora guardado este departimiento que se sigue. Ca si estos muchos a quien tañe un fecha, fasta tres, ficieron un personero, si venciere el pleyto, habrá costa fasta estos tres: et si fuesen mas de tres estos a quien tane el fecho, et todos fizieron un personero, et este personero vencio el pleito, non habrá costas mas de por uno. Et esta es la razón, porque quando son muchos, que son mas de fasta tres, et les diesen costas por tres, nasceria ende contienda para quales tres serian aquellas costas, et la generalidad debese repremir. Et otrosi, si muchos són los omes, et son muchos los fechos, et tañen los fechos apartadamente a cada uno, et todos estos facen un personero, et vence este personero, por cada uno destos omes, cuyo personero él es, habrá por cada uno costas, o las pechará la parte cuyo personero es, a cada uno si vencido fuere. Et esto desuso dicho se entiende también en el personero de los demandadores, et de los demandados, que se deben pechar las costas en la guisa que dicha es." Ley 166.

sonal. Si en una causa en que hay varios interesados, uno de ellos gasta por litis común a todos, no por ello obliga a los demás, si éstos lo rechazan o lo prohíben, pues "contra domini voluntatem... repetere non posse". Finalmente, según el mismo jurista catalán, si una universidad, comunidad o capítulo se divide en dos partes y litiga una contra la otra, la mayor parte lo hace a costa de la comunidad, y la otra, a costa propia, a no ser que no tenga de dónde hacerlo, pero entendiendo que aunque pierda la mayor parte, no por ello se restituye en las expensas a la universidad, si bien la parte menor recupera, sin embargo, por acción de gestión de negocios cuando lo que hace es en beneficio de la universidad ⁵¹⁰.

C. *Las costas del Ministerio fiscal*

Es muy general en el Derecho histórico la regla "Fiscus gratis litigat", apoyada en el absurdo de que el fisco vaya a actuar temerariamente, si se parte, claro está, de un criterio subjetivo ⁵¹¹. Así lo declara el jurista aragonés Portolés, manifestando que regularmente no es condenado porque en él cesa la "praesumptio calumniae" ⁵¹².

Sin embargo, lo que es la regla sufre excepciones. El mismo jurista dice que el procurador fiscal es condenado en las expensas alguna vez, si litiga injustamente y veja a alguien indebidamente, citando alguna opinión de que debe ser condenado a costa de su propio patrimonio y no del real ⁵¹³. También Ripoll opina que en algunos casos el abogado fiscal es condenado, remitiéndose en esta materia a Cortiada ⁵¹⁴.

Así como los privilegios al litigante pobre conducen a una protección del adversario para evitar una descompensación, sucede lo mismo con el contrario del Ministerio Fiscal. En los privilegios de la Seo de Urgel de 1470, se declara exento del pago de gastos al

510. RIPOLL, op. cit., núms. 45-47.

511. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 264-265.

512. PORTOLÉS, op. y par. cit., núm. 4.

513. "... expensas de suo solvat, non autem de patrimonio Regio." Idem íd., núm. 3.

514. Ripoll, op. cit. núm. 77.

que pleitea con el fisco⁵¹⁵, y Carlos I, en Cortes de Barcelona de 1520, establece que en la Audiencia real y en la del "portant veus" del Gobernador general, Maestre racional, Baile general, procurador real, etc., no puede exigirse salario de jueces, abogado o procurador fiscal por la parte que tocaría para el fisco⁵¹⁶.

En Castilla, un acuerdo de la Chancillería de Valladolid de julio de 1543, que declara la exención de pago cuando se litigue con fiscales, llega a penar con diez mil maravedíes "para los estrados" a cada uno que hiciera lo contrario⁵¹⁷. La emperatriz Isabel, en los capítulos 35 y 36 de la visita de 1536, recogidos en las recopilaciones, dispone que si la parte que litiga contra el procurador fiscal es castigada, los escribanos de la Audiencia y los escribanos del crimen en las causas fiscales, cobren los derechos que habría de pagar el procurador fiscal y manda que no se haga, puesto que en las causas fiscales no se pueden ni se deben llevar derechos⁵¹⁸.

En Cataluña, Ripoll duda si en las causas fiscales en que el fisco obtiene sentencia con condena en costas es debido el "palmarium" al abogado y procurador fiscal, habiendo observado hacerse así en la Audiencia, la Bailía general y el oficio del Maestre racional, mientras lo contrario en la Casa de la Diputación⁵¹⁹.

Por lo que se refiere al salario del juez, Ripoll afirma para Cataluña que el fisco no lo paga y el litigante con el fisco no deposita sino la mitad y no paga nada más que la mitad, salvo que sea condenado en las expensas, pues entonces paga el salario íntegro y todos los gastos hechos por parte del fisco⁵²⁰.

2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LAS PARTES

A. *El desestimiento*

El desestimiento es una acción procesal exclusiva del actor con-

515. "... Mas qui pledeie ab lo fisch, no pague messions." Vid. CARRERAS Y CANDI, op. cit., cap. 89.

516. *Constitutions*, IV, 8, 19.

517. Vid. Rec. cit. de Ordenanzas de Audiencia, lib. IV, tit. 11, fol. 165.

518. *Nov. Rec.*, XI, 19, 5.

519. RIPOLL, op. cit., núm. 68.

520. Id. íd., núms. 103-104.

sistente en el abandono de la acción, generalmente antes de que haya dado lugar a alguna actuación procesal del demandado. Ya en la constitución de Zenón citada, el desestimiento se señala como una de las causas que evitan la condena en el gasto procesal ⁵²¹.

El indicado efecto, sin duda por la influencia romanista, se consigue en las Observancias aragonesas, donde se declara que el actor puede desistir de la demanda antes de ser contestada y hasta mudarla, sin costas ⁵²².

El equivalente en la apelación, es decir, la renuncia a la misma, no obtiene el mismo resultado, como puede verse en Portolés ⁵²³.

Aunque en otros Derechos no existan declaraciones especiales, es claro que los resultados han sido los mismos. Según un criterio objetivo, no es posible condenar porque no ha habido vencimiento, y con arreglo a un criterio subjetivo, tampoco, en cuanto no puede apreciarse temeridad.

B. *La contumacia*

Quizá podría hablarse de un concepto estricto y otro extenso de la contumacia. Según este último, la contumacia puede proceder tanto del actor como del demandado, en lo que ya se diferencia del desestimiento, e implica la resistencia o el obstáculo a que la litis concluya con arreglo a su normal desarrollo. Mientras el desestimiento conduce, generalmente, a una liberación del gasto procesal, la contumacia, por el contrario, lleva a la condena.

La rigurosidad contra el contumaz arranca ya del Derecho romano, en el que, como señala Chiovenda, la condena del actor en rebeldía, pese a su victoria, opuesta a las demás disposiciones, no es más que una pena contra la rebeldía ⁵²⁴. Una Novela de Valentiniano III, del año 452, condena en costas la ausencia del actor por considerarlo un hecho doloso ⁵²⁵.

521. Vid. nota 407.

522. *Observancias*, lib. II, "De litis contestatione".

523. PORTOLÉS, op. y cap. cit., núms. 1-2.

524. CHIOVENDA, op. cit., págs. 104-105: "... propter solam absentiae contumaciam."

525. Id. id., págs. 86-87. Se califica el hecho doloso de "tergiversatio"

El Derecho canónico se muestra igualmente riguroso con la rebeldía, y la Glosa muestra unanimidad en el mismo sentido, aunque suavizándolo Durante para el supuesto de que la rebeldía no fuera "evidens", contra lo que reacciona Baldo, y con la excepción del aldeano por su desconocimiento del Derecho ⁵²⁶.

En nuestro Derecho histórico, y mientras rige un sistema de penalización procesal, la contumacia es objeto de calumnias o multas, las cuales van siendo sustituidas por la condena en costas con el influjo de la Glosa. El Maestro Jacobo prescribe esta solución expresamente en una de sus obras ⁵²⁷.

La doctrina se pronuncia, sin excepción, contra la contumacia. Covarrubias, cuando trata de algunos supuestos que pueden excusar la condena en las expensas, excepciona el caso de que sean debidas por contumacia ⁵²⁸. En Aragón, Portolés declara que es condenado el que renuncia a la litis y es contumaz ⁵²⁹. En Cataluña, Ripoll parte de que renunciándose a la litis o a la instancia se está obligado a pagar, pero expone el caso de que la parte renuncie al juicio posesorio sumarísimo y la parte contraria insista en la declaración, en cuyo caso debe hacerse ésta a expensas del "petens", según una sentencia de 6 de febrero de 1667 que cita, y en la que actuó José Aleny como ponente. El jurista catalán concluye que, sin embargo, si alguien renuncia a la litis y es caso de admisión de renuncia, se admite pagadas las expensas por el renunciante, y cita una sentencia de 11 de junio de 1668, que lo testimonia ⁵³⁰.

Un caso expreso en la legislación aragonesa es el de una disposición procedente del lugarteniente general Juan de Navarra, en las Cortes de Alcañiz de 1436, según la cual el demandante que luego no formaliza la demanda contra el citado, debe ser condenado por el Rey, el Regente de la Gobernación y el Justicia a satisfacer al citado las expensas y los daños doblados ⁵³¹. En cuanto este abono

526. Id. *id.*, págs. 160-162.

527. "... E pero que la parte sea contumaz, se derecho a por si, deue el iuыз dar la sentencia por ela, & entonce deuela condempnar en las despesas por que non uieno & fu contumaz..." Doctrinal, ed. y loc. cit.

528. COVARRUBIAS, *op. cit.*, cap. XXVII, núm. 3.

529. PORTOLÉS, *op. y cap. cit.*, núms. 11-12.

530. RIPOLL, *op. cit.*, núm. 53.

531. Vid. nota 62.

de costas viene a sustituir a las antiguas penas procesales, la disposición está integrada en la rúbrica de las penas por litigar temerariamente.

Aunque no se trate propiamente de contumacia, por tratarse también de defectos en la formalización de la demanda y tener análogos resultados, puede citarse la disposición de Partidas en que se condena en costas al demandante que demanda al deudor en lugar donde éste no debía pagar ⁵³².

C. Defectos en el modo de excepcionar

Es el Derecho canónico el que parece dedicar una atención preferente a la condena en los gastos por defectos en el modo de excepcionar.

Inocencio III, a fin de que las partes no sean gravadas por esfuerzos y gastos, especialmente cuando se tratara de beneficios u oficios eclesiásticos, condena a pagar gastos, aunque moderados, si después de que la parte fundamentara la petición, la parte contraria propusiera excepción que luego no pudiera o no quisiera probar, por opinar que frecuentemente se oponían para impedir o diferir el proceso ⁵³³.

Inocencio IV, en la misma línea, impone al reo que excepcionara la excomunión contra el actor la prueba de excepción en un plazo de ocho días, y recuerda al juez que en caso de que no probara no omita el condenar al reo en los gastos que hubiera irrogado al actor durante los días de dilación, previa tasación ⁵³⁴.

532. "Que mal vernia al demandador por demandar su debda en lugar do non gela deuiessen pagar.—... E demas deuele fazer pechar las costas a las misiones que el demandado fizo por esta razon." *Part.* III, 2, 45.

533. "... per excogitatum maliciam opponuntur... ad solvendas alteri parti moderatas expensas... condemnentur." Si no lo hace "secundum arbitrium discreti iudicis puniatur". *Decretales*, II, 14, 5, ed. cit. pág. 292. Vid. ed. castellana de Mans Puigarnau: "...por maleza pensada... sea condemnado a pagar las despensas mesuradas", y si no, "el juez del otra pena segunt el aluedrío...", págs. 71-72, del vol. 2.º.

534. "... Quod si non probaverit, iudex in causa procedere non omittat, reum in expensis, quas actor ob hoc diebus illis se fecisse docuerit, praehabitata taxatione condemnans." *Liber Sextus*, I, 12, 1, en ed. cit. pág. 1005.

En el Derecho histórico español se ocupa de este problema la legislación aragonesa. Pedro IV, en Cortes de Monzón de 1362, manifiesta que las excepciones se oponen en juicio maliciosamente, haciendo inmortales los litigios, por lo que ordena que quien propusiera excepción y no lo probara o sucumbiera en ella debía ser condenado en los gastos en razón de haber retardado el proceso⁵³⁵. Naturalmente, la doctrina aragonesa confirma este principio⁵³⁶.

D. *Defectos en el modo de probar*

La forma de probar y la capacidad de hacerlo o no, no suele ser motivo de condena en costas, como lo prueba el que en la doctrina aragonesa Portolés proclame que no debe haber condena de expensas en conflicto de pruebas, ni en semiprueba⁵³⁷. No obstante, y para Castilla, las Partidas no lo han entendido así, y han amonestado al demandante a que reflexione bien antes de presentar la demanda sobre las posibilidades que tiene de probar, en caso de oposición de la parte contraria, advirtiéndole que en caso de no hacerlo así ha de perjudicarse porque habrá de pagar las costas al demandado⁵³⁸.

El texto parece que ha de referirse a que el demandante carezca de toda prueba, pues de referirse a que esa prueba no sea suficiente para que su pretensión triunfe, resultaría haber mantenido las Partidas un criterio objetivo de imputación al vencido, del que, como se sabe, estuvo muy lejos.

535. "Quod succumbens in exceptione in expensis condemnetur", en *Fueros aragoneses*, ed. cit., tomo I, pág. 257.

536. Vid. nota 523.

537. PORTOLÉS, op. y cap. cit., núm. 8.

538. "Que el demandador deue catar ante que comience su demanda, que recaudo tiene para prouarla.—Enuiso e acucioso deue ser el demandador en catar, que recabdo tiene, para prouar aquello que quiere demandar. Ca siempre ha menester de prouar lo que demandare en juycio, si la otra parte gelo negare. E esta prueua ha de ser por testigos, o por cartas, o por otra manera que sea de creer. Ca si desto non fuesse cierto, ante que començasse su demanda lo que cuydasse fazer por su pro, tornarsele y a en daño, e en verguença: ca auria a pechar todas las costas al demandado. E demas fincaria por desatendido, començando cosa en que non sopiesse en ante el recabdo que tenia, para demandarla." *Part.* III, 2, 39.

E. La "*plus petitio*"

Las Partidas han recogido el supuesto de la "*plus petitio*", es decir, el caso del demandante que demanda por cantidad superior a la que es debida. El texto castellano, siguiendo el Derecho antiguo, es decir, el romano, admite la validez de dicha demanda por la cantidad real, y prescribe se condene por ella; pero para el supuesto de que el demandado hubiera hecho gastos por lo solicitado de más, impone todas las costas al demandante.

En Cataluña, la solución ha sido la misma con arreglo al Derecho común. Ripoll advierte a los litigantes que se abstengan de pedir "*plus debito*", pues el "*plus petens*" es condenado en los gastos, aunque venza en parte, siendo válido esto no sólo en lo principal, sino para aquellos que litigan sucediendo a otro, y se apoya en una sentencia de 1597, ya citada por Cáncer. Lo que si admite el jurista catalán es que el "*plus petens*" se corrija en la petición antes de recaer sentencia, en cuyo caso no es condenado absolutamente en las costas, sino sólo hasta donde señala la corrección, en apoyo de lo cual cita sentencia de 10 de abril de 1620, con Pedro Soler de ponente, y en causa seguida entre Mariana de Biure y de Cardona y Antonio Pascual. En razón de ser "*victor*" y "*victus*", cuando el actor solicita dos cantidades y obtiene una la Audiencia de Cataluña suele compensar y no condenar a ninguna de las partes (539).

JESÚS LALINDE ABADIA

539. RIPOLL, *op. cit.*, núms. 48-52.