

LAS SANCIONES PRETORIAS EN LA FASE INICIAL DEL PROCESO

ANGEL GÓMEZ-IGLESIAS CASAL*
Profesor Titular en la
Universidad de Santiago de Compostela

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, en el procedimiento formulario de la época clásica, es imprescindible la presencia simultánea de ambas partes ante el Pretor para que se pueda sustanciar un *iudicium*. De esta forma, la garantía del ejercicio de los derechos consistirá en la actividad que el Pretor desarrolla en orden a lograr hacer posible la celebración del litigio. Tal actividad pretoria consiste en castigar, o amenazar con un castigo, a aquellas personas que, participando o no como partes litigantes, no presten su necesaria colaboración para la realización del proceso, no cumplen con las prescripciones o prohibiciones edictales, o impiden positivamente la celebración del litigio.

La citación a juicio en época clásica tiene un marcado carácter privado, puesto que ha de ser el titular del derecho que se quiere hacer valer, quien debe proceder a citar al adversario¹. Evidentemente la garantía del ejercicio de los derechos no existiría si ante la desobediencia a la *in ius vocatio* no estuviesen previstas toda una serie de medidas coactivas edictales. Precisamente la existencia de estos recursos procesales², avalados por la actividad jurisdiccional del Pretor y por lo tanto basados en su *imperium*, confiere a la *in ius vocatio* un cierto tono o carácter público del que carecía en su origen³.

* Dirección del autor: Departamento de Derecho Común. Facultad de Derecho. Universidad de Santiago. Santiago de Compostela. España.

¹ Como base textual precisa para esta afirmación, por otra parte indiscutida, podemos citar las *Instituciones* de Gayo en donde se afirma que quien quiera litigar debe él mismo citar al adversario: Gai. 4, 183: *In summa sciendum est eum qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere...*

² Consisten, esencialmente, tales recursos en una serie de acciones *in factum* con las que se intenta encauzar el litigio para su normal desenvolvimiento. Gai. 4,46: *... Ceterae quoque formulae quae sub titulo De In Ius Vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt...* Cfr. Lenel, EP., p. 65 ss.

³ Se sustituye así la primitiva y violenta *manus iniectio* por el nuevo procedimiento sancionador pretorio. PUGLIESE, *Il processo civile romano II. Il processo formulare* 1 (Milano 1963) (en adelante PF.), p. 374 al referirse a la intervención del magistrado en esta fase del proceso habla de "colorazione publicistica".

Por lo tanto el objeto de nuestro análisis no es otro que las sanciones o penas con las que el magistrado castiga o amenaza a las personas que son parte en el procedimiento formulario clásico, e incluso a terceros ajenos a la relación procesal. Tal exposición se circunscribe al ámbito de la iniciación o comienzo del proceso: la citación o *in ius vocatio*⁴.

2. LIMITACIONES A LA POSIBILIDAD DE CITAR

En primer lugar debemos hacer referencia, siquiera sea sucinta, a una serie de limitaciones con las que se encuentra el que quiere entablar un litigio citando para ello al adversario, y las sanciones que conlleva su transgresión.

Quien cita en su domicilio al *vocatus*, y no en público, sin su autorización explícita, se hace merecedor de una sanción exigible mediante una *actio iniuriarum*; D. 47,10, 23 (Paul 4 ad. ed.):

Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait⁵.

Probablemente se concediese una *actio in factum* penal contra quien cita a juicio sin haber realizado la preceptiva *editio actionis* extraprosesal⁶, siempre y cuando el *vocatus* haya comparecido⁷.

Por otro lado, el *vocans* no podría pretender del *vocatus* más que su comparecencia ante el lugar en el que habitualmente el Pretor desempeña sus funciones, tratándose de supuestos de jurisdicción contenciosa y no voluntaria⁸. A este caso de citación a un sitio donde no se encuentra el magistrado parece referirse D. 2, 7, 2,1 (Paul. 4 ad ed.):

⁴ Para una visión más amplia y extensa de este tema vid. BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare* (Napoli 1984); GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano* (Santiago 1984).

⁵ ARANGIO-RUIZ, *Di alcuni fonti postclassiche del Digesto*, en *Scritti di Diritto romano* (Camerino 1974) 2, p. 291, al referirse a este párrafo no habla, en realidad, de falsedad, como parece deducirse del *Index*, ad h. 1., sino de resumen, "riassunto".

⁶ Cfr. el título *de edendo* del Digesto (D. 2, 13) de donde se desprende claramente la necesidad de realizar una *editio* extraprosesal con la obligación de comunicar la acción y los medios probatorios que se van a utilizar en el proceso.

⁷ Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969), que trata exhaustivamente el tema llegando a unas conclusiones que coinciden, en líneas generales, con las de WENCER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana* (Milano 1938), p. 91, y con las de PUGLIESE, *PF.*, p. 369.

⁸ Sobre la precisa localización geográfica en el Foro del tribunal del Pretor, trata GIOFREDI, *I tribunali del Foro*, en *SDHI.* 9 (1943), p. 227 ss. Sobre la distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria vid. entre otros SOLAZZI, *Iurisdictio contenciosa e voluntaria*, en *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"* 98 (1927), p. 1 ss.; LAURIA, *Iurisdictio*, en *Studi Bonfante II*, p. 536 ss.; PUGLIESE, *PF.*, p. 113 ss.; y el más reciente FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano* (Madrid 1986).

Eadem aequitas est in eo, qui alio quam quo debuerat in ius vocabatur: sed et fortius dicendum est non videri vi exemi eum, cui sit ius ibi non conveniri.

Efectivamente, si aceptamos la crítica textual de Beseler⁹, habría que reconstruir: *alio loco quam quo debuerat*. Esta expresión, creemos, no puede referirse a un caso distinto del indicado, tanto por congruencia interna del texto, como por deducción lógica¹⁰. Por lo tanto, si el *vocans* cita a un sitio distinto al que es habitual, no actúa correctamente; y si el *vocatus* no comparece se verá defendido, ante la posible reclamación por incomparecencia, por una *exceptio*, o quizá incluso por la *denegatio actionis*.

Esta misma solución de *exceptio o denegatio actionis* procedería en diferentes supuestos de ilicitud de la *in ius vocatio*, por diversos motivos, cuyo elenco se contiene en D. 2, 4, 2 (Ulp. 5 ad ed.):

In ius vocari non oportet neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcere duci: nec pontificem dum sacra facit: nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat: nec iudicem dum de re cognoscat: nec eum dum quis apud praetorem causam agit: neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem:

Existe, en efecto, la prohibición absoluta de citar a los magistrados con *imperium*; D. 47,10, 32 (Ulp. 42 ad Sab.):

Nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere. si quid igitur per iniuriam fecerit magistratus vel quasi privatus vel fiducia magistratus, iniuriarum potest conveniri, sed utrum posito magistratu an vero et quamdiu est in magistratu? sed verius est, si is magistratus est, qui sine fraude in ius vocari non potest, exspectandum esse, quoad magistratu abeat. quod et si ex minoribus magistratibus erit, id est qui sine imperio aut potestate sunt magistratus posse eos conveniri.

⁹ BESSELER, *Miszellen*, en ZSS. 45 (1925), p. 453 introduce después de *alio* la palabra *loco*; sustituye además las dos primeras palabras, *eadem aequitas*, por *idem*. En general duda de la autenticidad de todo el texto y afirma que está alterado y recortado.

¹⁰ No creemos que este párrafo así reconstruido pueda referirse al caso de la citación ante magistrado incompetente, como pretende PUGLIESE, *PF*. p. 395 ss., ni tampoco al caso de reclamación en sitio distinto del establecido (Vid. GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia* (n. 4), p. 30 s.).

Prohibición absoluta que alcanza incluso a los procesos criminales¹¹. Todo ello siempre que el magistrado siga desempeñando su cargo y no se someta voluntariamente a la jurisdicción pretoria, puesto que la cláusula edictal utiliza el término *invitus*: "*aut cum eum invitum in ius vocare non licere neque defenderetur*"¹².

También alcanza la prohibición a los distintos casos que podemos agrupar bajo el nombre común de citación en momento inoportuno¹³, o en tiempo inhábil, es decir, en horas nocturnas o días feriados¹⁴.

No hemos encontrado más fuente que documente la sanción o consecuencia negativa para estos casos que D. 2,11, 4, 2 (Ulp. 74 ad. ed.):

Praeterea si funere quis domestico impeditus non venit,
debet ei exceptio dari.

Se habla en este texto de la concesión de una *exceptio* para el caso de que el citado esté asistiendo a una exequias fúnebres y por lo tanto no ha comparecido ante el Pretor. Solución ésta que, sin violencia alguna, puede aplicarse a los demás casos vistos. De todos modos no podrá descartarse la posibilidad de la procedencia, dependiendo de las circunstancias, de una *actio iniuriarum* en los casos de citación del magistrado y citación en los días no aptos para *ius dicere*, en virtud de la cláusula de D. 47,10,15, 25 y 27 (Ulp. 57 ad. ed.): *ne quid infamandi causa fiat*.

3. ACTIO IN FACTUM ADVERSUS EUM QUI CONTRA PRAETORIS EDICTUM IN IUS VOCAVERIT

El segundo grupo de limitaciones para realizar la *in ius vocatio* es aquel que se refiere a la necesidad de permiso del Pretor para poder citar a tres tipos de personas a las que se hace referencia en el fragmento edictal recogido en los comentarios de Ulpiano al edicto¹⁵; D. 2, 4, 4,1 (Ulp. 5 ad ed.):

¹¹ BIANCHINI, *La formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano* (Milano 1964), p. 15, habla de la imposibilidad de traer a juicio al magistrado que está todavía en el ejercicio de sus funciones, basándose en la *Lex Sempronia iudiciaria*, factor determinante para la formación del derecho penal sustancial y procesal (p. 5), que en su 1.8 dice: *De heisce dum mag (istratum) aut imperium habebunt iudicium non fiet*.

¹² Cfr. D.4,6,26,2 y D.4,6,1,1.

¹³ Son los supuestos de citación en momento inoportuno los que se contienen en el citado texto D.2,4,2 (Ulp.) ad ed.: citación a aquellas personas que están participando en una ceremonia religiosa; a aquellas que están de viaje por causa pública; a los contrayentes durante la celebración de la ceremonia matrimonial; y a los que asistían a una exequias fúnebres.

¹⁴ Se refiere el concepto de tiempo inhábil tanto aquellas horas del día en que estaba prohibido pronunciar las *tria verba legitima* (cfr. Paul. Sent. 4,6,2), como a los días que estaban señalados en el calendario como *nefasti*. En general, sobre el calendario romano vid. DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités s.v. fasti*, y MICHELS, *Calendar of the Roman Republic* (Westport 1978), con una interesante reproducción del calendario republicano.

¹⁵ LENEL, *EP.*, p. 68 ss.

Praetor ait: "parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet".

Dejando aparte el significado y alcance de estos términos, así como el modo de acceder a tal condición y la fundamentación de esta prohibición pretoria (que sería la *reverentia* debida a tales personas)¹⁶, ¿cuáles son las consecuencias penales de la citación realizada sin la preceptiva autorización pretoria? Gayo en sus *Institutiones* nos habla de esta cláusula prohibitiva edictal y señala como consecuencia de su infracción la existencia de una *poena*; Gai. 4, 183:

Quasdam tamen personas sine permissu praetoris in ius vocare non licet, velut parentes patronos patronas, item liberos et parentes patroni patronaeve: et in eum, qui adversus ea egerit, poena constituitur.

Es Ulpiano en sus comentarios *ad Edictum*¹⁷ quien concreta el contenido de dicha pena; D. 2, 4, 12 (Ulp. 57 ad ed.):

Si libertus in ius vocaverit contra praetoris edictum filium patroni sui, quem ipse patronus in potestate habet: probandum est absente patre subveniendum esse filio qui in potestate est et ei poenalem in factum actionem, id est quinquaginta aureorum, adversus libertum competere.

Se trata, pues, de una *actio in factum* penal con una pena pecuniaria fija de *quinquaginta aureorum*. Vale la pena detenerse unos instantes en el análisis de esta acción ya que presenta una configuración semejante a la *actio iniuriarum*. Efectivamente, coinciden una y otra no sólo en que las dos son acciones penales *in factum*, sino también en la nota de intransmisibilidad tanto activa como pasiva y sólo ejercitable dentro del plazo de un año; D. 2, 4, 24 (Ulp. 5 ad ed.):

In eum, qui adversus ea fecerit, quinquaginta aureorum iudicium datur: quod nec heredi nec in heredum nec ultra annum datur.

Por si esto fuese poco, también existe coincidencia en cuanto a la peculiar legitimación activa que faculta excepcionalmente para poder litigar al *filius familias absente patre*, como ya hemos visto en D. 2, 4, 12; D. 47, 10, 17, 10 (Ulp. 57 ad ed.):

¹⁶ Acerca de todos estos temas vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria para la "in ius vocatio"*, en *SDHI*. 37 (1971), p. 261 ss.

¹⁷ LENEL, *Paling*. II, Ulp. 1. 366.

Ait praetor: "Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo".¹⁸

También ambas daban lugar a un proceso que se sustanciaba ante el colegio de *recuperatores*¹⁹. Y por último, ambas acciones tienen una misma fundamentación, ya que si la *actio iniuriarum* trata de defender la integridad moral del ofendido, la *actio in factum* está basada en el deber de *reverentia* o respeto a la honorabilidad del demandado (D. 2, 4, 13).

Consideramos, pues, que se trata de sancionar con esta *actio in factum* un tipo especial o particular de *iniuriae*. Nos basamos para esta afirmación no sólo en esa aparente identidad, al menos inicial, entre ambas acciones sino también en un criterio sistemático. En efecto, la *inscriptio* de D. 2, 4, 12 nos revela que Ulpiano trata de esa acción en el libro 59 de sus comentarios a *Edictum*, que precisamente lleva la rúbrica de *iniuriis*²⁰.

Pero en lo que se distingue esencialmente la *a. in factum* de la *a. iniuriarum* es en la sanción, ya que la primera busca una condena pecuniaria de *quingenta aureorum* (D. 2, 4, 12; D. 2, 4, 24 y D. 2, 4, 25) y no una condena variable al *quantum ob eam rem aequum iudici videntur*. No parece que se pueda hablar, en el caso de la condena a los 50 áureos, de una interpolación sistemática de los compiladores en cuanto al tipo de sanción. En efecto, Gayo nos habla, para este supuesto de citación *sine permissu praetoris*, de una pena preestablecida (Gai. 4, 183) que concreta —al poner un ejemplo de fórmula *in factum*— en *sestercium X milia*; Gai. 4, 46:

... qualis est formula qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit. nam in ea ita est: Recuperatores sunt. Si apret illum patronum a illo (patrono) liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestercium x milia condemnate. Si non paret, absvito...

La no coincidencia del montante de la pena en los textos del Digesto y en Gayo, siguiendo las normas usuales de conversión de sextercios en áureos utilizadas por los compiladores, es algo para lo que no

¹⁸ Se trata de una cláusula edictal que sancionaba las *iniuriae* inferidas a hijos de familia: LENEL, *EP.*, p. 402 ss.

¹⁹ Gai. 4, 46. PUGLIESE, *PF.*, p. 206 s. y n. 124.

²⁰ Por ello LENEL, *Paling.* II, Ulp. 1.366, coloca este texto entre los referidos al delito de injurias.

encontramos una respuesta definitiva: ¿se ha leído mal en Gayo la cantidad, o se habrá utilizado un sistema de conversión distinto del normal, como apunta Lenel?²¹; ¿puede pensarse acaso en una agravación de la condena tanto en términos relativos como absolutos? Sea cual fuese la respuesta lo cierto es que la acción *in factum* de D. 2, 4, 12 tenía indubitadamente una *condemnatio* que consistía en una cantidad fija de dinero. Con ello desaparece la similitud, o casi identidad con la *actio in factum* que sanciona las *iniuriae* y pasa a parecerse más, en cuanto a la sanción, a la primitiva acción civil de injurias que sancionaba las lesiones sobre persona libre con una pena pecuniaria fija.

Pero, de hecho, en época clásica se trata de dos acciones distintas entre las que puede plantearse el problema de su posible concurrencia como acciones penales que son (D. 50, 17, 130 = D. 44, 7, 60). Pero por las motivaciones sistemáticas antes aludidas parece llegarse a la conclusión de que se trata de un tipo especial de injurias, inferida al hijo del patrono en este caso, especificado por la concreta prohibición pretoria. La existencia de un delito concreto contemplado y sancionado de modo peculiar en el Edicto, excluiría el nacimiento del delito genérico con la acción prevista para el mismo. Y no sería argumento válido en contra el fragmento D. 47, 10, 13, 3 que en tema de *iniuria* atribuye la *actio iniuriarum* contra quien cita a otro ante los tribunales *vexandi causa*; D. 47, 10, 13, 3 (Ulp. 57 ad ed.):

Si quis per iniuriam ad tribunal alicuius me interpellaverit
vexandi mei causa, potero iniuriarum experiri.

Efectivamente, aún en el caso de considerar genuino el texto, éste se referiría a personas que no están incluidas en la prohibición edictal, ya que para los que lo están, como ya hemos dicho, no surge el normal delito de injurias, sino uno muy especial cuyo ejemplo lo tenemos en D. 2, 4, 12. El texto que hemos citado no sería más que una especificación de la cláusula primitiva *ne quid infamandi causafiat* de D. 47, 10, 15 y 27, o quizá de la posterior cláusula general²².

En principio pudiera parecer más grave el acto de citar a una persona de las contenidas en el Edicto después de haber solicitado la autorización y de recibir en contestación un particular decreto pretorio denegatorio. Sin embargo no es así, ya que la prohibición edictal se

²¹ LENEL, *EP.*, p. 69; también BONINI, *Il titolo "de poena temere litigantium" delle Istituzioni giustiniane*, en *Arch. Giurid.* (1969), p. 40 n. 44; PUGLIESE, *PF.*, p. 373 n. 116.

²² LENEL, *Paling.* II, Ulp. 1.353; *EP.*, p. 401. Sobre la noción de injuria vid. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977, p. 181 ss.; SANTA CRUZ TEJERO y D'ORS, *A propósito de los edictos especiales "de iniuriis"*, en *AHDE.* (1979), p. 653 ss., consideran esta cláusula como la primera regulación pretoria, anterior a la cláusula general, pues "la forma *animadvertam* permite pensar en una época bastante remota, anterior a la Ley *Ebuca*".

refiere a la citación contra el edicto del Pretor, y se dice que obra *contra praetoris edictum* quien realiza algo en contra de la prohibición o veto del mismo; D. 57,17,102 pr. (Ulp. 1 ad ed.):

Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.

Por lo tanto constituye el mismo acto delictivo sancionado con la misma pena pecuniaria, tanto el citar sin permiso, como el citar en contra del decreto que deniega la autorización para citar. Del mismo modo no constituirá un delito más grave el citar para un proceso en el que se va a ejercitar una acción de tipo infamante u otra para cuyo ejercicio el Pretor normalmente no concede su autorización²³. El desacato a los magistrados con jurisdicción estaba sancionado con un juicio penal con condena al *quanti ea res est*; D. 2, 3,1 pr. (Ulp. 1 ad ed.):

Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.

4. Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur.

Pudiera pensarse en la procedencia de este juicio penal por haber desobedecido la prohibición pretoria de carácter general contenida en la rúbrica del Título D. 2, 3: *si quis ius dicenti non obtemperaverit*²⁴. Pero la *actio in factum* de D. 2, 4, 12 sería un modo particular de sancionar un tipo de desacato al Pretor muy concreto, basado en la actuación en contra de lo establecido en la cláusula edictal recogida en D. 2, 4, 4,1. No cabría, así, concurrencia entre el *iudicium* penal de D. 2, 3,1 pr. y la *actio in factum* de D. 2, 4, 12 pues ésta sería de prioritaria y única aplicación. Primaria, de esta manera, la finalidad del Edicto de defender la honorabilidad de las distintas personas contempladas, sobre la desobediencia a una prohibición pretoria general. Y es que, en contra de lo que pudiera parecer a simple vista, este edicto no tiene una finalidad limitativa o prohibitiva en exclusiva, sino que también trata de posibilitar la citación del patrono (el ejercicio de los derechos del liberto) sin riesgo de ser, a su vez, demandado éste por una acción de injurias (única sanción posible antes de este edicto). La no concurrencia de la *actio iniuriarum* con la *actio in factum* tendría este mismo significado.

²³ Para un elenco de acciones infamantes que el Pretor no permitiría interponer vid. entre otros D.2.4,10,12 y D.37,15,5,1; vid. también el reciente trabajo de A. D'Ors, *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *Sodalitas* 6, p. 2575 ss.

²⁴ LENEL, EP., p. 51; Paling. II, Ulp. 173 y 177.

Por supuesto, el hecho de que los textos examinados contemplen sólo el supuesto de las relaciones de patronato no implica que se excluyen las demás. Las fuentes atienden más al supuesto del liberto y el patrono porque, sin duda, sería el caso más corrientemente planteado²⁵.

Por último hemos de reseñar la importancia que tiene en esta acción *in factum* la *causae cognitio* previa del magistrado. En ella se han de examinar si existe la relación de parentesco o patronato eventualmente negada por el ahora demandado, y si se da alguna circunstancia que impida el ejercicio de la acción, como puede ser el arrepentimiento del liberto, la incomparecencia del *vocatus*, o su no protesta ante la citación que se le ha realizado; D. 2, 4, 11 (Paul. 5 ad ed.):

Quamvis non adiciat praetor causa cognita se poenale iudicium daturum, tamen Labeo ait moderandam iurisdictionem: veluti si poeniteat libertum et actionem remittat: vel si patronum vocatus non venerit: aut si non invitus vocatus sit, licet verba non patiantur.

De ello se sigue que, como en todo supuesto delictivo, es imprescindible para la procedencia de la acción penal la *scientia dolo malo*, la malicia del que lo realiza (tal dolo no existe si el *vocatus* de propio grado se aviene a comparecer).

4. ACTIO INIURIARUM Y ACTIO IN FACTUM CONTRA EL VOCANS

Una vez realizada correctamente la *in ius vocatio* nace una obligación en el *vocatus* de acudir ante el Pretor personal e inmediatamente²⁶. Pero existe la posibilidad de no acudir inmediatamente ante el Pretor sin incurrir en responsabilidad. Una de las formas de eximirse de tal responsabilidad es presentar una persona que garantice la futura comparecencia del *vocatus*; D. 2, 4, 22,1 (Gai, 1 ad leg. XII tab.):

Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venit, de re transactum fuerit.

²⁵ Gai. 4, 46; D. 2,4,11-13 y 25; D.44,7,25,1 i.f. La *actio in factum* también puede aplicarse en el caso de la existencia de una relación de parentesco según los términos edictales. Esta aplicación se desprende a sensu contrario de D.2,4,7; indirectamente de D.2,7,1,2; y de I.4,6,12. Sobre la reconstrucción de la fórmula edictal general, que englobaría todos los supuestos de *in ius vocatio* en contra del edicto del Pretor, vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria* (n. 16), p. 286.

²⁶ Obligación que se desprende claramente, entre otros, de los textos: D. 2,12,2 y D.5,1,5.

En este garante que el Digesto denomina *fideiussor iudicio sistendi causa* ve la doctrina mayoritaria la primitiva figura del *vindex* que sobreviviría en la época clásica²⁷. Se le exigirían, para ser idóneo, las características de ser *locuples*, de solvencia proporcionada a la del *vocatus* (D. 2, 6, 1), y de ser fácilmente localizable en orden a su perseguibilidad procesal (D. 2, 8, 2 pr.).

Pues bien, si el *vocans* rechaza a un *vindex* idóneo, su conducta se tendría por ilícita y como tal sería sancionada. Tanto el *vocatus* como el *vindex* rechazado podrían ejercitar contra tal *vocatus* una *actio iniuriarum* de la que nos da noticia Gayo; D. 2, 8, 5,1 (Gai. 1 ad ed. prov.):

Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem vel, si dubidetur, adprobatum fideiussorem iudicio sistendi causa (vindex) non acceperit: iniuriarum actio adversus eum esse potest, quia sane non quaelibet iniuria est duci in ius eum, qui satis idoneum fideiussorem det. sed et ipse fideissor, qui non est acceptus, tanquam de iniuria sibi facta queri poterit.

El *vindex* no perdería su legitimación para utilizar esta acción aunque lo hiciese el *vocatus* debido a su no comparencia ante el Pretor (cfr. D. 2, 4,11).

Sin embargo hay circunstancias en las que, debido a los lazos de parentesco, patronato o afinidad entre *vocatus* y *vindex*, el *vocans* está obligado a admitir *qualiscumque vindex*; D. 2, 8, 2 (Ulp. 5 ad ed.):

Praetor ait: "Si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosve suos eumve quem in potestate habebit, vel uxore, vel nurum in iudicium vocabit: qualiscumque fideiussor iudicio sistendi causa (vindex) accipiatur".²⁸

Con relación a todas estas personas que se enuncian se deroga la exigencia de que el *vindex* sea *locuples*, pero ha de seguir teniendo la

²⁷ La paráfrasis *fideiussor iudicio sistendi causa*, o similar, sustituye sistemáticamente a la palabra original *vindex*. Vid. un excelente análisis del estado de la cuestión en la doctrina en FERNÁNDEZ BARREIRO, El "*vindex*" en la "*in ius vocatio*", en *AHDE*. 41 (1971), 809 ss. Contra la supervivencia del *vindex* se ha manifestado TERESA GIMÉNEZ-CANDELA, en *Studi Sanfilippo I*, p. 181 ss., y en *SDHI*. 48 (1982), p. 126 ss., basándose en la exclusiva documentación de casos de *vadimonium*, que para ella sería el modo habitual de resolver la *in ius vocatio*, y no un sustituto de la citación como es lugar común en la doctrina. En este sentido se siguen manifestando BOVE, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine* (Nápoli 1979), p. 21 ss. y CAMODECA, en *Labeo* 33 (1987), 24 ss. y n. 9, quien critica las conclusiones de la citada autora.

²⁸ Cláusula edictal reconstruida por FERNÁNDEZ BARREIRO, op. cit., siguiendo la interpretación de ZANZUCHI, *Il divietto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi in Diritto romano*, en *Riv. It. sc. giur.* 47 (1910), p. 250 ss.

conveniendi facilitas (D. 2, 6, 1 y D. 2, 8, 2, 4). Por lo tanto si rechaza tal garante, esto es constitutivo de un hecho ilícito y como tal sancionado en el edicto; D. 2, 6, 2 (Call. 1 ad ed. mon.):

...et in eum, qui non acceperit, cum sciret eam necessitudinem personarum, quinquaginta aureorum iudicium competit.

Se trata de una acción *in factum* penal con sanción pecuniaria fija. Esta multa es igual a la establecida para la *actio in factum* de D. 2, 4, 12 y equivaldría a 50.000 sextercios. Pero si el *vocatus* no ha comparecido tampoco podrá el *vindex* utilizar esta acción²⁹, pero dispondría probablemente de una *actio iniuriarum* de modo similar a la concesión de esta acción en D. 2, 8, 5, 1, puesto que también un *vindex* idóneo para el caso, que reviste los requisitos establecidos, es rechazado.

5. ACTIO IN FACTUM ADVERSUS EUM QUI IN IUS VOCATUS NEQUE VENERIT
NEQUE VINDICEM DEDERIT

Contra el citado que no comparece ni presenta un *vindex* puede ejercitar el *vocans* una *actio in factum* que está acreditada en dos textos de las *Institutiones* de Gayo; Gai. 4, 183:

In summa sciendum est eum, qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere et eum, qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praedictori committere...

Poniendo ejemplos de *actiones in factum* hace referencia a la indicada, cuyo contenido es una *poena* contenida en el edicto; Gai. 4, 46:

... ceterae quoque formulae, quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit...

Pero la procedencia de esta acción penal no sería automática una vez producida la incomparecencia *in iure*, sino que el Pretor examinaría en una *causae cognitio* una serie de circunstancias con el fin de establecer si hubo comportamiento doloso del demandado, es decir, si hubo una injustificada negativa de éste a comparecer. A ello hace referencia el texto de Paulo en D. 2, 5, 2, 1 (Pau. 1 ad ed.):

²⁹ D. 4, 6, 26, 6: *ipsis delinquentibus praetor non subvenit*; el Pretor no concede la protección edictal a las personas que han obrado ilícitamente. Este juego de compensación de ilicitudes sirvió para la elaboración de lo que se llamó en época compilatoria "compensación de culpas": D. 2, 10, 3, 3.

Si quisin ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudici multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitate enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit.³⁰

Pugliese³¹ se ha planteado la incidencia de la falta de fundamento en la acción principal sobre la procedencia de la sentencia en la *actio in factum* tomando como base textual en D. 2,11, 10 pr. (Paul. 1 ad Plaut.):

Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur: actio in me danda est, ut vel exhibeam eum vel defendam, ut veritas inquiratur.

No nos parece posible deducir de este texto que la sentencia de la acción pretoria estuviese condicionada por la aceptación y la defensa en el proceso principal y por el resultado del mismo. Dicho de otro modo, no creemos que la sentencia absolutoria en la acción principal dejase sin contenido ni aplicación todo el proceso sustanciado por medio de la *actio in factum*.

Cual sea el contenido de la sentencia en esta acción penal pretoria no es algo pacífico. No nos parece posible que se trate del *quanti ea res erit*³², ni de otro tipo de condena a una cantidad variable de dinero³³. Creemos se trata de una condena a una cantidad fija de dinero, cuyo montante concreto desconocemos, que se impone como consecuencia del incumplimiento de la obligación edictal de la comparecencia. Y ello es así porque no se trataría aquí de sustituir la acción principal por otra para conseguir un resarcimiento patrimonial. Eso se lograría acudiendo a otras medidas coactivas pretorias, como las *missiones in possessionem* que veremos más adelante. Por tanto no tiene relevancia la mayor o menor entidad del objeto en litigio, sino sólo que se ha

³⁰ MARTINI, *Il problema della "causae cognitio" pretoria* (Milano 1960), p. 101 ss. defiende que, efectivamente, el texto se refiere a una *causae cognitio* del Pretor y propone la interpretación de unir sustancialmente *ex causa* con *remittit praetor poena*. Otros textos hacen referencia a la improcedencia de la acción: D.2,4,22,1 y D.2,11,2,8.

³¹ PUGLIESE, PF., p. 382, recoge las conclusiones obtenidas en su estudio, publicado años antes, sobre el tema: *Les voies des recours sanctionnant l'in ius vocatio*, en RIDA. 3 (1949) (= *Mélanges de Visscher II*), p. 256 ss.

³² Postura defendida por LENEL, EP., p. 69. No cree posible una condena al *quanti ea res erit* en la fórmula de la *actio in factum*, BESELER, *Beiträge IV*, p. 165.

³³ Opinión avalada por PUGLIESE, *Les voies* (n. 31), p. 252 ss. y PF., p. 378 ss. Según este autor mantuvieron esta postura Rudorff y Beseler en su reconstrucción del Edicto (10.000 HS de multa). También parece inclinarse por esta opinión KASER, RZP., p. 165 n. 40.

cometido un ilícito pretorio desobedeciendo la orden del edicto de acudir a juicio³⁴.

6. ACTIO IN FACTUM CONTRA EL EXEMPTOR Y ACCIÓN CONTRA EL VINDEX

Nos referimos ahora a dos acciones que competen al *vocans* contra terceras personas: una contra quien impide la comparecencia del *vocatus*, el *exemptor*; y otra contra el que no logra la comparecencia del mismo, el *vindex*.

La primera de ellas³⁵ no siempre sanciona al que impide la presencia del *vocatus in iure*, ya que si no se ha realizado correctamente la *in ius vocatio*³⁶ el Pretor la denegará una vez que en la *causae cognitio* compruebe tal ilicitud. Del mismo modo puede existir una *iusta causa exemptionis* cuando se alega alguna circunstancia para ser probada *apud iudicem*; así D. 2, 7, 4, 2 (Paul. ad ed.):

Praetor ait "neve faciat dolo malo quo magis ximeretur":
nam potest sine dolo malo id fieri, veluti cum iusta causa
est exemptionis³⁷.

Las conductas del *exemptor* previstas y sancionadas en la cláusula edictal "*ne quis eum in ius vocabitur vi eximat*"³⁸ son dos: la del *exemptor* que impide violentamente la comparecencia, y la del *exemptor*-inductor que se vale de otras personas. En la primera conducta es indispensable el resultado objetivo de la no comparecencia; D. 2, 7, 4 pr. (Paul. 4 ad ed.):

Sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait.
eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere
quoquo modo auferre. ut puta si quis non rapuerit quem,
sed moram fecerit quo minus in ius veniret, ut actionis dies
exiret vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamvis
corpus non exemerit. sed et si eo loci retinuerit, non abduxit,
his verbis tenetur.

³⁴ Más argumentos que refuerzan esta opinión en GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia* (n. 4), p. 98 ss.

³⁵ Sobre este tema de la *exemptio* es de consulta obligada FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración de la comparecencia por intervención de un tercero* (Santiago 1972), cuyo contenido seguimos esencialmente en esta exposición.

³⁶ Vid. los casos de exención de responsabilidad que se establecen por intervención de la Jurisprudencia, en D.2,7,1,2; D.2,7,2 pr.; D.2,7,3 pr.; D.2,7,3,1.

³⁷ KRÜGER, *Nov. Suppl.* ad h.1., citando a Donatuti, no admite la genuinidad de todo el comentario final de este texto a las palabras edictales reproducidas. De todos modos las palabras *poena eius edicti cessabit* de D.2,7,3,1 parecen hacer más referencia a esta solución de sentencia absolutoria que a la de denegar el Pretor la acción. Nunca podría ser considerada una *iusta causa*, que exima al *exemptor*, la alegación de que la *in ius vocatio* se hacía *calumniae causa*: D.2,7,4,1 y D.2,7,5,1.

³⁸ Se trata de la rúbrica del Título D.2,7 Vid. la reconstrucción de la cláusula edictal en LENEL, *EP.*, p. 73 s., realizada sin grandes problemas, ya que se compone de la susodicha rúbrica de D.2,7 y de lo transmitido por Paulo en D.2,7,4,2.

Paulo siguiendo a Pomponio explica el significado del término *eximendi* en el sentido de que no es necesario que se realice un impedimento físico o corporal (*eripere*), sino que es suficiente con provocar de cualquier modo la incomparecencia³⁹, ya que lo importante es el resultado; D. 2, 7, 5, 2 (Ulp. 5 ad ed.):

Docere autem debet quis per hanc exemptionem factum quo minus in ius produceretur. ceterum si nihilo minus productus est, cessat poena; quoniam verba cum effectum sunt accipienda.

En la segunda conducta basta con probar el ánimo fraudulento del inductor, pues éste se vale de otro que será quien cometa violencia o no; D. 2, 7, 5 pr. (Ulp. 5 ad ed.):

Si per alium quis exemerit, hac clausula tenetur, sive praesens fuit sive absens.

La responsabilidad por tales actuaciones nace conjuntamente para todas las personas que intervienen (D. 2, 7, 5, 3), y en caso de que el *exemptor* sea *alieni iuris*, responde quien ostente la *patria potestas* sobre él, pero siempre en la medida de su *scientia* y de la imposibilidad de impedir el acto violento; D. 50,17, 50 (Paul. 39 ad ed.):

Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.

De todas formas si se dan estos requisitos procederá la acción edictal *in solidum* contra quien ostente la *patria potestas*; si no se dan, la acción se da como noxal según D. 2, 7,1,1 (Ulp. 5 ad ed.):

Denique Pomponius scribit servi quoque nomine noxale iudicium reddendum, nisi sciente domino id fecit: tunc enim sine noxae deditioe iudicium suscipiet.

El comportamiento del *exemptor* puede ser objeto de un *crimen* y de un *delictum*. El supuesto criminal está tipificado en la *Lex lulia de vi privata*⁴⁰ D. 48, 7, 4 pr. (Paul. 50 ad ed.):

³⁹ No parece posible admitir que en este texto se establezca la posibilidad de un acto violento no doloso (Cicerón, *Pro Quinctio* 14,34: *in ipsa vi dolus est*), sino que podría hacer referencia a un tipo específico de animus que caracterice al *exemptor* no violento que vemos a continuación. Cfr. FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración* (n.35), p. 37 s.; y D.2,7,4,2; 1.4,6,12; D2,7,1 PR.; D.2,7,3,2.

⁴⁰ PUGLIESE, *PF.*, p. 395 y FERNANDEZ BARREIRO (n. 35), p. 38.

Legis Iuliae de vi privata crimen committitur cum coetum aliquis et concursum fecisse dicitur quo minus quis in ius produceretur.

Esta ley sanciona tanto a los que convocan y reúnen gente con el fin de impedir la comparencia del *vocatus*, como a los ejecutores materiales de la violencia, con la confiscación de la tercera parte de sus bienes, aparte de otras sanciones de tipo civil (D. 48, 7,1 pr.)⁴¹.

En cuanto al delito privado la jurisdicción pretoria creó una *actio in factum* penal para reprimir a todos los responsables de una conducta de *exemptio*; D. 2, 7, 5, 3 (Ulp. 5 ad ed.):

Hoc iudicium in factum est: et si plures deliquerint in singulos debetur, et nihilo minus manet qui exemptus est obligatus.

El problema más controvertido con relación a esta acción ha sido el de la fijación de la *condemnatio*, es decir, la interpretación del fragmento de Ulpiano; D. 2, 7, 5,1 (Ulp. 5 ad ed.):

In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamem hanc poenam eum persequi.⁴²

Estimamos que la condena en esta *actio in factum* sería al *quanti ea res* est valorada por el juez partiendo de la valoración del propio actor.

Una posible *actio iniuriarum* se le concedería, en todo caso, al *vocatus*, que es quien ha sufrido la violencia o injuria de obra (D. 48,10, 5 pr.).

La segunda de las acciones que se conceden contra terceras personas ya hemos dicho que es la que sanciona el incumplimiento del *vindex*. El hecho de que el *vocatus* se libere de la obligación de comparecer inmediatamente *in iure* presentando un garante, supone que éste se compromete objetivamente para el caso de que el demandado no acuda ante el Pretor sin causa justificada⁴³: D. 2, 8, 4 (Paul. 4 ad ed.):

⁴¹ Acerca de las personas que se consideran responsables de este *crimen* vid: D.48,7,2; D.48,7,3 pr.; D.50,17,157; D.43,24,11,7 y D.44,7,20.

⁴² Han manifestado su opinión sobre la fijación de la condena en esta acción: LENEL, *EP.*, p. 74; KASER, *Quanti ea res est* (München 1935), p. 163 n. 32; VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milano 1939), p. 51 s.; PUGLIESE, *PF.*, p. 396 s.; FERNANDEZ BARREIRO, *La previa información* (n.7), p. 44 ss. y *La frustración* (N. 35), p. 42 ss.

⁴³ Participan de esta opinión de que el *vindex* debía exhibir al *vocatus* cuando el Pretor se lo ordenase en un decreto fijando el *dies exhibitionis*: LENEL, *EP.*, p. 72; KASER, *Quanti ea res est* (n. 42), p. 191; PUGLIESE, *Les voies* (n. 31), p. 260; *PF.*, p. 387. El *vindex* tiene, presumiblemente igual que en el derecho antiguo, la misión de garantizar la

Si decesserit qui fideiussorem dederit iudicio sistendi causa, non debebit praetor iubere exhibere eum. quod si ignorans iusserit exhiberi vel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit civitatem, utiliter agi potest.

Esta responsabilidad del *vindex* tiene su fundamentación en la condena al *quanti ea res erit* según D. 2, 8, 2, 5 (Ulp. 5 ad ed.):

In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor. quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem, videamus, et melius est ut in veram quantitatem fideiussor teneatur, nisi pro certa quantitate accessit.⁴⁴

No creemos deba plantearse el tema de la *condemnatio* en esta acción desde la postura de la división tajante entre los conceptos de *veritas* y *quantitas*⁴⁵. La condena, pues, debería hacer referencia a la *vera quantitas*, interpretando esta expresión, que se deriva del texto de Ulpiano, en el sentido de intentar que la misma cantidad que se le habría impuesto en la sentencia al *vocatus*, en caso de haber comparecido, recaiga sobre el *vindex*. Pero para que se pueda dar esta condena contra el garante es indispensable que éste pueda utilizar y oponer en el juicio las mismas objeciones que el *vocatus*. Ello no es posible si la acción que se concede contra el *vindex* es una acción *in factum*, que es lo que afirman las tendencias doctrinales dominantes⁴⁶. Tampoco es posible utilizar tales objeciones si la acción se considera una *actio ex stipulatu*, como

presentación del demandado en un momento futuro: KASER, *RZP.*, p. 165. Sobre la exigibilidad de esta obligación y de las circunstancias de la misma, vid. D.2,11,6 y D.2,11,11.

⁴⁴ Parece fuera de toda duda que el texto se refería originariamente al *vindex*. *Fideiussorem promiserit* es una paráfrasis que sustituye a la palabra *vindicem*: LENEL, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, en *ZSS.* 25 (1904), p. 251 n. 1 y 2; *EP.*, p. 71; *Paling.* II, Ulp. 267 n. 1 y 2 (*in eum qui vindex existiterit*); KRÜGER, ad h.1.; LA ROSA, *Il vindex nella in ius vocatio e il garante del vadimonium*, en *Studi Betti* III, p. 317, considera indudable en este texto la referencia al *vindex*, ya que la condena al *quanti ea res erit* sólo se daba contra el garante del *vadimonium* cuando éste se refiriese a la *actio iudicati* o *depensi* (Gai. 4, 186) de las que aquí no se hace mención. Otras alteraciones del texto serían, según KRÜGER, ad h.1., la supresión entre *quantitatem* y *videamus* de *ab actore aestimatum* y el añadido *et melius* - fin. Cfr. nota 27.

⁴⁵ En este sentido se manifiestan PUGLIESE, *Les voies* (n.31), p. 261 ss.; *PF.*, p. 388 ss. que sigue a VOCI, *Risarcimento e pena* (n. 42), p. 58 n. 1. Nos parece más aceptable en líneas generales el planteamiento de TAFARO, *Fideiussor iudicio sistendi causa*, en *Labeo* 1976, p. 246 ss.; *La interpretatio ai verba "quanti ea res est" nella giurisprudenza romana* (Napoli 1980), p. 139 ss.

⁴⁶ Vid. por todos LENEL, *EP.*, p. 66; KASER, *Quanti ea* (n. 42), p. 191 s. y PUGLIESE, *PF.*, p. 385.

afirma quien piensa en la *cautio iudicatum solvi* prestada por el propio *vindex*⁴⁷. A nuestro entender no se trata ésta de una acción que tenga como fin imponer una multa a una persona por incumplir la orden pretoria de presentar al *vocatus*, sino que tiene un carácter más reipersecutorio que penal⁴⁸. Lo que se busca con ella es que haya ante el *vocans* alguien que responda con su patrimonio de lo mismo que debía responder el llamado a juicio. Sólo se lograría que el *vindex* tuviese que pagar exactamente lo mismo que el *vocatus* si éste se hubiese defendido en el proceso (la *vera quantitas*), si la acción que se dirige contra él es la misma acción principal con transposición de personas. Y ese sería precisamente el recurso pretorio que se pondría a disposición del *vocatus* para evitar que quedase desprotegido en su reclamación procesal. Si hasta aquí hemos visto que, fundamentalmente, el Pretor crea acciones *in factum* para garantizar el ejercicio de los derechos, ahora vemos que lo que hace es conceder la misma acción principal que se trataba de ejercitar contra el *vocatus*, pero con transposición de personas para que pueda condenarse en ella al *vindex*⁴⁹.

7. OTROS RECURSOS PROCESALES

El hecho de que existan acciones para reclamar una cantidad de dinero como consecuencia de la incomparecencia del *vocatus* no bastaría normalmente para satisfacer la pretensión del demandante. Y ello porque, de un lado, la cantidad reclamada puede resultar insuficiente, y de otro lado podemos encontrarnos de nuevo ante la incomparecencia del demandado en esta nueva acción. Para evitar que el *vocans* quede defraudado en sus expectativas legítimas, el Pretor concede una *missio in bona* cuya única noticia en las fuentes la encontramos en la cláusula edictal que transcribe y comenta Ulpiano en D. 42, 4, 2 pr. (Ulp. 5 ad ed.):

Praetor ait: «in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defendetur, iri iubebo».

⁴⁷ SCHLOSSMAN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, en ZSS. 24 (1903), p. 312 y n. 1; LA ROSA, *Il vindex* (n. 44), p. 317 ss.

⁴⁸ Para KASER, *Quanti ea* (n. 42), p. 192 n. 16, el origen penal de esta acción es un problema que no puede resolverse a través de las fuentes. En el mismo sentido Voci, *Risarcimento* (n. 42), p. 62 n. 2 y PUGLIESE, *PF.*, p. 391, que se inclina a pensar aquí en una acción penal rectificando su opinión de "reipersecutoria" en *Les voies* (n. 31), p. 26.

⁴⁹ Los términos de las fuentes (en D.2,8,2,5 se lee: *actionem dat praetor* y de modo semejante en D.2,11,10 pr.: *actio in me danda est*) vienen a reforzar nuestra tesis, puesto que el Pretor utiliza la expresión *iudicium dabo* cuando se crea ex novo una acción, y *actionem dabo* cuando se introduce, en las acciones ya existentes, alguna modificación respecto a su concesión: vid. GRADENWITZ, *Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts*, en ZSS. 9 (1988), p. 177 ss. También PUGLIESE, *Actio e diritto subiectivo* (Milano 1939), p. 132 s., estima que el *iudicium* implica la creación ex novo de una acción.

Con referencia a la interpretación de esta cláusula edictal no arrojan ninguna luz las frases del comentario de Ulpiano conservadas en los párrafos que completan el fragmento. Sobre ellas hay diversas conjeturas⁵⁰. Ninguna nos parece convincente. La *missio* no podrá dirigirse ni contra el *vindex* ni contra el *vocatus* que lo ha presentado, una vez que se sustancia la acción que acabamos de ver contra este garante. La única interpretación posible, a nuestro entender, consiste en que cuando el *vocatus* ha dado un *vindex* y éste incumple sus obligaciones, el *vocans* podrá libremente decidir entre: o exigir la responsabilidad del garante (lo que excluye la posibilidad de la *missio*, como acabamos de ver), o utilizar la vía directa de reclamación contra el *vocatus*, que todavía subsiste, y que tiene como única salida, precisamente, la *missio* de D. 42, 4, 2 pr.⁵¹.

Contra el *vocatus* que ni acude a juicio ni presenta un *vindex* habrá de darse también, para satisfacer los intereses del *vocans*, además de la *actio in factum* (cuya sanción es una cantidad fija de dinero), una *missio in bona*. Estimamos que ésta no es la recogida en D. 42, 4, 2 pr. ni la que sanciona la conducta del *absens*, que veremos más adelante⁵², sino que se aplicaría la del *indefensus*⁵³. Es decir, que el *vocatus* que ni acude ni da un *vindex* es considerado indefenso y como tal se da contra él una *missio in bona*. Es probable que se exigiese como requisito para su concesión la condena del *vocatus* en la acción *in factum* por falta de comparecencia⁵⁴.

Por lo tanto se puede considerar *indefensus* el *vocatus* que en una acción *in personam* no acude a juicio o acudiendo, por sí o por otro, no realiza la aceptación de la acción en la *litis contestatio*⁵⁵. No se puede hablar aquí de ausencia porque ésta se da con relación a la citación, no a la comparecencia; D. 5, 1, 63 (Ulp. 59 ad ed.):

Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per
alium, sed cum satisfactione: nec ille videtur defendi, qui
quod iudicatum est non solvit.

⁵⁰ Sobre el status quaestionis en este tema recogemos las posturas doctrinales más representativas en *Citación y comparecencia* (n. 4), p. 122 ss. que contiene las opiniones de Luzzatto, Beseler, Aru y Pugliese.

⁵¹ LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, en *Studi Albertario I*, p. 763 ("il *vindex* ha la legittimazione a stare in giudizio in luogo del convenuto, ma l'obbligo della *defensio* permane nel convenuto, che si trova esposto alla eventuale *missio in bona*") y 766.

⁵² Para PUGLIESE, *Les voies* (n. 31), p. 269 ss., sería de aplicación precisamente esta cláusula que sanciona la ausencia, aunque él mismo relativiza esta opinión al afirmar que no está aún demostrado tal sometimiento.

⁵³ "*Qui ita ut oportet defensio non fuerit*": LENEL, EP., p. 413 ss. Cfr. también LUZZATTO, *Procedura civile romana* (Bologna 1948), 2, p. 22.

⁵⁴ Consideramos plenamente aceptable esta hipótesis de PUGLIESE, *Les voies* (n. 31), p. 272 s. Vid. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio* cit., p. 766 ss. que sigue la opinión de Pugliese con respaldo en las fuentes.

⁵⁵ KASER, RZP., p. 204 n. 4, Para Marrone, *Actio ad exhibendum*, en *Annali Palermo* 26 (1957), p. 458 n. 51, *defendere rem* consistía en "collaborare alla *litis contestatio*"; cfr. WLAŚAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, en ZSS. 25 (1904), p. 121 ss.

A sensu contrario se desprende lo mismo de D. 50,17, 52 (Ulp. 44 ad ed.):

Non defendere videtur...is qui praesens negat se defendere
aut non vult suscipere actionem.

Para sancionar la conducta de tal *indefensus* no habrá, pues, que acudir a las cláusulas relativas al ausente o al latitante, ya que estas se refieren exclusivamente al caso del demandado inhallable, con lo que no se le puede citar a juicio⁵⁶. Cuando ya se ha logrado realizar la *in ius vocatio*, existe una cláusula edictal específica que sanciona, de modo muy similar a los supuestos citados, al *vocatus non defensus*. Es decir, se procederá al embargo de todo su patrimonio. Ello se desprende tanto a sensu contrario de los textos del Digesto (D. 6,1, 80 y D. 50,17, 156), como directamente de la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, cap. XXII:

... aut iudicio se non defendisset; praetorque isve quei de
eis rebus Romae iure deicundo praerit in eum et in heredem
eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque
duci bona eorum possideri proscribere vineireque iubeto...

Tal *missio* se concede en virtud de una cláusula edictal especialmente dirigida contra el *non defensus* y que ha sido reconstruida por Lenel⁵⁷ del modo siguiente: «Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit».

8. SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD DE CITACIÓN: SANCIÓN CONTRA EL ABSENS Y EL LATITANS

Cuando una persona pretende ejercitar una acción pero no encuentra a su adversario, por encontrarse éste materialmente ausente del ámbito jurisdiccional del magistrado competente, se dice que tal adversario está ausente (*absens*); así en D. 50,16,199 pr. (Ulp. 8 de omn. trib.):

⁵⁶ LENEL, *EP.*, p. 414 comentando la cláusula por él reconstruida, afirma que las cláusulas siguientes referidas al *latitans* y al *absens* no tienen nada que ver con los supuestos de indefensión. También KASER, *RZP.*, p. 207 y n. 19, distingue estos dos grupos de personas ya que en la indefensión de las acciones *in rem* no se concede directamente la *missio*, como en el caso de que se haya eludido la situación mediante la *latitatio* o la *absentia* (aunque en este último caso con mitigaciones). Vid infra.

⁵⁷ LENEL, *EP.*, p. 413 ss.

“Absentem” accipere debemus eum, qui non est eo loci, inquo loco petitur: non enim trans marea bsentem desideramus: et si forte extra continentia urbis sit, abest. ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet.⁵⁸

Pero para que esta ausencia tenga relevancia jurídico-procesal es preciso que no exista nadie que se quiera encargar de su defensa, *absens non defensus*; D. 42, 4, 2, 2 (Ulp. 5 ad ed.):

Quid si non latitet, sed absens non defendatur? nonne videtur potestatem sui non facere?

Ese *non defendatur* con la consiguiente defraudación de las expectativas jurídicas y económicas del titular de la acción personal que se pretende ejercitar, constituye la situación típica que habría de tener en cuenta el Pretor en su edicto⁵⁹.

Por otro lado la conducta objetiva típica del *latitans* es la del que no se deja en público, se esconde, con la finalidad frudulenta de impedir la citación, y con ello el ejercicio del derecho. La intencionalidad de su conducta es lo que realmente delimita el concepto y lo distingue del *absens*. Además, como es lógico, también se requiere aquí que nadie defienda al que se oculta⁶⁰.

Por lo que se refiere a la sanción edictal a que dan lugar estas conductas, tratándose de acciones *in personam*, comenzaremos estableciendo la que procede contra el *latitans* y sobre la que no existe ninguna duda doctrinal. Se decreta por el Pretor una *missio in bona*; D. 42, 4, 7,1 (Ulp. 59 ad ed.):

Praetor ait: «Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo».

⁵⁸Sobre el concepto de ausencia vid. PUGLIESE, PF., p. 157 ss. y mi *Citación y comparecencia* (n. 4), p. 139 ss. con acopio de fuentes.

⁵⁹Sobre la exigencia de la indefensión para que pueda hablarse de *absentia in iure* vid. KASER, RZP., p. 164 (n. 24: *absens* significa ausencia in iure); Gai. 3, 78: *nec absentes defendatur*; COSTA, *Cicerone giureconsulto* II, Bologna 1927, p. 46 y n. 1, en donde se recogen los fragmentos del *Pro Quinctio* que muestran que la defensa de Quinctio por Cicerón va dirigida a demostrar que éste no careció de una eficaz *defensio*, con lo cual no puede ser considerado *absens*. En el primer sentido LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (Firenze 1939), p. 44 ss., defiende que es necesario que falte la persona *qui cum experietur* (D.8,5,18).

⁶⁰Cfr. D.42,4,7,1; D.42,4,7,4; D.42,4,7,13; D.42,5,36; etc.

Este embargo se denomina en los textos *missio rei servandae causa* y concede al missus solamente facultades de administración sobre los bienes valiéndose de acciones *in factum*⁶¹. No se necesitaría un segundo decreto del Pretor para que se pudiera proceder a la venta de esos bienes, sino que, probablemente, se seguirían los mismos trámites previstos para la *venditio bonorum* del deudor concursado fraudulento.

Del mismo modo que hay una cláusula edictal que sanciona la conducta del *latitans*, existe otra independiente para sancionar al *absens non defensus*⁶². Sin embargo no es impensable que exista una identidad esencial de sanciones, puesto que ambas conductas pueden causar al demandante idénticos perjuicios. Además, por lo que se desprende «a contrario» de D.42,4,6,1 puede afirmarse que la *missio* sobre el patrimonio del ausente puede conducir también a la venta del mismo⁶³.

¿Qué razón de ser tendría entonces la existencia de dos cláusulas distintas? Se justificaría principalmente tal dualidad por el diferente tratamiento en el procedimiento de la *venditio*. Es probable que el Pretor en su *causae cognitio* llegue al convencimiento de que la ausencia carecía de intencionalidad; y así como asimila el *latitans* al concursado fraudulento, ahora, al no haber tal intencionalidad, asimilaría el *absens* al deudor insolvente de buena fe a efectos de la ejecución patrimonial, con las ventajitas que ello supone.

9. CONCLUSIÓN

Todos estos recursos y sanciones tienen un claro origen pretorio. En efecto, y como ya hemos visto, existe un considerable número de acciones *in factum* creadas especialmente por el pretor para lograr que el proceso no se detenga por el inadecuado comportamiento de las partes o de terceros. Gayo, en sus *Institutiones* (Gai. 4,46), nos da noticia de que las acciones *in factum* fueron numerosísimas (*innumerabiles*), y cuando quiere ejemplificar hace referencia, precisamente, a las que se contienen en el título *De in ius vocando*. Por otro lado, el complemento necesario y último de estas sanciones está constituido por uno de los denominados recursos complementarios de la jurisdicción pretoria, que son las *missiones in possessionem*.

⁶¹ Vid. todo el párrafo D.42,5,9 y D.42,5,14,1. Se habla también de la *missio* con esta finalidad de *rei servandae causa* en D.2,12,2; D.41,2,3,23; D.43,4,1,1 y D.50,1,26,1. Sobre el tema de la denominación y alcance de las *missiones in possessionem* o *in bona*, consultar BETANCOURT, *La defensa pretoria del "missus in possessionem"*, en *AHDE*. 52 (1982), p. 373 ss.

⁶² SOLAZZI, *L'editto "qui absens iudicio defensus non fuerit"*, en *Studi Simoncelli*, p. 413 ss., principalmente p. 426; LENEL, *EP.*, p. 415 s.; LEPRI, *Note* (n. 59), p. 43.

⁶³ LENEL, *EP.*, p. 416; en cuanto a la facultad de vender (loc. cit. n. 2) se diría probablemente en el mismo edicto: *veniri iubebo*. La facultad de venta referida al *absens* se ve confirmada con las excepciones del pupilo y del ausente *rei publicae causa sine dolo malo* de D.42,4,6,1 que LEPRI, *Note* (n. 59), p. 52 considera un texto plenamente clásico.

Pero esta que podemos denominar política pretoria respecto al encauzamiento del litigio, creemos, con Fernández Barreiro⁶⁴, que no debe ser enfocada exclusivamente desde el punto de vista negativo de la prohibición de conductas inconvenientes. Estimamos que tal conjunto de recursos procesales puede ser contemplado, más bien, desde una perspectiva positiva: tratar de lograr que la conducta de los litigantes se adecue a un patrón de comportamiento que, en el campo de las relaciones patrimoniales privadas, se identifica con la *bona fides*, o de modo más general con el *boni viri arbitratu*⁶⁵. Este enfoque ético de la política procesal pretoria relativa a la citación y comparecencia a juicio, es el que da verdadero sentido y eficacia al conjunto de medidas examinadas. La finalidad disuasoria o coactiva de estas sanciones previstas en el Edicto pretorio se pone especialmente de manifiesto cuando se trata del embargo de los bienes del sancionado, pues éste dispone de un cierto tiempo para rectificar su conducta y lograr así que ese embargo, ya decretado por el pretor, no llegue a sus últimas consecuencias de venta en pública subasta de todo su patrimonio.

De esta forma vemos, una vez más, cómo el derecho pretorio adapta y moderniza progresivamente el procedimiento de las acciones de la ley, superando los formalismos de tal procedimiento arcaico, y garantizando, así, el ejercicio procesal de los derechos.

Recibido: 18.9.1990

Aprobado: 1.10.1990

⁶⁴ FERNANDEZ BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano I* (1990), 65 s.

⁶⁵ Cremades, *El "officium" en el Derecho privado romano* (León 1988), p. 27 ss.