

EL “VINDEK” EN LA “IN IUS VOCATIO”

SUMARIO: I. Planteamiento: el *vindex* y sus requisitos; II. El deber del demandante de aceptar cualquier *vindex* por razones de parentesco o de patronato; III. Reconstrucción de la cláusula edictal pertinente; IV. Sanción del incumplimiento.

I. PLANTEAMIENTO: EL “VINDEK” Y SUS REQUISITOS

Con el mismo título de nuestro estudio aparecieron a principios de siglo sendas monografías de Schlossmann¹ y Lenel² con opiniones contrapuestas respecto a la existencia del *vindex* en el proceso formulario romano. Schlossman negaba, en efecto, que los clásicos hubieran conocido tal institución en el ámbito de la *in ius vocatio* del proceso formulario, y suponía que las fuentes pertinentes aludirían a la exigencia de una *satisdatio* que tendría que prestar el *vocatus*, es decir, una promesa garantizada por un tercero, que sería el *fideiussor iudicio sistendi causa* del proceso justiniano³. Ciertamente, puede resultar dudosa la pervivencia del *vindex* en el proceso formulario, pues tal término se encuentra raras veces en las fuentes; el Digesto no lo menciona en modo alguno, sino que habla de un “*fideiussor iudicio sistendi causa*”. Con todo, la tesis negativa de Schlossmann fue refutada por Lenel, cuyo pensamiento siguió la generalidad de la doctrina posterior⁴.

1. *Der vindex bei der in ius vocatio*, SZ 24 (1903), p. 279 y ss.

2. *Der vindex bei der in ius vocatio*, SZ 25 (1904), p. 247 y ss.

3. Seguimos aquí la exposición de PUGLIESE, en *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, Milán, 1963, p. 383 y ss.; en adelante citado por el nombre del A. o en la forma PF.

4. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, p. 165, con bibl. sobre el *vindex* en ns. 38 y ss.; PUGLIESE, p. 384.

Según Lenel, el término *vindex* fue sustituido en el Digesto por la expresión “*fideiussor iudicio sistendi causa*”, y la rúbrica de D.2.6: “*in ius vocati ut cant aut satis vel cautum dent*”, sería una adaptación justiniana de la cláusula edictal “*in ius vocati ut cant aut vindicem dent*”, como se demuestra, entre otras razones⁵, por la comparación con Gayo, 4.26, que testimonia la existencia de una *actio in factum* “*adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*”.

Nuestro análisis del tema del *vindex* forma parte de una serie de investigaciones que estamos realizando sobre las *actiones in factum* y los demás recursos procesales que regulaban la *in ius vocatio* en el proceso formulario⁶. Dejamos para más adelante el estudio de la *actio in factum* de D.2.8.2.5 contra el *vindex* que no había logrado la comparecencia del *vocatus*⁷, porque su comprensión creemos que exige el adecuado conocimiento de los diversos efectos que se derivaban de la *absentia in iudicio*, tema que trataremos dentro de un amplio estudio que preparamos sobre la ausencia y su régimen jurídico en el Derecho romano clásico. Nos limitaremos, pues, al análisis de una cláusula edictal, cuyo tenor reproduce Ulpiano en D.2.8.2.2, en la que el pretor tomaba en consideración el parentesco y el patronato para estimar válida la intervención como *vindex* en favor de un *propinquus*. En virtud de ese precepto edictal se imponía, en efecto, al demandante el deber de aceptar como *vindex, etiam non locuples*, al que se presentaba alegando ser pariente o patrono del *vocatus*.

La cláusula edictal reproducida por Ulpiano se presenta en

5. La *lex de Gallia Cisalpina*, 21, 21-24, admite el ofrecimiento de un *vindex* como alternativa a la promesa del «*vadimonium Romanum*»; además, si el tercero que garantiza la promesa (*satisdatio*) de comparecencia del *vocatus*, fuera un garante ordinario, como quiere Schlossmann, podría darse contra él la *actio ex stipulatu*, con lo que queda sin fundamento la existencia de la *actio in factum* contra aquél (D.2.8.2.5); vid. PUGLIESE, p. 384 y s.

6. Están ya en curso de publicación: «*La frustración de la comparecencia por intervención de un tercero y su sanción edictal*» (Ediciones Universidad de Santiago de Compostela) y «*Autorización pretoria para la in ius vocatio*» (en *Studia et Documenta*).

7. De ella trata PUGLIESE, p. 387 y ss.

D.2.8.2.2. sustancialmente alterada por los compiladores⁸; el análisis de los escasos textos conservados⁹ y la comparación con otros, creemos que aconseja abandonar la tradicional interpretación de Lenel¹⁰ y acoger la defendida por Zanzuchi en un estudio en el que incidentalmente se ocupó de este punto¹¹. La cláusula de que trataremos se presenta fundida en las fuentes con otra del título *De radimoniis*¹², de la que nos informa Gayo, 4.187, que reproducía la prohibición de D.2.4.4.1. relativa a la *in ius vocatio* de personas ligadas al demandante por vínculos de parentesco o de patronato, cuya citación procesal exigía la autorización del pretor¹³; esa fusión se debe a que en el Derecho justinianeo el *vindex* y el *radimonium* han desaparecido, quedando subsumidas ambas figuras en la institución de la *cautio iudicio sisti*, de la que forma parte el *fideiussor iudicio sistendi causa*, que tendía a asegurar la comparencia del demandado, después que le había sido remitido el *libellus conventionis*, junto con la citación¹⁴.

La cláusula edictal que imponía al demandado el deber de seguir la *in ius vocatio* expresaba su cumplimiento en la forma alternativa: "*in ius vocati ut eant aut vindicem dent*", según la reconstrucción de Lenel¹⁵. Esto supone que el *vocatus* podía satisfacer por entero la prescripción edictal si, en lugar de acudir inmediatamente *in ius* presentaba un *vindex*, que eventualmente podría ser

8. Incluida en la sede (D.2.8): *Qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur*.

9. D.2.8.2.2/4 (Ulp. 5 ed.); D.2.6.1 (Paul.1 ed); eod.2 (Call.1 ed mon.) y eod.3 (Paul. 4 ed.).

10. *Das Edictum Perpetuum*, 3.^a ed, Leipzig, 1927, p. 69; en adelante citado en la forma EP.

11. *Il divietto delle azioni famose e la «reverentia» tra coniugi in Diritto romano*, en *Riv. it. sc. giur.*, 47 (1910), p. 250 y ss.; en adelante citado sólo por el nombre del A. o en la forma *Divietto*.

12. EP, tit. VII, p. 80 y ss.

13. De ella tratamos en el segundo de los estudios anunciados supra en n. 6.

14. PUGLIESE, p. 399: el demandado debía dar un *fideiussor* si no era propietario de inmuebles (C.3.2.4.3) o titular de una suma superior a 50 áureos (C.10.11.8.7); en otro caso, bastaba la *cautio* por él prestada, reforzada por un juramento (Nov. 53.3.2).

15. EP, p. 68.

sancionado por medio de una *actio in factum* si el *vocatus* no comparecía¹⁶. Se deduce de ello el deber del *vocans* de aceptar la alternativa elegida por el demandado; el pretor exigía, sin embargo, que el *vindex* ofrecido fuera *locuples*¹⁷, extremo del que se ocupaba una específica cláusula edictal¹⁸:

D.2.6.1 (Paul. 1 ed.): Edicto cavetur ut vindex (D.: fideiussor iudicio sistendi causa datus) pro rei qualitate locuples detur.

Sólo en ese caso la negativa del *vocans* podía dar lugar a la *actio iniuriarum*, tanto en favor del demandado como del propio *vindex*¹⁹:

D.2.8.5.1 (Gai. 1 ed. prov.): Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem vel, si dubitetur, adprobatum vindicem (D.: fideiussorem iudicio sistendi causa) non acceperit: iniuriarum actio adversus eum esse potest, qui sane non quaelibet iniuria est duci in ius eum, que satis idoneum vindicem (D.: fideiussorem) det. sed et ipse vindex (D.: fideiussor), qui non sit acceptum, tanquam de iniuria sibi facta queri poterit.

Probablemente también se derivaría de la negativa a aceptar un *vindex locuples* una *exceptio* a la *actio in factum* que competía al *vocans* contra el demandado por haber desobedecido la citación; el pretor, en efecto, mantenía el control de las causas que podían haber motivado la desobediencia del *vocatus* (D.2.5.2.1.), y no parece que pudiera apreciarse dolo en la desobediencia si el demandante se había negado a aceptar el *vindex locuples* que le ofrecía el *vocatus*.

La garantía del *vocans* respecto a la comparecencia del deman-

16. D.2.8.2.5 (Ulp.5 ed.): *In vindicem* (D.: fideiussorem qui aliquem sisti promisserit), *tanti quanti ea res erit actionem dat praetor...*; PUGLIESE, p. 383 y ss. y 387 y ss.; LENEL, *EP*, p. 71 y ss.; respecto al *vocatus* se dice en D.42.4.2 pr. (Ulp. 5 ed.): *Praetor ait: «in bona eius, qui vindicem (D.: iudicio sistendi causa fideiussorem) dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur, iri iubebo».*

17. *Handlexikon*, p. 293 y s.: *Cocuples*: begrünter, vermögend, reich, zahlungsfähig.

18. LENEL, *EP*, p. 69 y ns. 1/2.

19. LENEL, *EP*, p. 68 y ss.

dado que ha dado un *vindex* se fundamenta en la amenaza que pesa sobre éste de ser sancionado con la *actio in factum* de D.2.8.2.5., cuya *condemnatio* parece concretarse sobre la base de lo que el demandante pretendía conseguir del *vocatus* con la acción principal (*q.e.r. crit*); en consecuencia, el *vindex* se tendrá por *locuples* en cuanto se estime potencialmente capaz de satisfacer el importe de esa *condemnatio*, lo que podría dar lugar a la necesidad de una comprobación previa, a la que se alude en el citado D.2.8.5.1. (*vel, si dubitetur, adprovatum vindicem*).

La valoración de la condición de *locuples* se hace, por tanto, teniendo en cuenta la cuantía y naturaleza del objeto de la acción principal, es decir, el *vindex* debería ser *pro rei qualitate locuples*: (D.2.6.1.), ya que "*locuples*" est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit (D.50.16.234.1, Gai. *lex duod.tab.*). Además, era preciso tener en cuenta la posibilidad procesal de ejercitar eventualmente la *actio in factum* contra el *vindex*:

D.2.8.2 pr. (Ulp. 5. ed.): Vindex (D.: fideiussor iudicio sistendi causa) locuples videtur dari non tantum ex facultatibus, sed etiam conveniendi facilitate.

En consecuencia, no podría estimarse un *vindex* idóneo cuando se trataba de una persona, *quae agere non potuit o non supposita iurisdictione illius, ad quem vocatur*²⁰.

II. EL DEBER DEL DEMANDANTE DE ACEPTAR CUALQUIER "VINDE" POR RAZONES DE PARENTESCO O DE PATRONO

El régimen general relativo al *vindex* al que acabamos de referirnos aparece derogado por una cláusula edictal del título *De*

20. D.2.11.13 (Il. 55 dig.): *Quotiens servus iudicio sisti ut ipse litigatoribus vel ab alio stipulatur vel ipse promittit: nec committitur stipulatio nec sponsores tenentur*; D.2.5.1 (Ulp.1 ed.): *si quis in ius vocatus vindicem dederit non suppositum iurisdictionem illius, ad quem vocatur, pro non dato vindex habetur*; PUGLIESE, p. 385.

ius vocando, en la que se establece el deber del demandante de aceptar como *vindex* a cualquier persona ligada al *vocatus* por vínculos de parentesco o de patronato, imponiendo al contraventor del precepto, en concepto de *poena*, el pago de una cantidad establecida al efecto, para cuya persecución se concede una *actio in factum*. El texto edictal es referido por Ulpiano en un fragmento perteneciente a sus comentarios al título *De in ius vocando*, pero fue llevado por los compiladores a la sede *De satisfactiones*, quizá por las razones antes apuntadas, que motivaron las alteraciones de orden sustancial con que aparece:

D.2.8.2.2 (Ulp. 5 ed.): Praetor ait: “si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosve suos eumve, quem in potestate habebit vel uxorem vel nurum in iudicium vocabit: qualiscumque fideiussor iudicio sistendi causa accipiatur”.

El texto muestra las habituales alteraciones *in iudicio* = *in ius*, y *fideiussor iudicio sistendi causa* = *vindex*²¹, pero el sentido completo del fragmento presenta serias dificultades de comprensión, de las que nos ocuparemos más adelante. Ante todo, el elenco de personas que aquí se lee presenta una notable ampliación respecto a las de D.2.4.4.1: además de “*parentem patronum patronam, liberos parentes patroni patronae*”, a quienes no podía citarse sin permiso del pretor, D.2.8.2.2. añade “*liberosve suos eumve quem in potestate habebit, vel uxorem vel nurum*”. Esto excluye que el fundamento de este precepto edictal pueda ser la *reverentia*, en la que se basa D.2.4.4.1; como ésta no era debida al cónyuge, “*vel uxorem vel nurum*” falta en D.2.4.4.1, así como en los otros lugares de las fuentes que presuponían el deber de *reverentia*²²; por la misma razón, en D.2.4.2.1 no aparecen los *liberi* del *vocans*, ya

21. LENEL, *EP*, p. 69 y ns. 4/5; *VIR*, s. v.; *fideiussor*, 1, p. 693.

22. Así, D.37.15.5 pr. (Ulp.10 ed.): *Parens, patronus patrona, liberive aut parentes patroni patronae neque si ob negotium faciendum vel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur*; en relación con el edicto *De calumniatoribus* (D.3.6.1 pr., Ulp. 10 ed.); LENEL, *EP*, p. 106 y ss.; la Jurisprudencia ofrece en diversas sedes una relación de personas a las que es debida *reverentia* entre las que no aparece el cónyuge; vid. ZANZUCHI, p. 251, núm. 8.

que la *reverentia* sólo es debida por ésta a sus descendientes. Las personas enumeradas en D.2.8.2.2 constituyen un conjunto heterogéneo individualizado por los vínculos de parentesco o de patronato, similar al que se establece en sede *de postulando*, como excepción al precepto prohibitivo de *pro aliis postulare*, por tratarse *el postulans* de una *ignominiosa persona*²³, que *in integrum restitutus non erit*²⁴:

D.3.1.1.11 (Ulp. 6 ed.): Deinde adicit praetor: "Pro alio ne postulent, praeterquam pro parente, patrono patrona, liberis parentisque patroni patronae": de quibus personis sub titulo de in ius vocando plenius diximus. Item adicit: "liberisve suis, fratre sorore, uxore, socere socru, genere nuru, vitrico noverca, privigno privigna, pupillo pupilla, furioso furiosa".

Aunque con carácter más amplio, el grupo de personas aquí mencionado se asemeja al de D.2.8.2.2; en ambos casos se hace un reenvío, de modo expreso en D.3.1.1.11 e implícito en D.2.8.2.2, a los comentarios a la cláusula edictal de D.2.4.2.1 por lo que se refiere al contenido y alcance de *parentes, patronum patronam y liberos parentes patroni patronae*. Tanto en D.2.8.2.2 como en D.3.1.1.11 se comprenden los *liberi*, sin distinción de sexo:

D.2.8.2.3 (Ulp. 5 ed.): Quod ait praetor "liberosve suos", accipiemus et ex feminino sexu descendentes liberos.

lo que debe entenderse con el límite del sexto grado²⁵ y en rela-

23. LENEL, *EP*, tit. VI, p. 78; PUGLIESE, p. 309 y s.; D.3.1.1.8 (Ulp. 6 ed.). *Ait praetor: «Qui lege, plebis scito, senatus consulto, edicto, decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur: hi pro alio, quam pro quo licebit, in iure apud me ne postulent»*; quiénes eran estas personas «*ignominiosae*», se dice en D.3.2.1 (Iuli 1 dig.).

24. D.3.1.1.9 (Ulp. 6 ed.): Deinde adicit praetor: «*Qui ex his omnibus qui supra scripta sunt in integrum restitutus non erit*». «*Eum qui ex his, qui supra scripta sunt*» sic accipe: si fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur et nisi pro certis personis postulare prohibentur: ceterum si ex superioribus, difficile in integrum restitutio impetrabitur; se excluyen, pues, las personas mencionadas en D.3.1.1.4/6; LENEL, *EP*, p. 76.

25. D.2.4.10.9 (Ulp. 5 ed.): *Liberos autem secundum Cassium, ut in parentibus, et ultra trinepotem accipimus*; D.38.10.7 (Paul., lib. sing. grds.):

ción con el parentesco cognaticio; ello supone que en el concepto de “*liberos*” entrarían *non tantum qui sunt in potestate, sed (et) omnes qui sui iuris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt (ex virilis sexus liberis) exve feminini sexus descendentes* (D.50.16.56.1); en cambio, quedarían excluidos los descendientes por vía de adopción, lo mismo que ocurría con los ascendientes (D.2.4.10.8 y h.t.4.7). Siendo la base del tipo de parentesco la cognación, el edicto tomaba en cuenta a los *parentes*, los cuales podían hacer uso del mismo en beneficio de sus *liberi*, con independencia de que aquéllos fueran actualmente *sui* o *alieni iuris*:

D.2.8.2.3 (Ulp. 5 ed.): ...parentique dabimus hoc beneficium non solum sui iuris, sed etiam si in potestate sit alicuius.

Parece claro, pues, que el edicto sigue basándose aquí en la cognación: *liberi* no comprende en este caso a los *adoptivi filii*, como, por el contrario, ocurre en otras ocasiones²⁶, sino que éstos continúan manteniendo aquella cualidad respecto a sus *parentes* cognaticios, relación a la que se refiere el texto edictal. La frase de D.2.8.2.2. “*eumve quem in potestate habebit*” debe considerarse una adición justiniana, introducida con la intención de incluir en el precepto edictal a todos los hijos, incluso adoptivos; aquel inciso debe ser rechazado, por tanto, no debido a que es innecesario después de *liberos*, como afirma LENEL²⁷, sino porque intro-

Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur: ulteriores aut non habent speciale nomen maiores appellantur: inter liberi usque ad trinepotem: ultra hos posteriores vocantur.

26. Así, D.1.9.10 (Ulp., 34 ed.): *Liberos senatorum accipere debemus non tantum senatorum filios, verum omnes, qui geniti ex ipsis exve liberis eorum dicantur, sive naturales sive adoptivi sint liberi senatorum, ex quibus nati dicuntur...*; D.37.4.1 pr. (Ulp., 39 ed.) *in contra tabulas bonorum possessione liberis accipere debemus sive naturales sive adoptivos...*; D.38.6 (Ulp., 44 ed.): *liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos, sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione*; ZANZUCHI, p. 259, núm. 1.

27. EP, p. 69, núm. 3; ninguna observación al respecto hizo en EP¹, p. 55; por su genuinidad se pronunció, entre otros, NABER, en *Mnemo-*

duce a los descendientes por vía de adopción, a quienes no se aludía en el edicto, ni hacía referencia Ulpiano.

No entran tampoco en la cláusula edictal los *consanguinei*, es decir, *fratres et sorores ex eodem patre* (Ulp. *Coll.* 16.4.1), o *ex eadem matre tantum* (D.38.10.6), ya que, a pesar de su relación cognaticia, puede decirse, como en D.37.5.3.1 que *liberis tantum et parentibus praetor prospexit, non etiam fratri et sorori*. En cambio, se menciona, tanto en D.2.8.2.2 como en D.3.1.1.11, a la *uxor*, que da paso a los parientes por afinidad, entre los que se cuentan *non quae quendam fuerunt, sed praesentes* (D.3.1.3.1, Ulp.6 *ed.*); el ámbito de D.2.8.2.2 es, en este punto, más restringido, en cuanto que queda comprendido sólo la nuera, si bien se interprete el término *nurum* sin limitación de grados:

D.2.8.2.3, i.f. (Ulp. 5 *ed.*): ...*nurum etiam pronurum et deinceps accipere debemus...*

Las personas hasta aquí mencionadas constituyen el contenido de la cláusula edictal que derogaba la prescripción de que el *vindex* fuera *pro rei qualitate locuples*:

D.2.6.1 (Paul. 1 *ed.*): Edicto cavetur ut vindex (D.: fideiussor iudicio sistendi causa datus) pro rei qualitate locuples detur exceptis necessariis personis: ibi enim qualemcumque accipi iubet: veluti pro parente patrono (D. eod. 2, Call. 1 *ed. mon.*): item pro patrona liberisve suis vel uxore nuruve...

En relación con todas ellas, el *vindex* se tendría por idóneo *etiam non locuples*:

D.2.8.2.4 (Ulp. 5 *ed.*): Quod ait praetor "qualiscumque vindex (D.: fideiussor) accipiatur": hoc quantum ad facultates, id est etiam non locuples.

syne, 21 (1893), p. 377, núm. 2, considerando que tales palabras se referirían a los descendientes por adopción; esta tesis, evidentemente, no sirve para salvar la genuinidad del inciso *eum-habebit*, ya que, como observa ZANZUCHI, p. 259, núm. 1, *liberos* podía contener también a los hijos adoptivos (vid. los textos cits., en núm. 26).

Se prescinde, pues, del requisito de la *facultas*, es decir, de las condiciones económicas del que se presenta como *vindex*, pero no de la *conveniendi facilitas* (D.2.8.2. pr.), ya que en otro caso sería totalmente inútil para el demandante la garantía de una persona *quae agere non potuit*²⁸. Ahora bien, no basándose el precepto edictal en la *reverentia*, es necesario determinar a qué se debía la derogación del requisito del *vindex locuples* respecto a esas personas. Paulo da una respuesta a esa cuestión diciendo sencillamente:

D.2.6.3 (Paul. 4 ed.): quoniam pro locuplete accipitur²⁹ vindex (D.: fideiussor) in necessariis personis.

Se trataría, pues, de una presunción de eficacia de la garantía del *vindex* en razón sólo de su *conveniendi facilitate*; esta presunción de idoneidad del *vindex* para garantizar al demandante la comparecencia del *vocatus*, sin entrar en consideración respecto a si aquél podría responder satisfactoriamente (*ex suis facultatibus*), en caso contrario, lleva a pensar que se trataría de una persona suficientemente capaz de asegurar al demandante la eficacia de la *in ius vocatio*. En consecuencia, “*qualiscumque*” no puede referirse, simplemente, a cualquier tercero que se presentara a actuar como *vindex*, sino a una persona ligada al *vocatus* por vínculos de parentesco, patronato o afinidad, lo que suministraría al *vocans* una seguridad moral suficiente de que comparecería el demandado; esta relación del *vindex* con el *vocatus* fundamenta, además, satisfactoriamente, la razón de ser del precepto edictal de obligar al demandante a aceptar como válida a una persona así relacionada con el *vocatus*; la prescripción edictal encaja perfectamente con la idea del *vindex* como defensor del demandado en la *in ius vocatio*³⁰, función que en modo alguno podría ser negada a quien se presentaba en defensa de una persona con la que le unían vínculos de

28. ZANZUCHI, p. 258, núm. 5.

29. MOMMSEN, *D. ad h.* 1... sugiere añadir *quivis*, y LENEL, *Paling.*, II, col. 874, núm. 2, *qualiscumque*; en contra, ZANZUCHI, p. 259, núm. 2.

30. D.2.4.22.1 (Gai. 1, *leg. duod. 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.*

parentesco, patronato o afinidad³¹; el menosprecio del demandante en relación con el ejercicio por parte del *vindex* de su derecho a actuar en defensa de tales personas no podría, pues, dejar de ser sancionado por el pretor. En definitiva, la excepción concedida en D.2.8.2.2 respecto al *vindex* se presenta paralela a la que se establece en D.3.1.1.11³² en relación con la prohibición de *postulare pro alio las ignominiosae personae*; este requisito negativo es dispensado en atención a que la *postulatio* se hace para actuar como demandante³³ en beneficio de personas ligadas a él por vínculos de parentesco, patronato o afinidad; esta misma relación fundamenta la dispensa de que el *vindex* sea *locuples*.

III. RECONSTRUCCION DE LA CLAUSULA EDICTAL PERTINENTE

La idea de que el vínculo de parentesco, patronato o afinidad al que se refiere el texto de D.2.8.2.2 no se daba entre el *vocans* y el *vocatus*, sino entre éste y el *vindex*, fue intuita por Naber³⁴, pero rechazada por Lenel³⁵, a quien siguió la generalidad de la doctrina³⁶. Evidentemente, la lectura de D.2.8.2.2 no permite deducir otra interpretación: tal como aparece el texto en el Digesto, *si quis parentem... in ius vocavit, qualiscumque vindex accipiat* muestra una relación entre un demandante (*si quis*), un demandado (*parentem...*) y un tercero (*qualiscumque vindex*). Las observaciones hechas anteriormente nos llevaron ya a la conclusión, de acuerdo con la interpretación de Zanzuchi, de que aquella relación no correspondía a la realidad contemplada en el edicto; recogemos ahora los resultados de Zanzuchi³⁷ para mostrar cómo sólo esa

31. ZANZUCHI, p. 260.

32. Esta relación es puesta de relieve, acertadamente, por ZANZUCHI, página 260.

33. D.3.1.1.2 (Ulp., 6 ed.): *Postulare aтем est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictione praest, exponere: vel alterius desiderio contradicere.*

34. L. cit., núm. 27, p. 377.

35. EP, p. 69, núm. 8.

36. Ultimamente, KASER, ZP, p. 166.

37. Expuestos en p. 255 y ss., del estudio cit., en núm. 11.

interpretación explica satisfactoriamente el régimen del precepto edictal, cuyo texto tenía que diferir sustancialmente del que se lee en D.2.8.2.2.

La comparación de D.2.6.1/2 y 3.1.1.77 suministra un primer indicio; en efecto, en D.3.1.1.8 se prohíbe al *ignominiosus postulare pro alio*, principio que se deroga en D.3.1.1.11 cuando la *postulatio* se hace *pro parente*, etc.; del mismo modo, en D.2.6.1 se exige como requisito del *vindex* que sea *pro rei qualitate locuples*, lo que viene derogado para el caso de que la actuación del *vindex* sea *pro parente*, etc.; así, pues, el *postulans* de D.3.1.1.11 equivaldría al *vindex* de D.2.6.1, y en ambos casos se trataría de una actuación *pro certis* (D.3.1.1.8) o *necessariis* (D.2.6.1) *personis*³⁸. Con este punto de vista se explica que en D.2.8.2.3 la excepción a que el *vindex* sea *locuples* venga calificada de un *beneficium* concedido a *parenti... non solum sui iuris, sed etiam si in potestate sit alicuius* en beneficio de sus *liberi*. En efecto, si la controversia fuese entre un descendiente (*liberos suos*) y un ascendiente (*parentem*) no se ve cómo éste podría resultar beneficiado teniendo que aceptar el *vindex non locuples* ofrecido por aquél; en cambio, ello se entiende perfectamente considerando que *parenti* alude al ascendiente que quiere actuar como *vindex* de uno de sus descendientes; en tal caso, el *beneficium* dado a *parenti* sería, lógicamente, el de poder actuar como *vindex* sin consideración de que fuera o no *locuples*, ya que *pro locuplete accipitur vindex in necessariis personis* (D.2.6.3).

El *beneficium* concedido a *parenti* se afirma subsistente con independencia de que el *parens* sea actualmente *sui* o *alieni iuris*; esto se debe a que el tipo de parentesco que se toma en cuenta es sólo el cognaticio, que no sufre menoscabo por el hecho de estar actualmente el *parens in potestate*. Ahora bien, si se tratara de una controversia entre un descendiente *in ius vocatus* y un ascendiente

38. En D.3.1.1.11 el conjunto viene denominado *certae personae*, es decir, las establecidas taxativamente en el edicto, lo que en D.2.6.1 se expresa con el término *necessariis*, porque aquí se comprenden exclusivamente las relaciones con el *vindex* por patronato, parentesco o afinidad; *necessarius* es equivalente aquí a *propinquus*; vid. VIR, s. v. *necessarius* y *Handlexikon*, p. 339, *ead*, v., 2.

vocans, no tendría sentido decir que éste debía aceptar *qualiscumque vindex* ofrecido por aquél, y todo esto a título de *beneficium*; por el contrario, considerando al *parens* como *vindex* respecto a *liberos suos*, lo que Ulpiano afirma, siguiendo a Pomponio, es la posibilidad de que el *parens* se constituya *vindex* de sus descendientes, incluso si es *alieni iuris*, debido a que no se exige que sea *locuples*; por esta misma razón, continúa diciendo Ulpiano.:

D.2.8.2.3. i.f. (Ulp. 5 ed.): ...et filius vindex (D.: fideiussor) pro patre fieri potest, etiam si in alterius potestate sit.

Se trata, justamente, de la hipótesis inversa, es decir, que quien actúe como *vindex* sea el *filius* en beneficio de su padre³⁹. Todo ello confirma el sentido dado a D.2.6.1, en donde se trata de la intervención de un *vindex* en favor (*pro*) de *parente, patrono, patrona, liberisve suis*...; este *suis* no puede referirse a *pro liberis actoris*, sino a los *parentes* respecto a los *liberi sui*; la forma "*liberosve suos*" de D.2.8.2.2 no puede tener otro significado, lo que postula la consideración de este texto como sustancialmente alterado.

Respecto a la *uxor*⁴⁰, resulta clara la ausencia de mención del marido, que sería lógica si se tratara de posibles controversias entre ambos; en efecto, dice Paulo (D.47.10.2, 50 ed.): *defendi uxores a viris, non viros ab uxores, aequum est*; por tanto, del mismo modo que en D.3.1.1.11 no se menciona al *maritus*, porque éste era idóneo para *postulare pro uxore*, y no viceversa, tampoco en D.2.8.2.2 se piensa en que la *uxor* pueda actuar como *vindex* del marido, sino éste *pro uxore*⁴¹. Todavía es necesario poner de re-

39. La *conveniendi facilitas*, en caso del *pater* o *filius in potestate alicuius*, quedaría salvada por la posibilidad de que la *actio in factum* de D.2.8.2.5 se diera contra el padre, en virtud del carácter delictual de esta acción; vid. PUGLIESE, p. 391. El *eumve quem in potestate habebit* no puede considerarse auténtico ni siquiera con el punto de vista de una controversia entre el *filius familias* y un tercero, ya que aquél entra perfectamente dentro de los *liberi*; la conjetura de CUIACIO de que el texto se refiera a *eumve quam in potestate habebit* no parece tampoco probable a Zanzuchi.

40. Se trata de mujeres casadas *sine manu*, puesto que las *in manu* entraban dentro de los *liberi (liberorum loco)*; Vid. ZANZUCHI, p. 259 n.1 i. f.

lieve, en apoyo de la hipótesis aquí acogida, algunas particularidades de carácter formal; así, la expresión *quaiscumque vindex* y la forma pasiva *accipiatur*, son perfectamente correctas entendiendo el “*si quis*”, con que comienza la cláusula edictal, en relación con el *vindex*, en tanto que si el *quis* representase al demandante que debe aceptar el *vindex* (*si quis... in ius vocabit*) la forma correcta sería *qualemcumque vindicem accipiat*; por otra parte, el carácter espontáneo con que se presenta este *vindex* explica que las fuentes no hablen de *vindicem dare* ni de *vindex datus*, expresiones propias de una relación en la que el demandado ofrece un *vindex* al demandante; como el *beneficium* edictal se da al *vindex*, se habla de *vindex fieri posse* (D.2.8.2.3.).

Las razones hasta aquí apuntadas conducen decididamente al abandono de la tradicional reconstrucción de la cláusula edictal de D.2.8.2.2 y a adoptar la propuesta por Zanzuchi, en la que se prescinde de la referencia a “*in ius vocabit*”, pues esta interpolación elimina la conexión del “*si quis*” inicial con el *vindex*; el tenor del texto debía de ser el siguiente:

SI QUIS PARENTEM, PATRONUM PATRONAM, LIBEROS
AUT PARENTES PATRONI PATRONAE, LIBEROSVE SUOS,
UXOREM NURUMVE IN IUS VOCATUS VINDICABIT, QU-
LISCUMQUE SIT, UT VINDEX ACIPIATUR ⁴².

IV. SANCION DEL INCUMPLIMIENTO

La negativa a aceptar como idónea para actuar como *vindex* a una de las personas antes mencionadas, era sancionada por el pretor mediante una *actio in factum*, de la que da noticia Calístrato:

41. Limitaciones semejantes se encuentran en otros supuestos; ZANZUCHI, p. 261, n. 4.

42. Se suprime el inciso adicional justiniano «*eumve quem in potestate habebit*»; entre *vindicere*, *vindicare* y *defendere* preferimos, con ZANZUCHI, *vindicare*, término usado por Cicerón (*De inv.*, II, 161) y que indicaría aquí la actuación del *vindex* como una *vindicatio*.

D.2.6.2 (Call. 1 ed. mon.): ...et in eum, qui non acceperit, cum sciret eam necessitudinem personarum (quingenta aureorum) competit.

El titular de esta *actio in factum* sería el *vindex* rechazado, pues a él se le concedía el beneficio de actuar como *vindex etiam non locuples*; de todas formas, el ilícito comportamiento del *vocans* daría al *vocatus* la posibilidad de interponer una *exceptio* contra la *actio in factum* que el demandante podría ejercitar como sanción de su desobediencia a la *in ius vocatio*; el menosprecio del *vindex* por parte del *vocans*, no sólo entrañaba una conducta *contra edictum*, sino también una privación de actuar en defensa de sus *propinqui*; por ello, el *vindex*, incluso *non locuples*, probablemente estaría legitimado para el ejercicio de la *actio iniuriarum*, quizá en concurrencia con el propio *vocatus*⁴³. Lo mismo que en la *actio in factum* de D.2.4.2, el *vocatus* sólo podría pretender su ejercicio si obedecía, a pesar de todo, la *in ius vocatio*, pero la negativa a acudir no se vería sancionada por la correspondiente *actio in factum*, porque el *vocans* se había comportado incorrectamente al negarse a aceptar, contraviniendo el edicto, un *vindex* que según el mismo era idóneo.

La frase *cum sciret eam necessitudinem personarum* muestra la exigencia de dolo, que debía concurrir en la negativa del *vocatus* a aceptar el *vindex*. Este elemento apoya, una vez más, la idea de que el vínculo de *necessitudo* (parentesco, patronato, matrimonio), debía de darse entre el demandado y el *vindex*⁴⁴; en efecto, si ese vínculo existiera entre el actor y el demandado, no tiene sentido pensar que pudiera el demandante desconocerlo. Respecto a *parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae*, el demandante tenía que estar en conocimiento de su relación con el *vocatus*, puesto que para citarlo tenía que haber solicitado la autorización pretoria; es cierto que podía surgir una controversia en torno a la existencia o no del vínculo de parentesco o patronato, alegada por el *vocatus*, pero entonces debería de resol-

43. Por analogía con D.2.8.5.1 en donde se prevé la *actio in factum* en favor del *vocatus* y del *vindex locuples*.

44. ZANZUCHI. p. 257.

verse ante el pretor, por lo que ni siquiera en este caso es imaginable que en un momento posterior pudiera plantearse el desconocimiento de la *necessitudo personarum*⁴⁵; es evidente, por último, que no puede concebirse la ignorancia de una relación de carácter matrimonial. Todo ello es, en cambio, perfectamente comprensible si el demandante es ajeno a esos vínculos que existen entre el demandado y el que se presenta como *vindex*.

El doloso comportamiento requerido puede darse, ante todo, si el demandante conoce, en efecto, la *necessitudo personarum*; con todo, también debe estimarse dolosa la conducta del *vocans* cuando, desconociendo aquel vínculo, no accede a un examen extraprocetal o ante el pretor de esa cuestión. En cualquier caso, una concurrencia entre la *actio in factum* de D.2.4.2.2 y la de D.2.6.2 no es posible⁴⁶, porque los supuestos de hecho son del todo diversos y diferentes las personas afectadas. La *condemnatio* se refería, como en la de D.2.4.2.2 a una *multa* preestablecida⁴⁷, que tal vez podría ser remitida por el pretor en ciertos casos⁴⁸. El texto de la fórmula de esta *actio in factum* había sido reconstruido por Rudorff del siguiente modo⁴⁹:

S.p.NmNm, cum in hoc anno permissu illius praetoris AmMm
patronum in ius vocasset, vindicem ab A°A° datum scientem

45. ZANZUCHI, cita a este propósito (p. 258 n. 1) el siguiente texto: D.7.16.37: *si filium tuum liberum generum vendidisti, qui tam proxima necessitudine coniunctis condicionis ignorantiam simulare non potest, utrisque sociis criminis accusator deest.*

46. Así lo creyó, en cambio, LENEL, *EP*, p. 71, al negar la hipótesis de Rudorff de que la pena de la *actio in factum* se referiría sólo al supuesto de que el pretor hubiese permitido la *in ius vocatio*; en realidad, según la interpretación que hemos adoptado, la *actio in factum* se referiría, en efecto, a la *in ius vocatio* en general, como cree Lenel, pero debido a que en ella el demandante no sería el *proximus del vocatus*, sino éste del *vindex*.

47. Conjeturas en torno a su importe en LENEL, *EP.*, p. 69.

48. Al igual que en D.2.4.12: desistimiento de la acción principal; no haber acudido el *vocatus* a la citación o haber aceptado la negativa del *vocans* a adoptar como *vindex* al *propinquus*. Lo mismo que en la *actio in factum* de D.2.4.2.2, la corrección procesal del *vocatus* era un presupuesto necesario para ejercitar con éxito la acción.

49. *EP*, p. 37; criticada por LENEL, *EP*, p. 71

non accepisse, recuperatores, NmNm A°A° sestertium X milia condemnate, si non paret absolvite.

Ante todo, Lenel rechaza la mención de la *exceptio annalis*, que no aparece en el texto que Gayo reproduce en I.4.46, en relación con la *actio in factum* contra el que ha efectuado la *in ius vocatio sine venia edicti*⁵⁰; la *exceptio annalis* podría venir acogida, efectivamente, en la frase introductoria que precedía al anuncio de las cuatro acciones *in factum* de la primera parte del título *De in ius vocando*⁵¹. La referencia a *permissu illius praetoris* está fuera de lugar, según la reconstrucción que hemos adoptado, ya que la relación de parentesco, patronato o afinidad se da entre el *vindex* y el *vocatus*, por lo que no se plantearía la cuestión de la *venia edicti*; *vindicem datum non accepisse* tampoco puede admitirse, porque el *vindex* se presenta voluntariamente y no es, en rigor, *datus* por el demandado; además, añade Lenel, no puede haber *vindex datus* cuando no es *acceptus*. El término *scientem* es tomado por Rudorff de D.2.6.2 (*cum sciret eam neccessitudinem personarum*), texto que no reproduce literalmente el edicto, sino que lo comenta, probablemente en relación con el dolo. Esta circunstancia no aparecía en la fórmula de D.2.4.2.2 porque en ese caso el conocimiento de la relación de parentesco o de patronato sería normal; no así en esta *actio in factum*, por lo que no siempre el rechazo del tercero que se presentaba como *vindex* podría ser doloso, por ejemplo, si parecía encubrir intenciones fraudulentas, facilitando la huída al *vocatus*, sin que el *vocans* pudiera obtener después ninguna satisfacción de un *vindex non locuples*. De no exigirse el dolo, el demandado se vería obligado a aceptar como *vindex, metu poenae*, a cualquier tercero que se presentara alegando ser *propinquus* del *vocatus*. El mayor motivo de invalidez de la fórmula de Rudorff radica, sin embargo, en el hecho de que son el *vocatus* y el *vocans* los considerados *propinqui* y no aquél y el *vindex*.

50. Reconstruida y analizada en el segundo de nuestros estudios anunciados supra n. 6.

51. LENEL, *EP*, p. 69; la *actio in factum* de D.2.4.2.2 era, en efecto, anual: D.2.4.24.

A tenor de la reconstrucción de la cláusula edictal antes reproducida, podemos ofrecer como hipótesis el siguiente texto:

RECUPERATORES SUNTO. SI PARET N^mN^m A^oA^o CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS DOLO MALO UT VINDICEM NON ACCEPISSE, RECUPERATORES, N^mN^m A^oA^o X M CONDEMNATE, SI NON PARET ABSOLVITE.

La expresión “*contra edictum illius praetoris*” comprende aquí la constatación del hecho de la relación de parentesco, patronato o afinidad entre el *vindex* y el *vocatus*, del mismo modo que en la fórmula de la *actio in factum* de D.2.4.2.2 se encerraba en aquella frase la *in ius vocatio sine venia edicti*.

Una fórmula así concebida permite pensar en la posibilidad de que no se diera sólo en el supuesto de negativa del demandado a aceptar cualquier *vindex*, es decir, *etiam non locuples*, en caso de ser *propinquus vocati*, sino también por el *vindex pro rei qualitate evidentissime locuples*, o *adprobatus*. Tanto este *vindex* ordinario como el *propinquus* han sido rechazados “*contra edictum illius praetoris*” y ambos *dolo malo* por lo que, en principio, los dos resultarán posibles titulares de la *actio in factum*, de la que Calístrato da noticia sólo en relación con el segundo en D.2.6.2, y al primero atribuye Gayo en D.2.8.5.1 la *actio iniuriarum*, que bien puede estimarse concurrente con la *actio in factum* en beneficio del *vindex* rechazado *contra edictum*. Se trata, con todo, de una simple conjetura, carácter que, por lo demás, presentan necesariamente muchos otros aspectos del título *De in ius vocando*.

ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO
Universidad de Santiago