

ACCIONES NOXALES Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA *POTESTAS* (O DE LA POSESIÓN)

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. Interrogatio in iure. II. *Respuestas del demandado*. III. *Significado del término potestas en las acciones noxales*. IV. *La pérdida dolosa de la potestas o de la posesión*. V. *El demandante decide que el demandado realice un juramento en el que confirme que el esclavo no se encuentra en su potestad y que no hizo con dolo que no se encontrara en su potestad*. VI. *El demandante solicita al pretor la fórmula sine noxae deditio*. VII. *Conclusiones*.

I. INTERROGATIO IN IURE

En el periodo clásico el propietario del esclavo que había cometido un delito podía ser demandado por la víctima con base en una acción *ex delicto* adaptada al problema específico.¹ Para iniciar el proceso era necesario establecer los presupuestos que permitiesen al demandante ejercitar la acción en contra del *dominus* en un juicio noxal preguntándole si el *servus* era suyo y si se encontraba en su potestad. Sobre este punto los investigadores tienen diferentes posiciones: algunos piensan que se realizaba únicamente

¹ Así por ejemplo, en el libro vigésimosegundo *digestorum* de Juliano existe un grupo de textos que Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, 378 agrupa bajo la rúbrica de *noxali furti actione*, y en el libro vigésimo segundo *ad edictum* de Paulo se encuentra una serie de textos considerados por Lenel, *idem*, 1011 ss. en la rúbrica de *noxali ex lege Aquilia actione*. Sobre la aplicación de la noxalidad a cada tipo de acción véase F. Serrao, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità in BIDR*, 73, 1970, 125 ss.

una *interrogatio* sobre la propiedad² o sobre la potestad,³ otros por el contrario que eran dos *interrogationes*⁴ o una *interrogatio* con doble contenido.⁵

² J. Ch. Naber, *Ad noxales actiones* en *Mnemosyne*, 30, 1902, 169 ss. creía que solamente existía una *interrogatio* sobre la propiedad en la que se encontraba implícita la cuestión sobre la posesión y la potestas.

³ P. F. Girard, *Les actions noxales* en *Mélanges de Droit Romain*, 2, Paris, 1912, 328 ss. n.2, afirma que la *interrogatio in iure* se refería a la potestas que comprendía el poder jurídico así como la disponibilidad material; en el mismo sentido incluyendo otras consideraciones C. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* en *Scritti giuridici Jovene*, Napoli, 1954, 652 ss. G. L. Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali*, Milano, 1976, 157 n.35 afirma que, según su opinión, no tiene significado práctico distinguir dos diferentes *interrogationes in iure*, porque si se admite que además del titular del *dominium* pudiera concurrir el titular del *in bonis*, resultaría con toda evidencia inútil la pregunta sobre la propiedad.

⁴ O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, reimpresión, Aalen, 1956, 160 afirmaba que existían dos *interrogationes*, una *de factio: an in potestate sit* y otra *de iure: an eius sit* cambiando la opinión que había tenido en ediciones anteriores de su obra en donde negaba que hubiera existido la primera pregunta; B. Biondi, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, 290 ss., sostiene la tesis que, con la finalidad de establecer quien fuera legitimado pasivo al *actio noxalis*, sería suficiente la *interrogatio an in eius potestate sit* porque tal acción requería que el demandado tuviera únicamente la potestas sobre el esclavo, mientras que la *interrogatio an eius sit* tenía una función especial que se refería a la defensa del esclavo ausente, ya que únicamente el *dominus* (o quien se hubiera asimilado a tal) podía aceptar la defensa del esclavo ausente. F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, 252 ss, 331 ss, menciona que la *interrogatio an servus eius sit* se hacía al *dominus* si el esclavo se encontraba presente en juicio y, en caso de su ausencia, se recurría a la *interrogatio an in potestate eius sit*. M. Sargentini, *Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano* en *Studi Pavesi*, 104, 1949, 129 ss. opina que la *interrogatio an servus eius sit* se efectuaba con la presencia o ausencia del esclavo, mientras que la *interrogatio an servus in eius potestate sit* sería un medio preparatorio a la *actio sine noxae deditio*. G. Pugliese, *Appunti in tema di azioni noxali* en *Scritti Carnelutti*, 2, Padova, 1950, 128ss. *Scritti giuridici scelti*, 1, Camerino, 1985, 464 ss. piensa que se hacía antes una *interrogatio in iure* sobre la propiedad y después otra sobre la disponibilidad; M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, 240 n. 178 afirma la existencia de dos *interrogationes* sin que tuviera importancia el orden; M. Brutti, *Il vadimonium nelle azioni noxali*, en *Risg*, 97, 1970, 269 núm. 10 y *La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, 737 considera que la *interrogatio in iure* era precedida de otra que tenía la finalidad de establecer si el demandado fuera *dominus* del esclavo culpable; en M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 251 ss. se afirma que de las dos *interrogationes* la que se refería a la potestad se efectuaba sólo en el caso en que se encontrara ausente el hijo o el esclavo.

⁵ T. Giménez y Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, 168 ss., para demostrar que la *interrogatio* era única, pero con doble contenido presenta como prueba un documento epigráfico T.P 25 (L. Bove, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli, 1979) en donde se menciona: *...esse(n)ne homine)s...Hyginus et Herm(es q(ui)bus) d(e) a(gitur) eius) et in potestate eius...C(ai)us (Iu)lius Prudens respondit homines Hyginum et Hermen q(ui)bus) d(e) a(gitur) s(uo)s s(u)aque in pot(estate) (es)se;* pero correctamente H. D. Spengler, *Studien zur Interrogatio in*

Según nuestra opinión, no debe despreciarse la idea que hubieran sido dos *interrogationes* y que cada una hubiera tenido una función precisa en cada caso específico como veremos en el transcurso de la presente investigación; la primera sería una *interrogatio de iure* con la cual se constataba la titularidad del esclavo: *an servus eius sit*. La segunda tendría el carácter *de facto* y estaría encaminada a determinar si el culpable se encontraba en la disponibilidad del demandado: *an in potestate eius servus sit*.

El punto central de nuestro trabajo consiste en analizar el problema de la pérdida dolosa de la potestas o de la posesión del esclavo, por el cual el *dominus*, si bien no pudiera ser llamado a responder con base en una acción noxal, se encontraría obligado por la *actio sine noxae deditio*. Trataremos además de identificar los casos en que exista tal tipo de pérdida y las consecuencias jurídicas que debería de sufrir el titular del esclavo.

II. RESPUESTAS DEL DEMANDADO

Si el esclavo se encontraba presente en juicio y el *dominus* no respondía a la pregunta *an servus eius sit* o respondía falsamente que el esclavo no era suyo, no se podía proceder en contra de él,⁶ porque faltaba el presupuesto necesario para el ejercicio de la acción, jurídicamente el propietario demandado se encontraba ausente y el pretor habría debido conceder la *ductio* del *servus* (entrega del esclavo) a favor del demandante.⁷ Un problema surgía en el caso en que el

iure, München, 1994, 81 ss. si bien no duda de la tesis de la investigadora, hizo notar que tal documento no se refiere a un juicio noxal. Críticas a tal tesis se encuentran en la reseña efectuada por W. Selb en *ZSS*, 100, 1983, 684 a su obra.

⁶ Si el demandado no hubiera sido el *dominus*, sino el poseedor del esclavo y hubiera querido evitar la *ductio* (entrega del esclavo al demandante), habría podido afirmar que el esclavo era suyo y aceptar la *litis contestatio* así como sucedía en el caso de la defensa de un esclavo ajeno. Tal punto se puede ver en Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 208.

⁷ Como podría confirmar el texto de Calistrato, *libro secundo edicti monitorii* en D.9.4.32: *Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur...* (El que está en potestad ajena, si se dijera que cometió un delito es adjudicado si no fuera defendido). Por el contrario si efectivamente la persona presente no hubiera sido el *dominus* y hubiera afirmado que no era suyo el esclavo y no hubiera querido defenderlo, se procedía de todos modos a la *ductio* y el verdadero propietario tendría la posibilidad, en un segundo momento de proceder a su defensa para evitar que su ausencia pudiera causarle un daño

esclavo no se encontrara presente y el *dominus* no hubiera respondido a la pregunta o hubiera afirmado falsamente que el esclavo no era suyo; en el primer caso ciertos autores creen que se procedía a la *ductio* del mismo *dominus*⁸ pero no existen fuentes que puedan confirmar tal solución. Según otros autores, el comportamiento del demandado debería ser considerado como una respuesta negativa,⁹ pero tal consideración significaría interpretar el silencio en un determinado sentido. Según nuestra opinión, si el demandado no responde, las consecuencias jurídicas deberían ser las mismas de los casos en que el mismo *dominus* no se encontrara presente *in iure*: el pretor habría podido en este modo conceder la *missio in bona* a favor del demandante.

En el caso en que el *dominus* hubiera respondido afirmativamente a la pregunta sobre la titularidad del esclavo que se encontraba presente: *suum esse servum*, la segunda *interrogatio* resultaba inútil¹⁰ y habría podido escoger entre la *noxae deditio* del *servus* o defenderlo; por el contrario, en el caso en que el *servus* estuviera ausente, las dos *interrogationes* habrían tenido una precisa función: la *interrogatio de iure* (que según nosotros era precedente a la *de facto*), servía para determinar la relación jurídica entre el *dominus* y el esclavo y la segunda para conocer si el *servus* se encontrara todavía en su potestad.

a. El *dominus* no niega que el esclavo ausente se encuentra en su potestad y promete mediante *vadimonium* de presentarlo *in eadem causa* (en el mismo estado).

Si el demandado afirmaba que era propietario del esclavo ausente, el demandante habría podido proceder a la segunda *interrogatio*, y si el *dominus* no negaba que se encontraba en su potestad habría debi-

como puede demostrar el texto de Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2.1: *...sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat...* (pero si el esclavo está presente y su propietario ausente, y nadie defiende el esclavo, deberá ser entregado por orden del pretor, pero con conocimiento de causa se dará después al dueño la defensa, según escriben Pomponio y Vindio, para que no le perjudique su ausencia...) Sobre la *ductio* ordenada por el pretor véase Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 266 n. 7.

⁸ Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 162.

⁹ Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 203.

¹⁰ En el mismo sentido Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 161.

do escoger entre diferentes opciones, como observa Paolo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2.1, citando a Vindio, jurista del II siglo d. C:

*Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum...*¹¹

Si se encontraba ausente el esclavo, por el cual correspondía a alguno una acción noxal, mientras el *dominus* no negara que se encontraba en su potestad (*si-esse*), Vindio consideraba que debería ser constreñido o a prometer su presencia en juicio o bien aceptar el juicio, o bien si no quisiera defenderlo, debería efectuar una *cautio*, con la cual garantizase que, no apenas hubiera podido presentarlo, lo habría exhibido (*compellendum-exhibiturum*).

Una vez confirmado en juicio que el demandado era el titular del esclavo porque había respondido afirmativamente a la pregunta del demandante sobre la propiedad, se puede proceder a la segunda *interrogatio* sobre la potestad del esclavo; sobre este punto el pasaje no dice que el *dominus* habría debido dar una respuesta afirmativa, sino simplemente que habría sido suficiente no negar; por esto, según nuestra opinión, también si el titular del esclavo no hubiera respondido, habría debido considerarse que el mismo esclavo se encontraba en su potestad, teniendo las siguientes opciones:

1. Defender el esclavo ausente.¹²

¹¹ Aceptamos la opinión unánime de la doctrina que los términos *iudicio eum sisti* son interpolados y que en lugar de ellos deberían ser sustituidos con una referencia al *vadimonium*; así por ejemplo, Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 189 y Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 89. Resulta difícil de aceptar la tesis de Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit., 126 ss. (y de los investigadores que siguen su tesis como veremos inmediatamente) que, aceptando la tesis de G. Beseler, *Römanistische Studien*, ZSS, 46, 1926, 107, cree que la referencia a la *cautio se exhibiturum* no sea considerada una tercera posibilidad mencionada en el texto (como aparecería después de una intervención de los compiladores), sino el mismo *vadimonium* que se citaba anteriormente.

¹² En tal caso la respuesta afirmativa a la *interrogatio* sobre la titularidad del esclavo resultaba fundamental, porque únicamente el *dominus* podía defender el esclavo ausente, como recuerda Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21.1: *eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum, si proprii sint servi...* (se determinó que aquellos en cuyo nombre se ejercita la acción noxal puedan ser defendidos, aun estando ausentes, pero esto sólo si fueran esclavos propios).

2. Prometer la presencia del esclavo en un día determinado, reservándose para la audiencia siguiente la decisión de defenderlo o de proceder a la *noxae deditio*.
3. Decidir en la misma audiencia no defenderlo y obligarse a exhibirlo apenas tendrá la posibilidad de hacerlo.

Respecto a las garantías que el *dominus* debía presentar en juicio, en D.2.9.2.1 por una parte, se señala una *promissio eum (servum) iudicio sisti*, con la que el *dominus* se obligaba a hacer comparecer el esclavo en un día determinado y, de otra parte, una *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* en el caso en que no quisiera defenderlo. Sobre este punto la doctrina manifiesta puntos de vista contrarios: ciertos autores piensan que son dos medios diferentes,¹³ otros que son la misma cosa.¹⁴ Según nuestra opinión, la *promissio eum (servum) iudicio sisti*, representa una clara aplicación del *vadimonium*,¹⁵ y tiene como finalidad la de deferir la audiencia a un día y hora determinada, para otorgar al demandado la posibilidad de reflexionar sobre la vía que debería de seguir, y como la *noxae deditio* requería la presencia del esclavo, era indispensable que en tal fecha se encontrara presente en la audiencia. En el caso de la *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* el *dominus* decide en la misma audiencia de *noxae dedere* (entregar en noxa el esclavo) y la finalidad de la promesa era la de entregar al esclavo apenas el demandado hubiera podido efectuarlo.

Si el *dominus* hubiera garantizado la presencia del esclavo con el *vadimonium* reenviando la propia decisión a la nueva fecha estable-

¹³ En este sentido Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 163 ss; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, cit. 275 ss; A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 309; Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 229 ss. y 255; Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 189 ss. y *Notas en torno al vadimonium*, en SDHI, 48, 1982, 159; Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 90.

¹⁴ Como Biondi, *Actiones noxales*, 206; según Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 126 ss. con las palabras *quam primum potuerit* el jurista no quería decir que se otorgaba la *cautio* de exhibir lo antes posible, sino que la fecha de exhibición venía fijada en la *cautio* en un término lo más cercano posible, el más cercano en el que el *dominus* se hubiera declarado en grado de aceptar. En el mismo sentido Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit. 243 n. 184; Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 269; I. Buti, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 332 n. 81.

¹⁵ Basta observar que el libro sexto *ad edictum* de Paulo se refiere a tal argumento: así Lenel, *Palingenesia*, 1, cit. 975 ss. *Das Edictum perpetuum*, cit. 80 ss. lo considera bajo la rúbrica de *vadimoniis*.

cida, podía correr el riesgo que el esclavo escapara y encontrarse en la imposibilidad de cumplir con su obligación. En las fuentes no se encuentran elementos que expliquen qué sucedía si el demandado se hubiera presentado en la nueva fecha establecida sin el esclavo, pero probablemente en tal caso el *dominus* habría debido ser condenado a la *summa vadimonii* o, si ésta no hubiera sido determinada al *id quod interest*¹⁶. La *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* concede al *dominus* la posibilidad de proceder a la *noxae deditio* del esclavo cuando fuera en grado de exhibirlo en juicio; así si el esclavo que se encontraba en su potestad hubiera escapado, el *dominus* se encontraría obligado a exhibirlo una vez que hubiera entrado nuevamente en su potestad.

Con base en el *vadimonium* el *dominus* se encontraba obligado a presentar el esclavo en una fecha determinada y, según lo establecido en el edicto, la exhibición del mismo debía realizarse *in eadem causa* para garantizar, en este modo, la tutela de la parte ofendida; sobre este punto Ulpiano, *libro septimo ad edictum* en D.2.9.1pr. afirma:

*Si quis eum, de quo noxalis actio est, iudicio sisti promisit, praetor ait in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur.*¹⁷

Si alguno hubiera prometido presentar en juicio aquél por el que se ejercita una acción noxal (*Si-promisit*), el pretor afirma: que lo exhiba *in eadem causa* en la que se encuentra hasta que el juicio sea aceptado mediante la *litis contestatio (praetor-accipiatur)*.

El *dominus* asumía la obligación de presentar el esclavo en la audiencia siguiente sin cambiar la situación jurídica existente hasta este momento; así se podía evitar que, con un reenvío el demandado pudiera modificar la relación de potestad entre él y el esclavo causando

¹⁶ Ulpiano, *libro quadragesimo septimo ad Sabinum* en D.2.5.3: *Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.* (Cuando alguno hubiere prometido presentarse a juicio, y no hubiere añadido pena, es muy cierto que, si no se hubiere presentado, deberá ejercitarse contra él la acción de cosa incierta por aquello que importa; y así también lo escribe Celso).

¹⁷ Aceptamos la tesis que los compiladores eliminaron el término *vadimonium* para hacer referencia a la *cautio iudicio sisti*; en este sentido Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit. 82 y *Palingenesia*, 2, cit. 446 n. 3 así como Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, 190 n. 76. Resulta radical la tesis de Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 270 n.15, según la cual el contenido del texto *Si quis-promisit* no sería clásico.

inconvenientes al demandante, por ejemplo, iniciar un nuevo juicio noxal con una persona diferente.¹⁸

El mismo jurista en el texto siguiente en D.2.9.1.1 explica los términos *in eadem causa*:

*In eadem causa' quid sit, videamus: et puto verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius. si desinat servus esse promissoris vel actio amissa sit, non videri in eadem causa statum Labeo ait: vel si qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore, vel loco vel persona mutata: itaque si quis ei qui in foro promissoris conveniri non potest venditus aut potentiori datus sit, magis esse putat, ut non videatur in eadem causa sisti. sed et si noxae deditus sit, Ofilius non putat in eadem causa sisti, cum noxae deditioe ceteris noxalem actionem peremi putat.*¹⁹

¹⁸ Sobre este punto Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit., 271 menciona que, si no se hubiera realizado el *vadimonium*, el demandado, en el intervalo de tiempo habría podido enajenar el esclavo y presentarse frente al pretor en el día determinado solamente para que se constatará que la acción noxal no le correspondía y que por esto se debería proceder a una nueva *in ius vocatio* en contra del adquirente del esclavo.

¹⁹ El texto está interpolado discutiéndose en doctrina en qué grado; así L. Mitteis, *Ueber den Ausdruck Potentiores in den Digesten* en *Mélanges P.F. Girard*, 2, 231 ss. afirma que los términos *aut potentiori datus* difícilmente puedan considerarse genuinos así como: *si quis ... venditus ... sit*, porque la venta deja intacta la propiedad del demandado y por esto originariamente el texto debería haber dicho *mancipio datus* o *in iure cessus vel mancipio datus*. Sobre este punto A. Wacke, *Die potentiores in den Rechtsquellen. Einfluss und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer* en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 13, 592 sostiene que la referencia a la venta podría implicar que se hizo la entrega, por esto excluiría la propuesta hecha por Mitteis. Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 190 ss. elimina desde *vel si qui* hasta *in eadem causa sisti*, pero nosotros creemos que la interpolación sea menos extensa. Los ejemplos mencionados por Labeón son tres y de *itaque* hasta *in eadem causa sisti* el compilador propone dos ejemplos que deberían referirse al tercer caso; una pista podría encontrarse en el uso del término *vel* que Ulpiano utiliza cada vez que Labeón menciona un ejemplo, el compilador, de manera diferente incluye la palabra *aut* para indicar otros casos que se refieren al tercer ejemplo finalizando con la afirmación *magis esse putat*. F. De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Milano, 1967, 152 n. 105 considera clásica la referencia al *potentior* y afirma que, por toda la edad clásica la oposición a los *potentiores* trataría de evitar que su superioridad se manifieste en impedir a los adversarios iniciar un proceso. En el presente caso tal tesis parecería difícil de aceptar, no solamente por las críticas formales que hemos mencionado sino sobre todo porque no explicaría el pretexto que habría podido utilizar el pretor para evitar que el *potentior* fuera demandado en este proceso. La tesis de De Marini Avonzo fue seguida también por Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit., 280 n. 29.

Veamos –inicia Ulpiano– cuál es el significado de atribuir a la expresión '*in eadem causa*'; y considera que significa comparecer en la misma situación jurídica para evitar deteriorar el derecho del demandante (*In-deterius*). Por ello, si el esclavo hubiera cesado de pertenecerle al demandado que promete o si la acción ya no se pudiera ejercitar, Labeón afirmaba que no se consideraría comparecer *in eadem causa* (*si-ait*); lo mismo sucedía en el caso en que el demandante, partiendo de una posición procesal de paridad, se hubiera encontrado en una situación menos favorable por el cambio de lugar o de persona (*vel si-mutata*), y por ello, si el esclavo hubiera sido vendido a una persona que no podía ser demandada en el foro de la persona que promete o bien hubiera sido dado a una persona más potente piensa que en tales casos no resulta comparecer en la misma condición (*itaque-sisti*). Pero también si hubiera sido dado en noxa el esclavo, según Ofilio no se podía decir que comparecía en la misma condición, ya que se extinguía por razón de otros la acción noxal (*sed-putat*).

Con base en el presente pasaje podemos observar que presentar el esclavo en el mismo estado (*in eadem causa*) significa hacerlo comparecer en juicio sin empeorar la pretensión del demandante. Tal criterio fue mencionado por Ulpiano también en el libro cuadragésimo séptimo de su comentario *ad Sabinum* en D.2.11.11, cuando trata del *vadimonium* en general,²⁰ afirmando que, si alguno había prometido que otra persona fuera presente en juicio (*si quis quendam in iudicio sisti promisit*), tal debe ser considerado *in eadem causa* (*in eadem causa eum debet sistere*), es decir en modo que la posición del demandante no se deteriore (*hoc est ita sistere, ut actori persecutio loco deteriori non sit...*).

Labeón ofrece una serie de ejemplos en donde el demandado habría deteriorado la posición del demandante:

²⁰ No aceptamos la tesis de Giménez-Candela, *Notas en torno al vadimonium*, cit. 162, que el texto en origen se refería específicamente al *vadimonium* de la *actio noxalis*, porque, si bien la investigadora tiene razón en afirmar que tal texto proviene del libro cuadragésimo séptimo donde se encontraba también D.2.9.5 (que se refiere específicamente a tal tipo de *vadimonium*), la parte que sigue en D.2.11.11 recuerda ejemplos (que no incluimos) que no tienen nada que ver con la acción noxal; por esto parecería adecuada la colocación que Lenel, *Palingenesia*, 2, cit. 1183 hizo de estos pasajes en la obra *ulpianea*, en donde D.2.9.5 se encontraría después de D.2.11.11; el jurista primero trataría (como probablemente había hecho Sabino) del *vadimonium* en general y después su aplicación a la acción noxal.

- a. *Si desinat servus esse promissoris*. Si el esclavo dejara de ser de la persona que promete, porque, por ejemplo, lo hubiera cedido a un tercero extraño, en tal caso claramente el *servus* ya no se encontraría en la misma situación que el *dominus* tenía cuando hubiera concluido el *vadimonium*.
- b. *Si actio amissa sit*. El propietario había hecho que la acción ya no tuviera eficacia. Labeón no explica cómo habría podido suceder una cosa de tal tipo. Sobre este punto Ulpiano ejemplifica, hablando de un caso referido por Ofilio: si el *dominus* hubiere hecho la *noxae deditio* del esclavo, no habría podido presentarlo *in eadem causa* en la audiencia porque habría perdido la potestad sobre el mismo;²¹ otro ejemplo no citado en las fuentes podría ser el caso que después del *vadimonium* el *dominus* hubiera matado el esclavo, no permitiendo en este modo hacerlo comparecer en juicio y resultando imposible el hecho de ejercitar la acción en contra del demandado porque el esclavo había muerto.
- c. *Si qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore, vel loco vel persona mutata*. Si el demandado hubiera hecho que la posición de paridad del demandante en el proceso se transformara en una situación diferente por cambio de lugar o de persona; el primer caso podría suceder (según los ejemplos presentados por el compilador) si el *dominus* hubiera vendido el esclavo a una persona que se encontraba residente en un lugar diferente, porque el demandante, para exigirlo habría tenido que ejercitar la acción en otro foro. El segundo ejemplo se refería a la entrega del esclavo a una persona más potente, no porque el demandante habría tenido menos posibilidad de ganar el juicio, como podría creerse,²² sino probablemente, porque el demandante habría debido ejercitar la acción, con

²¹ Respecto al criterio de Ofilio es importante destacar que Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2 pr, manifiesta una opinión diferente, no respecto a la interpretación de los términos *in eadem causa*, sino en el sentido que es contrario a la posición que la *noxae deditio* extinga la acción hacia otras personas. Afirma que en su tiempo tal situación se había modificado, como veremos más adelante en el mismo parágrafo.

²² El compilador, al incluir tal ejemplo, no podía tener en mente que la desventaja de demandar a una persona más potente significaría tener menos posibilidad de ganar el juicio, porque, para plantear tal situación habríamos tenido que considerar un presupuesto fundamental, que el *potentior* decidiera defender el esclavo y no realizar la *noxae deditio* del

toda la dificultad que psicológicamente le podría causar, en contra de una persona de alto prestigio social.

Según Labeón no puede ser considerado *in eadem causa* el caso del que promete y deja de tener el esclavo. Si el *servus* fue manumitido el problema presenta mayor dificultad, porque Ulpiano, en el libro cuadragésimo séptimo *ad Sabinum* en D.2.9.5, considera que, también cuando el propietario hubiera garantizado presentar el esclavo en la misma situación, no sería considerado que incumple, si la situación del demandante hubiera mejorado:

si servum in eadem causa sistere quidam promiserit et liber factus sistatur... quod... ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.

No estamos en la condición de afirmar que la tesis de Ulpiano (Sabino?) hubiera sido considerada también por Labeón, porque la referencia a tal jurista en D.2.9.1.1 parece demasiado general, y además porque la manumisión habría podido ser considerada entre los casos en que se modificaría la situación del demandante; parecería probable pensar que para Labeón la manumisión del esclavo fuera un ejemplo en que se modificaba la situación del demandante, y por esto el *dominus* se encontraría obligado a la acción que tendría como fundamento el *vadimonium*. Si en D.2.9.5 Ulpiano hubiese mencionado una tesis de Sabino, habríamos podido considerar la existencia de una controversia jurisprudencial en el siglo I d. C. Según Labeón el *dominus* no habría podido efectuar la manumisión después del *vadimonium*, porque modificaba la posición del demandante, mientras que Sabino la admitía, porque según él, tal situación habría sido ventajosa para el demandante.

Como no existen pruebas que Sabino habría sido de tal parecer, preferimos atribuir tal tesis a Ulpiano,²³ aunque si bien, según nuestra opinión, el hecho que el demandante habría podido obtener mayores beneficios a los que tenía antes parecería discutible, porque

mismo para después, confiado de su poder, lograra obtener por parte del juez una sentencia favorable. Tal conjetura parece desde nuestro punto de vista demasiado complicada.

²³ Sobre este punto (sin tomar una posición sobre la paternidad de la tesis mencionada por Ulpiano en D.2.9.5) ver Pugliese, *Osservazioni sulla nossalita*, cit. 96 ss.

si el *dominus* (en este momento *patronus*) hubiera hecho la *noxae deditio* del esclavo (ya considerado como *libertus*), el demandante habría satisfecho su pretensión inmediatamente y no habría debido iniciar un juicio directamente en contra del ex esclavo delincuente; además la manumisión después del *vadimonium* habría podido tener la precisa finalidad del que promete perder la potestad del esclavo para no encontrarse obligado a la acción. De todos modos debemos subrayar que la tesis de Ulpiano (y a lo mejor de Sabino) tenía como presupuesto no solamente que el esclavo fuera manumitido, sino además que el *patronus* lo hubiera llevado el día establecido para celebrarse la audiencia.

Un caso diferente sería el que se refiere al *statuliber* mencionado por Paulo, *libro undecimo ad Sabinum* en D.2.9.6:

Sed si statu liberum sisti promissum sit, in eadem causa sisti videtur, quamvis liber sistatur, quod implicitus ei casus libertatis fuerit.

Pero si se hubiera prometido que se presentaría un *statuliber*, se considera presentarse *in eadem causa* cuando se presente como libre, porque se encontraba implícita en él la situación de libertad.

En el presente texto podemos observar que el *dominus* había prometido hacer comparecer en un día posterior el esclavo liberado bajo condición; claramente en el mismo *vadimonium* se había hecho mención que el esclavo era un *statuliber*, y por esto el cumplimiento de la condición y su liberación no habría modificado la posición del demandante.²⁴ No sabemos si tal tesis pueda ser atribuida al mismo Sabino y mucho menos si Labeón la habría considerado, pero parecería probable que fuera así porque la situación del *statuliber* había sido declarada en el mismo *vadimonium*.

En conclusión, la manumisión del esclavo después del *vadimonium* había sido considerada por Labeón como un ejemplo en que el demandante no habría presentado el esclavo *in eadem causa*, pero tal

²⁴ Giménez-Candela, *Notas en torno al vadimonium*, cit., 164, afirma que no se empeora la posición del demandante porque éste habría podido ejercitar la acción directamente en contra del liberto; pero, según nosotros, no obstante que no se pueda poner en duda que la posición del demandante no se alteraría, no debemos dar por seguro que Paulo habría pensado en el mismo modo que Ulpiano en D.2.9.5. La razón se encuentra en el contenido del *vadimonium* que consideraba tal eventualidad: *quod implicitus ei casus libertatis fuerit* y no en una posición peor o mejor respecto al derecho del demandante.

tesis no fue aceptada por Ulpiano, porque en su opinión, una situación de tal género habría mejorado su situación jurídica; en el caso de la liberación del *statuliber* el problema era diferente, porque el *dominus* debía manumitirlo y la situación jurídica del demandante habría permanecido igual, sin que sobre tal punto pudieran existir, según nuestra opinión, tesis contrarias. En los dos casos debemos subrayar que no existían dudas que el demandado, el cual había efectuado el *vadimonium*, habría sido obligado a presentar el hombre como esclavo o como libre; así, si bien el demandante no habría podido ejercitar la acción en contra del *dominus*, este último habría debido de todos modos proporcionar la presencia del delincuente en la misma audiencia e iniciar un proceso.

Si el *dominus*, después de haber prometido mediante *vadimonium* la presencia del esclavo *in eadem causa*, hubiera efectuado la *noxae deditio* a otra persona, Ofilio consideraba (así como probablemente Labeón) que no se comparecía *in eadem causa*, porque la acción habría dejado de producir efectos. Así en el caso de una concurrencia de acciones noxales,²⁵ resulta clara la posición de Ofilio: no puede ser revocada la apropiación del esclavo del segundo demandante, pero el demandado, si bien se habría liberado de la acción noxal, respondería *ex vadimonio* respecto al primer demandante. Tal tesis formulada en edad tardorepublicana parecería haber sido cambiada en el periodo tardoclásico, porque Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2pr. afirma:

Sed alio iure utimur. nam ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus: perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset.

Pero nosotros hacemos uso de otro derecho, ciertamente por los juicios anteriores no queda libre el *noxae deditus*, ya que la *noxa* sigue al individuo al mismo modo como en el caso en que hubiera sido vendido.

Paulo a diferencia de Ofilio afirmaba que la acción noxal no se extingue, por esto el primer demandante habría podido ejercitar la acción en contra del *dominus* (que deja de ser demandado con base

²⁵ Sobre la concurrencia de acciones noxales véase Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 280 ss. el cual analiza además un pasaje de Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.4.14 pr.

en la acción noxal) por el incumplimiento del *vadimonium* y después ejercitar la acción noxal contra el segundo demandante.

Autores como Pugliese,²⁶ con base en tal texto han considerado que los juristas posteriores hayan admitido que el esclavo pudiera ser *noxae deditus* o enajenado, siempre que no resultara al demandante más difícil perseguirlo, pero, en nuestra opinión, esto aparece dudoso, porque del texto puede ser simplemente demostrado que Paulo era contrario a la posición de Ofilio, según el cual la *noxae deditio* podía extinguir otras acciones noxales, porque en su tiempo se había madurado el principio *noxae caput sequitur*. Si para Paulo la *noxae deditio* no extingue la acción hacia otros, no significa que el que promete pudiera ser disculpado de presentar el esclavo en la fecha establecida en el *vadimonium*, si bien la acción no se extinguiría, como sucedía en el periodo en que escribía Ofilio, sin embargo era claro que el *dominus* no había respetado su obligación entregando en *noxae* el esclavo a otro demandante y perdiendo en este modo su potestad.

Como hemos podido observar hasta este momento, desde el tiempo de Ofilio la jurisprudencia había tratado de determinar ejemplos en donde el demandado que mediante *vadimonium* promete la presencia del esclavo en juicio se hubiere encontrado en la imposibilidad de exhibirlo *in eadem causa*. En términos generales Ulpiano afirmaba que no debería dañarse el derecho del demandante y los casos presentados tienen como punto en común que el *dominus* dejara de tener la potestad del esclavo. La pérdida de la potestad del demandado implica también la pérdida de la posesión hecha intencionalmente, porque si el demandante se había obligado mediante *vadimonium* a asegurar la presencia del esclavo *in eadem causa* y después no lo exhibía en la fecha establecida por motivos imputables a él, la condena por su incumplimiento podría presuponer la intención dolosa para evitar presentarlo, ya que parecería extraño que el *dominus* ya no tuviera la potestad o la posesión del esclavo habiéndose encontrado involuntariamente en uno de los casos mencionados en D.2.9.1.1.

El demandado se había obligado con base en el *vadimonium* a exhibir *in eadem causa* el esclavo, porque la presencia de este último en la audiencia era un requisito fundamental para proceder a su

²⁶ Pugliese, *Osservazioni sulla nossalita*, cit. 96 ss.

*noxae deditio*²⁷ en el caso en que hubiera decidido no defenderlo y el incumplimiento de tal obligación legitimaba al demandante a ejercitar una *actio ex stipulatu* o *actio certi*, según se hubiera establecido o no la *summa vadimonii*; en este modo, si el esclavo no se hubiera encontrado en la potestad del demandado, el demandante no habría podido iniciar el juicio noxal en contra de él, pero habría obtenido un resarcimiento por el incumplimiento del *vadimonium*, y de todos modos habría podido demandar noxalmente al nuevo propietario con base en el principio *noxae caput sequitur*.

b. El *dominus* niega que el esclavo ausente se encuentra en su potestad.

Si el demandado respondía negativamente que el esclavo ausente era suyo, el demandante habría podido efectuar la segunda *interrogatio* sobre la situación *de facto*: *an in potestate eius servus sit* y en este modo, después de una segunda respuesta negativa, el demandante habría podido conformarse con tales respuestas. Si tuviera dudas de la veracidad de las mismas podría pedir al pretor solicitarle al adversario un juramento o concederle la posibilidad de demandar al *dominus* con base en un *iudicium sine noxae deditio*. Así refiere Ulpiano, en el libro vigésimo tercero *ad edictum* en D.9.4.21.2:²⁸

Praetor ait: "Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditio".²⁹

²⁷ Aceptamos la tesis de Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit., 272 ss., que la presencia del esclavo no es un requisito formal para la instauración de la *actio noxalis*, sino un medio de tutela a favor del demandante que podrá apropiarse del culpable en caso de una falta de *defensio* del *dominus*.

²⁸ Texto que se encuentra bajo la rúbrica *de noxalibus actionibus*, cfr. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit. 548 ss; *Das Edictum perpetuum*, cit. 159 ss.

²⁹ Aceptamos la idea de L. Amirante, *Il Giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli, 1954, 76 n.105 (con referencias bibliográficas), que la limitación del edicto al esclavo es debida a los compiladores, como puede demostrar Inst. 4.8.7: *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit... et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*. (Pero los antiguos admitieron ciertamente

El pretor afirma: "Si negara tener el esclavo en su potestad aquél del cual se diga que lo tiene en potestad, el demandante decidirá si le ordenare jurar no tenerlo en potestad ni haber hecho con dolo no tenerlo o conceder una acción *sine noxae deditio*".

Las palabras del pretor son referidas en modo indirecto por Paulo, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.4.22.4.³⁰

*Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum iureiurando id decidere an iudicium dictare sine noxae deditio velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset: qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit.*³¹

Si el *dominus* hubiera negado que el esclavo se encontraba en su potestad, el pretor permite al demandante definir la situación con un juramento o intentar un juicio *sine noxae deditio* (*Si-velit*), con el cual ganará, si habrá probado que el esclavo se encontraba en la potestad del demandado o que éste con su dolo hubiera hecho en modo de no tenerlo (*per-esset*); por el contrario quien no haya probado que el esclavo era sujeto a la potestad del adversario, perderá el juicio (*qui-amittit*).

Después que el demandado hubiera respondido negativamente a la *interrogatio* referente a la potestad del esclavo que no se encontraba presente en la audiencia, el demandante podía escoger entre dos opciones: hacerlo jurar que el *servus* efectivamente no se encontraba en su potestad y que no había hecho dolosamente no poseerlo o pretender que el pretor le concediera el ejercicio de la *actio sine noxae deditio*. Antes de analizar las dos opciones, debemos determinar

estos principios aun respecto de los hijos de familia, hombres y mujeres. Pero la nueva cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza, y en absoluto se apartó esto del uso común... Y por esta razón se estableció que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, como quiera en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces, que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos).

³⁰ Texto que se encuentra bajo la rúbrica de *noxalibus actionibus*, cfr. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 548 ss; *Das Edictum perpetuum*, cit. 159 ss.

³¹ No existen dudas que el contenido del texto sea clásico, sobre todo porque el jurista confirma lo que se encuentra mencionado en D.9.4.21.2; en tal sentido Giménez-Candela, *Régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 283 ss, con referencias en la nota 140 a aspectos formales y Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 100.

el significado del término *potestas* en las acciones noxales así como la pérdida dolosa de la potestad.

III. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO POTESTAS EN LAS ACCIONES NOXALES

El término *potestas* aplicado a las acciones noxales es explicado por Paulo y Ulpiano; el primer jurista en el libro *singularis ad legem Fufiam Caniniam* en D.50.16.215 afirma:

*'Potestatis' verbo plura significantur: ... in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditio cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus...*³²

Con el término *potestas* son indicadas muchas cosas: en la persona del esclavo el dominio. Pero cuando demandamos con base en una acción con *noxae deditio* respecto al que no defiende el esclavo, indicamos la posibilidad y la facultad de presentarlo en persona.

El segundo jurista afirma en el libro vigésimo tercero *ad edictum* en D.9.4.21.3:

*"In potestate" sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat: ceterum si in fuga sit vel peregre, non videbitur esse in potestate.*³³

³² G. Beseler, *Lucubrationes Balticae* in SDHI, 3, 1937, 382 elimina en el texto la referencia al significado que el término *potestas* presenta en la acción noxal; después en *Römanistische Studien* en ZSS, 46, 1926, 125 la crítica al pasaje resulta menos radical. Su tesis permanece aislada como puede observarse en las referencias bibliográficas citadas por G. Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Milano, 1960, 445 n. 188.

³³ M. Sargenti en la reseña a la obra de Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali* en Labeo, 23, 1977, 340 niega que Ulpiano hubiera escrito *non videbitur esse in potestate* en referencia al esclavo que se encuentra *peregre* y fugitivo, pero la opinión del investigador se encuentra fundada en la idea que el término *potestas* debiera ser relacionado con un aspecto jurídico sustancial y no únicamente un poder de hecho (más adelante veremos que no podemos aceptar tal tesis). No podemos negar que incluir el término *potestas* en la definición de potestad parecería ser una torpe repetición como había hecho notar Beseler, *Lucubrationes Balticae*, cit. 381 (opinión aceptada por Sargenti, *idem*, 339), pero adecuadamente Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 241 ss, trata de clarificar la función que tendría tal palabra en el mismo concepto que el jurista pretende explicar.

"*In potestate*" lo debemos entender en modo que el titular tenga la facultad y la potestad de exhibir el esclavo, por ello si el esclavo se encuentra en fuga o lejano no se considera que se encuentre *in potestate*.

Paulo parecería identificar el concepto de *potestas* con el de *dominium*; en tal modo si alguno tuviera el esclavo en su potestad tendría necesariamente también el *dominium*. Si el presente significado lo aplicáramos a las acciones noxales deberíamos concluir que una de las dos *interrogationes* que se tenía que realizar en un juicio noxal resultaría inútil, porque si una persona había afirmado tener la potestad del esclavo, debería considerarse necesariamente que era el propietario; por el contrario si hubiera afirmado tener el *dominium*, se habría debido considerar que tenía también su potestad. Tal conclusión no es posible, porque el mismo jurista después de haber asimilado los dos conceptos incorpora el término *at* en su afirmación, especificando que en el caso de la *noxae deditio* la potestad que se refiere a un aspecto fáctico significa la posibilidad y la facultad de presentarlo en persona. En este modo una persona que hubiera respondido afirmativamente a la *interrogatio* sobre la propiedad que tenía sobre el esclavo que no se encontraba presente habría podido encontrarse en la imposibilidad de hacerlo comparecer en la audiencia, y por esto habría podido responder negativamente a la segunda *interrogatio*.³⁴

Ulpiano, que parecería aceptar el mismo criterio de Paulo,³⁵ presenta dos ejemplos en que el propietario ya no tendría la potestad del esclavo: el *servus* se encontraba en fuga o se encontraba fuera de la ciudad.

³⁴ Por ejemplo una persona que hubiera transmitido el esclavo a otra persona sin haber hecho la *mancipatio* permanece como *dominus*, pero no permanece con la potestad del *servus*, así recuerda Gayo 1.54: *...ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur* (...así en este modo diremos que un esclavo es en la potestad del dueño, así sea en los bienes de éste, aunque contemporáneamente no sea del mismo por el derecho de los Quirites; en efecto, el que tiene el nudo derecho de los Quirites en el esclavo, no es entendido tener la potestad).

³⁵ Sobre este punto Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali*, cit. 151 ss. afirma que para Ulpiano la *potestas* es la facultad y el poder de exhibir el esclavo *in iure* y que para Paulo el término se refiere, con mayor precisión a la fase *in iure*: la *potestas* es la disponibilidad del esclavo presente delante del magistrado.

El *servus in fuga* no se encuentra *in potestate* del *dominus* porque se aleja de su casa con el preciso propósito de ocultarse³⁶ y con la intención de no regresar.³⁷ Aunque si el demandado con base en una acción noxal no se encontrara en la posibilidad de presentar el esclavo en la audiencia porque no tuviera el poder de hecho sobre él, permanecería de todos modos propietario y poseedor.³⁸

El caso del *servus peregre* presenta más dificultad. Es verdad que el esclavo encontrándose en un lugar lejano habría podido ser capturado por los enemigos y el *dominus* en tal caso habría perdido su potestad, porque se habría encontrado en la imposibilidad de exhibirlo como recuerda el mismo Ulpiano, *libro trigesimo septimo ad edictum* en D.11.1.16 pr: *si servus ab hostibus captus sit...non puto locum esse noxali actioni, quia non est in nostra potestate* (si hubiera sido capturado por los enemigos un esclavo...no creo que haya lugar a la acción noxal, porque no está en nuestra potestad). Pero debemos considerar también que no parece aceptable que el *dominus* después de haber ordenado al esclavo de partir hacia Sicilia, Siracusa, la Ga-

³⁶ Así opina Ofilio referido por Ulpiano, *libro primo ad edictum aedilium curulium* en D.21.1.17 pr: *quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit*. (Define Ofilio lo que se entiende por fugitivo. Es fugitivo el que por causa de fuga permanece fuera de la casa de su dueño para ocultarse de su dueño).

³⁷ En tal sentido Celio Sabino citado por Ulpiano, *libro primo ad edictum aedilium curulium* en D.21.1.17.1: *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur...* (Pero dice Celio que es fugitivo el que se marche con la intención de no volver a su dueño aunque habiendo cambiado de propósito vuelva a él). Así también Casio mencionado en la misma obra de Ulpiano en D.21.1.17.2: *Cassius quoque scribit fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquat*. (También escribe Casio, que es fugitivo el que con determinado propósito dejara a su dueño).

³⁸ No existen dudas que sobre el *servus fugitivus* permanece intacta la propiedad así como los otros derechos que existen sobre él como el usufructo (sobre este punto Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, cit. 399). Claramente el propietario habría debido demandar con base en una *actio ad exhibendum* o *rei vindicatio* en contra de quien hubiera capturado el esclavo fugitivo para pretender su exhibición o la restitución. Con referencia a la permanencia de la posesión del esclavo fugitivo la jurisprudencia tiene opiniones diferentes como claramente explican G. Rotondi, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi* en *Studi varii di diritto romano ed attuale*, Milano, 1922, 143 ss. BIDR, 30, 1920, 1 ss. y Nicosia, *idem*, 400 ss. pero Ulpiano seguramente consideraba el *fugitivus* todavía en posesión del *dominus*, como emerge en diferentes pasajes que son referidos por el mismo autor, pp. 422 ss. y por Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 252 ss.

lia o León,³⁹ pudiera después afirmar ya no tener su potestad, y por esto evitar ser demandado con base en una acción noxal; cierto, los lugares que hemos citado no se encontraban cercanos a Roma, pero de todos modos no vemos motivos por los que el *dominus* hubiera podido sustraerse al ejercicio de tal acción cuando hubiera podido ordenarle al esclavo regresar inmediatamente o esperar su regreso y en este modo proceder a la *noxae deditio*.

Según nuestra opinión, aunque si el *dominus* hubiera afirmado no tener la potestad del esclavo porque se encontraba fugitivo o se encontraba en un lugar lejano, habría debido garantizar su presencia una vez que hubiera tenido la posibilidad de presentarlo y proceder en este modo a su *noxae deditio* o a su defensa, para garantizar en este modo una tutela a la víctima del delito. No existen fuentes que puedan demostrar tal hipótesis, aunque tal situación se presenta en el caso de la *actio ad exhibendum*⁴⁰ y por ello no vemos por cuál motivo el demandante no habría podido pretender tal garantía del *dominus* que habría adquirido nuevamente la facultad de exhibir el esclavo.

En conclusión podemos afirmar que tener la potestad del esclavo en una acción noxal consiste en la facultad del *dominus* de presentarlo y exhibirlo si no se encuentra presente al momento en que se hizo la *interrogatio an in potestate eius servus sit*; con tal afirmación no queremos reducir tal concepto a un simple poder de hecho, porque la *potestas* no puede prescindir del presupuesto del *dominium* que el demandado había afirmado tener respondiendo a la *interrogatio an servus eius sit*.⁴¹

³⁹ Estos ejemplos los hemos tomado de un pasaje de Suetonio, Calígula 20, en donde después de la palabra *peregre* se refiere a tales lugares: *edidit et peregre spectacula, in Sicilia Syracusis asticos ludos et in Gallia Luguduni miscellos...* (realizó espectáculos también fuera de Roma, en Sicilia, Siracusa juegos urbanos y en Galia, en León juegos mixtos...).

⁴⁰ Como recuerda Ulpiano, libro *vicentesimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.6: *...ut puta si in fuga servus sit: ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi velit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas.* (...por ejemplo, si el esclavo estuviera fugitivo, estará ciertamente obligado a esto solo, a dar caución de que él lo exhibirá, si hubiere venido a su poder; mas si no estuviera fugitivo pero le hubiere permitido que more donde quiera, también se habrá de decir lo mismo; y si por ti hubiera sido enviado a viajar, o viviera en tus predios, estarás obligado a esto solo, a dar caución).

⁴¹ Sobre este punto aceptamos las críticas de Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 237 ss. a la tesis de Falchi, *Ricerche sulla legittimazione*

IV. LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA *POTESTAS* O DE LA POSESIÓN

En diferentes pasajes del Digesto encontramos referencias a la pérdida dolosa de la potestad con dos expresiones equivalentes: *dolo fecisse quo minus servus esset in potestate* y *dolo fecit quo minus servum in potestate habere*. Para explicar su significado debemos partir de un texto de Paulo, libro *octavo decimo ad edictum* en D.9.4.24, en donde se presentan algunos ejemplos:

*De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio (forte si servo suo fugam mandavit) an et si possit nihilo minus cum alio agi (quod accidit, cum alienatus manumissusve est), quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei qui manumisit. hoc et Labeo.*⁴²

Según el jurista se debía ver si la acción noxal debiera ejercitarse solamente en contra del que dolosamente hubiera hecho en modo de no tener el esclavo en potestad, en el caso en que por tal dolo hubiera cesado la acción noxal (por ejemplo, si le hubiera ordenado de darse a la fuga), o bien si pudiera tener lugar también respecto a otra persona (lo que sucedía cuando el esclavo había sido manumitido o enajenado) (*De-est*). Esta segunda solución resul-

passiva alle azioni nossali, cit. 149 ss. que parecerían limitar el concepto de *potestas* a un "mero factor procesal", pero no creemos sea posible afirmar, como hace la investigadora que "las teorías que los romanistas han elaborado sobre la *potestas* adolecen del defecto de referirse a la *actio noxalis* en general, cuando en realidad se hacía referencia a la *potestas* en relación con la acción pretoria *sine noxae deditio*"; porque si bien, como veremos más adelante, tal tipo de acción tiene como presupuesto la falsa negación del *dominus* de tener la potestad del esclavo. La respuesta a la *interrogatio* sobre la potestad en sentido positivo no puede conceder al demandante ejercitar la acción pretoria *sine noxae deditio*, si el demandado prefiere hacer la *noxae deditio* del esclavo ausente en una audiencia posterior. Además si el *dominus* responde no tener la potestad del esclavo el demandante no necesariamente debería ejercitar la acción *sine noxae deditio*, porque habría podido conformarse con tal respuesta.

⁴² Claramente el pasaje se encuentra interpolado en la referencia a la acción noxal, porque como hemos visto en D.9.4.21.2 en el caso de la pérdida dolosa de la potestad el ofendido por el delito podía demandar con base en el *iudicium sine noxae deditio*; tal opinión es aceptada por toda la doctrina citada por M. Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso in Studi in onore di A. Biscardi*, 6, Milano, 1987, 191 n.37 sobre todo porque resulta ilógica (como menciona el investigador) la frase: *utrum... actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit ut cesset noxalis actio*.

taba más verdadera y la opción respecto a quién demandar le correspondía al demandante (*quod-agere*). Pero Juliano, respecto al manumisor afirmaba que se debería dar una excepción, siempre que el esclavo manumitido estuviera listo para defenderse. Y ésta había sido también la opinión de Labeón (*Julianus-Labeo*).

En este texto se presentan claros ejemplos de pérdida dolosa de la potestad que obstaculizarían el ejercicio de la acción noxal:

a. El *dominus* ordena al esclavo escapar. Como hemos visto (en el § I), en el pensamiento de Ulpiano en D.9.4.21.3 la fuga del esclavo había sido considerada un claro ejemplo en donde el propietario carecería de la potestad respecto al esclavo y por ello no podría ser demandado con una acción noxal; pero, si la fuga hubiera sido ordenada por el *dominus*, la situación sería diferente, porque el mismo habría hecho intencionalmente no tener la potestad sobre él, y si bien no estaría obligado con base en una acción noxal, la pérdida dolosa de la misma daba al demandante la facultad de ejercitar una acción con base en el *iudicium sine noxae deditio*.

El *dominus* no pierde la posesión del *servus in fuga*⁴³ si hubiera escapado sin una orden del mismo. La razón es claramente explicada por Gayo, *libro vicensimo sexto ad edictum provinciale* en D.41.2.15: el esclavo, así como no puede quitarle al *dominus* la posesión de las cosas que le sustrae, sino entregándolas a otras personas (*et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest*), en el mismo modo no puede escapando hacer cesar la posesión que el *dominus* tiene sobre él (*ita ne suam quidem potest*). Si por el contrario el *dominus* ordena al esclavo huir, según nuestra opinión, la situación no

⁴³ Sobre este punto Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, cit. 479, respecto a D.9.4.21.3, afirma: "Ulpiano si preoccupa di mettere in luce che le parole dell'editto in potestate sono da intendere nel senso che il *dominus* deve avere, concretamente, la *facultas et potestas exhibendi*. Ora, una tale precisazione, in riferimento al *servus in fuga*, si spiega solo ammettendo che Ulpiano presupponesse come pacifico che il *dominus* continuava ad essere considerato possessore del *fugitivus*; altrimenti sarebbe stato sufficiente rilevare che il *dominus* non possedeva più il servo". Más ejemplos de textos en que se demuestra que el propietario sigue poseyendo se encuentran en la misma obra del investigador, pp. 422 ss. (y en Rotondi, *Possessio quae animo retinetur*, cit. 155 ss), el cual demuestra que tal tesis encuentra origen en Casio y es seguida por Gayo y Juliano. Tal tesis que provenía probablemente de la escuela sabiniana permanece dominante en el periodo severiano.

puede ser la misma, porque con tal orden el *dominus* perdiendo la *potestas* de su esclavo intencionalmente produce también el efecto de perder dolosamente su posesión, como trataremos de demostrar en el próximo párrafo.

b. El esclavo es enajenado o manumitido. La posición común de la jurisprudencia representada por Labeón, Juliano y Paulo, considera la enajenación o la manumisión del esclavo como evidentes ejemplos de pérdida dolosa de la potestad, como se observa en los términos *quod est verius* mencionados por Paulo;⁴⁴ así, si el *dominus* para evitar tener la potestad del esclavo lo vende (y como es lógico pensar lo entrega al comprador) o lo manumite, no solamente pierde en modo doloso su *potestas*, sino también su posesión y el demandante puede ejercitar la *actio sine noxae deditio* en contra de él.⁴⁵

En el caso en que la víctima del delito cometido por el esclavo hubiera sabido que el *dominus* lo había enajenado con la intención de perder la potestad en modo doloso, habría tenido dos opciones: demandar al que había perdido con dolo su potestad con la *actio sine noxae deditio* o demandar al nuevo *dominus* con base en la acción noxal y en el caso de la manumisión demandar directamente al liberto. Sobre este punto Paulo es muy claro: *in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere*.⁴⁶

⁴⁴ Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit., 192 ss. afirma que las palabras *quod est verius* demostrarían que la cuestión fue objeto de disputas, pero, según nuestra opinión, como en el texto faltan referencias a juristas que habrían tenido una opinión contraria, parecería más probable que la tesis de Labeón seguida por Juliano fuera considerada verdadera por Paulo no porque existieran juristas que pensaban diferente, sino porque simplemente hubieran sido evidentes ejemplos de pérdida dolosa de la potestad.

⁴⁵ En vía hipotética la víctima del delito habría podido demandar al nuevo titular del esclavo con base en el principio *noxia caput sequitur* (D.2.9.2pr.), o en forma directa demandar al esclavo si hubiera sido manumitido, pero tales casos deberían ser limitados al caso excepcional que la persona que debería ser demandada no se supiera dónde se encuentra como afirman Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, cit. 737 y Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 192 n. 40.

⁴⁶ Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 193 y n. 42 afirma que una vez admitido el *iudicium sine noxae deditio* en contra de él, si antes de la *interrogatio* hubiera enajenado dolosamente el esclavo o lo hubiera manumitido existiría un concurso entre el *iudicium sine noxae deditio* y la acción en contra del adquirente y en contra del esclavo manumitido. La tesis del investigador tendría como fundamento los términos *in quo casu* que harían referencia a la solución positiva de la cuestión precedente. Según nuestra opinión tal tesis no puede ser aceptada; no se puede conceder a la víctima del delito la posibilidad de demandar al adquirente o al liberto después que hubiera sido admitido el

Si el demandante hubiera decidido ejercitar la acción en contra del *dominus* que había manumitido el esclavo, este último, una vez condenado el que fue su propietario dejaría de estar obligado por el delito que cometió.⁴⁷ Pero sobre este punto parece interesante observar que Labeón, Juliano y Paulo concedían una *exceptio* al demandado del *iudicium sine noxae deditio*, que había hecho la manumisión si el manumitido estuviera dispuesto a asumir su propia defensa y lo mismo sucedería también en el caso de la enajenación cuando el nuevo *dominus* hubiera querido asumir la defensa del esclavo como manifiesta Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale* en D.9.4.25: *Idem est et si novus dominus servi iudicium patiatur*. (Lo mismo sucede si el nuevo dueño del esclavo soportara el juicio).

Tales afirmaciones harían pensar que a la persona que hubiere hecho en modo de perder la potestad del esclavo con dolo se le concediera una *exceptio* que tuviera como finalidad paralizar la *actio sine noxae deditio*. Tal *exceptio* sería la *exceptio doli*, como se podría comprobar en un texto de Juliano, *libro nono digestorum* en D.9.4.39.2:

*Si quis dicet dominum dolo fecisse, quo minus in potestate eius servus esset, ille autem contendat eum servum ab alio defendi cum satisfatione, doli mali exceptioni locus erit.*⁴⁸

Si alguno dirá que el *dominus* había hecho con dolo perder la potestad del esclavo (*Si-esset*), pero el mismo afirme que tal esclavo es defendido por otra persona con una *satisfatio*, tendrá lugar la *exceptio doli* (*ille-erit*).

iudicium sine noxae deditio, porque claramente el ofendido por el delito ya había decidido a quien demandar. Las palabras *in quo casu* no se refieren al *iudicium sine noxae deditio*, sino al caso en que el demandante hubiera podido ejercitar una acción en contra de otra persona como sucedería en los casos de enajenación o manumisión.

⁴⁷ Así Paulo, *libro nono ad Sabinum* en D.47.2.42.1: *Interdum et manumissus et qui eum manumisit, ob furtum tenetur, si ideo manumisit, ne furti cum eo agi possit: sed si cum domino actum fuerit, ipso iure manumissum liberari Sabinus respondit, quasi decisum sit*. (A veces está sujeto a la acción de hurto además del manumitido también el que lo manumitió, si lo manumitió para que contra él no se pudiera ejercitar la acción de hurto; pero si se hubiera ejercitado la acción contra el señor, respondió Sabino, que de derecho quedaba libre el manumitido, como si se hubiera aceptado en tal modo).

⁴⁸ Actualmente no existen dudas que el texto sea clásico; en este sentido Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 193 n. 44 con referencia a la doctrina interpolacionista.

La doctrina afirma que también si el *dominus* hubiere hecho en modo de no tener la potestad del esclavo con base en el dolo, habría tenido la posibilidad de interponer la *exceptio doli* en contra del demandante cuando otra persona hubiera estado dispuesta a asumir la defensa presentando una *satisfatio*;⁴⁹ pero, según nuestra opinión, el texto no puede interpretarse en tal modo, porque el término *quis* se refiere claramente al demandante, el cual pretende ejercitar la *actio sine noxae deditio* en contra del *dominus* que ya no tiene la potestad del esclavo (y tampoco su posesión) porque probablemente lo había manumitido o enajenado a otra persona. El demandante parte del presupuesto que el *dominus* se hubiera comportado dolosamente, pero en el presente caso no existe una intención precisa de evitar que el demandante pierda su facultad de demandar por el delito del esclavo, porque la enajenación o la manumisión tienen una finalidad diferente: conceder al demandante la posibilidad de ejercitar una acción directamente en contra del mismo esclavo o noxalmente en contra del nuevo propietario, así también en el caso en que el *dominus* hubiera efectivamente perdido la potestad (y la posesión del esclavo), su intención no puede ser considerada como dolosa, porque el demandante tiene una acción que puede ejercitar en contra de la persona que ofreció la *satisfatio*.

Claramente en D.9.4.24 se dice que la finalidad precisa del demandado que pierde con dolo la potestad del esclavo es hacer inaplicable la acción noxal: *si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio*, pero si existe una persona diferente lista a defender el esclavo no se produce tal efecto, y por tanto la pérdida de la potestad no puede ser configurada como dolosa.

En conclusión la pérdida dolosa de la potestad (y de la posesión) realizada dolosamente mediante la enajenación o manumisión del esclavo debe ser hecha con la precisa finalidad de dañar el derecho del demandante y, en el caso en que tal pérdida tuviera una finalidad diferente, como la de conceder al demandante la posibilidad de ejercitar la acción en contra de otra persona (la cual habría garantizado su participación en el juicio con una *satisfatio*), debería excluirse una

⁴⁹ Así Biondi, *Actiones noxales*, cit. 218, Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 273 ss. Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 193 ss.

intención dolosa; por tal motivo, afirmar que quien perdió con dolo la *potestas* del esclavo sería tutelado con la *exceptio doli* parecería ser poco correcto. Si el demandante no obstante la *satisfactio* de una tercera persona, insiste en demandar el *dominus*, tal persona podría paralizar la acción ejercitada en contra de él, porque en tal caso el que demanda actúa con dolo y no el demandado.

En este modo el presupuesto de la pérdida dolosa de la posesión que habría "legitimado" el ejercicio de la *actio sine noxae deditio* resultaría sin fundamento.

Resulta claro que la muerte del *servus* antes de la *litis contestatio* excluye el ejercicio de la acción noxal,⁵⁰ como claramente recuerda Juliano, *libro nono digestorum* en D.9.4.39.4: *sed et mortuo servo antequam iudicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus* (pero asimismo, muerto el esclavo antes que se acepte el juicio, el dueño no quedará en modo alguno obligado por esta acción), e inclusive, si el demandado, ignorando su muerte hubiere aceptado la *litis contestatio*, habría debido ser absuelto; así Ulpiano, *libro trigesimo septimo ad edictum* en D.9.4.42.1: *si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse propter eum dare oportere* (si alguno hubiere aceptado el juicio noxal por causa de un esclavo muerto, ignorando que éste hubiese fallecido, debe ser absuelto, porque dejó de ser verdad que por causa de él deba pagar); pero, en el caso en que el *dominus* hubiera causado la muerte del esclavo la cuestión que debemos resolver es si tal muerte pueda ser considerada un ejemplo de pérdida dolosa de la potestad.

El problema no es de fácil solución, porque por una parte parecería lógico pensar que el *dominus* tenga el pleno derecho de ejercitar la jurisdicción doméstica condenando a muerte el esclavo *in potestate* que cometió un delito; por otra parte, tal situación no habría dado a la víctima del delito la posibilidad de obtener un resarcimiento económico por el delito cometido. Según Biondi,⁵¹ la extinción de la *actio noxalis* es reconocida incondicionalmente sin ninguna investigación sobre la causa de la muerte, y sobre tal punto estamos de acuerdo,

⁵⁰ Sobre este punto la explicación de Biondi, *Actiones noxales*, cit. 245 parecería correcta: "l'*actio noxalis* viene meno perché, secondo i principi generali, l'*obligatio ex delicto* si estingue sempre per morte del colpevole".

⁵¹ Biondi, *Actiones noxales*, cit. 246 ss.

pero el problema de mayor importancia es si el *dominus*, que haya matado el esclavo (y por esto ya no tenga su potestad) pueda ser demandado con la *actio sine noxae deditio* porque se encontrara en una situación de pérdida dolosa de la posesión.

Según nuestra opinión, deberían ser valoradas las circunstancias del caso específico; así si el *dominus* hubiera matado su esclavo como punición por el delito cometido a una tercera persona, tal acto debería ser considerado legítimo, porque la intención del propietario era la de punir el delincuente que se encontraba bajo su potestad y no se encontraría obligado con base en la acción noxal y tampoco con base en la *actio sine noxae deditio*; por el contrario, si la finalidad precisa del homicidio hubiera sido evitar el ejercicio de la acción noxal y no la punición del culpable, su responsabilidad debería ser valorada en un juicio *sine noxae deditio*, porque se trataría de un caso de pérdida dolosa de la posesión.

Parte de la doctrina⁵² niega que la pérdida dolosa de la *potestas* pueda identificarse con una pérdida dolosa de la posesión; tal tesis tendría como fundamento el hecho que la pérdida de la *potestas* no ocasionaría una pérdida de la posesión, como hemos podido observar en el § II respecto al caso del esclavo fugitivo, pero, como hemos hecho notar en este parágrafo, si el *dominus* ordena al esclavo huir para evitar exhibirlo, la situación no puede ser la misma, porque en este modo el *dominus* no solamente renuncia a su potestad, sino que pierde voluntariamente también su posesión; además los casos de pérdida dolosa de la potestad mencionados en D.9.4.24, que se refieren a la manumisión y enajenación (con entrega al comprador) del esclavo, producen el efecto que el *dominus* pierda la posesión del *servus*. La jurisprudencia tardoclásica, refiriéndose a la pérdida dolosa de la potestad, usa también la expresión *dolo desinere possidere*, como sucede en textos pertenecientes a Paulo, en el libro sexto *ad edictum*

⁵² En este sentido Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 264 ss. pero la misma investigadora, si bien afirmando tal tesis, ciertas veces usa indistintamente los términos pérdida dolosa de la posesión en lugar de pérdida dolosa de la potestad como se observa en la p. 188 de su obra cuando en relación con D.2.9.2.1 menciona: "parece, a tenor de D.2.9.2.1, que Juliano extendió la acción *sine noxae deditio* a este segundo supuesto de pérdida dolosa de la posesión..." cuando el texto se refiere a la potestad y no a la posesión: *idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate...*

en D.9.4.12,⁵³ en el libro décimo octavo *ad edictum* en D.9.4.26.1,2,4⁵⁴ y en el libro vigésimo segundo *ad edictum* en D.50.17.131,⁵⁵ que veremos inmediatamente.

Paulo, en el libro décimo octavo *ad edictum* en D.9.4.26.1-2, identifica la pérdida dolosa de la potestad con la pérdida dolosa de la posesión, como podemos constatar:

1. ...*si plures dolo fecerint, quo minus in potestate haberent, eligere debeat actor, quem velit convenire. 2. Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere, electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo qui possidet, an praetoria cum eo qui desiit possidere.*⁵⁶

Si más personas hayan hecho en modo de no tener la potestad sobre el esclavo, el ofendido por el delito cometido deberá escoger a quién demandar (*si-convenire*). Igualmente, si de varios propietarios alguno hubiera dejado de poseer con dolo las propias cuotas (*item-possidere*), corresponderá al demandante la decisión de ejercitar la acción directamente en contra de quien posee o de ejercitar la acción pretoria en contra de quien haya dejado de poseer (*electio-possidere*).

Como podemos observar, en D.9.4.26.1 se dice que el demandante tiene la plena libertad de decidir en contra de quién ejercitar la acción

⁵³ Bajo la rúbrica *de vadimoniis* y específicamente *si ex noxali causa agatur, quemadmodum cavetur*, así Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 976; *Das Edictum perpetuum*, cit. 82 ss.

⁵⁴ Bajo la rúbrica *de noxalibus actionibus* así Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 997 ss. *Das Edictum perpetuum*, cit. 159 ss.

⁵⁵ Bajo la rúbrica *de noxali ex lege Aquilia actione* así Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 1011 ss; *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 198 ss.

⁵⁶ Según Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 267, la frase *partes suas desierint possidere* parecería ser sospechosa porque se hace mención a la pérdida dolosa de las cuotas de propiedad sobre el *servus*, pero no se explica cómo tales cuotas puedan ser objeto de un *dolo desinere possidere*, un copropietario puede tener y enajenar cuotas ideales, pero no poseerlas. Según nuestra opinión, no puede ser aceptada tal tesis, porque con esta expresión el jurista simplemente quiere decir que, si el copropietario hace en modo de ya no tener las cuotas sobre el esclavo que le corresponden en modo intencional pierde en este modo la posesión que tiene sobre de él. Además a la investigadora no le parece correcta la expresión *praetoria* para referirse a la *actio sine noxae deditio*, pero la misma presenta en la nota 96 ejemplos que demostrarían la clasicidad de tal referencia. Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 125 se pregunta, al mismo modo que Giménez-Candela, como pueda actuar con dolo el copropietario del esclavo para ya no tener su posesión; la respuesta no se encuentra en el texto, pero se podría formular la hipótesis que tal persona haya vendido la cuota que tenía del *servus* para tratar de evitar el ejercicio de la acción.

en el caso en que todos los propietarios del esclavo hubieran perdido con dolo la potestad que tenían sobre el mismo. Inmediatamente después el jurista presenta un caso en que ya no se usan los términos *quo minus in potestate haberent*, sino que trata de la pérdida dolosa de la posesión; uno de los propietarios del esclavo cesa de tener la posesión de sus cuotas de propiedad, en tal caso el ofendido por el delito cometido por el esclavo podrá decidir demandar con base en la acción noxal al que posee todavía o con la *actio sine noxae deditio* en contra de quien hubiera perdido con dolo la posesión.

De los dos ejemplos del texto puede demostrarse que perder con dolo la *potestas* y la posesión del esclavo asumen el mismo significado, ya que el demandado que intencionalmente deja de tener la potestad o la posesión del *servus* no tendría la posibilidad y la facultad de exhibirlo en juicio. En otro fragmento de la misma obra de Paulo en D.9.4.26.4 puede constatarse la referencia a la pérdida dolosa de la posesión y no de la potestad:

*Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit, priusquam hac actione convenireris, liberaris, quia haec actio in locum directae actionis succedit: diversum dicemus, si moram feceris in iudicio accipiendo.*⁵⁷

Si el esclavo que has dejado de poseer con dolo muriera antes que tú hubieras sido demandado con esta acción, no te encontrarás obligado, porque esta acción entra en lugar de la acción directa (*Si-succedit*). La solución es diferente si te encuentras en mora al aceptar el juicio.

En el presente caso es posible observar que el *dominus* había hecho dolosamente en modo de no poseer el esclavo con la finalidad de no

⁵⁷ Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 268 ss. afirma que están interpolados los términos *si is, quem desieris dolo possidere*, porque en su opinión en el § 3 del mismo texto Paulo había terminado de tratar el tema de la pérdida de la *potestas*. Elimina los términos *si-possidere* e incluye *si servus*, cancela la palabra *directae* e incorpora *noxalis*. Según nuestra opinión el fundamento de tal posición no es aceptable, porque no obstante en el § 3 el jurista no tratara directamente la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, tal texto tenía relación con el § 2 en donde se afronta tal argumento; además, que la muerte del esclavo excluía que su propietario fuera demandado también en caso de pérdida dolosa de la posesión lo sabemos gracias al presente pasaje, y por esto la referencia a tal tipo de pérdida no puede ser eliminada del texto. El término *directae* no puede ser sustituido con *noxalis*, ya que, como veremos inmediatamente, el jurista no se refiere a la acción noxal, sino a la *actio ex delicto*. Más prudente en la valoración del contenido del presente pasaje Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 84, n. 3.

encontrarse obligado con base en la acción noxal, pero, antes que el demandante procediera a ejercitar la acción muere el *servus*. La muerte es un obstáculo para el ejercicio de la acción noxal que podría considerarse como un evento extraordinario que nada tiene que ver con la intención del *dominus* de perder la posesión o la potestad del *servus* (el cual se habría obligado con base en una *actio sine noxae deditio*, en el caso en que se encontrara todavía vivo el esclavo); tal hecho le beneficia al *dominus*, porque aunque hubiera perdido con dolo la posesión del esclavo, la acción noxal (y la *actio sine noxae deditio*) requeriría así como la *actio ex delicto*,⁵⁸ de su existencia en vida. Sería diferente si el *dominus* hubiera hecho en modo de encontrarse en mora, retrasando la aceptación de la *litis contestatio*, la muerte del esclavo no sería un obstáculo para ser demandado con la acción noxal.

Además Paulo, *libro vicesimo secundo ad edictum* en D.50.17.131 afirma:

*Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.*⁵⁹

El que hubiere cesado de poseer con dolo se encuentra condenado como poseedor porque existe dolo respecto a la posesión.

⁵⁸ Parecería que el jurista, cuando menciona una *actio directa*, no se refiera a una *actio noxalis*, como podríamos suponer, sino a la *actio ex delicto*, como afirma Biondi, *Actiones noxales*, cit. 248 y nt.2, con base en Gayo 4.77: *omnes autem noxales actiones capita sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur...* (Todas las acciones noxales siguen la persona del responsable. Por ello si el delito fue cometido por tu hijo o por tu esclavo, mientras que permanece en tu potestad la acción se ejercitará en contra de ti; cuando otra persona entre en la potestad, la acción será ejercitada en contra de él. Si el delincuente se hace independiente la acción se ejercitará directamente en contra de él y ya no será necesaria la *noxae deditio*...) e Inst.4.8.5: *... Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit: nam si liber homo noxiam commiserit et is servus tuus esse coeperit...*, *incipit tecum esse noxalis actio, quae ante directa fuisset* (...Por el contrario, también la acción directa pasa a ser noxal, porque si un hombre libre hubiere cometido un delito, y comenzando a ser tu esclavo..., empieza a ser noxal contra ti la acción que antes hubiese sido directa).

⁵⁹ La doctrina más que poner en duda el contenido del pasaje discute sobre la sede en el que se encontraba en origen; solamente Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 265 ss. niega su claridad, pero su posición se encuentra fundada en la tesis que los compiladores usan los términos *dolo desinere possidere* para referirse a la pérdida dolosa de la posesión, mientras que como estamos tratando de demostrar, esto no sería aceptable.

En una investigación anterior recordamos la discusión doctrinal respecto al lugar en donde se encontraría originariamente el presente pasaje y llegamos a la conclusión que efectivamente se refería a la materia noxal, y en particular a su aplicación en materia de daño aquiliano.⁶⁰ Si el *dominus* demandado hubiera respondido negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo que había cometido el delito, el demandante habría podido ejercitar la acción en contra de él con base en la *actio sine noxae deditio* para pretender el resarcimiento también si ya no lo poseía, porque tal acción, como vimos en D.9.4.21.2, podía ser ejercitada en dos casos: el *dominus* conservaba la potestad del esclavo, pero había afirmado el contrario o ya no lo tenía porque lo había perdido dolosamente. Así quien perdió intencionalmente la potestad o la posesión del esclavo se encuentra obligado con la acción al mismo modo del que tuviera todavía su posesión, configurándose así el principio *dolus pro possessione est*.

La afirmación que la pérdida dolosa de la posesión deba ser considerada como si el *dominus* tuviera todavía la potestad o la posesión del esclavo se observa también en un pasaje de Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.9.4.12:

*Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur.*⁶¹

⁶⁰ Y. González Roldán, "El principio *dolus pro possessione est* en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, Escuela Libre de Derecho, 2003, 314 ss. y nota 13.

⁶¹ Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali*, cit. 14 ss. afirma que los términos *bona fide possessor* (que se encuentran también en D.9.4.11) podrían ser un error del que copió el texto (la expresión debería ser *bonae fidei possessor*); pero, a excepción de tal punto, su contenido sería clásico. Parece difícil aceptar la tesis de Giménez-Candela de eliminar el verbo *obligari* e incluir *Julianus* (o *idem*) *ait teneri* así como *quia videntur* ya que aunque el pasaje en origen se encontraba después de D.2.9.2.1 (como correctamente afirmaba la investigadora de acuerdo con la colocación de Lenel, *Palingenesia*, 1, 976) citándose el jurista adrianeo, no se puede afirmar por ello que Paulo hubiera citado su posición, sobre todo porque en D.2.9.2.1, después de haber citado a Juliano refiere el pensamiento de otros juristas. No creemos sea necesario sustituir *obligari* por *teneri*, porque la misma autora indica en la nota 105 pasajes en que el primer término es usado también para referirse a acciones pretorias y las últimas palabras del texto que propone eliminar encuentran confirmación en D.50.17.131.

Si el poseedor de buena fe hubiera hecho alejar el esclavo que poseía en buena fe, en modo que no pudiera ser ejercitada en contra de él una acción con base en una controversia noxal (*Si-possit*), queda obligado con la acción que ha sido concedida en contra de quienes tengan el esclavo en potestad o hayan hecho con dolo en modo que no tengan, porque en este último caso se consideraba que todavía poseían (*obligari-videntur*).

Con el abandono del esclavo el poseedor de buena fe tenía la precisa finalidad de perder la potestad o la posesión y evitar en este modo ser demandado con base en una acción noxal; tal persona si bien es cierto no podría ser demandado con tal acción, se encontraría obligado con la acción *sine noxae deditio* ya que tal puede ser ejercitada en contra de quien hubiere afirmado falsamente no tener la *potestas* del esclavo o que la hubiere perdido dolosamente (D.9.4.21.2). El jurista después confirma lo que había mencionado en D.50.17.131: quien había perdido con dolo la posesión se encuentra obligado con la acción como si tuviera todavía el esclavo.

En conclusión podemos afirmar que si bien la pérdida de la *potestas* no necesariamente significa una pérdida de la posesión, la intención dolosa de la pérdida de la primera permite asimilarla a la segunda, porque como la *potestas* significa la posibilidad y la facultad de exhibir el esclavo (D.50.16.215 y D.9.4.21.3), el *dominus*, cuando pierde intencionalmente la potestad, renuncia a tenerlo en su posesión. Si bien es cierto la asimilación entre los términos potestad y posesión se encuentra solamente en pasajes de Paulo, no vemos razones para dudar que otros juristas anteriores hubieran tenido la misma idea; por otra parte como los casos en que encontramos ejemplos de pérdida dolosa de la potestad (D.9.4.24) producen el resultado que el *dominus* ya no tenga la posesión del esclavo, parecería lógico pensar que el jurista hace notar un hecho que resultaría evidente.

En otras palabras, Paulo quería solamente decir en D.50.17.131 que el *dominus*, que había respondido negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit* después de haber perdido con dolo la posesión, se encontraría obligado con la *actio sine noxae deditio* al mismo modo que el *dominus* que continuaba poseyendo pero había respondido negativamente. Esta afirmación al ser incorporada en el título *de diversis regulis iuris antiqui* del Digesto adquiere un significado más amplio y general en la compilación respecto al que

tenía en origen y que sirve como llave de entrada para entender el significado de los términos *dolo desinere possidere* en las acciones en que es considerada tal tipo de pérdida.

V. EL DEMANDANTE DECIDE
QUE EL DEMANDADO REALICE UN JURAMENTO
EN EL QUE CONFIRME QUE EL ESCLAVO
NO SE ENCUENTRA EN SU POTESTAD
Y QUE NO HIZO CON DOLO QUE NO
SE ENCONTRARA EN SU POTESTAD

El *dominus* que respondió negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo puede ser constreñido por el pretor, con base en la solicitud del demandante, a jurar que verdaderamente no lo tenía o que, con base en su dolo, no hizo en modo de no perderla. Sobre este punto Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21.4 indica las consecuencias jurídicas en el caso en que el propietario del esclavo se oponga a realizar el juramento:

*Quod si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem neque exhibet: qui condemnantur quasi contumaces.*⁶²

Si el demandado no quiere jurar, la situación es similar al que no defiende el esclavo ausente o no lo exhibe; ellos se encuentran condenados como si fueran contumaces.

La respuesta negativa del *dominus* a realizar el juramento producía las mismas consecuencias jurídicas del que no había defendido el esclavo ausente o no lo había exhibido en juicio. Se convertía en un *indefensus* y el pretor habría debido conceder la *missio in bona* a favor del demandante.⁶³

⁶² Aceptamos la opinión común de la doctrina que los términos *condemnantur quasi contumaces* se encuentran interpolados, así por último Spengler, *Studien zur interrogatio in iure*, cit. 99, n. 6 con referencias bibliográficas, porque como es notorio en el periodo clásico un juicio no podía dar lugar sin que participara el demandado y mucho menos llegarse a una condena. Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 132 observa que la no claridad resalta del uso del plural donde se refiere al singular, pensando que se tratase de una glosa posclásica y no de una interpolación.

⁶³ Biondi, *Actiones noxales*, cit. 214 cree que la oposición de efectuar el juramento sería equiparada a la *indefensio*, y se daba lugar a la *ductio* del esclavo presente o al ejercicio

Por el contrario si el *dominus* jura que verdaderamente no tiene la potestad del esclavo y no hizo en modo de no poseerlo con dolo, surge la cuestión si tendrá la posibilidad de interponer una *exceptio iurisiurandi* en contra de la persona que pretendiera nuevamente demandar con base en una acción noxal. Al respecto Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21.6 afirma:

*Si iusiurandum exegit actor reusque iuravit, deinde postea noxali velit actor experiri, videndum est, an exceptio iurisiurandi debeat adversus actorem dari, et Sabinus putat non esse dandam, quasi de alia re sit iuratum, hoc est tunc non fuisse in potestate: modo vero cum in potestate deprehendatur, de facto eius posse agi. Neratius quoque dicebat post exactum iusiurandum posse actorem detracta noxae deditioe experiri, si modo hoc contendat, posteaquam iuratum est coepisse in potestate habere.*⁶⁴

Si el demandante pidió la realización del juramento y el demandado lo efectuó y en un momento posterior el demandante pretenda ejercitar la acción noxal, se debe ver si es posible conceder la *exceptio iurisiurandi* en contra del demandante (*Si-dari*). Sabino consideraba que no se debiera conceder, como si se hubiera jurado respecto a una cosa diferente, es decir que no se encontrara (el esclavo) en potestad en aquel momento; pero, si hubiera sido adquirida nuevamente su potestad, se podría ejercitar la acción por el hecho (delito) del mismo esclavo (*et-agi*). También Neracio decía que, después de haberse efectuado el juramento, el demandante podía ejercitar (la acción), eliminada la (cláusula de la) entrega noxal, siempre que afirmara que (el demandado) en un tiempo posterior al juramento hubiera comenzado a tenerlo en potestad (*Neratius-habere*).

Sobre la *exceptio iurisiurandi* mencionada en el presente texto la doctrina está dividida; Amirante⁶⁵ afirma que el demandado, el cual

de la *actio ad exhibendum* si se encontrara ausente para permitir la *ductio iussu praetoris*. Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 140 ss. y Amirante, *Il Giuramento*, cit. 79 piensan en una *ductio* del *dominus*, la *missio in bona* y la *bonorum venditio*; Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 185 solamente menciona la *missio in bona*; más opiniones son citadas por Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 100, n. 7.

⁶⁴ La doctrina está de acuerdo que el texto presenta dificultad en su interpretación, pero autores como Amirante, *Il Giuramento*, cit. 80 ss. con referencias bibliográficas y Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 186 ss. son de la idea que el contenido del texto sea clásico.

⁶⁵ Amirante, *Il Giuramento*, cit. 80 ss.

jura no tener el culpable *in potestate* y no haber perdido con dolo su posesión obtiene una *exceptio iurisiurandi*. Giménez-Candela⁶⁶ por el contrario cree que tal *exceptio*, admitida en modo general después del *iusiurandum* del demandado, no puede ser interpuesta en el caso de las acciones noxales.

Según nuestra opinión, el demandado que jure no tener la potestad del esclavo y no haber perdido dolosamente la misma, puede seguramente interponer la *exceptio iurisiurandi*, como sucede en todos los casos en que se hubiera realizado un juramento;⁶⁷ pero el problema que emerge en D.9.4.21.6, consiste en determinar si tal *exceptio*, aplicada a la materia noxal, puede paralizar la pretensión del demandante, después que la situación existente al momento del juramento se hubiera cambiado; es decir, de una situación en que el *dominus* había jurado no tener la potestad sobre el esclavo y no haberla perdido dolosamente, a una situación en que hubiera obtenido nuevamente tal potestad. Ciertamente, si el *dominus* no hubiera adquirido nuevamente la potestad, el pretor habría concedido la *exceptio*, pero en el presente texto Sabino responde en sentido negativo, ya que si el *dominus* obtiene de nuevo la potestad del esclavo, se viene a encontrar en una situación diferente a la que se encontraba cuando había realizado el juramento y el pretor no habría podido concederle tal *exceptio*. Así el jurista afirma que el demandante *de facto eius posse agi*, en otras palabras, podría ejercitar nuevamente la acción noxal e iniciar de nuevo el juicio.

Si bien Neracio consideraba que la *exceptio iurisiurandi* no debería ser concedida al demandado en el caso en que hubiera adquirido nuevamente el esclavo en su potestad, el demandante habría podido proceder en contra de él con base en la *actio sine noxae deditioe: posse actorem detracta noxae deditioe experiri*, no porque hubiera hecho en modo de no poseer con dolo, sino porque el mismo tenía la potestad del esclavo y negaba tal hecho.

⁶⁶ Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 186 ss.

⁶⁷ Como menciona Ulpiano, *libro vicensimo secundo ad edictum* en D.12.2.9 pr: *nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est* (porque después que se juró, se deniega la acción, o si hubiere controversia, esto es, si se duda que se haya prestado el juramento, ha lugar a la excepción).

Un texto de Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale* en D.9.4.23 confirma que el *dominus* una vez adquirida nuevamente la potestad del esclavo no podrá interponer la *exceptio iurisiurandi*:

*Sed et si postea adversarius eius in potestate habere coeperit servum, tenetur ex nova possessione denegata ei exceptione.*⁶⁸

Pero, también si el adversario después hubiera comenzado a tener el esclavo en potestad, se encuentra obligado con base en una nueva posesión, negándosele por ello la *exceptio*.

En el presente texto podemos hacer notar que Gayo, al mismo modo que Sabino y Neracio niega la posibilidad que el *dominus* pudiera interponer la *exceptio iurisiurandi* en contra del demandante; el fundamento de tal posición consiste en el hecho que el demandado obtuvo una nueva posesión al obtener de nuevo la potestad del esclavo que no tenía al momento del juramento. Se observa en tal modo que en materia noxal los términos potestad y posesión tienen una relación muy estrecha al punto que, como vimos en el § IV, la pérdida dolosa de la potestad viene a identificarse con la pérdida dolosa de la posesión. El aspecto que todavía no queda claro es si con el término *tenetur* Gayo se refiere a la acción noxal o a la *actio sine noxae deditioe*. Según nuestra opinión el término *tenetur* se refiere a la acción noxal y, si el demandado hubiera afirmado nuevamente no tener la potestad del esclavo, no vemos razones por las que Gayo no habría podido aceptar la posición de Neracio, según la cual el demandante habría podido ejercitar en contra del *dominus* la *actio sine noxae deditioe*.

El *dominus* que falsamente juró no tener la potestad del esclavo o no haberla perdido con base en el dolo sufre el *periurium*,⁶⁹ que

⁶⁸ Amirante, *Il Giuramento*, cit. 81 n. 126, con referencia a la doctrina interpolacionista considera el texto clásico. Nosotros estamos de acuerdo con el investigador porque la posición de Gayo confirma el contenido de D.9.4.21.6.

⁶⁹ En este sentido Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 185 y Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 88; la investigadora para fundamentar tal tesis presenta un texto que se encuentra en la compilación en una sede diferente: Paulo, *libro undécimo ad edictum* en D.4.3.22, donde, con referencia a la acción de dolo (cfr. Lenel, *Palingenesia*, 1, cit. 984) se dice: *nam sufficit periurii poena*. Sobre el *periurium* ver Amirante, *Il Giuramento*, cit. 177 ss.

en el periodo clásico producía consecuencias en el ámbito religioso y social.⁷⁰

VI. EL DEMANDANTE SOLICITA AL PRETOR LA FÓRMULA *SINE NOXAE DEDITIONE*

Si el *dominus* respondió negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit* pero el demandante no está convencido de la veracidad de tal respuesta puede decidir ejercitar la *actio sine noxae deditioe*; en este modo podrá ganar el juicio si lograra demostrar que el esclavo se encontraba en la potestad del *dominus* o que el mismo había hecho con dolo en modo de no encontrarse en tal situación: *...per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset...* (D.9.4.22.4). Sobre este punto Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2.1 afirma:

...sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditioe. idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate.

Pero si el (*dominus*) niega falsamente que (el esclavo) se encuentre en su potestad, deberá sufrir el *iudicium sine noxae deditioe* (*sin-deditioe*). Y esto escribía Juliano también en el caso en que hubiera hecho con dolo en modo de no estar en su potestad (*idque-potestate*).

Paulo, haciendo a un lado la opción del juramento afirma que una respuesta falsa a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo permite demandar al *dominus* con base en el *iudicium sine noxae deditioe*; después, citando lo que se encontraba escrito en una obra de Juliano, probablemente el libro segundo *digestorum*,⁷¹ comprende también la pérdida dolosa de la potestad. La referencia que Paulo

⁷⁰ Cicerón, *De leg.* 2.9.22: *periurii poena divina exitium, humana dedecus* (del *periurium* la pena divina es la condena eterna, de la pena humana de la pérdida del honor). Tácito, *Ann.* 1.73.4: *ius iurandum perinde aestimandum quam si Iovem fefellisset: deorum iniurias dis curae* (respecto al juramento en falso se daría el mismo valor que si se hubiera jurado falsamente en nombre de Júpiter; sobre las ofensas a los dioses son los dioses a los que se debe responder). Sobre este punto véase F. Zuccotti, *Il Giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000, 33 ss.

⁷¹ Así Lenel, *Palingenesia*, 1, cit. 321 bajo la rúbrica *si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur*.

hizo del jurista adrianeo hizo pensar a Giménez-Candela que la extensión de la aplicación de la *actio sine noxae deditio* en caso de que la pérdida dolosa de la posesión fuese debida a Juliano;⁷² así, en un primer momento, la acción pretoria habría sido concedida en contra del *dominus* que había falsamente negado tener la potestad del esclavo y después, con el transcurso del tiempo, gracias a una posición jurisprudencial consolidada que encuentra origen en Juliano e incorporada por el pretor en el edicto se había incluido el caso de la pérdida dolosa de la posesión.

Según nuestra opinión no puede dejarse a un lado la idea que Juliano hubiera intervenido en algún modo en la aplicación del criterio de la pérdida dolosa de la potestad respecto a la *actio sine noxae deditio*; pero no creemos que haya sido una innovación de tal jurista, ya que como puede verse en D.9.4.24, Paulo, cuando aclara el significado de tal tipo de pérdida (y refiere el pensamiento de Juliano), termina su idea con las palabras *hoc et Labeo*, por lo que parecería que mucho antes la jurisprudencia hubiera considerado el problema de la pérdida dolosa de la potestad. Probablemente Paulo comentando el edicto cita el jurista adrianeo no solamente porque tal consideraba la pérdida dolosa de la posesión como presupuesto para el ejercicio de la *actio sine noxae deditio* (otros juristas lo habían hecho antes, por ejemplo, Labeón), sino porque en su “codificación” del edicto había incluido la tesis consolidada por la que el pretor concedía tal acción también cuando el *dominus* había perdido intencionalmente la potestad del esclavo.

En un texto de Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21 pr. se encuentra contenida la referencia a la pérdida dolosa de la potestad:

*Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet.*⁷³

⁷² Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 188.

⁷³ La posición unánime de la doctrina es que el texto se encuentre interpolado después de las palabras *aut si id non faciat*, así, por ejemplo, Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 132 ss. y Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción*

Cada vez que el *dominus* sea demandado con base en una causa noxal, si no quiere aceptar el juicio, se encuentra en la situación de entregar noxalmente a la persona por la que no se acepta el juicio (*Quotiens-non suscipitur*); si por el contrario no se hace esto, en todos los casos se acepta el juicio, pero no será condenado a menos que tenga el esclavo en potestad o con dolo haya hecho en modo de no tenerlo (*aut-haberet*).

El presente texto confirma lo que hemos dicho en el § II: el *dominus* puede liberarse de la acción noxal si procede a la *noxae deditio* del esclavo por el principio mencionado por Pomponio, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.9.4.33: *noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere* (nadie está obligado contra su voluntad a defender a otro en juicio noxal). Después Ulpiano menciona lo que sucedería en el caso en que el demandado no hubiera querido dar *in noxam* el esclavo; pero sobre tal punto los compiladores modificaron el texto, afirmando que de todos modos se debía aceptar el juicio y que la condena del *dominus* debería ser como si el esclavo se encontrara todavía en su potestad o no se encontrara en tal modo por su dolo. Tenemos noticias con base en los textos que hemos presentado en la presente investigación, que el *dominus*, el cual no haya dado en noxa el propio esclavo, habría podido aceptar la *litis contestatio* del juicio noxal y habría sido condenado siempre que hubiera sido demostrado que el mismo esclavo había cometido el delito; por el contrario, si el *dominus* demandado hubiera respondido negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit*, el demandante habría podido ejercitar la *actio sine noxae deditio* y se llegaría a la condena si tuviera la potestad del esclavo o hubiera hecho en modo de no poseerlo con dolo.

a. Si el esclavo perteneciera a más de una persona y todos hubieran perdido con dolo la potestad que tuvieran sobre él, el demandante podrá escoger a quién demandar.

Como hemos observado en D.9.4.26.1 (§ IV), si el esclavo pertenece a más personas y todas han cesado con dolo poseer, el demandante debe escoger a quién demandar. Sobre este punto existe también un

noxal, cit. 181 ss. porque como es notorio en el derecho clásico una persona no puede ser obligada a aceptar la *litis contestatio* y ser condenada, sino que debería considerarse como una *indefensio* personal sancionada con la *missio in bona*.

texto de Juliano, *libro nono digestorum* en D.9.4.39pr. en donde se dice:

*Si plurium servus furtum fecerit et omnes dolo fecerint, quo minus eum in potestate haberent, subsequi debet praetor iuris civilis actionem et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare, quem actor elegerit: neque enim amplius praestare actori debet, quam ut detracta noxae deditio- ne agere possit cum eo, cum quo noxali iudicio experiri potuisset, si servus exhiberetur.*⁷⁴

Si el esclavo de muchos robó y todos (los copropietarios) hicieron con dolo en modo de no tenerlo en su potestad (*si-haberent*), el pretor debe sustituir a la acción civil un *iudicium honorarium* prometido con base en esta causa en el edicto en contra de quien el demandante haya elegido (*subsequi-elegerit*); y el demandado no debe dar al demandante más de lo que una vez hecha a un lado la *noxae deditio*, pudiera ejercitar la acción en contra del que se habría podido demandar con el juicio noxal, si el esclavo hubiera sido exhibido (*neque-exhiberetur*).

En el presente pasaje podemos destacar que en el caso en que existan varios propietarios de un esclavo que había cometido un hurto y todos hubieran hecho en modo doloso perder la potestad sobre él, la víctima del delito tendría la facultad de escoger entre uno de los propietarios para demandarlo en juicio, como se afirma en D.9.4.26.1 (§IV.a). Como todos los copropietarios habían respondido negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo, el demandante no habría podido ejercitar en contra de ninguno la acción noxal,⁷⁵ pero en tal caso el pretor habría concedido el ejercicio de la *actio sine noxae deditio* (D.9.4.21.2) para hacer valer al copropietario escogido la responsabilidad *in solidum*.⁷⁶

⁷⁴ El texto no presenta problemas de interpolación; así por último Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 124.

⁷⁵ Situación diferente a D.9.4.26.2 en donde si uno de los copropietarios conserva todavía la potestad o la posesión del esclavo y el otro no, la víctima del delito habría podido demandar con la acción noxal en contra del copropietario que todavía poseía como hemos visto en el § IV.a.

⁷⁶ Sobre este punto véanse los pasajes citados por Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 288 ss. Una vez condenado el copropietario podrá demandar a los otros copropietarios con base en la *actio communi dividundo* o *actio familiae erciscundae*. En el mismo sentido Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 124 n. 3.

Ulpiano, *libro trigensimo octavo ad edictum* en D.11.1.17, propone otro caso en que los copropietarios perdieron con dolo la potestad que tenían sobre el esclavo:

*Si servus non sit unius, sed plurium et omnes mentiti sunt eum in sua potestate non esse vel quidam ex illis, aut dolo fecerunt quo minus sit in potestate, unusquisque illorum tenebitur in solidum, quemadmodum tenerentur, si haberent in potestate: is vero, qui nihil dolo fecerit quo minus in potestate haberet vel non negavit, non tenebitur.*⁷⁷

Si el esclavo no es de uno, sino de muchos y todos han mentido que no se encuentra en su potestad o hicieron con dolo que no estuviera, cada uno se encuentra obligado por la totalidad, al mismo modo que si lo tuvieran en su potestad (*si-potestate*). Pero quien no hizo en modo de no tenerlo en potestad o no negó tenerlo, no se encuentra obligado (*is-tenebitur*).

En el presente texto se examina el caso de un esclavo que había cometido un hurto⁷⁸ y los copropietarios habían sido demandados con base en un juicio noxal. Todos respondieron negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit* cuando por el contrario tenían todavía la potestad del esclavo o habían hecho en modo de no tenerla. Ya que todos los copropietarios se encuentran obligados *in solidum*, el demandante podrá iniciar el juicio contra el copropietario que desee (D.9.4.26.1 y D.9.4.39pr.) con base en la *actio sine noxae deditio* por la totalidad de la pena con un idéntico régimen de responsabilidad como el que deriva de la acción noxal si tuvieran todavía la potestad del esclavo. En un segundo caso el jurista cita que uno de los copropietarios no había perdido con dolo la posesión del esclavo o había respondido afirmativamente a la pregunta sobre la potestad. En tal situación si el demandante hubiera preferido ejercitar la *actio sine noxae deditio* en contra de uno de los copropietarios que habían negado falsamente no tener el esclavo o que habían perdido dolosamente la potestad que tenían sobre él en lugar de demandar al copropietario que no había mentido (D.9.4.26.2), este último no se

⁷⁷ En el presente texto no vemos problemas de interpolación; en el mismo sentido Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 288 ss. con referencias a la doctrina interpolacionista.

⁷⁸ Que el delito cometido por el esclavo fuera un hurto puede ser considerado como probable porque el libro trigésimo octavo *ad edictum* de Ulpiano trata del hurto. Cfr. Lenel, *Palingenesia*, 2, cit. 679 ss. *Das Edictum perpetuum*, cit. 322 ss.

encontraría obligado *in solidum* hacia el demandante por el simple motivo de no haber negado la potestad sobre el esclavo o no haberla perdido con base en su dolo.

b. El *dominus* que pierde con dolo la potestad es condenado con base en la *actio sine noxae deditio* también si el esclavo es liberado o muere después de haber aceptado el juicio.

La libertad o la muerte del esclavo no son factores que puedan evitar al demandado ser condenado con base en la *actio sine noxae deditio* como puede observarse en un texto de Juliano en el libro vigésimo segundo *digestorum* en D.9.4.16:

*Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc iudicium sine noxae deditioe acceperit: et impleta condicione statuta libertatis condemnari debet, sicuti mortuo servo condemnaretur.*⁷⁹

Si el heredero hizo con dolo en modo de no tener la potestad del *statuliber* y por esto acepta el juicio *sine noxae deditio* (*si-acceperit*), también después de verificarse la condición de libertad, deberá ser condenado así como sucedería si hubiera muerto el esclavo (*et-condemnetur*).

El heredero recibió en la herencia un *statuliber* que había cometido un delito (no sabemos si antes o después la muerte del *dominus*) y respondió negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo y como la pérdida de la potestad era debida a su intención dolosa, el pretor concedió a la víctima del delito demandarlo con base en la *actio sine noxae deditio*. Si el heredero en lugar de haber perdido con dolo la potestad del *statuliber* hubiera prometido mediante *vadimonium* hacerlo comparecer *in eadem causa*, lo habría podido presentar como libre (D.2.9.6) y no se habría encontrado obligado ni a la acción noxal ni a la acción pretoria; pero como había aceptado la *litis contestatio*, la libertad del *servus* no excluía su responsabilidad porque la pérdida dolosa de la posesión era el fundamento del ejercicio de la acción.

Al final del texto el jurista presenta un caso diferente en donde existirían las mismas consecuencias: el heredero perdió con dolo la potestad de un esclavo que muere después de aceptar el juicio *sine*

noxae deditio; en tal caso el demandado habiendo asumido una obligación *ex litis contestatione* deberá ser condenado por haber perdido con dolo la potestad del *servus* inclusive si este último hubiera muerto después de la *litis contestatio*.

VII. CONCLUSIONES

Después de haber analizado los textos en donde se encuentran referencias a la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión en referencia al juicio noxal podemos llegar a algunas conclusiones.

Si el *dominus* no niega que el esclavo ausente se encuentra en su potestad y promete mediante *vadimonium* hacerlo comparecer *in eadem causa*, intrínsecamente promete no hacer actos con los que pueda perder con dolo la potestad o la posesión del mismo esclavo. En los pasajes citados, si bien no se menciona la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, los casos identificados por Labeón, en donde el demandado habría deteriorado la posición del demandante (D.2.9.1.1), corresponden a claros ejemplos de tal tipo de pérdida.

El ejercicio de la acción noxal requiere el presupuesto fundamental que el *dominus* tenga la potestad del esclavo. La pérdida dolosa de la potestad o de la posesión no permiten al demandante ejercitar tal acción, pero el pretor le concede la posibilidad de optar por el juramento o el *iudicium sine noxae deditio*.

Determinar el significado de la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión fue una tarea de la jurisprudencia a partir de los tiempos de Labeón (D.9.4.24). Si el *dominus* ordena al esclavo escapar, puede ser considerado como pérdida dolosa de la potestad y de la posesión a diferencia del caso en que el *servus* hubiera escapado sin su orden, porque en tal situación el *dominus* perdería su potestad pero no su posesión (D.41.2.15).

La enajenación y manumisión del esclavo pueden ser considerados ejemplos de pérdida dolosa de la potestad o de la posesión si la finalidad precisa del *dominus* fuera la de sustraerse al ejercicio de la acción noxal, pero en el caso en que se concediera al demandante la posibilidad de ejercitar la acción en contra de una persona diferente, por ejemplo contra el esclavo liberado o contra el nuevo propietario que esté dispuesto a asumir su defensa presentando una *satisdatio* (D.9.4.39.2), no se podría considerar una pérdida dolosa de la pose-

⁷⁹ El texto no presenta problemas de interpolación, como hizo notar Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 274.

sión y el *dominus* tendrá la posibilidad de interponer la *exceptio doli* en contra del demandante (D.9.4.24, D.9.4.39.2).

Nosotros creemos que matar el esclavo con la precisa finalidad de evitar el ejercicio de la acción noxal pudiera configurar una pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, si bien no tenemos referencias en las fuentes; pero si tal hecho hubiera sido el resultado de una punición del *dominus* hacia el esclavo por el delito cometido contra una tercera persona, debería excluirse la intención dolosa, porque la finalidad era diferente.

El *dominus* que pierde con dolo la potestad o la posesión del esclavo y jura falsamente no haberlo perdido con dolo, si bien no se encontrará jurídicamente obligado hacia el demandante, sufrirá las consecuencias del *periurium*. Por el contrario si hubiera sido condenado en un *iudicium sine noxae deditio* porque el demandante hubiera sido capaz de demostrar la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, estaría obligado al mismo modo del que tuviera la potestad del esclavo y falsamente hubiera respondido de no tenerla (D.50.17.131).

Mientras que el ejercicio de la acción noxal tendría como finalidad que el *dominus* pagase un resarcimiento al demandante por el delito cometido por el esclavo procediendo a su *noxae deditio* (si no quisiera defenderlo), o condenándolo a la *noxae deditio* o al pago de la *litis aestimatio* (si lo hubiera defendido y se hubiera demostrado en juicio su culpabilidad); en el caso de la *actio sine noxae deditio* la finalidad sería la de obtener el resarcimiento aun en el caso en que el *dominus* hubiera perdido dolosamente la potestad del esclavo o hubiera declarado falsamente no tenerlo. En este tipo de juicio el punto central de la controversia no era determinar si el esclavo había cometido o no el delito, sino demostrar que el *dominus* había dado una respuesta falsa a la *interrogatio an in potestate eius servus sit*; por esto claramente Paulo en D.9.4.22.4 afirmaba que ganará el demandante si puede demostrar que el esclavo se encontraba en su potestad o que con dolo había hecho en modo de no tenerlo, mientras que perderá el juicio si no lograra demostrar tal hecho, sin hacer referencia al delito cometido por el esclavo: *per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset: qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit*.

Que la finalidad de la *actio sine noxae deditio* no sea la de punir el *dominus* que había declarado falsamente no tener la potestad del esclavo o que había hecho en modo de no tenerlo con base en su dolo sino la de evitar que el ofendido por un delito pudiera quedar sin resarcimiento puede ser demostrado ampliamente; así, en el caso en que el esclavo hubiera sido de diferentes copropietarios, el demandante habría debido escoger a alguno de ellos para demandarlo con la *actio sine noxae deditio* (D.9.4.26.1), una situación imposible si la finalidad de la acción fuera la de punir el dolo. Si uno de los copropietarios no había declarado falsamente, mientras los otros sí, el ejercicio de la acción noxal excluiría la *actio sine noxae deditio* en contra de los otros copropietarios que falsamente habían negado tener la potestad del esclavo o que con dolo habían hecho en modo de no tenerla (D.9.4.26.2).

La pérdida dolosa de la potestad o de la posesión excluía el ejercicio de la acción noxal en el transcurso de la edad clásica; el pretor en lugar de conceder al ofendido por un delito cometido por el esclavo la posibilidad de ejercitar la acción noxalmente en contra del *dominus* que había perdido con dolo la potestad o la posesión del *servus*, concede en el edicto la *actio sine noxae deditio* con la cual era posible demandar al mismo *dominus* que había perdido con dolo la potestad o la posesión. La función de la jurisprudencia fue la de determinar el significado de tal concepto.