

II

POSESION DE BUENA FE Y NOXALIDAD

Una reciente monografía * vuelve a tomar el tema de la legitimación pasiva del poseedor de buena fe de un esclavo, a efectos de la noxalidad, como punto de partida para confrontar diversas opiniones acerca de las acciones noxales o algunos de sus aspectos, por ejemplo, la naturaleza real o personal de la acción noxal, la naturaleza jurídica y función de la *noxae deditio*.

I. La obra se divide en cinco capítulos, cuyo contenido reseñamos brevemente. El primero de ellos se refiere al poseedor de buena fe del esclavo autor del delito, excluyendo de entrada el *pater familias*, que en época clásica podía ser demandado por medio de una acción noxal, por los delitos cometidos por el *filius*, supuesto que Justiniano hizo desaparecer sistemáticamente de la compilación. Aun cuando en ésta no encontramos rastros del régimen seguido contra el *pater familias* por medio de la acción noxal, podemos suponer que era el mismo que el seguido contra el *dominus* respecto a los delitos cometidos por su esclavo. Con la acción noxal podía ser demandado el *pater familias* o el *dominus* por los delitos cometidos, respectivamente, por el hijo o el esclavo, y, en caso de ser condenado, podía evitar el pago de la *litis aestimatio* transfiriendo al hijo o al esclavo en *noxae deditio* al demandante.

En diversos fragmentos del Digesto, algunos de los cuales analiza ya Falchi en este primer capítulo, se afirma que no sólo están sujetos a la acción noxal los propietarios de un esclavo delincuente, sino también los poseedores de buena y mala fe de dicho esclavo, excluyéndose a los simples detentadores. Dicha asimilación entre dueños y poseedores, tal como aparece en las fuentes, plantea algunas cuestiones previas; por ejemplo, si la *noxae deditio* es un acto traslativo de la propiedad, ¿cómo puede realizarla el poseedor que no es titular de un tal derecho?, también, ¿cuál es el fundamento de la obligación del propietario de aceptar el litigio por un delito que él no ha cometido?, o ¿cuál es la naturaleza de la acción noxal, *in rem* o *in personam*?

Todas estas cuestiones son objeto de una revisión en los siguientes capítulos de la presente obra, limitándose Falchi en este primer capítulo

* FALCHI, Gian Luigi: *Ricerche sulla legittimazione pasiva alle azioni noxali. Il possessore di buona fede del servo* (Giuffrè, Milano, 1976), 175 páginas.

a analizar los fragmentos D. 9,4,11; 9,4,12 y 9,4,28, que, entre otros, afirman la legitimación pasiva del poseedor de buena fe en la acción noxal, y señala el contraste que presentan con el fragmento D. 9,2,27,3, en el que se excluye dicha legitimación del poseedor de buena fe; sobre él volveremos después.

El capítulo segundo trata de la naturaleza de las acciones noxales. Este punto tiene importancia ya que, si consideramos que las acciones noxales tenían naturaleza real, no hay duda de que los poseedores de un esclavo delincuente debían ser considerados sujetos a la acción noxal; pero dicha legitimación no estaría tan fuera de duda si consideramos las acciones noxales como acciones *in personam*. En este sentido se analiza la polémica sostenida en torno a la naturaleza real o personal de la acción noxal mantenida por Biondi y Lenel y que, en buena parte, se debía a la distinta consideración de la legitimación pasiva que dichos autores tenían.

Falchi, en este segundo capítulo, tras analizar D. 9,4,26,6; 9,4,22 y 9,4,30, admite que en las fuentes, con la expresión *actione teneri*, se alude a la obligación del *dominus* y del poseedor de buena fe de asumir la responsabilidad noxal, pero cuando en las fuentes se habla de *facultas* o *potestas agendi* se refieren a la posibilidad concedida al usufructuario, acreedor pignoraticio y copropietario no demandado, de defender al esclavo siempre que el *dominus*, estando el esclavo presente *in iure*, se hubiera negado a defenderlo, la posibilidad reconocida a estos titulares de defender al esclavo no corresponde a un vínculo obligatorio, sino a un reconocimiento, fundado en razones de equidad, de una facultad de oponerse a las pretensiones del demandante; no a una obligación de defensa que sólo puede ser reconocida a los titulares de una *potestas* sobre el esclavo, esto es al *dominus* y al poseedor de buena fe. Este vínculo, anterior a la *litis contestatio*, diferenciaría también la posición del *dominus*, y del poseedor, de los simples detentadores, que sólo resultarían legitimados, dice Falchi, después de aceptar la *litis contestatio* y no antes.

En el capítulo tercero se analiza la naturaleza jurídica y la función de la *noxae deditio*. La entrega noxal permite al propietario de un esclavo delincuente liberarse del pago de la *litis aestimatio* entregando al demandante el cuerpo del esclavo; se hacía posible así que el dañado por el delito pudiera realizar una supuesta «venganza», de la que hablan algunos autores, o bien beneficiarse de los servicios que pudiera prestarle el esclavo delincuente. En un principio la *noxae deditio* se configuró como un acto traslativo de la propiedad, no como un simple abandono del cuerpo del culpable, y dado que el esclavo era una *res Mancipi* la *noxae deditio* se realiza con una *mancipatio*; pero señala Falchi que la introducción de la propiedad bonitaria, tutelada por el Pretor, cambió la forma de la *noxae deditio*, admitiéndose la *traditio* como un modo válido de ceder el esclavo al demandante. En una posición análoga a la

del propietario bonitario se encontraba, según Falchi (p. 65), el poseedor de buena fe al que el Pretor (D. 9,4,28) concede también la posibilidad de *noxae dedere*. En efecto, el propietario bonitario estaba protegido contra el verdadero *dominus* por la acción Publiciana y la *exceptio rei venditae et traditae*, siendo su posición inatacable, y el sucesivo poseedor de buena fe (es decir, aquí, el que recibió el esclavo *in noxam*), también estaba defendido por dicha acción, que podía ser paralizada por el verdadero *dominus* ofreciendo el pago de la *litis aestimatio* del delito; por lo tanto, la posición de este segundo era un poco más débil respecto a la del propietario bonitario. En cuanto a los detentadores, éstos solamente podían hacer *noxae deditio* cuando el *dominus* se hubiese negado a defender al esclavo. En definitiva, la *noxae deditio* daba al dañado la posibilidad de poder satisfacer su propia pretensión jurídica, fin que perseguía el ejercicio de la acción noxal: por lo tanto, resultaría pasivamente legitimado en dicha acción aquel que por su relación con la cosa —la *potestas*— pudiera hacer posible la consecución del fin para el que había nacido la acción noxal. Así, pues, Falchi atribuye (p. 69) a la *potestas* una función instrumental que se acentuó con la introducción de la propiedad bonitaria y la consiguiente defensa procesal del que recibía al esclavo de un propietario bonitario.

En el capítulo cuarto, se trata de la importancia de la responsabilidad del *dominus* en el sistema represivo de los delitos de los esclavos; para el estudio de este aspecto tiene particular importancia el título 9,4 del Digesto, y singularmente del fragmento h.t.2, ya que en él, afirma Falchi (p. 72), están presentes los principios jurídicos derivados de la antiquísima disciplina decenviral, a la que se añadió el régimen particular introducido por la ley Aquilia y las modificaciones del Pretor.

En D. 9,4,2, de acuerdo con el régimen que las XII Tablas establecían para las acciones noxales, se afirma la total irrelevancia que el comportamiento del *dominus* había tenido en el delito cometido por su esclavo: se daba la acción noxal por el hecho antijurídico y dañoso realizado por el esclavo y por el dolo que necesariamente acompañaba el delito del esclavo. Con la ley Aquilia, en la hipótesis de un *damnum iniuria datum*, se introduce, afirma Falchi (p. 107), la importancia del comportamiento psicológico del *dominus*, de modo que, si éste hubiera ordenado el acto (*iubens*), se daba únicamente contra él la acción directa de la ley Aquilia, no como noxal; si hubiera sido *sciens*, pero no *iubens* (al menos según la opinión dominante), esta acción se daba en alternativa con la acción noxal de la ley Aquilia. A este propósito, examina Falchi el fragmento D. 9,2,27,3, que ha producido abundante literatura, pues excluye al poseedor de buena fe de la legitimación pasiva en las acciones noxales, en contraste con el principio establecido por los fragmentos anteriormente examinados (D. 9,4,11; h. t.12, etc.), según los cuales el poseedor de buena fe podía ser demandado en un juicio noxal. Este contraste es solamente una primera impresión, afirma Falchi (p. 124),

ya que D. 9,2,27,3, se refería solamente a la acción directa de la ley Aquilia y no a la acción noxal, como ya afirmaban los Basílicos. Los principios relativos a la ley Aquilia, en cuanto que hacían referencia a una responsabilidad del *dominus*, no se extendieron al sistema de las acciones noxales, en las que la atribución de la legitimación pasiva se hacía en base a una relación entre demandado y esclavo —la *potestas* sobre éste—, y no como consecuencia de una responsabilidad; además, la ley Aquilia imponía la obligación de vigilancia del esclavo al *dominus* y no a otros titulares; así pues, en el caso de un *damnum iniuria datum* cometido por el esclavo, solamente podía ser demandado por la acción directa el *dominus*, y no el poseedor de buena fe, que respondía siempre y solamente noxalmente: *bonae fidei possessor semper noxali convenitur* (trad. de Sch.10 a Bas.60, 12,17).

En el capítulo quinto, examina el autor el concepto de *potestas* que se habría presentado siempre como el elemento cualificante para la atribución de la legitimación pasiva en las acciones noxales. Pero mientras que en el período más antiguo la *potestas* se consideraba como una aplicación del derecho de propiedad, y, por lo tanto, sólo el *dominus* podía ser demandado por una acción noxal, más tarde, cuando aparece la propiedad bonitaria y la *possessio bonae fidei*, la *potestas* adquirió un carácter marcadamente procesal, caracterizado por el hecho de que el titular de *potestas* poseía la disponibilidad efectiva y actual del esclavo, así como la facultad de presentarlo en juicio. así, pues, no sólo el *dominus*, sino también el propietario bonitario y el poseedor de buena fe podían ser pasivamente legitimados en una acción noxal. Afirma Falchi (p. 143, n. 11) que la situación de *in bonis esse* y posesión de buena fe son manifestaciones de un mismo fenómeno, pero de diferente medida; por lo tanto, todo lo que se afirma del propietario bonitario se puede decir también del poseedor de buena fe (p. 141). La *potestas*, requisito esencial para poder asumir la posición de demandado en un juicio noxal, separada del *dominium* significó, ante todo, la existencia actual sobre el esclavo de una posibilidad de disponer de él en orden a la consecución de los fines perseguidos con el juicio noxal. La *potestas* asume un carácter esencialmente práctico, en su aspecto procesal, a la que corresponde, bajo el aspecto del derecho sustancial, una disponibilidad material del esclavo acompañada de un título jurídico que garantiza la libertad de su ejercicio: la propiedad o una posición de posesión dinámica.

Por último, al final de este capítulo quinto, recoge Falchi las conclusiones: en el curso de la exposición se señala que el demandado, hasta el momento de la *litis contestatio*, podía elegir entre asumir la *defensio servi* y la *noxae deditio*; el fundamento de tal obligación no se encontraba en una responsabilidad del *dominus*, sino en la relación existente entre esclavo y demandado: la *potestas*. El demandado debía encontrarse en una situación que le permitiera cumplir el fin para el

que había nacido la acción noxal —la reparación del daño o la venganza del culpable—, y desempeñar, así, una actividad preferentemente procesal: presentación y defensa del culpable; en definitiva, su colaboración en el proceso, de dos modos: asumiendo la *litis contestatio* y por tanto pagando la *litis aestimatio*, o bien transmitiendo su propio derecho sobre el esclavo al dañado por el delito, a través de una *noxae deditio*.

Los titulares de *potestas*, en resumen, eran los pasivamente legitimados en la acción: entre estos se encontraba el *dominus* y el poseedor de buena fe, así como también los poseedores de mala fe.

II. El autor se inserta con este estudio en una cuestión largamente debatida. En efecto, el tema de la acción noxal plantea una serie de problemas sobre los que la doctrina no se ha pronunciado de manera unánime. Así, sobre la naturaleza de dicha acción, se ha discutido si la acción noxal tiene una naturaleza real o personal, lo cual tiene importancia en orden a la ampliación o restricción del campo de la legitimación pasiva en estas acciones. Según la tesis sostenida por Biondi, las acciones noxales se dirigían, no contra el *dominus*, sino contra el esclavo delincuente, considerando a éste como capaz de obligarse *ex delicto*. Biondi concebía la acción noxal como una *vindicatio* sobre el esclavo; por tanto, como una *actio in rem*, según esto, el *dominus* no estaba obligado por un personal *oportere* a defender al esclavo; la *noxae deditio* no consistía, según Biondi, en un acto traslativo de la propiedad sino en un simple abandono del culpable, y, por tanto, podía realizarla cualquier poseedor, incluso el de mala fe, también en época clásica. Evidentemente, para Biondi, el poseedor de buena fe no podía transmitir a otro el *dominium* sobre el esclavo en cuanto que no tenía él este derecho. Por consiguiente, la *noxae deditio* realizada por el poseedor consistiría necesariamente en un simple abandono, en una renuncia a la disponibilidad de hecho o de derecho que el poseedor tenía sobre el esclavo.

La tesis de Biondi suscitó una viva polémica entre los romanistas. Lenel, por su parte, sostuvo la tesis opuesta, y concibió la acción noxal como una *actio in personam*. En consecuencia, no existía para él una indiferencia respecto a la posición personal del *dominus*, como sostenía Biondi, sino propiamente una *obligatio ex delicto servi*, justificativa del vínculo procesal que ligaba al demandado con el demandante; por eso no estaba legitimado pasivamente, en una acción noxal, cualquiera que poseyese al esclavo, sino sólo quien podía ser demandado por la obligación nacida del delito cometido por el esclavo, es decir el *dominus*. Lenel sostenía que la legitimación pasiva del poseedor de buena fe era desconocida para los juristas clásicos y que se introdujo en época de Justiniano; el poseedor de buena fe estaba excluido de la legitimación pasiva en la acción noxal precisamente porque no podía hacer una *noxae deditio* eficaz, pues, al considerar Lenel a ésta como un acto

traslativo de dominio, excluía al poseedor, ya que «*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*».

Así, pues, Lenel adoptaba como índice válido para el reconocimiento de la legitimación pasiva de un determinado sujeto en la acción noxal su idoneidad para realizar una *noxae deditio* eficaz, es decir, productora de sus efectos típicos, como acto traslativo de dominio. Por el contrario, Biondi veía en la legitimación pasiva del poseedor de buena fe un argumento válido para sostener que la naturaleza de la *noxae deditio* era un simple abandono del culpable, no una transmisión de la propiedad. La oposición entre ambas tesis nacía, no sólo de la distinta consideración de la naturaleza de las acciones noxales (real: Biondi, y personal: Lenel), sino también de la diversa valoración que los dos romanistas hacían de las fuentes relativas a la materia. Para Biondi serían genuinas en su totalidad y para Lenel estarían en su mayor parte interpoladas. Otro punto de discrepancia entre ambos autores era la consideración del concepto de legitimación pasiva. Biondi sostenía que ésta suponía la posibilidad de asumir en un juicio la posición de demandado, lo cual excluía la existencia de una verdadera obligación de defender al esclavo antes de la *litis contestatio*, pudiendo rechazar el juicio abandonando al esclavo que cometió el delito. Por el contrario, Lenel, pensaba que con la expresión *actione teneri* se quería aludir, en el tema de las acciones noxales, a la obligación, por parte del *dominus*, de asumir la defensa del esclavo, o bien de hacer una *noxae deditio*. Además, añadía que *actione teneri* es una expresión raramente usada en el tema de acciones reales y frecuente para las personales.

En una posición distinta, restrictivamente favorable a la tesis de Biondi en torno a la legitimación pasiva del poseedor de buena fe, se encuentra De Visscher, que intentó una reconstrucción del sistema de las acciones noxales en Derecho Romano, basándose en el estudio del origen histórico de estas acciones y en la comparación con otros derechos de la antigüedad. De Visscher distingue entre sistema legal de la noxalidad y sistema de las acciones noxales. en el sistema de la noxalidad, sólo el *dominus* (o el *paterfamilias*) estaba legitimado pasivamente, ya que sólo él podía realizar una *noxae deditio*, mientras que el poseedor de buena fe no estaría obligado a más que exhibir al esclavo en caso de ausencia de éste, y para que, una vez en presencia del magistrado, éste decretara una *ductio*, a no ser que el poseedor aceptara defender al esclavo. Así, pues, para De Visscher, sólo el *dominus* podía realizar una *noxae deditio*, en el sistema legal de la noxalidad, considerando, además, que de ningún modo la *potestas* constituyó un factor de extensión de esta obligación al poseedor de buena fe. De Visscher (p. 312) caracterizaba a la *noxae deditio* como un acto jurídico *sui generis*, de carácter adquisitivo y naturaleza especial, al que las fuentes consideran como una justa causa o título especial de usucapión (D. 41,2,3,21). Más adelante, una vez introducidas las acciones noxales, el sistema de la noxalidad no desapareció, sino que continuó al lado de

aquél de manera que el *dominus* podía o bien asumir el juicio y pagar la *litis aestimatio* o hacer una *noxae deditio*. En cuanto al poseedor de buena fe, dice De Visscher que, en el sistema de la noxalidad, no podía ser demandado por una acción noxal; se oponía a ello una antigua *regula iuris* (C. J. 6,2,21), que prohibía que pudiera ser demandante en una acción noxal quien podía ser demandado por ella. Con el tiempo, el poseedor de buena fe asumió una posición muy particular, que le permitía castigar directamente al esclavo que tuviera en su disponibilidad actual, perdiendo por tanto su legitimación activa frente al *dominus* del esclavo. De este modo, decía De Visscher, al no existir obstáculo frente a dicha *regula iuris*, recordada por Justiniano en la citada constitución, nada impedía que el *bona fide possessor* pudiera ser demandado por una acción noxal.

III. Nos atreveríamos, por nuestra parte, a someter algunas consideraciones críticas sobre el resultado presentado por el autor, y, en especial, a sus presupuestos metodológicos.

Hay, principalmente, dos ideas que quisiéramos destacar y que quizá puedan servir para aclarar la problemática de la legitimación pasiva en las acciones noxales.

A) Los textos que tratan de legitimación pasiva se refieren a la acción que daba el Pretor contra el que no asumía voluntariamente la defensa del esclavo, es decir, a la acción pretoria *sine noxae deditio*: en D. 9,4,21,2 nos conserva Ulpiano el texto edictal que anunciaba esta acción, pero desconocemos su fórmula. El tema de la *potestas*, punto central para Falchi, tiene importancia precisamente en esta acción pretoria, ya que sólo el demandado que la tenía (o la había perdido dolosamente) podía resultar condenado al entablarse contra él dicha acción. En cambio, el tema de la *potestas* era irrelevante para la acción noxal voluntariamente aceptada, aunque sólo el propietario pudiera liberarse de la condena penal mediante la *noxae deditio*. Conviene recordar todavía que, esta acción noxal voluntariamente aceptada por el demandado era una simple modalidad de la acción penal correspondiente al delito en cuestión, y, en este sentido, una acción siempre personal. De una *obligatio* del dueño del esclavo no cabía hablar, pues, antes de la *litis contestatio*, en tanto la expresión *actione teneri* parece referirse a la acción pretoria *sine noxae deditio*, cuyo éxito depende, no sólo de la prueba del delito cometido, sino también de la prueba de la *potestas* sobre el autor del mismo negada por el demandado.

B) La segunda idea que creemos necesario destacar, es la de que el «poseedor de buena fe» es, propiamente, el vencido en una reivindicatoria (entablada contra él por el verdadero *dominus*) al que el juez ha venido a reconocer que había poseído de buena fe. Por tanto, no se «es» actualmente poseedor de buena fe, sino que el juez reconoce que se «ha sido». En consecuencia, el tema de la legitimación pasiva de este «*bona fide possessor*» no se puede plantear realmente, puesto que

aquél ha dejado de poseer en el momento en que se podía demandar por el delito del esclavo que poseyó. En todo caso, el que realmente está poseyendo de buena fe, se presentará siempre como dueño. En cambio, sí puede presentarse actualmente como simple poseedor de buena fe el propietario bonitario, pero sobre éste volveremos después.

A estas dos observaciones metodológicas cabría añadir, en tercer lugar, que, en época clásica, el régimen de las acciones noxales se daba no sólo contra los esclavos sino también respecto a los *fili familias*. Probablemente, para una clarificación completa del tema de la noxalidad, habría que tener esto en cuenta. Pero, dado que el autor prescindió de los *fili familias*, haremos lo mismo al formular las observaciones que proponemos a continuación.

En primer lugar: acabamos de advertir que la posible coexistencia de un *dominus* y un poseedor de buena fe sólo se da (salvo alguna hipótesis rebuscada), cuando el poseedor es un propietario bonitario, sea por haber adquirido el esclavo por simple *traditio*, sea por haber sido vencido por el *dominus* y haber pagado la condena a éste, caso en el que (desde Juliano) puede usucapir *pro emptore*. Así, el propietario bonitario sí puede presentarse como poseedor de buena fe, con titularidad actual; en cambio, un poseedor vencido que no retiene la posesión no puede responder por el delito del esclavo que poseyó. Así tenía que ocurrir en el supuesto de D. 9,2,27,3, que presenta a un poseedor de un *bona fide serviens*, pero ese poseedor de buena fe, precisamente por serlo, había dejado de poseer (habría que leer: *servi(1)t* = «le servía»), y es el verdadero *dominus* vencedor quien responde ahora, aunque el delito se hubiera cometido antes de recuperar él la posesión del esclavo. Así, pues, lo que decía Ulpiano es que ya no responde el *bona fide possesor* que «tenía» al esclavo cuando éste causó el daño, sino el *dominus* que actualmente lo posee. Recordemos, sin embargo, que este fragmento D. 9,2,27,3 ha sido indebidamente interpretado —también por Falchi— en el sentido de que en él se excluye la legitimación pasiva de todo poseedor de buena fe (en contradicción con los demás textos que sí la admiten: D. 9,4,11; 12; 28, etc.). Ya hemos dicho que, según Falchi, esta anomalía se debería explicar como reflejo de un régimen especial establecido por la ley Aquilia, según el cual se daría la acción directa contra el *dominus*, y no la noxal. Pero creemos que D. 9,2,27,3 no refleja un régimen especial de la ley Aquilia por el que habría adquirido relevancia el «comportamiento psicológico del *dominus*», porque es claro que aquí se trata de la acción noxal («*servi nomine*»), y no de la acción penal directa; en efecto, no entra aquí en juego la *scientia domini* que es la que podría justificar la acción directa. La *scientia domini* pudo, según algunos juristas (Celso: D. 9,4,2,1), justificar una acción de la ley Aquilia directa contra el *dominus sciens*, con exclusión de la noxal. No se trataría, en realidad, de un régimen especialmente introducido por la misma ley Aquilia (como cree Falchi), sino una conse-

cuencia de la especialidad de su acción, dentro del cuadro de las acciones penales. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el hurto (como prototipo de delito doloso sancionado por una acción plenamente penal), sólo se podía dirigir la acción de la ley Aquilia contra el que realmente hubiera causado el daño, y no contra el cómplice (D. 9,4,11,2). La Jurisprudencia habría salvado esta dificultad, en caso de complicidad del dueño, considerando a éste como autor material del daño mediante la intervención de su esclavo como simple instrumento, y de ahí que diera la acción penal contra él, y no como noxal (*servi nomine*). Sin embargo, Juliano y otros juristas llegaron a admitir que sí podría darse la acción como noxal, pero en alternativa con la acción penal directa contra el dueño, por considerar que esta última debía venir a agravar la situación del dueño, pero no debía servir para liberar al esclavo de su delito (D. 9,4,2,1). En todo caso, el fragmento D. 9,2,27,3, no presenta ningún régimen anómalo: no se habla en él de *scientia domini* y no cabe entender que ésta se suponía

La segunda parte de este párrafo (D. 9,2,27,3), se refiere al poseedor (no al *dominus*) de un esclavo fugado («*qui servum in fuga habet*»). Si el poseedor pretende rehuir la acción noxal, se da contra él la acción *sine noxae deditio*. Es decir, en tanto el esclavo está fugado, si comete un delito, responde el *dominus* desde que lo recupera, pero, si lo posee otra persona, responde el poseedor. Esto mismo dice D. 47,2,17,3, que habla de posesión de buena fe de un *fugitivus*, pero el resultado sería el mismo aunque pretendiera ser de mala fe, pues también contra el de mala fe que dolosamente deja de tener la *potestas* sobre el esclavo se da la acción pretoria; como ya dijimos, en este caso tiene relevancia la *potestas* y no en el caso de la acción noxal voluntariamente aceptada por el demandado.

El fragmento D. 9,4,11, que, en su tenor actual, afirma la legitimación pasiva del «*bona fide possessor*», creemos que se refería, en el texto originario, al propietario bonitario. Este, como es sabido, tiene la *exceptio* (o *replicatio*) *rei venditae et traditae*, con la que puede prevalecer, siempre contra el *dominus*: en cambio, el adquirente en *nox*a por la *traditio* que aquél le hace sólo dispone de una *exceptio* (o *replicatio*) *doli*, y por eso será vencido por el *dominus* que no incurra en dolo, como sucede si le ofrece el pago de la *litis aestimatio* del delito noxal. Así, este segundo propietario bonitario tiene una posición más débil que el primero que adquirió directamente por compra hecha al *dominus* (D. 9,4,11 y h. t. 26,6). Al final de este fragmento 11, se hace referencia a ese derecho del adquirente en *nox*a a obtener la *litis aestimatio* («*ut indemnus maneat*») en caso de que el *dominus* prevalezca contra él. La discordancia de sujetos —*doli exceptione summovebitur* (sc. *dominus*) ...*ut indemnus maneat* (sc. el que recibió en *nox*a, demandado y vencido por el *dominus*)— ha hecho pensar que este final es interpolado, pero, en todo caso, la idea de que el *dominus* prevalece contra la *exceptio doli* ofreciendo la pena debida por el

delito que él sufrió parece posible para el derecho clásico, y simplemente porque no podría apreciarse dolo en un propietario que asume las consecuencias del delito de un esclavo de su propiedad.

Con este mismo criterio debe entenderse la alusión que la Constitución reformadora de Justiniano (CJ. 6,2,21, del año 530) hace a la legitimación pasiva del *bona fide possesor*. Se recuerda allí la regla «general» de que el demandable por la acción noxal no puede demandar con ella, y cómo algunos juristas (*quidam*) habían deducido de ella que, dado que el poseedor de buena fe que había sufrido un hurto cometido por el esclavo que poseyó tenía la acción noxal contra el verdadero dueño que había recuperado la posesión, ese mismo poseedor de buena fe no podía ser demandado por la acción noxal (*adversus bona fide quidem possessorem nullo modo furti actione extendi*). Contra esto distingue acertadamente Justiniano distintos momentos (*ex tempore omnibus discretis*): el poseedor de buena fe, en tanto sigue poseyendo como dueño (*domini cogitatione*) puede ser demandado por la acción noxal que ejercitan los que han sufrido el hurto, y, en ese mismo momento en que él posee, no tiene él acción contra el verdadero dueño no poseedor; en cambio, desde que deja de poseer el esclavo y éste pasa a posesión del verdadero dueño, deja él de ser demandable con la acción noxal y empieza a tener la acción noxal contra el dueño poseedor, por el hurto sufrido después de haber dejado de poseer a aquel esclavo. Esta acertada distinción de Justiniano muestra la posición real del poseedor de buena fe, que sólo aparece como tal desde que resulta vencido por el propietario del esclavo, que debe recuperar la posesión de éste. Desde que se evidencia que no es propietario y deja de poseer, deja también de ser demandable con la acción noxal.

En último término, la *ductio iussu praetoris* se da cuando nadie defiende al esclavo. Esta *ductio* otorga la propiedad bonitaria al reclamante, y no directamente la civil, como puede hacer la *noxae deditio*. Por lo demás, la *ductio* puede quedar rescindida por *restitutio in integrum* (por ejemplo: ausencia, del que no defendió al esclavo), o por reclamación de titulares de derechos reales (usufructuario, acreedor pignoraticio o hipotecario: h. t. 27, pr), que subsidiariamente asumen la *litis contestatio*. Respecto a éstos, no es que estén pasivamente legitimados por la *potestas* (esto sólo interesa para la acción *sine noxae deditio*), sino que voluntariamente quieren asumir la defensa del esclavo.

Por último, para mayor claridad, podemos distinguir aquellos supuestos fundamentales en que, creemos que se puede encontrar la acción noxal:

A) Cuando el demandado (sea propietario o no) —estando el esclavo presente o ausente—, acepta voluntariamente la *litis contestatio*, se obliga a cumplir la condena, y debe pagar, por tanto, la *litis aestimatio*, pero, si tiene propiedad civil o pretoria sobre el esclavo, puede

hacer la *noxae deditio*, eventualmente, si no se prueba el delito, puede también salir absuelto (D. 9,4,21,1; h. t. 13; h. t. 16, 1; h. t. 20 pr).

B) Cuando el demandado no acepta la *litis contestatio*, hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) Si el esclavo está presente y el demandado:

1) Reconoce tener *potestas* sobre el esclavo, pero no quiere defenderlo, el Pretor da el *iussum ducendi* sobre el esclavo (D. h. t. 28; h. t. 33; h. t. 22,3).

2) Si niega tener *potestas*, se puede dar la acción *sine noxae deditio*, a no ser que el demandante haya ofrecido al demandado el prestar un juramento decisorio (D. h. t. 21,2; 21,6; 22,4; 23); pero lo mismo ocurre si pretende desentenderse del proceso por declarar que era poseedor de mala fe, y se puede probar su *potestas* (D. h. t. 13).

b) Si el esclavo está ausente, puede ocurrir que:

1) El *dominus* afirme tener la *potestas* sobre el esclavo, y entonces debe defender al esclavo o presentarlo para facilitar la *ductio* (D. h. t. 22,3), o debe prometer que lo presentará (D. 2,9,2,1).

2) El demandado niegue tener la *potestas*, en cuyo caso, se podrá dar contra él la acción *sine noxae deditio*.

3) El demandado no defienda ni exhiba al esclavo, ni prometa que lo presentará: se le tiene por *indefensus* y se da contra él la *missio in bona* por *indefensio* en acción personal.

C) Por último, si no hay contra quién demandar por un esclavo presente (D. h. t. 32), el demandante lo lleva ante el Pretor y éste da el *iussum ducendi*. Si alguien retiene dolosamente al esclavo para impedir la *ductio*, se da contra él la *actio ad exhibendum* (D. 2,7,3 pr).

Quedan todavía muchas cuestiones por aclarar en este campo de las acciones noxales, y es de agradecer que se intente hacerlo, como ha hecho Falchi en esta monografía, la primera cuestión, quizá, puede ser la de ver si la *actio noxalis* es algo más que una acción penal (que puede ser civil o pretoria) y en qué medida puede decirse de ella que es civil o pretoria, como es evidentemente pretoria la acción *sine noxae deditio*. Pero esto excede evidentemente de los límites de esta nota, suscitada por la lectura del libro de Falchi.

TERESA GIMÉNEZ-CANDELA