

## SIMILITUDINES EN SUPUESTOS DE NOXAE DEDITIO SERVI FRUCTUARIII

CAROLINA NAVARRO-HORTELANO \*

Es sabido que el *dominus* respondía por los delitos cometidos por el *servus*<sup>1</sup>, pues la acción penal no podía dirigirse propiamente contra éste.

La responsabilidad noxal facultaba al propietario del esclavo a pagar la *litis aestimatio* o a entregarlo a la víctima del delito<sup>2</sup>, bajo el principio general *noxae caput sequitur*<sup>3</sup>. En relación con esta facultad del demandado en la acción noxal, se discuten tres posibilidades: a) que la *noxae deditio* esté *in obligatione* y el pago de la pena *in solutione*; b) la obligación noxal como obligación alternativa con dos objetos simultáneos: la pena y la entrega noxal y; c) el pago de la pena como obligación principal y la *noxae deditio* como *facultas solutionis*<sup>4</sup>.

---

\* Profesora-Colaboradora del Departamento de Derecho Romano, UNED.

<sup>1</sup> Es discutida la posibilidad de la *noxae datio* del *filius familias*, e incluso de la *filia familias* y de la mujer *in manu*, que se encontraba *loco familiae*. En Digesto únicamente se alude a la entrega noxal del esclavo, no obstante, Gayo en sus *Instituta* se refiere a la *noxae deditio* del *filius familias* (Gai.4,79) mediante *mancipatio* y Justiniano (IJ.4,8,7) indica el derecho anterior y la reforma operada, lo que hace pensar que fue él quien abolió el régimen noxal para estos últimos.

<sup>2</sup> Vid. GIRARD, *Les acciones noxales*, en Nouvelle Revue Historique du Droit Français et Etranger (1887) 409 ss.; (1888) 31 ss.

<sup>3</sup> D'ORS, *Derecho Privado Romano* (Pamplona 1997) (§ 373 nt. 1) aclara que el término *noxae* significa tanto delito, como pena.

<sup>4</sup> Para GIRARD, *Les acciones noxales*, cit., 47, el *pater* o *dominus* está obligado a la *noxae deditio* y el pago de la pena es solamente una facultad. LENEL, *Die*

Ahora me ocuparé sólo, dentro de la variada casuística que las fuentes proporcionan sobre la noxalidad, del régimen del usufructuario del esclavo.

Del testimonio de los textos se desprende que a la ventaja que pueda suponer la *noxae deditio*<sup>5</sup> del *servus*, cuando su valor es inferior a la *litis aestimatio*<sup>6</sup>, se añade la circunstancia de que al ser el usufructo, normalmente un derecho vitalicio, la *noxae deditio* del esclavo resulta, en general, más beneficiosa al nudo propietario que el pago de la pena. Sin embargo, el usufructuario podría satisfacer la *litis aestimatio* al demandante si desea seguir disfrutando de su derecho<sup>7</sup>, pues de lo contrario la *vindicatio usus fructus* se vería rechazada por el pretor mediante una *denegatio actionis*. En este caso el usufructo se perderá por desuso durante el plazo legal<sup>8</sup>. Es dudoso

---

*Formeln der Actiones noxales*, en ZSS (1927) 26, sostiene que en toda acción noxal se presupone un *oportere* alternativo por parte del dueño: pagar la pena o realizar la *noxae deditio*. Sin embargo para DE VISSCHER, *Le Régime romain de la Noxalité* (Bruxelas 1947) 25, el *dominus* está principalmente obligado al pago de una cantidad y, secundariamente, a hacer la *noxae deditio*.

<sup>5</sup> GIRARD, *Les acciones noxales*, cit., 1888, 42 nt. 1., entiende que, mientras la expresión *noxae deditio* se emplea principalmente en la esfera del derecho internacional y tiene carácter religioso, la locución *noxae datio* es de derecho privado y de carácter puramente laical. SARGENTI, *La responsabilità nossale in diritto romano*, en St. Pav. (1950) 114-126 y 150 ss., sostiene que no existe diferencia terminológica entre *dare* y *dedere*, *datio* y *deditio*, ya que ambos verbos tienen el significado de entregar o abandonar. Ahora bien, la conjunción *dare-capere* significa la pérdida del derecho y la simultánea adquisición de éste por parte del nuevo titular.

<sup>6</sup> Esto, en principio, es una consecuencia de que el *dominus* va a responder por un hecho que no ha cometido y no es, por tanto, culpable, ya que si fuera *iubens* la acción que se ejercitaría sería la *actio sine noxae deditio*.

<sup>7</sup> D.7,1,17,2 (*Ulp. 18 ad Sab.*): *Proprietarius autem et servum noxae dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat, quoniam noxae deditio iure non peremit usum fructum, non magis quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usum fructum contingit. debedit plane denegari usus fructus persecutio, si ei qui noxae accepit litis aestimatio non offeratur a fructuario.*

<sup>8</sup> D.9,4,27 (*Gai. 6 ad ed. prov.*): *Si noxali iudicio agitur de servo qui pignoris iure tenetur aut de eo cuius usus fructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum et pignoris persecutionem vel usus fructus actionem negaturum. quo casu dici potest ipso iure pignus liberari (nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur): usus fructus autem, etiamsi persecutio eius denegetur, ipso iure*

que quien recibió el esclavo en *noxae* pueda, una vez que aquél ha pagado el importe del objeto del litigio, ejercitar la venganza privada en los términos que cualquier nudo propietario puede castigar al *servus ususfructuarius*, siempre, claro está, sin dolo malo<sup>9</sup>. En este supuesto la víctima-demandante se vería satisfecha doblemente: por un lado, con la *noxae deditio* realizada por el propietario; por otro, con el pago de la *litis aestimatio* por el usufructuario, aunque el contenido del derecho sobre el *servus* se vea limitado por el usufructo.

La cuestión susceptible de plantearse a la hora de determinar la legitimación pasiva es quien, realmente puede realizar una *noxae deditio* eficaz. El criterio determinante reside en la *potestas*<sup>10</sup> y su titular era quien tenía plena disponibilidad. En principio, la entrega noxal implicaba un acto de transmisión de la propiedad<sup>11</sup>, lo que necesariamente se realizaba mediante *mancipatio*, o *in iure cessio*, al tratarse de una *res Mancipi*. Quizá, la introducción de la propiedad

---

*durat eo usque, donec non utendo "constituto tempore" pereat. (1) Ex his quae diximus de servo qui alicui pigniris iure obligatus est deque statulibero et eo cuius usus fructus alienus est, apparet eum, qui alienum servum in iure suum esse responderit, quamvis noxali iudicio teneantur, non tamen posse noxae deditioe ipso iure liberari, quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint. certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus vindicet nec litis aestimationem offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli.*

<sup>9</sup> D.7,1,17,1 (Ulp. 18 ad. Sab.): *Ex eo, ne deteriores condiciones fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit. Et Aristo apud Cassium notat plenissimam eum coercionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis usufructuarius nec contrariis quidem ministeriis aut inustitatis artificium eius corrumpere possit nec servum cicatricibus deformare.* MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, en *Annali Palermo* 28 (1961) 16, señala que castigar al siervo es una manifestación de la posesión directa que tiene el nudo propietario.

<sup>10</sup> Vid. D.9,4,21,3 y D.50,16,215. En ambos pasajes el término *potestas* tiene significado de facultad y poder de exhibición del esclavo. Existe una cierta polémica sobre si la *interrogatio* versaba únicamente sobre la potestad y la propiedad de esclavo o eran necesarias dos *interrogationes*, una referida a la potestad y otra a la propiedad.

<sup>11</sup> En opinión de BIONDI, *Le acciones noxales nel Diritto Romano classico*, en *Annali Palermo* 10 (1925) 1 ss., la acción noxal se dirigía contra el esclavo, a quien la reconoce capacidad para obligarse *ex-delicto*. Para este autor la acción noxal era una *vindicatio* sobre el esclavo, es decir, se trataba de una acción *in rem* en la que la entrega noxal no consistía en un acto traslativo de la propiedad sino simplemente en un abandono del *servus*.

bonitaria supuso la posibilidad de la entrega noxal mediante simple *traditio* pudiendo realizarla el poseedor<sup>12</sup> de buena y mala fe como queda atestiguado en diferentes textos<sup>13</sup>.

La legitimación pasiva es una de las cuestiones más controvertidas en relación con la noxalidad. Falchi<sup>14</sup> identifica legitimación con sujeción a la acción. Lenel y Biondi<sup>15</sup> consideraban que es la mera posibilidad o facultad de asumir la posición del demandado. Por otro lado, se discute si la acción noxal únicamente puede dirigirse contra el *dominus* o contra quien tenga *potestas* sobre el esclavo, así como quién tiene la *potestas*; si todo aquel que puede exhibirlo o solamente el *dominus*.

Las fuentes contemplan el supuesto de comisión de un delito por un esclavo dado en comodato o precario, debiendo dirigirse la acción noxal contra el dueño porque ambas situaciones son revocables. Sin embargo, en el caso de que un tercero tenga el usufructo del esclavo, siendo como es un derecho que puede ser vitalicio, cabría realizar la *noxae deditio*. Si el nudo propietario no defiende al esclavo, el magistrado podría decretar una *ductio*, y en este caso parece permitirse al usufructuario que defienda él al *servus*. Si la acción se dirigiese contra el usufructuario, probablemente no podría realizarse una *noxae deditio* eficaz, ya que no puede transmitirlo ni mediante *mancipatio* ni mediante *in iure cessio* por lo que únicamente podrá pagar la estimación del litigio si del ejercicio de la acción resultase una condena. A no ser, que como algunos autores señalan, la *noxae deditio* consista en abandono.

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina, especialmente De Visscher<sup>16</sup>, la *noxae deditio* únicamente puede ser llevada a cabo por

<sup>12</sup> Para LENEL, *Die Formeln der Actiones noxales*, cit., 25, el poseedor de buena fe no podía realizar una *noxae deditio* eficaz ya que según él, ésta suponía un acto traslativo de la propiedad ya que *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

<sup>13</sup> Vid. entre otros, D.9,4,11.12.13.22.28.30.

<sup>14</sup> Vid. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo* (Milano 1976) 149 ss.

<sup>15</sup> LENEL, *Das Edictum Perpetuum* 3.<sup>a</sup> ed. (Leipzig 1927) 161 nt. 7 y BIONDI, *Le actiones noxales nel Diritto Romano classico*, cit., 286.

<sup>16</sup> Vid. DE VISSCHER, *Le Régime romain de la Noxalité*, cit., 404.

el *dominus*. Este autor, que distingue entre sistema legal de la noxalidad y sistema de las acciones noxales, considera que en el primero el poseedor de buena fe únicamente estaría obligado a exhibir al esclavo en ausencia del dueño, con objeto de que el magistrado pueda decretar una *ductio*. Para él la *potestas* es el fundamento de un procedimiento preparatorio dirigido a procurar la presencia del delincuente *in iure*, y no una condición de la legitimación pasiva en la *actio noxalis*.

No obstante, los textos informan de la posibilidad de la entrega del esclavo por quienes ni siquiera son poseedores, como sucede con el usufructuario (D.9,4,26,6; 9,4,24 y 9,4,30).

La legitimación pasiva de este «mero detentador», en las acciones noxales, no es unánimemente admitido por la doctrina. Sargenti<sup>17</sup> niega categóricamente la legitimación del usufructuario así como la del acreedor pignoraticio, el comodatario, el depositario o el precarista. Considera que hay que excluir decididamente la legitimación pasiva del usufructuario del ámbito del *ius civile*, aunque en el derecho pretorio se llegó a admitir la defensa del esclavo al que el *dominus praesens defendere noluerit*, realizándose la sustitución del *dominus* por el usufructuario mediante transposición de personas en la fórmula. En opinión de Naber<sup>18</sup>, éste mero detentador puede entregar la cuasi-posesión, ya que resultaría injusto que por no poder realizar una *noxae deditio* por mancipación tuviese que pagar la *litis aestimatio*.

Así en D.9,4,30 se establece que el usufructuario, que ha estado ausente pueda defender al *servus ductus*. El contenido del pasaje permite pensar en dos posibilidades: una que el *dominus* estando presente no haya querido defender al esclavo y otra que igualmente estuviese ausente. En cualquier caso, por razón de bondad y equidad se le concede al usufructuario la *potestas defendendi*. El fundamento de esta concesión, en el supuesto de que el *dominus* no haya querido defender al siervo viene enunciado por Paulo en D.9,4,26,6: *ne alterius dolus aut desidia aliis noceat*.

---

<sup>17</sup> SARGENTI, *La responsabilità nossale in Diritto Romano*, cit., 95.

<sup>18</sup> Vid. NABER, *Ad noxales actiones*, Mnemosyne (1902) vol. 30, 170-178.

Para Giménez-Candela <sup>19</sup> esta legitimación de quien tiene un derecho real sobre el esclavo procede de la misma respuesta afirmativa en la *interrogatio in iure* y dicha actividad pretoria supuso un cambio importante en el desenvolvimiento histórico de la legitimación pasiva en la acción noxal.

D.9,4,30 presenta una geminación con D.39,2,19pr. detectada en la obra *Digestorum Similitudines* de García-Garrido y Reinoso-Barbero <sup>20</sup>.

**D.9,4,30 GAIUS libro ad edictum praetoris urbani, titulo de damno infecto [E].** In noxalibus actionibus eorum, qui bona fide absunt, ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius.

**D.39,2,19pr. GAIUS ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto [E].** Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor, et fructuarius, et superficiarius.

Ambos textos tienen idéntica inscripción: *Gaius ad edictum praetoris urbani, titulo de damno infecto*. Su cotejo pone de manifiesto que los compiladores utilizaron un fragmento relativo a la *cautio damni infecti* para una institución diversa como es la de la noxalidad.

Las coincidencias existentes entre los dos textos se extienden a los periodos.....*eorum, qui bona fide absunt... ius non corrumpitur, sed reversis... ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius...*

Las diferencias que se observan se refieren:

1. A las instituciones a las que se aplica la regla de que el que estuvo ausente de buena fe, recupera el derecho de defenderse, es decir, *in noxalibus actionibus e in stipulatione damni infecti*;

<sup>19</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona 1981) 332-337.

<sup>20</sup> GARCÍA-GARRIDO Y REINOSO-BARBERO, *Digestorum Similitudines*, (Madrid 1994), vol. III, 533 simil. 1081.

2. Al empleo en D.9,4,30 del verbo *defendendi* en lugar de *cavendi*;

3. La alusión al *superficiarius* en D.39,2,19pr.

La enucleación de esta regla, de su sede original y su aplicación a otra institución distinta podría justificarse en el hecho de que ambas instituciones generan obligaciones personales pero de sometimiento patrimonial. Y, en relación con la referencia al *superficiarius*, podría pensarse que fue un añadido compilatorio, ya que en Derecho clásico no era posible constituir un derecho de superficie independiente del suelo, en virtud del principio *superficies solo cedit*. La no inclusión o, en su caso, supresión de este término (*superficiarius*) en D.9,4,30 obedece, a razones lógicas. Giménez-Candela<sup>21</sup> apunta que la inclusión del superficiario no tenía ningún sentido en este texto tratándose, no ya de la *cautio damni infecti*, sino de una acción noxal.

La utilización o aplicación de una misma sentencia para instituciones distintas es un hecho constatable en Digesto que viene a contravenir de forma consciente e intencionada la prohibición justiniana recogida en la Constitución *Deo Auctore*, 4: *nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat*.

No compartimos la postura de Lenel<sup>22</sup>, quien ubica ambos textos en el comentario al libro 6 *ad edictum praetori urbani* en el mismo párrafo bajo la rúbrica de *damno infecto*, y mantiene que la repetición supone una comparación establecida por Gayo, proponiendo la siguiente reconstrucción: *eorum qui bona fide absunt, sicut in noxalibus actionibus ita in stipulatione damni infecti....*

De Visscher<sup>23</sup> considera que D.9,4,30 forma parte del último grupo de textos que sería un complemento añadido por los Compiladores a la obra postclásica representada por los textos anteriores.

---

<sup>21</sup> Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit., 139.

<sup>22</sup> Vid. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig 1899, reimp. 1960) I, col. 186, 32.

<sup>23</sup> Vid. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, cit., 574.

Para el autor este carácter complementario estaría apoyado en el hecho de que los pasajes pertenecen a obras totalmente secundarias como sucede con el fragmento del que nos ocupamos y que se refleja en la similitud. Sostiene que dicho fragmento pertenece al libro 1 *ad edictum provinciale* de rúbrica de *damni infecti cautione* <sup>24</sup>.

Cuestión distinta es la de la entrega noxal de un esclavo que otro tiene en usufructo.

Así, en el caso que un esclavo dado en usufructo hubiera cometido un delito y dirigiendo la víctima la acción noxal contra el propietario éste lo hubiera dado en *noxal*, ocultando la condición de *servus fructuarius*, el demandante podrá ejercitar la *actio iudicati* contra el *dominus*. Ahora bien, si el usufructo se hubiese extinguido el demandado quedará liberado.

Esta información se recoge en dos textos; uno de Celso y otro de Ulpiano. Del cotejo de ambos puede apreciarse que son prácticamente iguales. Consultada la obra *Digestorum Similitudines* <sup>25</sup>, la similitud reconstruida pone de manifiesto que la diferencia entre ellos existente, es la que se corresponde con los puntos suspensivos, y que en el texto de Celso se recoge entre ángulos. Se refiere a la institución de prenda, concretamente a la situación del acreedor pignoraticio, que el texto de Ulpiano no recoge.

**D.46,3,69 CELSUS libro vicen-  
simo quarto digestorum [E]. Si  
hominem, in quo usus fructus  
alienus est** «vel qui erat pignori  
Titio obligatus», **noxae dedisti,  
poterit is, cui condemnatus es,  
tecum agere iudicati;** «nec exspec-  
tabimus, ut creditor evincat»; **sed si  
usus fructus interierit** «vel disso-  
luta fuerit pignoris obligatio», exis-  
tino processuram **liberationem**.

**D.42,1,4,8 ULPIANUS libro  
quingensimo octavo ad edic-  
tum [E].** Celsus scribit, si noxali  
**condemnatus eum servum, in quo  
usus fructus alienus est, noxae  
dedisti, posse tecum adhuc agi  
iudicati; sed si usus fructus inte-  
rierit, liberari ait.**

<sup>24</sup> Vid. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, cit., 241 nt. 43.

<sup>25</sup> GARCÍA GARRIDO Y REINOSO-BARBERO, *Digestorum Similitudines*, cit., vol. VI, 226, simil. 4354.

Se trata de una similitud de una cierta entidad: *Si hominem/ (noxali condemnatus) eum servum in quo usus fructus alienus est,... noxae dedisti, poterit/posse (condemnatus es) tecum (adhuc) agerelagi iudicati,... sed si usus fructus interierit,.. liberari ait/liberationem (processuram) existimo.*

En opinión de Gradenwitz<sup>26</sup> esta información sería un añadido compilatorio con fundamento en el cotejo D.42,1,4,8.

En la similitud ofrecida, hemos advertido el empleo de diferente tiempo verbal en: *poterit/posse; agerelagi*; y similares términos en: *hominem* o *servum* y *liberari ait* o *liberationem existimo*. Por otro lado, en el primer texto figura *condemnatus es* y en el segundo *condemnatus noxali*.

En cuanto a las diferencias:

1. *vel qui erat pignori Titio obligatus*
2. *nec exspectabimus, ut creditor evincat*
3. *vel dissoluta fuerit pignoris obligatio*

Ambos textos pertenecen a la masa edictal. El de Celso es situado por los compiladores en el título de Digesto *De solutionibus et liberationibus* y el de Ulpiano en el *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*. Sin embargo, Lenel, en su *Palingenesia Iuris Civilis*, los ubica bajo una misma rúbrica, esto es: el de Celso<sup>27</sup> en *De re iudicata* y el de Ulpiano<sup>28</sup> en *De iudicatis*.

Quizá la ubicación compilatoria del texto de Celso responda a la parte del texto que no se contiene en el de Ulpiano, concretamente a *vel dissoluta fuerit pignoris obligatio*.

En relación con la autoría de ambos fragmentos no hay lugar a duda, ya que Ulpiano, en este caso, cita a Celso. Esto, como se ha puesto de manifiesto en anteriores trabajos sobre las similitudes, no

---

<sup>26</sup> Th. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, vol. prim. [retrat. P. KRÜGER] (Hildesheim 1988) 801, nt. 13: < > *Iust.*, cfr. l. 4 § 8 cit. (Gradenwitz).

<sup>27</sup> Vid. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., I, col. 159, 203.

<sup>28</sup> Vid. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., II, col. 778, 1372.

sucede siempre así. En *Digestorum Similitudines* se comprueba que numerosos textos procedentes de las obras *ad Sabinum* de Ulpiano, Pomponio y Paulo son *capita similia* con respecto a los procedentes de los *digesta* de Celso<sup>29</sup>.

Así en esta misma obra (*Digestorum Similitudines*) se puede leer que el fragmento siguiente de Celso —D.46,3,70—, también del mismo jurista, es recogido literalmente por Ulpiano en la primera parte de D.45,1,38,16 y que la segunda parte de este texto se corresponde, de la misma forma, con otro de Celso D.12,4,48 procedente igualmente de sus *digesta*<sup>30</sup>. En este caso, este último no es citado por Ulpiano.

Como señala Reinoso-Barbero<sup>31</sup>, las similitudes ponen de manifiesto que las inscripciones que encabezan los textos de Digesto no acreditan la autoría del fragmento, o dicho de otro modo, que el contenido de fragmento no tiene por que ser atribuible al jurista que se menciona en la inscripción.

En relación con el contenido de los textos se advierte que el *dominus* conociendo la existencia del usufructo o del *pignus*, al ser interrogado, lo oculta no facilitando la transmisión de la plena propiedad al demandante, por lo que éste dispondrá de una *actio iudicati* que dirigirá contra el propietario que realizó la *noxae deditio* del esclavo<sup>32</sup>.

La *actio iudicati* únicamente se referirá a la pena establecida en la *condemnatio* de la acción noxal privando, de esta forma, de la posibilidad de la *noxae deditio* del *servus*<sup>33</sup>. Ahora bien, si el usufructo se extingue o desaparece el *pignus*, la *actio iudicati* no prosperará contra el *dominus* y por lo tanto quedará liberado.

E, *Digestorum Similitudines*<sup>34</sup>, observamos que el texto analizado, D.42,1,4,8 de Ulpiano, presenta a su vez diversas coincidencias con D.7,4,27 de Paulo.

<sup>29</sup> REINOSO-BARBERO, *Geminaciones ocultas en Digesto*, en INDEX 25 (1997) 14.

<sup>30</sup> REINOSO-BARBERO, *Geminaciones ocultas en Digesto*, cit., 15.

<sup>31</sup> REINOSO-BARBERO, *Geminaciones ocultas en Digesto*, cit., 1 ss.

<sup>32</sup> BIONDI, *Le Azioni noxales nel Diritto Romano classico*, cit., 317 ss.

<sup>33</sup> *La litis contestatio* priva al demandado de la posibilidad de la entrega noxal del esclavo. Vid. GIRARD, *Les actions noxales*, cit., 409 ss.

<sup>34</sup> GARCÍA GARRIDO Y REINOSO-BARBERO, *Digestorum Similitudines*, cit., vol. VI, 226, simil. 4353.

**D.42,1,4,8 ULPIANUS libro quinquagesimo octavo ad edictum [E].** Celsus scribit, si noxali condemnatus eum **servum, in quo usus fructus alienus est, noxae dedisti,** posse tecum adhuc agi iudicati: sed si **usus fructus** interierit, **liberari** ait.

**D.7,4,27 PAULUS libro primo manualium [P].** Si **servus, in quo usus fructus alienus est, noxae dedatur** a domino proprietatis **usufructuario, liberabitur** “confusa servitute proprietatis comparatione”.

Aquí la coincidencia abarca los siguientes extremos...*servum/servus, in quo usus fructus alienus est, noxae dedisti/dedatur...usus fructus/usufructuario, ...liberari/liberabitur...*

Los dos pasajes tratan sobre la entrega noxal del esclavo que otro tiene en usufructo, pero el sujeto, la víctima-demandante, en cada supuesto es distinto; en el de Ulpiano la víctima es un tercero y en el de Paulo es el propio usufructuario; en el primer fragmento, dependerá de si se extingue o no el usufructo, ya que en caso negativo el demandante podrá ejercitar la *actio iudicati* contra el nudo propietario que realizó la entrega noxal; en el segundo texto, al ser la víctima del delito el usufructuario inevitablemente llevará a la extinción del usufructo por concurrir en una misma persona el usufructo y la adquisición de la propiedad (*dominus usufructus y dominus proprietatis*).

En ambos fragmentos se señala que de los delitos cometidos por el *servus fructuarius* respondía el *dominus*, y que la víctima del delito, debía dirigir la acción penal contra aquél. En D.42,1,4,8 sí el usufructo se hubiese extinguido, el *dominus* tendrá desde ese momento no sólo el derecho a disponer de la cosa y la posesión, sino también el derecho de uso y disfrute, pudiendo entregar al tercero el *servus*, resultando esta *noxae deditio* eficaz; el tercero podrá beneficiarse de los servicios que el esclavo pueda prestarle porque la dación en *nox*a no sufre limitación alguna. En D.7,4,27 el *dominus* entrega en *nox*a el esclavo autor de un delito al usufructuario produciéndose, en consecuencia, la extinción del usufructo por confusión.

Del cotejo de ambos textos se puede apreciar que el de Ulpiano está recogido por los compiladores en el título de Digesto *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutinibus* y el de Paulo en el Título *Quibus modis usus fructus vel usus amittitur*<sup>35</sup>. Lenel, en

<sup>35</sup> Vid. Th. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, cit., vol. prim. 712, nt. 15 y 137 nt. 11 y 14.

cambio, ubica el pasaje de Ulpiano bajo la rúbrica *De iudicatis*<sup>36</sup>, y el de Paulo *De usu fructu*<sup>37</sup>.

En opinión de Longo<sup>38</sup>, la parte que se recoge entre ángulos al final del párrafo, en —D.7,4,27—, «*confusa servitute proprietatis comparatione*»<sup>39</sup>, sería un añadido compilatorio que pretende dar una solución aportando mayor claridad a lo expuesto en el texto.

A su vez, este último texto presenta cierta similitud con un texto de Ulpiano recogido en D.47,10,17,9, que es detectada en la obra *Digestorum Similitudines*<sup>40</sup>.

**D.7,4,27 PAULUS libro primo manualium [P].** *Si servus, in quo usus fructus alienus est, noxae deditur a domino proprietatis usufructuario, liberabitur "confusa servitute proprietatis comparatione".*

**D.47,10,17,9 ULPIANUS libro quinquagesimo septimo ad edictum [E].** *Si servus, in quo usus fructus meus est, iniuriam mihi fecerit, adversus dominum noxali iudicio experiri potero: neque debeo deterioris condicionis ob hoc esse, quod usum fructum in eo habeo, quam si non haberem. aliter atque si servus communis esset: tunc enim non daremus socio actionem eapropter, quia et ipse iniuriarum actione tenetur.*

Las coincidencias entre los dos textos son las siguientes:

1. *si servus, in quo usus fructus... est,*
2. *noxae/noxali... domino/dominum...*
3. *usufructuario/usum fructum...*

<sup>36</sup> LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., II col. 778, 1372.

<sup>37</sup> LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., I col. 1135, 983.

<sup>38</sup> Th. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, cit., vol. prim. 137 nt. 14:<> Iust. (Longo).

<sup>39</sup> Asimismo GROSSO, *Usufructo e figure affini nel diritto romano* (Torino 1958) 392, considera la expresión interpolada por la admisión del usufructo en la servidumbre.

<sup>40</sup> GARCÍA GARRIDO Y REINOSO-BARBERO, *Digestorum Similitudines*, cit., vol. X, 430, simil. 8747.

En estos pasajes, igualmente, se recoge la responsabilidad noxal del *dominus* por los delitos que el esclavo hubiese cometido contra el usufructuario. Puede advertirse que en el texto de Ulpiano, en el que se declara la igualdad de condición de éste en relación con la posibilidad de ejercitar la acción noxal contra el nudo propietario, no refiere expresamente el hecho de la extinción del usufructo por confusión. Se observa también en D.47,10,17,9 que la última parte del texto menciona el caso de un esclavo en copropiedad, *servus communis esset*, que comete una injuria contra uno de los condueños.

Cada uno de los copropietarios de un *servus* delincuente podrá ser demandado con la *actio noxalis* y con la *actio sine noxae deditio* respondiendo por ello *in solidum*<sup>41</sup>, es decir, cada copropietario responde «por entero» y libera a los otros, resolviendo posteriormente, a través de las acciones correspondientes, la relación establecida entre ellos.

Pero el caso que nos ocupa, el copropietario, víctima de injurias por el esclavo en copropiedad, no puede entablar la *actio noxalis* contra los restantes copropietarios ya que el es también dueño de la cosa común, pero sí se le permite ejercitar la *actio communi dividundo* para resolver la situación de copropiedad.

Estos pasajes pertenecen a distinta masa,(el primero, a la masa papiniana y el segundo, a la edictal). El de Paulo, como hemos visto anteriormente, está recogido por los compiladores en el título de Digesto *Quibus modis usus fructus vel usus amittitur* y el de Ulpiano en el Título *De iniuriis et famosis libellis*<sup>42</sup>. Lenel, en cambio, ubica el texto de Paulo bajo la rúbrica *De usu fructu* y el de Ulpiano *De noxali iniuriarum actione*<sup>43</sup>.

## CONCLUSIONES

Lo expuesto permite extraer una serie de conclusiones tanto desde el punto de vista de la tradición de Digesto como de la institu-

<sup>41</sup> BIONDI, *Le acciones noxales nel Diritto Romano classico*, cit., 297.

<sup>42</sup> Th. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, cit., vol. prim. 834.

<sup>43</sup> LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., II col. 775, 2360.

ción de la noxalidad en los supuestos concretos que hemos tratado. No obstante, debo aclarar que parte de estas conclusiones han sido ya enunciadas por García-Garrido y Reinoso-Barbero, en distintas publicaciones sobre geminaciones y similitudes.

En relación con la tradición del Digesto:

La comprobación de *lege geminatae* y *capita similia*, bajo el método del cotejo y comparación de casos utilizados hasta ahora para investigar los criterios de selección de textos incorporados en Digesto, puede contribuir: a la admisión o rechazo de la crítica interpolacionista; a la verificación de la correcta aplicación de acciones e instituciones; a la revisión de las inscripciones de los fragmentos; y, en definitiva, a la reconstrucción de los textos jurisprudenciales, que permitiría a la vez una nueva propuesta palingenésica de los mismos. Así, hemos visto que:

1. Utilización de un mismo supuesto para instituciones distintas, mediante la enucleación de su sede original.
2. El contenido del fragmento no tiene por que ser atribuible al jurista que se menciona en la inscripción.
3. La identidad redaccional en distintos textos del Digesto no siempre debe ir acompañado de idéntico contenido o significado.

En relación con el régimen del usufructuario en las acciones noxales:

1. La *noxae deditio* no extingue el usufructo, al ser éste un derecho vitalicio.
2. Si el nudo propietario realiza la *noxae deditio* el usufructuario deberá satisfacer el importe del litigio al demandante para poder reclamar su derecho de usufructo.
3. Si el *dominus* hace la entrega noxal ocultando la existencia del derecho de un tercero sobre el esclavo, podrá ejercitarse la *actio iudicati*, siempre y cuando no se haya extinguido el usufructo.
4. En el supuesto que la víctima del delito, cometido por el *servus usus fructuarius*, sea el usufructuario, podrá ejercitar la acción

noxal contra el nudo propietario, produciéndose la extinción del usufructo por confusión.

5. Al usufructuario se le reconoce legitimación pasiva en la acción noxal subordinada a la negativa de defensa por parte del verdadero *dominus* y en caso de ausencia la *potestas defendendi*, del *servus ductus* si comparece ante el pretor.