

BIBLIOGRAFÍA

Jorge ADAME GODDARD

GIMÉNEZ CANDELA, Teresa, *El régimen pretorio subsidiario de la acción* 604

del mejor estado de anarquía; éste lo encuentra en el estado de naturaleza de Locke.

Según Nozick la primera etapa a la que se llega, partiendo del estado de naturaleza, es el "Estado ultramínimo". Transición que ocurre de manera moralmente inobjetable. De esta etapa intermedia se prosigue al Estado mínimo. Transición que, para Nozick, es moralmente obligatoria (el mantenimiento del Estado ultramínimo es violatorio del derecho de algunos de sus miembros). Esto es justamente lo que Farrell encuentra bastante cuestionable. Le parece absolutamente incomprensible que Nozick sostenga, por un lado, que el Estado ultramínimo no es moralmente permisible (es moralmente obligatorio transitar hacia el Estado mínimo) y, por el otro, sostener que su surgimiento del Estado ultramínimo es moralmente irreprochable.

Dos son las deficiencias que existen, según Farrell, en la tesis de Nozick: 1) el tránsito del estado de naturaleza al Estado ultramínimo no se realiza de un modo moralmente permisible (sin que viole el derecho de varios interesados) y 2) El estado mínimo de Nozick no constituye ninguna refutación al anarquismo. En cuanto a la primera de las deficiencias, Farrell sostiene que en lugar de llegar al Estado mínimo a través de la etapa intermedia del Estado ultramínimo, podría llegarse directamente a aquél suprimiendo la cuestionable e hipotética etapa intermedia. En cuanto a la segunda deficiencia, Farrell basa su argumento en que encuentra que el Estado mínimo de Nozick no constituye, en realidad, un monopolio del uso de la fuerza (como cualquier Estado, estrictamente hablando, presupone). El "monopolio" del Estado mínimo es tan sólo un pseudo-Estado. No puede servir de refutación a ninguna concepción anarquista porque, dice Farrell, lo que el anarquismo rechaza es, justamente, la noción auténtica de monopolio.

Farrell termina su libro haciendo una reflexión sobre la aplicación de la lógica al derecho. En este brevísimo ensayo el autor se propone destacar que ciertas nociones lógicas elementales resultan absolutamente fuera de lugar cuando se les aplica el razonamiento jurídico y carecen de la más mínima fuerza de convicción frente a cualquier tribunal.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

GIMÉNEZ CANDELA, Teresa, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, EUNSA, 1981, 418 pp.

Se trata de una investigación monográfica acerca del régimen clásico de la llamada *actio sine noxae deditioe*, que servía para complementar el

régimen de la responsabilidad penal de los dueños respecto de los delitos cometidos por sus esclavos. La autora desarrolla el trabajo con un método seguro: primero revisa la bibliografía pertinente (pp. 25-129); luego estudia críticamente los textos relativos, principalmente el título 9,4 del Digesto (pp. 133-160), y finalmente hace, siempre con apoyo textual y crítico, su reconstrucción dogmática del régimen subsidiario pretorio de la acción noxal. Concluye proponiendo que D 9,4,21,2 transcribe el edicto que prometía el otorgamiento de la acción *sine noxae deditio* y una reconstrucción de la fórmula de la misma (pp. 377-402).

La *actio sine noxae deditio* ha sido poco estudiada por la romanística. Se tiende a considerarla como un mero incidente en el trámite de la acción civil noxal. La autora, por el contrario, sostiene que se trata de una verdadera acción, de la cual se ocupa un edicto especial reproducido por Ulpiano D 9,4,21,2.

Al hacer el examen global de los títulos 9,4 y 2,9 del Digesto, que tratan de la responsabilidad noxal, la autora llega a la conclusión de que los compiladores reunieron en esos títulos textos que, si bien tenían en común el tocar algún aspecto de la noxalidad, provenían de diversas *sedes materiae* (pp. 142 y ss.). El presentar la noxalidad como un tema tratado unitariamente es, por consiguiente, una obra compilatoria. En el edicto del pretor urbano, añade la autora, no había una rúbrica que se ocupara en general de las acciones noxales. La cláusula edictal 58, a la que Lenel atribuye la rúbrica *de noxalibus actionibus*, en realidad sólo se ocupaba de la *actio sine noxae deditio* (pp. 136 y ss.).

El régimen procesal de la responsabilidad noxal se funda, como lo hace ver Teresa Giménez, en la *interrogatio* hecha por el pretor al demandado por la acción noxal, acerca de si tiene o no la *potestas* sobre el esclavo delincuente. Según sea la respuesta se dará uno u otro recurso procesal. Si el demandado afirma tener la *potestas* sobre el esclavo presente *in iure*, queda en la disyuntiva de aceptar el juicio o hacer la *noxae deditio*. Si reconoce tener la *potestas* sobre un esclavo no presente puede asumir la defensa del *servus absens* (esto siempre y cuando el demandado sea el verdadero propietario) o garantizar que lo exhibirá un día determinado (*vadimonium*) o en cuanto pudiere (*cautio cum primum potuerit se exhibiturum*). Si, en cambio, el demandado niega tener la *potestas* sobre el esclavo, el actor puede o pedir al demandado dé juramento de que no tiene la *potestas* sobre el esclavo ni ha actuado dolosamente para perderla, o demandarlo con la *actio sine noxae deditio*.

Explica la autora que cuando el demandado jura no tener la potestad sobre el esclavo, ya no puede darse contra él ni la acción noxal ni la *actio sine noxae deditio*, pero responde, en su caso, de perjurio. Si

el demandado, invitado a jurar, no lo hace, incurre en indefensión y se da contra él la *missio in bona* (pp. 183-187).

Cuando el actor prefiera demandar con la *actio sine noxae deditioe*, obtiene la condena del demandado, si logra probar que el esclavo estaba en potestad del demandado al momento de la *litis contestatio* o que éste había actuado dolosamente para perderla.

La *actio sine noxae deditioe*, tal como la concibe la autora, tiene como fundamento el hecho de que el demandado responda falsamente a la *interrogatio in iure*, negando tener la *potestas* sobre el esclavo, o el hecho de haberla perdido dolosamente. Es, lógicamente, una acción *in factum*. Su objeto es una condena equivalente a lo que se hubiera podido conseguir por medio de la acción noxal ordinaria, de no haberla eludido el demandado.

Las conclusiones a que llega la autora me parecen, en general, acertadas. Logra hacer una reconstrucción coherente y bien apoyada en los textos del régimen de la mencionada acción: el supuesto fáctico de admisión de la acción que ella conjetura, fundándose en D 9,4,21,2, concuerda con la reconstrucción de la fórmula que propone. Sólo quiero llamar la atención sobre dos conclusiones particulares.

1) La autora dice que si el demandado afirma tener la *potestas* sobre un esclavo ausente puede garantizar que lo exhibirá un día cierto, dando un *vadimonium*, o que lo exhibirá en cuanto pueda, dando la *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* (pp. 189 y ss., 409, conclusión 13). Esta caución, añade, es necesaria cuando el dueño no tiene "certeza acerca del momento en que podría recuperar y exhibir a su esclavo" (p. 194). Pero esto es contradictorio con que el demandado haya afirmado tener la *potestas* sobre el esclavo, ya que ésta implica (pp. 236 y ss.) tener la posibilidad de presentarlo *in iure*. Se entiende que el esclavo en fuga o de viaje no está bajo la *potestas* de su dueño (pp. 247 y ss.); por lo tanto, no cabe dar la *cautio* en estos casos. No se ve entonces en qué casos podría conciliarse el tener la *potestas* sobre el esclavo con la imposibilidad de presentarlo *in iure* un día determinado.

2) Cuando el demandado responde negativamente a la *interrogatio in iure*, dice la autora (pp. 183 y ss.) que el actor puede pedirle que dé juramento o demandarlo con la *actio sine noxae deditioe*. Si el demandado invitado a jurar no lo hace, incurre en indefensión y se da contra él la *missio in bona* (p. 184). Pero esto de amenazar con *missio in bona* si no se da el juramento, hace que un demandado que negó dolosamente tener la *potestas* sobre el esclavo no tenga escapatoria posible, en cuanto sea invitado a jurar, o jura falsamente e incurre en perjurio, o sufre la *missio in bona* por no jurar. Si esto fuera así, la *actio sine noxae deditioe* no tendría razón de ser. El demandante

tendría la seguridad de que invitando a jurar al demandado podría alcanzar su intento, sea por vía del perjurio, sea por vía de la *missio in bona*.

Lo que me parece que no encaja en la explicación de la autora es la amenaza de *missio in bona* contra todo aquel que no quiere jurar. Darla indiscriminadamente implica pensar que el demandado está obligado a jurar. Parece más razonable suponer que el demandado que ha respondido negativamente a la *interrogatio in iure* quede, por el solo hecho de haber dado esa respuesta, sujeto a la *actio sine noxae deditioe*. De suerte que en el trámite *in iure* de ésta, pudiera darse, como en cualquier acción, la invitación a jurar. Entonces, si el demandado juraba, el caso se tenía resuelto en el sentido del juramento, y si no juraba, se continuaba el trámite de la acción *sine noxae deditioe*. Me parece que estas consideraciones deben mover a una revisión de la interpretación que hace la autora a Ulpiano D 9,4,21,4.

Jorge ADAME GODDARD

HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1981, 187 pp.

Hoy día subsiste una corriente que tiende a despreciar la expresión "derecho natural", considerándola pasada de moda, con postulados arcaicos y "escolásticos", superados. Se le ve tan sólo como la doctrina tradicionalmente opuesta al positivismo, y sin llegar a conocerla, se le rechaza; prefiriendo las doctrinas ius-filosóficas "modernas" (surgidas, casi todas, con base en el positivismo). Ésta es la razón por la que, no obstante que el término derecho natural es muy usado, en muchas ocasiones, ni su contenido ni su desarrollo histórico-filosófico son conocidos y estudiados. Es por esto que resulta interesante encontrar un libro que presenta en forma clara y sencilla lo que es el derecho natural y sus temas más importantes, en un lenguaje accesible, resultando así una excelente introducción al estudio del derecho natural; características todas ellas que posee el libro que ahora reseñamos.

Desde el prólogo, el autor nos anuncia lo que será el objetivo y el contenido de toda la obra: el recordar que el derecho debe fundamentarse en la dignidad del hombre, ya que, de otro modo, se termina cayendo en "prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstas tengan forma de ley". Esto es desarrollado más a fondo por el autor cuando trata del fundamento del derecho y de la justicia, que es "la