

## SOBRE EL CONCEPTO DE "POTESTAS"

En el presente estudio tratamos de precisar cuál fué el verdadero significado que tuvo entre los jurisconsultos romanos el término *potestas*.

Juzgamos de máxima importancia la investigación de la terminología propia del Derecho romano de las primitivas épocas, porque ella nos guiará en la dura tarea de reconstruir las instituciones jurídicas de aquel tiempo, procediendo a la inversa del método naturalístico, es decir, no buscando la comprensión de la vida jurídica remota mediante el análisis de la estructura lograda por las instituciones a través de un desarrollo progresivo, cuya línea de continuidad antecedente no percibimos con la claridad deseable para poder afirmar seriamente la identidad de su genealogía y la seguridad de su entronque con usos y conceptos jurídicos pretéritos, sino acudiendo al método, que reputamos más seguro y firme, de buscarla a través del estudio de la significación que en época avanzada puede descubrirse, en ciertos términos de radical importancia, cuyo reiterado empleo facilita la comparación y subsiguiente contraste, a la vez que hace aflorar aquel sentido perdurable, reliquia de su auténtico y primitivo valor en el lenguaje jurídico, sin excluir, naturalmente, aquellos otros criterios metodológicos, como el histórico y el sociológico, cuyo ponderado empleo es inexcusable en esta clase de trabajo.

En nuestro caso, por tratarse de un vocablo cuya raigam-

bre no es exclusiva de la terminología del Derecho público ni de la del Derecho privado, el método a seguir consiente una especial modalidad: la de referir a temas de Derecho público los resultados en la investigación de institutos de Derecho privado.

Esta dirección metodológica, que no puede preconizarse con carácter absoluto, ya fué utilizada por F. de Visscher<sup>1</sup>, con el fin de explicar la introducción de la expresión *cura* para designar la curatela en Derecho romano sobre la base del paralelismo de esta institución de Derecho privado con aquellas magistraturas de carácter extraordinario a las que también se aplicó un nombre análogo. Y no se objete que aquí la aplicación es inversa, pues en todo caso presupone una posibilidad de recepción entre los dos órdenes jurídicos, cuyo inicial paralelismo es bien patente, no sólo por el célebre testimonio ciceroniano (*De officiis*, 1, 17): *Una domus, omnia communia; id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, sino por las fecundas teorías de Bonfante sobre la familia y la sucesión hereditaria que han sido reforzadas por descubrimientos recientes<sup>2</sup>, y la posición de Ugo Coli<sup>3</sup> sobre el verdadero paralelismo entre el Derecho público y el Derecho privado en el período arcaico de Roma, aparte de otras posturas doctrinales que pudiésemos citar.

El significado de *potestas* aparece incierto e impreciso en numerosos escritos de Derecho Romano, así como en tratados de antigüedades clásicas. Para muchos romanistas, en-

---

1 *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo, 1925, págs. 399 y ss.

2 J. Arias Ramos: *Los orígenes del contrato de sociedad*, "consortium" y "societas", en *Revista de Derecho privado*. Madrid, marzo 1942.

3 Comunicación presentada al IV Congreso Nacional de Estudios Romanos en la reunión de la Sección; Disciplina jurídica, de 22 de octubre de 1935 y publicada, con algunas alteraciones, en *Studia et Documenta Historiae Juris*, 1938, págs. 68 y ss.



tre ellos Accarias<sup>4</sup>, las palabras *vis ac potestas*, tanto en la lengua jurídica como en la extrajurídica, forman una sola expresión traducible por "poder".

Arangio Ruiz en sus *Istituzioni* considera que *potestas*, en su significado más general y antiguo, indica el poder de disposición jurídicamente atribuido a una persona sobre otras y sus eventuales adquisiciones, y que en Derecho público significa la facultad de expresar la voluntad del Estado creando derechos y obligaciones. Lo extremadamente casuístico de esta definición queda bien patente.

En el Diccionario de Daremberg-Saglio se afirma rotundamente que el vocablo *potestas*, aplicado al magistrado, sirve para designar el *imperium*.

Robert<sup>5</sup> emplea indistintamente las expresiones *potestas*, *dominium*, *manus*, *mancipium*.

F. De Visscher<sup>6</sup> afirma que por *potestas* entendemos una fuerza o una autoridad espiritual, cuya energía se funda enteramente sobre la personalidad de un individuo, sobre su posición o función social<sup>7</sup>; que esta definición no es precisa, lo comprueban las frases escritas tres páginas después<sup>8</sup>: la potestad, nos dice, se puede definir como una especie de *imperium* doméstico. Ello se debe a que De Visscher se preocupa únicamente en este caso de relegar, en el concepto de *potestas*, a un último lugar los prejuicios de carácter patrimonial. De Visscher también confunde *potestas* con *manus*, cuando dice explícitamente<sup>9</sup> que la *manus iniectio* es un acto constitutivo de potestad al cual el deudor no puede oponer ninguna defensa.

No queremos alargar excesivamente la serie de citas de

4 *Precis de Droit Romain*, t. I, París, 1886, pág. 316.

5 *Studi Albertoni*. Milán, 1935.

6 *Conferenze a ricordo di Castelli*, Milán, 1940, págs. 3 y ss.

7 *Loc. cit.*, pág. 7.

8 *Eodem*, pág. 10.

9 *Eodem*, pág. 18.

aquellos autores en que no se descubre un concepto preciso y diáfano de *potestas*, ya que en el desarrollo del presente trabajo tendremos ocasión de referirnos a las diversas teorías formuladas en torno a la significación de dicho término, y pasamos a tratar de la significación que puede descubrirse en el Derecho privado Romano y posible relación y entronque, con su valor en la terminología propia del Derecho romano público.

Según el jurisconsulto Paulo<sup>10</sup>, la expresión *potestas* tiene muchos significados; significa *imperium*, cuando se refiere a los magistrados y en Derecho privado, tratándose de personas libres, sirve para designar el poder paternal, *patria potestas*; mientras que si se trata de esclavos, sirve para indicar el dominio del dueño, *dominica potestas*; añade Paulo: *At cum agimus de noxae deditioe cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus*; aún más, no sólo se aplica la expresión *potestas* a las personas, sino también a las cosas, y un ejemplo en este sentido nos lo da el propio Paulo en el pasaje citado: *in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri*.

En las Instituciones de Justiniano<sup>11</sup> se lee, a propósito del usufructo y los efectos que producen su extinción: *cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in rem potestatem*.

Tanto en uno como en otro texto, el término *potestas* tiene un inequívoco sentido de poder actuante, es decir, ejercicio efectivo de un poder frente a la titularidad del mismo.

Tanto en el supuesto de la cosa robada, sobre la que el propietario sigue teniendo su derecho subjetivo de tal, como en el del usufructo, en el que el derecho real sobre cosa aje-

---

10 D., 50, 16, 215.

11 2, 4, 4.



na no destruye el concepto de propiedad como señoría jurídica potencialmente plena, *potestas* se refiere evidentemente a una situación de posibilidad de ejercicio de un poder que, en modo alguno, se puede confundir con el poder mismo, ya que en otro caso el propietario nunca habría perdido la *potestas*. En D., 36, 1, 13, 5, se lee: *Si quis filius familias sit, et magistratum gerat, patrem suum in cuius est potestate, cogere poterit suspectam dicentem hereditatem adire et restituere*, y a continuación (D., 36, 1, 14, pr.), *nam quod ad ius publicum attinet, non sequitur ius potestatis*; aquí la expresión *ius potestatis* es imposible encontrarle otra significación que no sea la del derecho que establece y regula el ejercicio del poder paterno, y no el derecho que confiere la potestad.

En Ulpiano (D., 1, 1, 4) no se han de considerar sinónimos *manus* y *potestas*: *Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate*. Ciertamente que en la última parte del texto reproducido habla sólo de *potestas*; pero no lo es menos que en el término *manumissio* deriva únicamente de *manus*, como dice el propio Ulpiano, y este vocablo sí que constituye la verdadera expresión del poder jurídico sobre los esclavos, como en otro lugar tendremos ocasión de probar.

Gayo emplea los términos *vis et potestas* en Inst. 1, 122: *eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat sed in pondere... Vis et potestas*, en este caso creemos que tiene un significado bien preciso: *vis* aludiría a la moneda como signo de valor, y *potestas* se referiría a la moneda como instrumento de cambio. Esta doble consideración encaja perfectamente en el pasaje gayano, en el que se trata de la valoración de las monedas en relación con la venta.

Otros pasajes de Gayo en que se encuentran las expresiones *vis ac potestas*, y que merecen ser destacados, son: 4, 10: *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant*, y 4, 144:

*eiusque* (se refiere al interdicto *adipiscendae possessionis*) *vis et potestas haec est*. En estos textos, como claramente se advierte especialmente en 4, 10, *vis ac potestas*, alude a la naturaleza y eficacia de la acción o interdicto. Se pretende poner de relieve su significación y su alcance al propio tiempo, si bien en el caso del interdicto *adipiscendae possessionis* parece atenderse más a su objeto que a su configuración técnica, que Gayo sucintamente refleja líneas más abajo, en el mismo texto: *ideo autem adipiscendae possessionis vocatur*.

En D., 1, 3, 17, leemos: *Scire leges non hoc est earum verba tenere sed vim ac potestatem*. Aquí Celso afirma que no conoce las leyes quien simplemente retiene en la memoria las frases con que fueron redactadas, sino quien conoce su sentido y es capaz de interpretarlo (significación y alcance, oposición *vis ac potestas*).

A la mayoría de los textos citados se le puede formular una objeción que, aparentemente, no deja de tener fuerza, y es la de la posibilidad de una traducción unitaria de los términos *vis ac potestas* por fuerza, valor, etc. ... Sin embargo, la respuesta a esta objeción es clara; únicamente penetrando y matizando en el sentido de estas expresiones es posible explicar su empleo en distintos lugares de obras jurídicas, escritas con el estilo preciso y exacto de los jurisconsultos romanos en la época clásica, y además no es sólo el criterio gramatical o filológico, sino también el exegético e histórico quien nos conduce a análogas conclusiones.

A Lambert<sup>12</sup> le corresponde especialmente el mérito de haber destacado la significación de *obsequium*, en materia de derechos de patronato, no como una simple *reverentia* honorífica del liberto, sino como la puesta a disposición del patrono, para la ejecución de trabajos y prestación de servicios. El *obsequium*, así entendido, sería el lado pasivo no del *ius patronatus*, sino de la *potestas* del patrono.

---

12 *Les operae liberti*, París, 1934, págs. 8 y ss.



Por ello se lee en C., 1, 12, 6, 9: *diutus enim eos intra ecclesiam non convenit commorari ne patronis seu dominis per ipsorum absentiam obsequia iusta denegentur*. Durante la ausencia, el *jus patronatus* permanece intacto; lo único que resulta afectado es la *potestas*, es decir, la posibilidad de exigir el *obsequium*.

La primitiva *vitae necisque potestas*, que Papiniano atribuye a la ley regia: *Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem...* (*Collat*, V, 8). (Para las fuentes extrajurídicas, confr. Gell., V, 19, y Cic. *p. domo*, 29) pasa a ser un *ius occidendi*, cuando tiene que ser otorgado este poder: *ius occidendi patri conceditur domi suae*. En el segundo caso resultaría forzado y absurdo hablar de una concesión de *potestas*, puesto que si *potestas* es la actuación de un poder, primeramente este poder ha de ser concedido, y de ahí la concesión con el nombre de *ius occidendi* en el presente caso. No ocurría lo mismo en la época antigua, en que perfectamente podía hablarse de *vitae necisque potestas*, porque no era sino una faceta de la *potestas* general que descansaba sobre la *manus paterna*.

Ciertamente que es en Livio donde por vez primera aparece la expresión *manus* referida a la *patria potestas*; pero no lo es menos que existen poderosos argumentos en favor de la admisión del término *manus* para designar el poder doméstico del jefe de familia<sup>13</sup>, y en este mismo sentido constituye una poderosa prueba el hecho del empleo de *manus* para designar el poder del marido sobre la mujer que se encontraba *loco filiae*. Naturalmente que en aquellos casos en que cesa o queda en suspenso la *manus*, ocurre lo mismo con la *patria potestas*, aunque no al contrario, como ya hemos tenido ocasión de señalar. Así no supone absolu-

13 Aparte de los trabajos sobre el tema de Mitteis y Bonfante, Wilms, etc., merece especial mención la modernísima obra de Karl Friedrich Thormann: *Der Doppelte Ursprung der mancipatio*. Munich, 1943. [Cfr. mi reseña en ANUARIO, XV, pág. 803.]

tamente nada contra nuestra tesis textos como el D., 24, 3, 1.º, en que se lee: *Si ab hostibus capta filia quae nupta erat... etiamsi in potestate non fuerit patris*. En una constitución de Justiniano del año 530 (C., 7, 4. 1, 2) se destaca la *manus paterna*: *Id est postquam manu paterna vel eius, in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati*, y aun cuando no pretendamos defender la tesis de los que como Levy y Pringsheim, creen hallar en la obra de Justiniano una tendencia arcaizante, no se puede por menos de reconocer que en todo aquello que no representase una oposición a la labor innovadora del emperador bizantino—y en el caso presente la inocuidad del uso de una terminología arcaica es manifiesta—, Justiniano habría de esforzarse por romanizar lo más posible su tarea legislativa, y en la valoración del texto precitado ha de tenerse bien presente que no se trata de reconstruir un sistema jurídico arcaico, sin más apoyo que un texto tomado de una constitución de Justiniano, sino de corroborar con una reliquia del lenguaje jurídico de una época remota una hipótesis ya construída.

En los autores cristianos aparece contrapuesta *pietas* a *patria potestas*<sup>14</sup>, y teniendo en cuenta que en estos autores *pietas* no significa inactividad o pasividad, *Pater et quando ferit amat, Ecce feriendo pius est pater, feriendo misericors est*<sup>15</sup>, hay que reconocer que se restringe el concepto de *potestas* tal como nosotros lo hemos enunciado; pero hay que observar: 1.º Que no tiene nada de extraño que un término experimente cambios en su significación a través de una evolución histórica de más de siete siglos. 2.º Que las frases de Tertuliano: *Sed est gratius nomen pietatis quam potestatis* nos revelan claramente cómo no era olvidado el antiguo concepto de *potestas* como realización enérgica y casi ilimitada de la *manus paterna*<sup>16</sup>.

14 Roberti, M.: *Studi Albertoni*, Milán, 1905, pág. 266.

15 San Agustín: *Pat. Lat. (Migne)*, t. XXXVIII, col. 111.

16 Roberti, M.: *Patria potestas et paterna pietas*.



En el Derecho público romano encontramos que así como la expresión *imperium* se aplica únicamente a las magistraturas más elevadas, cónsules, sus colegas y los investidos del poder consular (careciendo de *imperium* los tribunos de la plebe, los censores, los ediles, los cuestores, etc.), en cambio el término *potestas* se emplea tanto referida a los cónsules (*consularis potestas*) como a los magistrados que carecen de *imperium* (*tribunicia, censoria, aedilicia, quaestoria potestas*) y por otra parte se encuentra frecuentemente unida en forma cumulativa *potestas* con *imperium*. Así en Cicerón (Verr. act. I, 13, 37): *Erit tunc consul Hortensius cum summo imperio et potestate* y (Ad. Qu. fr., 1, 1, 10, 31): *In istis urbibus cum summo imperio et potestate versaris*; en Ulpiano (D., 1, 4, 1): *populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*, etc.<sup>17</sup>.

Naturalmente que en aquellos casos en que se alude a magistrados que están investidos de *imperium* y a aquellos otros que no lo están, se reserva para estos últimos la expresión *potestas*; pero no porque los primeros carezcan de ella, sino porque lo que se destaca en ellos es la titularidad específica de su poder, que en los otros aparece englobada en el empleo extensivo de *potestas*; es decir, que en aquellos cuyo poder de mando no encaja dentro de la noción romana de *imperium*, se pone de relieve la realidad del ejercicio efectivo de su poder—*potestas*—, y esta es la razón que nos mueve a creer que no significan absolutamente nada, contra nuestra tesis, las expresiones *imperium potestave* que se leen en

---

17 El término *potestas* se aplica, no sólo a las magistraturas ordinarias, sino también a las extraordinarias, y llega a tal extremo la necesidad de calificar siempre las funciones que ejerce el magistrado de *potestas* que, cuando se emplea el verbo *curare* para designar las funciones extraordinarias y especiales, no desaparecen la expresión *potestas*, y la fórmula es *potestas curatiove*.

la *Lex Rubria de Gallia cisalpina* y en la *Lex coloniae Genetivae Juliae*<sup>18</sup>.

Aún más, observamos que el término *potestas* es empleado en D., 2, 1, 3 y 47, 10, 32, en un sentido mucho más enérgico que *imperium*.

No estimamos plenamente satisfactoria la explicación que se ha dado, de tratarse de una abreviación incorrecta de *potestas gladii*<sup>19</sup>, y en cambio juzgamos que, considerado el vocablo *potestas* como expresión de un poder actuante, encaja perfectamente en la noción que de *potestas*, en sentido estricto, creemos descubrir.

Se objetará que Paulo, en el pasaje ya citado (D., 50, 16, 215), confunde *potestas* con *imperium*; pero es preciso observar que nosotros no valoramos las afirmaciones de un jurista de finales de la época clásica, como es Paulo, sino en la medida en que resisten un cotejo con otros textos jurídicos y extrajurídicos.

Festo (p. 50) nos dirá: *cum imperio dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium; cum potestate est, dicebatur de eo, quia populo negotio praeficiebatur*. Aquí se observa claramente cómo en el caso del *imperium* lo importante es, a diferencia del caso de la *potestas*, no lo específico de su extensión, sino la raíz y origen de su titularidad.

Pero esto solo no sería suficiente. Militan en favor de nuestra opinión las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> El *imperium* del rey es único, pese a la multiplicidad de sus funciones. Los cónsules en un principio conservaron indiviso el poder y necesitaban traspasarse mensualmente las insignias de su autoridad, es decir, de su *imperium*.

18 Mommsen: *Le Droit public Romain*, t. I, París, 1892, pág. 25 (trad. francesa).

19 Mommsen: *Le Droit public Romain*, t. 1, París, 1892, pág. 26 (trad. francesa).



A iguales conclusiones se puede llegar considerando la *prorogatio imperii*.

2.<sup>a</sup> Únicamente dando a la expresión *potestas* el alcance de ejercicio de poder pueden explicarse las frases de Tito Livio (2, 1, 7): *Libertatis originem inde magis, quia annum imperium consulare factum est, quam quod deminutum quicquam sit ex regia potestate muneris: omnia jura, omnia insignia, primi consules tenuere*, y especialmente las de Augusto en sus *Res. gestae*, cap. 34, según las cuales la *potestas* del Príncipe no excedía de la normal de las magistraturas republicanas, y que aparentemente se hallan en abierta contradicción con numerosos testimonios de escritores antiguos como Estrabón, Filón, Dion Casio, Tácito, etc.<sup>20</sup>, todos los cuales afirman que al Príncipe le fué confiado un poder ilimitado. Esta contradicción creemos poder resolverla aplicando nuestra noción de *potestas*. Augusto no podía referirse al poder que se le había conferido y que era ilimitado, sino al ejercicio del mismo. Reconstruída la expresión en este sentido toma un tono nuevo muy en consonancia con la política de quien, como Augusto, se esforzaba por dar la sensación de que en el ejercicio de su poder no atropellaba los restos de la *libertas* republicana y quería tranquilizar todos los posibles recelos sobre su conducta innovadora como gobernante.

3.<sup>a</sup> La fijación del concepto de *potestas* como medio de comprender la relación *imperium-jurisdictio*.

Se ha observado que es fácil encontrar magistrados que teniendo *iurisdictio* carecen de *imperium*; pero no es posible encontrar magistrados que teniendo *iurisdictio* carezcan de *potestas*. Wenger<sup>21</sup> considera la *iurisdictio* como una forma

20 La mejor fuente de información sobre este tema es el trabajo del catedrático de la Universidad Central D. Ursicino Alvarez Suárez sobre el Principado de Augusto, publicado en la *Revista de Estudios Políticos* en el número de julio de 1942.

21 *Istituzioni di Procedura civile romana*, Milán, 1938 (trad. italiana), pág. 27.

de manifestación del *imperium*, es decir, como el ejercicio efectivo del poder en un determinado aspecto, lo mismo que la potestad militar es otra función del *imperium* unitario. Para Wenger, cuando en las fuentes se encuentra una contraposición aparente entre los dos conceptos y la *iurisdictio* parece oponerse al *imperium* como un poder menor, se trata de la *iurisdictio* inferior, de las autoridades municipales que constitucionalmente no están dotadas de *imperium*. Es la tesis de Leifer<sup>22</sup>, Wlassak<sup>23</sup>, De Francisci<sup>24</sup>, V. Velsen<sup>25</sup>, etcétera. Es notable que Betti<sup>26</sup>, que considera que el *imperium* es ilimitado por su naturaleza y tendencia, califique a la *iurisdictio* como parte integrante de la potestad de mando y decisión del magistrado jurisdicente; pero también, y esto creemos que tiene especial importancia, lo destaca como función específica del *imperium*<sup>27</sup>, ya que al hacer esta afirmación, Betti evidentemente releva, siquiera sea en el aspecto concreto de la *iurisdictio*, a un plano no funcional el concepto de *imperium*, que es lo que nosotros sostenemos al oponerlo a *potestas* como titularidad de poder frente a actuación del mismo.

No se opone en modo alguno a nuestra tesis la teoría de que el *imperium* se entienda *militiae*, no siendo el *imperium domi* más que una débil copia de aquél<sup>28</sup>, ya que aun admitida esta opinión, especialmente para los primeros tiempos de la Historia romana, siempre *potestas* figuraría frente a

---

22 *Die Einheit des Gewaltgedankes im rom. Staats recht.* Munich, 1914.

23 *Rom. Prozessges.*, II, 227, núm. 20.

24 *Storia del Diritto Romano*, vol. I, pág. 401, núm. 1. Milán, 1941.

25 *Z. S. S.* (1900), pág. 95.

26 *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano. Studi di Diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, páginas 67 y ss.

27 *Loc. cit.*, pág. 76.

28 G. de Sanctis, en *Studi in onore di S. Riccobono*, t. II, Palermo, 1936, págs. 57 y ss.



*imperium* (titularidad de mando y ejercicio del poder en sentido militar).

Rechazamos con Lauria la afirmación de que la *iurisdictio* es el *imperium* jurisdiccional, y preferimos decir que la *iurisdictio* es la *potestas* jurisdiccional<sup>29</sup>.

Es claro que si entendemos por *potestas* titularidad de mando, todas las objeciones hechas sobre la relación de dependencia entre *imperium* y *iurisdictio* pueden ser reproducidas; pero no ocurre lo mismo desde nuestro punto de vista.

Lauria hace notar que, así como jamás se pone en relación *potestas* con *iurisdictio*, sí se contraponen en algunos pasajes *iurisdictio* e *imperium* (D., 2, 1, 4; D., 26, 1, 6, 2; D., 50, 1, 26), y llega a la siguiente conclusión<sup>30</sup>: si los romanos no se plantearon nunca el problema de la oposición *iurisdictio-potestas*, ello fué debido a que cuando oponían *iurisdictio* a *imperium* este último término servía para indicar, no el poder de las magistraturas mayores, sino el poder de mando en general.

Claro está que la solución a que llega Lauria se apoya en una tesis que no demuestra y que, al fallar, hace hundirse a toda la teoría. Esta tesis es la de que *imperium* y *potestas* pueden llegar a identificarse.

En materia de relación entre *imperium* y *iurisdictio*, o mejor aún, en materia de calificación de *iurisdictio*, como potestad jurisdiccional, surge el obstáculo principal de la clasificación de los poderes del magistrado en la época clásica, en las siguientes clases:

---

29 Sobre el significado antiguo de *imperium* como gobierno en nombre de la comunidad, Cfr. Di Marzo en *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925, pág. 135, y sobre la relación entre *maiestas* e *imperium*, Max Radin: *Studi in onore di S. Riccobono*, t. II, Palermo, 1936, pág. 45.

30 *Studi in onore di P. Bonfante*, t. II, Milán, 1930, págs. 481 y siguientes.

1.º *Imperium merum* o jurisdicción criminal. 2.º *Imperium mixtum* o jurisdicción civil, que permite dar ciertas órdenes *extra-judicium*, pero encaminadas a la protección de derechos civiles subjetivos. 3.º La *iurisdictio* propiamente dicha, que consiste en la organización de un *iudicium*.

En primer lugar se ha de tener presente que el clasicismo del texto D., 2, 1, 3, de donde está tomada esta clasificación, es discutible: *Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinerosos homines, quod etiam potestas appellatur. Item mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit.* Ya fué criticado por Fabro, y modernamente por Wlassak y Beseler.

Nosotros desde luego defendemos el clasicismo de la frase *quod etiam potestas appellatur* de acuerdo con Solazzi<sup>31</sup>, pero partiendo de muy distinto punto de vista. Si admitimos como clásica la expresión precitada es por estimar, no como hace Solazzi, que *potestas* en sentido estricto no pueda ser otra cosa que *merum imperium*, sino por creer que *imperium* se emplea a veces, por extensión, sustituyendo a *potestas*, cuando se trata de *imperium* en su sentido más enérgico, “poder de castigar” y poder del magistrado superior que comprende atribuciones de carácter militar, religioso y administrativo, y de aquí que el jurisconsulto clásico no pudiese dejar de hacer la aclaración *quod etiam potestas appellatur*, no para identificar en principio *imperium* con *potestas*, sino para advertir que en el caso del *imperium merum*, *imperium* se emplea con la significación de *potestas*<sup>32</sup>. Claro está que cabría objetar que en este caso lo que debía decirse era *etiam imperium appellatur*; pero es preciso tener pre-

31 La considera sustancialmente clásica, en *Arch. giur*, vol. XIV (1927), pág. 10, núm. 1.

32 En torno al fragmento D., 2, 1, 3. Cfr., especialmente Wlassak, *Grünhut, Z.*, 12, pág. 266; Beseler, *Beiträge*, 3, 138, y Mommsen, *Jur. Schrift*, I, 1.171, núm. 12.



sente que Ulpiano, jurisconsulto de finales de la época clásica, registrando la comunidad terminológica y forzado por la necesidad de clasificar el imperio, pudo muy bien descuidar la prioridad lógico-jurídica de *imperium* sobre *potestas*. Pero nótese, además, que no es admisible que el calificativo de *mixtum*<sup>33</sup> provenga de que al *imperium merum* se le sume otra titularidad de poder, ya que en este caso la jurisprudencia romana no hubiese empleado una fórmula tan simplista, sino porque sirve de base a dos modos de actuar: uno, el de *potestas* identificada terminológicamente, como vimos, con el *imperium merum*; otro, el de potestad jurisdiccional. Por esto, el que tiene el *imperium mixtum* también puede ejercitar la *iurisdictio*, o lo que es lo mismo, también le corresponde esta facultad.

Únicamente partiendo de estas consideraciones puede tener sentido la frase *cui etiam iurisdictio inest*, pues el verbo *inesse* significa estar, hallarse en algún sitio, y la *iurisdictio*, como potestad jurisdiccional, se encuentra, se apoya en el *imperium*. A mayor abundamiento, el texto de Paulo, D., 50, 1,26: *Era quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipales facere non possunt*, y el de Ulpiano, D., 2, 1, 4: *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*, que pudieran hacer pensar en una oposición radical entre *imperium* y *iurisdictio*, es debido, según Jobbé-Duval<sup>34</sup>, a que los dos jurisconsultos citados para justificar el texto que comentan (Tit. I. *ad municipalem del Edictum perpetuum*), designan con la palabra *imperium* los poderes del representante romano, y por *iurisdictio* los del magistrado. Pero nosotros creemos que encuentran más holgada explicación considerando que lo que se contrapone es, de un lado, *potestas* identificada con *impe-*

33 Clásico para Jobbé-Duval, en *Studi in onore di P. Bonfante*, vol. III, Milán, 1930, pág. 203.

34 *Studi in onore di P. Bonfante*, vol. III, Milán, 1930, pág. 205.

*rium*, y de otro, *potestas* jurisdiccional, es decir, no dos titularidades, sino dos modos de actuar.

En Gayo, I, 98-99, se lee: *Adoptio duobus modis fit aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris.*" Solazzi<sup>35</sup> juzga que Gayo emplea en este caso la palabra *imperium* en un sentido amplio, comprendiendo tanto el *imperium* en sentido estricto como la *iurisdictio*. Creemos que lo que ocurre en el caso del presente pasaje gayano es que Gayo no se refiere evidentemente al acto de jurisdicción, sino al poder para hacerlo; como dice Girard<sup>36</sup>, se señala una posición meramente pasiva del magistrado. Se replicará a esta tesis que no se puede concebir que Gayo confunda de este modo *imperium* con *iurisdictio*, o mejor, con *potestas* jurisdiccional; pero la explicación de esta aparente dificultad está en que al jurisconsulto clásico le interesaba destacar desde un punto de vista docente<sup>37</sup> el poder conferido al magistrado, en parangón al que tiene el *populus* para la adrogación. Nótese en confirmación de lo expuesto que el término *auctoritas* en el Derecho público romano clásico tiene un sentido semejante a *imperium*, según el empleo que de él se hace en las frases de Augusto ya citadas<sup>38</sup>.

No queremos terminar esta parte de nuestro estudio dedicada a la relación entre *imperium* y *iurisdictio* sin poner de relieve cómo De Martino, oponiéndose a la construcción unitaria de Leifer, llega a las dos siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> Que si *iurisdictio* fuese una parte del *imperium* y si *iurisdictio* es el *imperium* jurisdiccional, forzosamente tiene que existir un *imperium* no jurisdiccional, y así surge la inevitable antítesis<sup>39</sup>. 2.<sup>a</sup> Que la dogmática clásica consideraba al *imperium*

35 Arch. giur, vol. XIV (1927), pág. 9.

36 Manuel, París, 1929, pág. 188.

37 Según la tesis de Dernburg, las restituciones de Gayo serían el cuaderno de apuntes de un escolar.

38 Ursicino Alvarez: *Obr. cit.*, pág. 45.

39 *La giurisdizione nel Diritto romano*, Padova, 1937, pág. 257.



como soberano poder de mando del magistrado, de donde derivaban como ramificaciones del mismo tronco una serie de poderes entre los cuales estaba la *iurisdictio*<sup>40</sup>. En cuanto a la primera conclusión, tendríamos que responder que la dificultad desaparece cuando no se sitúa en el mismo plano *iurisdictio* e *imperium*, sino que a este segundo término se le otorga su verdadero valor de raíz y fundamento de la justa actividad del magistrado: la antítesis se torna adecuada relación y el análisis de las fuentes no choca con los prejuicios doctrinales.

Respecto a la segunda afirmación, De Martino<sup>41</sup>, a nuestro juicio, no se sitúa muy lejos de Wenger, si bien no completa sus afirmaciones, enlazando en la idea de la *potestas* general del magistrado esos singulares poderes, entre los cuales está la *iurisdictio*, con lo cual las construcciones clásicas, que él califica de luminosas simples y equilibradas, creemos que ganarían en luz, en simplicidad y en equilibrio.

Aun se encuentran en las fuentes otros pasajes que proporcionan nuevos argumentos a favor del concepto de *potestas* que hemos señalado.

En los bronceos de Osuna (t. IV, col. I, CXXV) se lee: ... *nisi qui tum decurio c(oloniae) G(enetivae) erit quive tum magist[r]atus, imperium potestatemve colono[r](um) | suffragio geret, ... quive pro quo imperio potestateve tum | en col(onia) Gen(etiva) erit*. Y en el mismo pasaje, al final, hablando de la acción para exigir el pago de la multa de 5.000 sestercios, impuesta a los que contraviniesen las disposiciones sobre lugar de asiento en los juegos, se dice expresamente: *judicio aput II vir (um) praef[ectum]ve actio petitio persecutio ex h[ab] (ac) [l] (ege) [j(us) potestat(as)que] e(sto)*. Expresiones

40 *Ob. cit.*, pág. 264.

41 Que considera al *imperium* como la base de toda la actividad del magistrado, militar, administrativa y jurisdiccional, pero al propio tiempo considera a *imperium* y *potestas* como términos idénticos. *Arch. giur.*, 1927, págs. 3 y ss.

estas últimas que se repiten notablemente (caps. 126, 128, 129, 130, 131, 132...).

Ya Rodríguez de Berlanga hizo destacar la relación entre *actio* y *petitio*. *Actio*, como “derecho de pedir lo que pertenecía al actor”, y *petitio*, como el ejercicio de este derecho<sup>42</sup>; pero olvida por completo tratar del significado de *jus potestasque*; y si esta tesis puede ser defendida<sup>43</sup>, el enlace de la dicotomía *actio, petitio* con *jus potestasque*, que claramente se puede entender como fundamento jurídico (*jus*) y como actuación efectiva (*potestas*), es notable.

Girard en sus notables monografías sobre acciones noxales<sup>44</sup> cree que en un principio la acción noxal era dirigida siempre contra aquel que tuviese al autor del delito, en su propiedad, patria *potestas, manus* o *in mancipio* al tiempo de la *litis contestatio*; pero que desde la época clásica se requieren dos elementos: uno, la potestad jurídica, y otro, el poder

---

42 *Los bronceos de Osuna*, Málaga, 1873, págs. 115 y 116, y Monum. hist. mal. Málaga, 1864. Excelentes trabajos sobre esta fuente son, entre otros, los de Gradenwitz, *Z. S. St.*, 43, págs. 441-445, 449-455, y Premerstein, págs. 113-128 en el mismo volumen.

43 Wlassak (*Z. S. S.*, 40, págs., 408 y ss.) cree que podría pensarse que *actio* alude a la instancia procesal en época de las *legis actiones*, mientras que *petitio* se refiere a la misma instancia en otras épocas de la evolución histórica del procedimiento civil romano. Wenger (*Istituzioni di Procedura civile romana*, Milán, 1938—trad. italiana—, pág. 256, núm. 10) cree por su parte que no se puede asignar a ambos términos un significado técnico preciso.

Sin embargo, a favor de la opinión de R. de Berlanga, militan indiscutiblemente textos como los recogidos por Dirksen (*Manuale latinitatis fontium juris civilis romanorum*, Berlín, 1837, v.º *Petitio*, § 3.º), y también los referidos por Heumann-Seckel (*Handlexikon*, Jena 26, V.º *Petere*), D., 6, 2, 7, 7; 46, 3, 50, 50, 17, 13, y, especialmente, D., 46, 8, 15: *Si in jus vocaverit et vadimonium acceperit iudicium tamen coeptum non fuerit, non petit, sed petere vult*. El mismo pasaje de Ulpiano, D., 50, 16, 178, 2 no creemos tenga un valor decisivo, pues no se demuestra que la aplicación de *actio* a las acciones personales y *petitio* a las reales, agote todas las significaciones de *petitio*, especialmente en épocas anteriores.

44 *Melanges*: Vol. II, París, 1923, pág. 328.



físico de disposición, y que es a la conjunción de estos dos elementos a lo que el lenguaje técnico designa con el nombre de *potestas*. Lenel, al ocuparse de este tema en su *Edictum*, considera que el término *potestas* no se emplea más que para designar el segundo elemento. La discusión no creemos que ni siquiera pueda plantearse, cuando en lugar de hablar de dos poderes, uno jurídico y otro de hecho, se considere una titularidad jurídica y la posibilidad de una actuación efectiva de la misma.

Ulpiano en D., 9, 4, 21, 3, no agrega un elemento material nuevo cuando dice: *In potestae sic accipere debemus ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat*, sino que contrapone a *facultas*, *potestas* en su sentido tradicional y antiguo. Aplicando, por consiguiente, a este caso el concepto de *potestas* que hemos defendido, resulta que permite explicar el motivo por el cual la acción noxal es rehusada contra el padre, el dueño e incluso contra el poseedor del esclavo fugitivo, que no es otro sino el de estar privado de la *potestas*<sup>45</sup>.

Queremos concluir este trabajo con dos observaciones:

1.<sup>a</sup> Que se advierte un proceso de desnaturalización del primitivo significado de *potestas* en la evolución histórica del Derecho romano, y este proceso es mucho más rápido y visible en el Derecho público que en el Derecho privado. Quizá donde se aprecie más claramente sea en la comparación del texto § 7 de la constitución *Deo auctore: cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem*, con el texto de Ulpiano, D., 1, 4, 1, pr. y § 1, en que se lee: *utpote cum lege [regia], quae de imperio eius lata est, populus ei [et in eum] omne suum imperium et potestatem conferat*. En el primero de los dos textos citados se concluye dando a *potestas* una significación general de poder, mientras que en el

---

45 Sobre el caso excepcional del delito de la ley Aquilia, cfr. Girard, Melages: Vol. II, París, 1923, págs. 332 y ss.

segundo aparece claramente expresada la concesión del poder en los dos elementos, *imperium* y *potestas*.

2.<sup>a</sup> En general, el significado que hemos atribuído a *potestas* no puede ser referido a aquellos casos en que *potestas* se emplea en Derecho privado para designar una facultad concreta, como ocurre en las expresiones *potestas abducendi*, *potestas experiundi*, etc.

FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO.