

construcción resiste perfectamente aunque este inseguro material desapareciera. Queremos decir que, a excepción del punto aludido, el estudio de los posibles demandados en la *hereditatis petitio* constituye una relevante aportación para la ciencia romanística.

La segunda parte de la obra, que se ocupa—como hemos dicho—de las *petitiones hereditatis* con el carácter de útiles es una utilísima y sistemática exposición, fecunda en observaciones y resultados para la ciencia.

Con el autor, tenemos que felicitar al Instituto de Derecho Romano de la Universidad de París por esta nueva aportación a los estudios romanísticos.

PABLO FUENTESECA

MARIO LAURIA: *Possesiones (Etá republicana)*, I., Nápoles, A. Moreno, 1953, 178 págs.

El profesor Lauria se caracteriza por su fuerte originalidad de pensamiento. Sus trabajos—como este estudio sobre el delicado tema de la *possessio* en Roma—muestran un indudable sello personal; estilo incisivo, cortado y nervioso, sin ropaje retórico alguno, acaso excesivamente lacónico, incluso para prosa científica. El libro que nos ocupa es como un conjunto de notas, de datos obtenidos en las fuentes, engarzados por una línea ideal de pensamiento. Profunda originalidad, por tanto, en la forma y—lo que es más interesante—también en el fondo. En este aspecto vamos a detenernos seguidamente.

1. El pensamiento del autor se nos muestra con toda su poderosa originalidad desde el primer momento, y con un radicalismo un tanto «iconoclasta». «Los autores contemporáneos y los anteriores—dice en la página 17—han tenido frecuentemente paciencia, inteligencia, diligencia y fantasía infinitas para iluminar una situación antiquísima, más o menos prehistórica, desaparecida sin huella en la edad a que se remontan las noticias y tuerzas más antiguas. Se desvanecen las acepciones exclusivas de cada uno de los términos que la doctrina ha hipotizado, la contraposición y las peculiaridades estructurales de los principales tipos de posesión. El resultado no parece adecuado a las fatigas necesarias para conseguirlo.» Nuestro autor se coloca en una postura nueva, dejando al margen todos los estudios realizados hasta hoy. Valora con certero juicio la genial aportación de Savigny en su obra clásica *Das Recht des Besitzes* (págs. 3-8). La opinión acerca de la labor de Savigny nos parece inmejorable: «la posesión en la configuración que de ella nos da Savigny se presenta como un armonioso edificio ideal, inmóvil a través del tiempo, que emerge siempre igual a sí mismo de las diversas civilizaciones, perfecta criatura romántica que trae su razón de ser de la inexistencia histórica y de la configuración ultraterrena, arropada con formas romanas en la tradición bizantina» (pág. 7).

Recoge las observaciones de Alibrandi, dentro del cauce de la doctrina

tradicional y las críticas de Ihering a la doctrina de Savigny, valorándolas objetivamente en sus diversos aspectos (págs. 3-10). Alude a la influencia decisiva de Savigny en la doctrina ochocentista. Este delineó el tratamiento unitario de la posesión, la ordenó según divisiones racionales, que los tratadistas posteriores adoptan: noción de posesión, figura, objeto, adquisición, conservación y defensa. He aquí el esquema que aspira a ser válido universalmente. Los escritores posteriores, superada la fase pandectista, conservan el orden tradicional, pero estudiando prevalentemente grupos de problemas: así la posesión arcaica. Aquí se desata la crítica de Lauria. Crítica el método por una cuestión, diríamos, de principio: porque los problemas que se tratan de aclarar los han creado los autores modernos supliendo la inexistencia absoluta de datos referidos a una época, que no tiene nombre ni cronología, con hipótesis, a veces atrevidas, para integrar los otros datos ofrecidos por el método deductivo (págs. 11-2). Hace un breve resumen de las doctrinas acerca de la posesión arcaica de Riccobono, Bonfante, Hagerström, Bozza, Albertario y Kaser mostrando las debilidades de éstas para concluir considerándolas «inconsistentes como sombras» y manifestaciones de la atracción hacia lo mítico e irracional como reacción a la exigencia de una severa y exhaustiva clasificación, precisa en los detalles, de cada manifestación de la historia y del pensamiento (págs. 12-9). A pesar de que considera del mayor interés los problemas arcaicos, alude el autor (páginas 20-21) a los estudios sobre aspectos de la posesión en las épocas republicana e imperial, pero sin menciones bibliográficas, que considera innecesarias para sus fines.

El verdadero contenido de la obra se inicia en la página 22, con una afirmación: «el problema del nacimiento de la posesión es insoluble; es decir, no tiene razón de ser, y su enfoque histórico es, por tanto, falso» (página 22).

La investigación del autor se inicia en el siglo II a. de C., partiendo del supuesto de la variedad de la terminología republicana, que no obedece, según él, a ningún criterio técnico. Se opone así a las más recientes distinciones de Kaser, que pretende separar en la antigua terminología expresiones técnicas y no técnicas. Para el autor la posesión es una relación de la vida cotidiana como tantas otras: el matrimonio cita como ejemplo. Para la época republicana, la adopción de una doctrina unitaria y de un lenguaje uniforme constituye un error (pág. 23). Partiendo de este criterio metodológico, pasa revista a diversos términos alusivos a la relación que más tarde se denomina posesión en algunos casos: *potestas*, *possessio*, *habere*, *tenere*, *retinere*. A propósito de todos ellos, aduce textos en los cuales ve un equivalente de la relación posesoria (págs. 24-33). Y a continuación hace notar el conocido hecho de la ausencia de puesto en los sistemas expositivos tradicionales para la *possessio*. Ciertamente, ni en los sistemas civilísticos de Mucio y de Sabino, ni en la Compilación, tiene la *possessio* un lugar autónomo. Digesto y Código siguen fundamentalmente al Edicto del Pretor, y es inútil buscar en estas obras un lugar autónomo para un

análisis substancial de la *possessio*; ello resulta explicable si se piensa que acaso el nacimiento de la *possessio* al mundo de la técnica jurídica fué obra del Pretor. El profesor Lauria no ha percibido en su obra este aspecto constructivo—sobre el que retornaremos más adelante—, quizá excesivamente confiado en su labor de hacer «tabla rasa» de las ideas tradicionales con una actitud crítica que, en gran parte, consideramos beneficiosa, pero que tiene también sus puntos débiles en la misma base de partida. Pero sobre todo esto volveremos detenidamente.

Después de considerar ilusorio el vincular la *possessio* a la capacidad jurídica (pág. 46), acertadamente, hace un elenco de poseedores, que analiza separadamente a lo largo del capítulo III. A continuación, en el capítulo IV, se refiere a los incapaces de poseer, y en el V, a los *possessores per alium* y *pro alio*, y en el VI y último de la obra, al contenido de la posesión. Su originalidad en la concepción y exposición de la materia no necesita mayores encomios. El acierto de sus resultados y los puntos débiles de su posición es lo que vamos a analizar y valorar seguidamente.

II. Estamos de acuerdo con el autor en rechazar toda construcción doctrinal acerca de la *possessio* primitiva por su falta de base en las fuentes. Esta deficiencia hace incurrir a todos los autores en hipótesis, siempre caprichosas, por mucha que sea la genialidad reconstructiva de éstos. No se puede construir con los datos actualmente poseídos; hay que volver a un sano realismo, como Lauria pretende. Pero, ¿puede decirse que el realismo de Lauria es aceptable? En nuestro juicio, hay un error en su investigación: la de olvidar que *possessio* es, en su momento auténticamente elaborado, un término técnico-jurídico. No lo es todavía en la época republicana, y por ello se hallan otros términos con significado más o menos semejante. De ahí que el análisis de Lauria no hubiera aparecido tan desconcertante si se partiese de esta idea. Poco interés tiene el análisis del discutible significado de palabras como *potestas* y *habere*; más importancia puede otorgársele al examen de los términos *possessio* y *possidere*, aunque no tanta como el autor pretende.

El primer vocablo tomado en consideración por Lauria es *potestas*, que, en un sentido amplio, comprende también *possessio*, según el autor. *Potestas* es poder en acto del pueblo romano, de los extranjeros, de los enemigos (págs. 25-26). Ciertamente, pudiera admitirse que éste sea el discutible significado de *potestas* en sentido amplio y genérico, pero del contenido jurídico del vocablo nada nos dicen los tres pasajes citados por el autor: D. 49, 15, 7, 1 y D. 41, 2, 23, 1 y el pasaje de la *lex Acilia repetundarum* (Riccobono, Fontes², Leges, págs. 85, 1). Las demás son fuentes literarias, Livio y Cicerón. En todo caso, no hallamos relación alguna con la *possessio* en sentido técnico-jurídico. La *potestas* es una de tantas nociones primarias—como *auctoritas*, por ejemplo—, cuyo sentido es difícil de precisar en sus varias aplicaciones antiguas.

En las relaciones privadas, el vocablo *potestas* indica disponibilidad, *possessio*, según el autor, que aduce las pruebas siguientes: 1. Pasajes

referentes a la *lex Atina*: D. 41, 3, 4, 6; D. 50, 16, 215 y D. 47, 8, 6. Es admisible que en estos casos la expresión *in potestate domini* signifique «hallarse en la disponibilidad del dueño, pero no en *possessio*».

No se puede afirmar que en la *reversio ad dominum* a que se refieren los fragmentos citados se identifique *in potestatem domini esse* con posesión, porque no elimina el carácter furtivo de la cosa el retorno de ésta a la posesión del dueño por compra: *nam si ignorans rem mihi subreptam emam, non videre in potestatem meam reversam*. No es precisamente entendida la *reversio in potestatem domini* como recuperación de la *possessio sic et simpliciter*: es preciso que el *dominus* recobre la cosa como suya. Paulo pretende indicar esto aludiendo a una situación posesoria adquirida *tamquam suae rei*, pero lo hace de modo esperádico y sin hacer coincidir el *in potestate domini esse* con la *possessio* con toda exactitud. Únicamente es aducible: *Tunc in potestatem domini redisse dicendum est, cum possessionem eius nactus sit iuste, ut avelli non possit, sed et tamquam suae rei* (D. 41, 3, 4, 12). Era forzosa esta alusión de Paulo a la idea de *possessio*, ya que éste, en el libro 54 *ad Edictum*, se ocupó especialmente de aquélla. La mejor prueba de que Paulo no identificaba la situación denominada *in potestate domini esse* con la *possessio* en el sentido estricto y técnico con que los juristas clásicos la utilizaban, es su misma definición de *potestas*: D. 50, 16, 215: «*Potestatis*» verbo *plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas... in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius avertunt*. Basta, pues, que el dueño pueda hacer uso de su facultad de reivindicar para que la *res furtiva* se considere ya *in potestate domini*. No se requiere, por tanto, la *possessio* en sentido estricto, para que la cosa se entienda *reversa ad dominum*.

A estas razones hay que añadir otra, fundamental a nuestro juicio. Aunque en los fragmentos aludidos pudiese interpretarse el pensamiento de Paulo como pretende el autor, quedaría siempre la duda de si Paulo puede admitirse como intérprete de una *lex* de la época republicana. Quizá no sea enteramente admisible el intento de interpretar el pensamiento republicano a través de juristas imperiales como Paulo o Venuleyo Saturnino.

No puede afirmarse con seguridad el significado del vocablo *potestas*, porque el mismo Paulo, en D. 50, 16, 215, señala diversas acepciones. En algunos se acercará, como pretende el autor, a la idea de disponibilidad. *In potestate* puede significar en D. 9, 4, 21, 3 idea de disponibilidad. En cambio, en D. 50, 16, 215 se afirma que *potestas* respecto al esclavo significa *dominium*. En definitiva, ni *potestas*, ni la expresión *in potestatem pervenire* pueden vincularse con el vocablo *possessio*. (Vid. D. 41, 4, 7, 3: *in potestatem pupilli*.)

Más directo interés tiene la búsqueda del significado de los vocablos *possessio* y *possidere*. El autor pretende mostrar el error de la doctrina tradicional, al limitar el uso de estos vocablos a la disponibilidad de in-

muebles aduciendo textos literarios de Plauto, Terencio, Cicerón, etc., en que se habla de *possessio* a propósito de sujetos y objetos abstractos, de cosas incorpóreas, etc. Pero estas pruebas son irrelevantes, a nuestro juicio, ya que el lenguaje corriente literario o popular tiene poco que ver con las expresiones técnico-jurídicas; sobre todo en una época como la republicana en que la elaboración doctrinal de la Jurisprudencia no había alcanzado la cumbre. Se había creado un lenguaje jurídico con un esfuerzo digno de relevancia (ahora Wieacker reivindica la denominación de clásicos para los juristas republicanos: *Über das klassische in der römischen Jurisprudenz*), pero algunas instituciones, como la *possessio*, no lograron elaboración jurisprudencial completa hasta la época clásica. No resultan, por tanto, utilizables los testimonios literarios para una construcción de la idea de *possessio* desde el punto de vista jurídico. Son útiles únicamente con el limitado propósito de probar que el vocablo *possessio* fué usado en época republicana con sentido amplio y variado. Si se piensa que el vocablo adquirió su sentido técnico más tarde, los textos aducidos por el autor son una prueba *ad abundantiam* de una idea que se desprende de la lectura de los fragmentos contenidos en D. 41, 2. Los juristas republicanos no elaboraron especialmente los conceptos posesorios.

Tampoco es de utilidad el análisis del significado de *habere* que el autor persigue en textos literarios. Ciertamente, *habere* aparece empleado en diversos significados, algunos de los cuales parecen acercarse a *possidere*, pero nada tiene que ver con la *possessio* en sentido técnico-jurídico. Lo mismo puede decirse de los vocablos *retinere* y *apud aliquem esse* (págs. 30-33). Acertadamente pone de manifiesto el autor (págs. 33-34) que la *possessio* carece de sede propia en los sistemas civilísticos, escritos, codificaciones, etc. desde *Q. Mucius* hasta la Compilación de Justiniano, y aprovecha una vez más la ocasión para criticar a la doctrina tradicional que, sobre las huellas de Savigny, ha hecho de la posesión un instituto unitario. Sin embargo, lo importante es captar la razón de esta sistemática tradicional en Roma que ignora la *possessio* como instituto autónomo. Ahí se encierra, probablemente, gran parte del misterio de nuestro instituto. Acaso razones peculiares, originarias, determinaron esta sistemática.

El capítulo III de la obra que nos ocupa está dedicado a los poseedores, con un criterio que juzgamos acertado. El autor señala concretamente poseedores y no líneas generales de una presunta capacidad para poseer. Se separa así de la doctrina tradicional que pretendió la búsqueda de una capacidad para ser poseedor, Savigny vinculándola al *animus* y Bonfante a la capacidad jurídica en general. En ambos autores hay evidente prejuicio, porque toda doctrina acerca de la presunta «capacidad para poseer» ha de basarse en un análisis previo de aquellos a quienes las fuentes admiten como poseedores. En la época republicana faltan evidentemente datos para deducir líneas generales de una presunta capacidad: bajo este aspecto tiene razón el autor en su criterio expositivo. «En vano buscamos—afirma, página 46—elencos, siquiera incompletos, de poseedores; los encontramos

únicamente, y ciertamente incompletos, de incapaces de poseer». Quizá respecto a la época clásica sea posible obtener unas líneas generales respecto a la capacidad para poseer, aunque los romanos no se hayan preocupado mucho de este aspecto. El criterio consistente en identificar a los probables poseedores que el autor sigue es acertado. Sin embargo, la enumeración de poseedores que hace el autor no resulta enteramente aceptable. Comprende el siguiente elenco: los dioses, los pueblos y ciudades extranjeras, el *populus romanus*, *peregrini*, *hostes* y *mulier in tutela*.

¿Puede afirmarse que los dioses poseen? La afirmación del autor se basa en citas literarias: Ovidio, Cicerón (*Pro Flacco*, 26, 62; *De republica*, 6, 17; *De domo*, 41, 107). En estas citas no aparece *possidere* como atributo jurídico de los dioses. Tampoco significa prueba alguna la cita de Gayo, II, 4: *sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis manibus relictac sunt*. Lo que parece suceder es que las *res sacrae* y *religiosae* no son susceptibles de posesión humana; pero no puede afirmarse, por ello, que la prohibición provenga de que los dioses afirmen su posesión o *potestas* sobre ellas como afirma el autor (pág. 48). Gayo, II, 9 y D. 18, 1 pr., nos prueban que las *res divini iuris, nullus in bonis sunt*. Nos inclinamos a pensar en una prohibición objetiva, es decir, referida a la cosa en sí, no a la incompatibilidad de la posesión de los dioses con la de los hombres. Se trata quizá de una objetivación del mismo carácter que la de las *res furtivae*, cuya «furtividad» era inherente a la cosa, independientemente del sujeto en cuyas manos se hallase. En este sentido interpretamos el fragmento de Paulo, D. 41, 2, 30, 1: *namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato cum teneamus sicut hominem liberum*. Serían cosas consagradas a los divinidades, a lo sumo, como Gayo, II, 4, indica, pero no en posesión de los dioses, ni siquiera empleado el vocablo *possessio* en un sentido muy lato.

A propósito de la posesión por parte de pueblos y ciudades extranjeros, aduce el autor un conjunto de fuentes muy interesantes. Una serie de pasajes de Tito Livio en que se habla de *possessio* con la misma libertad de uso que hoy se da en lenguaje literario y no técnico. Con frecuencia se hace mención de *possessio regni* en la que se delata un sentido material (*in perpetua possessione regni vestri permansisse*). Estas citas de Livio, aunque encierran en el fondo todo un sentido materialista de *possessio*, no sirven de prueba para el concepto técnico-jurídico. El mismo autor las invoca como prueba de que la *possessio* actúa o realiza un poder político reconocido por los romanos. Admitiendo que ello sea así, en lenguaje literario, nada significa esta utilización genérica respecto al concepto de *possessio privata* de los clásicos. Muy especial interés tienen las citas tomadas de las sentencias de arbitraje dictadas por delegados del Senado romano en materia de límites entre territorios de diversas ciudades en discusión. Es aquí donde *possidere* halla una aplicación precisa y constante que parece revelar el primer uso técnico del vocablo. Parece muy

probable que originariamente *possessio* se haya aplicado solamente a las *res soli* y concretamente al disfrute de las tierras públicas. La *Sententia Minuciorum* (Arangio Ruíz, Fontes², *Negotia*, págs. 504 y ss.) que el autor menciona, entre otras, nos parece una de las mejores pruebas. Asimismo tiene gran interés en este sentido la *lex Antonia de Thermessibus* (Fontes², *Leges* (de Riccobono), págs. 135 y ss.). Por otra parte, consideramos con Burdese (*Studi sull'ager publicus*, Turin, Giappichelli, 1952, páginas, 15 y ss.) que el *ager publicus* fué originariamente susceptible de *occupatio* privada en forma de *possessio*, de acuerdo con los testimonios de Appiano (*De bellis civilibus*, 1, 7) y de Sículo Flacco (*De condicione agrorum*, 138, 5 y 138, 8).

La *possessio del ager publicus* aparece referida a particulares y no al *populus romanus*—como pretende el autor—, según se deduce de Cicerón (*De lege agraria*, 3, 3, 11-12) y de Livio, 42, 1 y 19, fuentes que el mismo autor cita. La misma *lex agraria* habla repetidamente de *veteres possessores* (Fontes², *Leges*, 8 [13, 16, 17, 21]). No creemos admisible la afirmación de que el *populus romanus* poseía el *ager publicus*; al contrario, el *populus* tenía una potestad dominical.

El mismo autor reconoce que «el pueblo romano adquiere como *ager publicus* el suelo enemigo conquistado, porque la *occupatio*—bélica en este caso—es la más antigua forma de adquisición de la soberanía, del dominio...» (pág. 56). *Possessores* respecto al *ager publicus* son los particulares y no el *populus romanus*. La idea de *possessor* con cierto sentido específico y jurídicamente diferenciada frente al *dominium* quizá haya tenido aquí su primer germen histórico. Por eso es admisible y nada extraño que los *peregrini* poseyesen tierras públicas: en cambio, es discutible la calificación de *possessio* respecto a situaciones de disfrute privado entre peregrinos, como pretende el autor apoyándose en testimonios de Cicerón. Lo que no parece admisible es la *possessio* en el sentido auténticamente romano a favor de los *hostes*. Ciertamente nos hallamos una vez más ante fuentes literarias que utilizan el verbo *possidere* (Livio, Salustio) en sentido general, sin el menor carácter técnico-jurídico. Este empleo literario del vocablo no puede equipararse ni siquiera al sentido que la expresión ha adquirido en el ámbito del *ager publicus*. No puede pensarse que los juristas romanos hayan visto en el caso del ciudadano *captus ab hostibus* una situación posesoria, aunque en D. 41, 2, 23, 1 se aluda a ésta: *neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur*. La voz *possessio* aparece aquí en un empleo excepcional, puesto que la terminología corriente en las fuentes respecto al *captivus* suele ser: *in hostium potestate esse*.

El capítulo IV de la obra que nos ocupa está destinado a los «incapaces de poseer». El autor comienza afirmando que el pensamiento republicano no nos ofrece elenco alguno de poseedores ni de los que no poseen. Entonces se decide a realizar una enumeración y estudio de los incapaces para poseer. Pero la enumeración o elenco que el autor lleva a cabo se

basa en testimonios de juristas como Gayo (2, 89-95) y Paulo (54 *ad Edictum*). ¿En qué medida es lícito aducir opiniones de estos juristas en una obra dedicada a las *possessiones* en la época republicana? Dejando aparte este inconveniente, que consideramos fundamental, adentrados en el problema de la capacidad para poseer según la Jurisprudencia clásica, se nos ofrece un amplio margen de consideraciones frente a la exposición del autor. Por ello consideramos este capítulo de gran interés, aunque quizá fuera de lugar—como hemos insinuado—, por las fuentes que utiliza, que no permiten darnos absoluta seguridad acerca del pensamiento republicano. Bien sentada esta observación, veamos quiénes serían incapaces de poseer, en primer lugar, según los testimonios de Gayo y Paulo, siguiendo al autor, y, en general, en la Jurisprudencia clásica. La cuestión es ardua y nos llevaría demasiado lejos su análisis; por ello nos limitaremos a algunas someras observaciones.

La comparación entre Gayo (2, 89-95) y Paulo (D. 41, 2, 1, pr. 22) es aleccionadora. Gayo alude a la adquisición de la *possessio* por medio de aquellos que *in potestate manu mancipione habemus*, de modo incidental, dentro de las posibilidades generales de adquisición que tiene el titular de la *potestas* o *pater*. Paulo hace un análisis exhaustivo y detenido, el más completo que se halla en las fuentes, de los titulares respecto a la *possessio*. Hay un lejano eco de la referencia a la *potestas* en algunos pasajes (h. t. 2 *apiscimur autem possessionem*; h. t. 5 *Item adquirimus possessionem*), pero esta exposición dista mucho de la de Gayo. Paulo se plantea totalmente el tema de la *possessio*; Gayo, en cambio, se refiere a ésta sólo incidentalmente y sin intención exhaustiva. Claramente gira su exposición en torno a la idea de *potestas*, como no deja de hacer notar el autor acertadamente. Pero, a nuestro juicio, el autor no obtiene todas las consecuencias que se derivan de esta observación, y continúa sosteniendo en este capítulo la equivalencia o confusión entre *possessio* y *potestas* como en otro lugar de la obra.

Creemos que éste es uno de los puntos más importantes entre los diversos y originales que el autor nos brinda, pero acaso sea también de los más discutibles; por lo menos es uno de los que merecerían un estudio detenido, que aquí no es posible hacer. ¿Puede afirmarse que el hijo no posee porque es poseído por el *pater*? ¿Cómo, en cambio, admiten las fuentes la *possessio* del esclavo, también poseído por el *dominus*?

En Gayo, la *possessio* se mira bajo el ángulo de la *potestas*—no es que se confunda con ésta—, mientras que en Ulpiano aparecen con suficiente independencia los sujetos capaces de adquirir la *possessio*. Pero ni en estos dos juristas ni en otros puede verse una identificación entre los conceptos de *potestas* y *possessio*, porque ambas nociones se muestran suficientemente diferenciadas.

Los sometidos a la *potestas* adquieren para el *pater* también la *possessio*. De ahí que el *filius familias* adquiera la *possessio* para el *pater*, por sumisión a la *potestas* de éste, pero no porque se suponga poseído por el *pater*

mismo. Que éste tenga la *possessio* sobre el *filius*, como el autor pretende (págs. 73-79), es discutible. La idea de *possessio* no estuvo en la base de la *potestas*. Ni el *ius ductionis* ni la *legis actio in rem* ejercitada por el *pater* prueban que el *filius* sea objeto de *possessio*. El hijo adquiere para el *pater* por la sumisión a la *potestas* de éste; en este aspecto se hallan de acuerdo Gayo (2, 89) y Paulo (D. 41, 2, 1, 5). Respecto al *peculium*, el *filius* poseía las cosas adquiridas, entre otros testimonios que más adelante aduciremos, porque podía usucapir en el ámbito de éste (D. 41, 3, 4, 1): *Filius familias et maxime miles in castris adquisitum usucapiet*. Esta posibilidad de poseer y usucapir las adquisiciones de *res peculiares* chocaba—como más adelante veremos—con la idea de que el *pater* o *dominus* poseen, a su vez, el *peculium*. Bajo este aspecto hay que ver las afirmaciones contenidas en D. 41, 2, 49, 1 y D. 50, 17, 93. El segundo fragmento aparece equivocadamente atribuido a Marciano por los compiladores, y Lenel lo atribuye a Meciano con mucha probabilidad (Cfr. *Palingenesia*, I, 575). La afirmación contenida en el fragmento no es radical (*videtur*), e incluso parece apuntar a un fin concreto: la titularidad de los interdictos, con cuya clasificación coincide. Un fragmento que, pese a su adulteración, parece confirmar la *possessio* del *filius* es D. 41, 3, 44, 4. Pero no podemos detenernos más en este punto. La capacidad para poseer de la *uxor* se presta asimismo a discusión. La *filia familias uxoris* adquiría la *possessio* para su *pater* en simple aplicación de la norma común, y así aparece admitido por el autor. Pero éste, suponiendo que esta adquisición se debe al hecho de que la *filia* es poseída por el *pater*—consecuente con su tesis de equiparación de la *possessio* a la *potestas*—, admite que bajo otros aspectos—aplicación del interdicto *de uxore exhibenda ac ducenda*—la *filia* es también poseída por su marido o el *pater familias* de éste. Los romanos afirma el autor—no advirtieron el contraste entre la preponderancia del marido o su *pater familias* y las adquisiciones *ipso iure* al propio *pater* (página 80).

Si la *uxor* se hallaba *in manu*, no poseía. Según el autor, la prueba de ello se halla en la duda que el mismo Gayo muestra respecto a si adquiría la *possessio* para el titular de la *manus* (Gayo, 2, 90): *an autem possessio adquiratur quaeri solet quia ipsas non possidemus*. Se refiere a las personas *quae in manu mancipiove habemus*. Según el autor, en la edad imperial, desaparecido el *usus*, se negó la *possessio* sobre la *uxor in manu*. En nuestra opinión, ésta es una de las manifestaciones en que se ve claramente la tricción entre *usus* y *possessio*, pero la profundización en este punto nos separaría excesivamente del tema. Baste hacer notar el modo en que Gayo se refiere al *usus* (II, 111). *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quae enim veluti annua possessione usucapiebatur*. Se trataba, pues, de la adquisición de una *potestas* por el *usus*, por la *usucapio*; pero no mediante *possessio*, por eso Gayo dice simplemente: *veluti annua possessione*. El *usus* por el cual se adquiría la *manus* no tenía que ver con la *possessio*. El mismo Lauria, en trabajo original,

aunque discutible en algunos puntos, (*Usus*, en *Studi Arangio Ruiz*), señala claramente la virtud del *usus* para adquirir *potestates*. Pero, en cambio, no se cuida debidamente de separar *usus* y *possessio* como sería deseable. Aquí, en Gayo, II, 111, se puede percibir una fricción de ideas. No es preciso suponer que la *possessio* sobre la mujer *in manu* desapareció con el *usus*. Quizá nunca se concibió la *possessio* sobre la *uxor*, sino el *usus*, cosa distinta. Acaso la misma desaparición del *usus* como forma de *conventio in manum* se halla vinculada a la sustitución de éste por la *possessio* en todo ámbito de la *usucapio*. Si el *usus* matrimonial tuviese naturaleza posesoria, habría cierta contradicción en el mismo Gayo (II, 111 y II, 90). ¿Cómo podía afirmar Gayo que las personas *in manu* no se poseen, si el *usus* es forma de lograr la *manus* mediante la *possessio*? Por tanto, respecto a la capacidad para poseer de las personas *quae in manu mancipiove habemus* lo más prudente es atenerse a la duda de Gayo (II, 90). Se adquiría, ciertamente, la *propietas* a través de éstas para el titular de la *manus* o del *mancipium*, pero se duda respecto a la *possessio*, porque dichas personas no se poseen. La misma duda vuelve a surgir en Gayo (II, 94) respecto al esclavo en usufructo que, si bien puede adquirir para el dueño (Gayo, II, 91) por gestión de cosas de éste o *ex operis suis*, no se sabe si adquiere la *possessio* para el usufructuario porque éste no le posee. Paulo, más preciso en materia posesoria, decide la cuestión (D. 41, 2, 1, 8): *Per eum, in quo usum fructum habemus, possidere possumus, sicut ex operis suis adquirere nobis solet: nec ad rem pertinet, quod ipsum non possidemus: nam, nec filium.*

El *liber serviens* es equiparado por Gayo al esclavo en usufructo (II, 92) respecto a las adquisiciones, pero en cuanto a la *possessio* admite que puede poseer y usucapir (II, 94) para el que le posee. Es explicable que no posea personalmente: las razones son irrelevantes y más bien parecen esporádicas: *quia nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur* (D. 41, 1, 54, 4).

Discrepamos del autor en toda su concepción de la *possessio* del impúber sometido a tutela (págs. 86-98). Según su punto de vista, el *infans* no posee, sino el *tutor* por él y el impúber *infantia maior* aparece como poseedor únicamente en una concepción doctrinaria de escaso relieve social, porque el *tutor* continúa disponiendo del patrimonio (pág. 96). Las opiniones del autor aparecen sustentadas con gran agudeza, y no podemos discutir uno a uno sus argumentos. Nos limitaremos a exponer las líneas generales en que se basa nuestra disconformidad.

En el estado actual de las fuentes, parece forzoso admitir la *possessio* del *infans* mediante la *auctoritas* del *tutor*. Dos razones fundamentales nos impelen a esta admisión. En primer lugar, dos alusiones de las fuentes que el autor no trae a discusión: el rescripto de Decio, C. 7, 32, 2 y D. 41, 2, 32, 2. Podrá discutirse la mayor o menor alteración del rescripto, pero el contenido de D. 41, 2, 32, 2 nos parece rigurosamente clásico, pese a todas las críticas, contra las cuales no podemos reaccionar ahora.

Otra de las razones en favor de la *possessio* del *infans* mediante *auctoritas tutoris* es el hecho, testimoniado en las fuentes, como el autor mismo reconoce, de que el *infans* pueda adquirir la *possessio* mediante un esclavo: *ex causa peculiari*. Los testimonios parecen indubitables: D. 41, 2, 1, 5; 41, 2, 32, 2; 41, 3, 28. Ahora bien, si el *infans* adquiere la *possessio* mediante un *servus*—e incluso el *furiosus*—, no resulta admisible negar la adquisición mediante *auctoritas* del tutor. El autor insiste en las grandes facultades del tutor, que actuaba *loco domini*, tanto respecto al caso del *infans*, que ahora nos ocupa, como respecto al impúber *infantia maior*. Pero, a nuestro juicio, no cabe acudir a la antigua concepción de la tutela al referirse a cuestiones posesorias, ya que la problemática de la *possessio* en su totalidad se planteó más bien tarde en la Jurisprudencia romana. Hasta Paulo no hallamos un elenco sistemático y exhaustivo de la que podríamos denominar «capacidad para poseer». Ello indica que la elaboración con criterio técnico-jurídico de las ideas posesorias no fué temprana en su totalidad. Por todo ello no nos parece aceptable el argumentar basándose en la naturaleza de la tutela, y nos inclinamos a considerar como buena doctrina la contenida en los fragmentos que admiten la adquisición de la *possessio* por parte del impúber *sine tutoris auctoritate*.

Por último, después de aludir a la incapacidad para poseer del *prodigus* y del *furiosus*—aunque convendría hacer notar la posibilidad de que éste poseyese a través de un esclavo *ex causa peculiari*—, se estudia la capacidad del *servus* y del *captivus* (págs. 98-100). El autor sostiene radicalmente la incapacidad del *servus* para poseer, afirmación que juzgamos muy discutible. Ciertamente, el *servus* adquiere la *possessio* para el *dominus*, pero a veces, *etiam ignorantí domino* tratándose de *res peculiares*. Que el esclavo podía adquirir la *possessio* de *res peculiares* en la época clásica parece indudable. En este orden consideramos aceptables las opiniones de De Francisci y Albertario (Cfr. Corso, *Il possesso*, Milán, Guiffrè, 1939, 296 ss.) Pero además creemos posible afirmar el origen del principio. Del fragmento D. 41, 3, 8, pr. se deduce claramente, aparte de otros importantes indicios en cuyo análisis no podemos detenernos aquí, que, con toda probabilidad, la facultad concedida al *servus* de adquirir la *possessio ex causa peculiari* nació para facilitar la *usucapio* en el mismo sentido. Incluso nos atreveríamos a afirmar que en los fragmentos en que el principio aparece recogido, se nota un lejano eco de la distinción entre *usus* y *possessio*, distinción que perduró más de lo que suele admitirse. La admisión del principio que nos ocupa produjo conflictos doctrinales a la Jurisprudencia. Uno de ellos fué la incompatibilidad entre la *possessio ex causa peculiari* que el *servus* podía realizar y la idea de que el *dominus* tiene la *possessio* sobre el *peculium*. La máxima expresión de este conflicto doctrinal se halla, en nuestra opinión, en D. 41, 2, 24, que no se halla tan alterado por los compiladores como suele suponerse. Es, sencillamente, una pieza doctrinal que intenta resolver la aparente incompatibilidad de dos principios. La incompatibilidad no quedó claramente

resuelta, ni mucho menos, pero fué vivamente sentida. Fuera del ámbito del *peculium*, no puede admitirse, ni para el derecho justiniano, la adquisición de la *possessio* por parte del *servus*. Esta adquisición es siempre *ex causa peculiari*, tanto a favor de un *dominus* normal como del *furiosus*, del *infans*, de los *municipes* y de la *hereditas iaccens*. Respecto a la *hereditas*, por razones especiales, hubo una tendencia a ampliar las posibilidades de adquisición del *servus hereditas*. (Cfr. D. 6, 2, 10).

El *captivus* no podía conservar la *possessio*, pero si usucapir mediante el *servus ex re peculiari*: *Hi plane, qui fuerunt in potestate captivi, usu rem acquirere possunt ex re peculiari* (D. 4, 6, 23, 3); El mismo principio aparece recogido en D. 49, 15, 29 y D. 49, 15, 22, 3. entre otros.

El capítulo V de la obra está dedicado al estudio de los *possessores per alium* y *pro alio*. La parte que se refiere a los *possessores per alium* se halla expuesta, según el criterio del autor, de identificar los conceptos de *possessio* y *potestas*. Considera que durante la época republicana la *possessio* se adquiere mediante los sometidos a la *potestas* o *possessio*, que para el autor vienen a significar la misma situación. El enfoque así de la cuestión produce una compleja distinción que, a nuestro juicio, no deja claramente establecido el principio de adquisición de la *possessio*. En este tema fundamental convendría detenerse.

Anteriormente hemos aludido a la dificultad de admitir una identificación entre *potestas* y *possessio*. Ciertamente no puede decirse que la distinción aparezca siempre nítida. Ahora, a propósito de la adquisición *per alium*, es la ocasión de volver sobre este aspecto fundamental en la obra del profesor Lauria.

La adquisición de la *possessio* aparece claramente vinculada a la *potestas* en Gayo. El *dominus* adquiría la *possessio* mediante los sometidos a su *potestas* (II, 90), entendiendo por éstos los *servi* y los *liberi* (II, 87). Javoleno en D. 41, 2, 23, 2 vincula la facultad de poseer a la sumisión a la *potestas*: *neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus quem civiliter in mea potestate non habeo*. Paulo, aunque se desliga del criterio gayano que expone la *possessio* bajo el ángulo de la *potestas*, alude, no obstante, claramente a ésta: D. 41, 2, 1, 5: *Item adquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate est*.

Pero también es cierto que Gayo parece aludir a la relación entre *potestas* y *possessio* al dudar de la posibilidad de adquirir la *possessio*, tanto mediante aquellas personas que se hallan *in manu* e *in mancipio* (II, 90), como mediante el *servus* en usufructo (II, 94). En cambio, admite *sine dubio* la *possessio* a través del que es poseído de buena fe. Sin embargo, a pesar de esta especial tendencia gayana, no creemos posible la identificación de *possessio* y *potestas* en ningún momento, por lo menos en el sentido técnico de los juristas clásicos. Los argumentos en favor de la *possessio* del *pater* sobre el *filius* que el autor aduce con gran maestría—*ius ductionis*, *furtum* del *filius*, *reivindicatio*—no son suficientemente explícitos para probar que el *filius* se considerase poseído. Paulo niega radicalmente que se posea al *filius*

(D. 41. 2. 1. 8) y no lo haría de modo tan drástico si se tratase de una invocación como pretende el autor (pág. 79). Por otra parte, Ulpiano define: *In potestate sic accipere debemus ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat*. En las sentencias de Paulo aparecen como nociones distintas *possessio* y *potestas* respecto al *servus* (II, 31-7). Javoleno considera conforme a la naturaleza de las cosas el poseer mediante aquellos que están *in potestate civiliter*, y no alude a la *possessio* (D. 41, 2, 23, 2). Las alusiones ya mencionadas respecto a la *possessio* en que debe hallarse el *servus*—sobre todo en Gayo, aunque hay otras esporádicas como D. 41. 2, 1, 8—para adquirir la posesión, quizá haya que suponerlas derivadas de la condición específica de *res* que el esclavo tuvo. No hay que olvidar que el mismo Paulo en D. 50, 16, 215 afirma que *potestas* significa *dominium* en relación al *servus*. La clave de la cuestión se halla en el concepto de *potestas*, que ha sufrido una evolución, pero nunca se identificó con *possessio* aunque a veces ambos conceptos hayan tendido a confundirse. Parece prudente, pues, admitir la posibilidad de *possessio per alium* únicamente respecto a los sometidos a la *potestas*; es este vínculo lo que determina la adquisición para el titular, sin más especificaciones, en tanto no se realice la verdadera historia del concepto de *potestas*.

Resulta muy interesante el análisis que hace el autor de los *possessores pro alieno* (págs. 101-22). Afirma acertadamente (pág. 108) que estos *possessores* tienen mayor relieve en la vida social que en la doctrina jurídica. Los *possessores alieno nomine* no se diferencian en amplitud o limitaciones respecto al que posee en nombre propio. Un criterio social, individualizado en cada caso, determina sus facultades. Se trata de conservar la disponibilidad al concedente (pág. 121). En consecuencia, el autor muestra la inconsistencia de la distinción entre *possessio* y detentación que Savigny ha acuñado para la posteridad. Sostiene, con razón, que la contraposición *possessio-detentio* es ajena al pensamiento republicano, como asimismo es ajena a los romanos la construcción según la cual tiene la *detentio* el que dispone *sin animus domini* (pág. 123). Juzgamos muy acertada la crítica de esta distinción, que adolece fundamentalmente de un exceso de dogmatismo.

Por último, aludiremos—aunque sea rápidamente para no prolongar excesivamente esta recensión—al capítulo final de la obra (VI), que se refiere al contenido de la *possessio*. Este capítulo encierra gran interés porque aparece analizado el tema con fuerte originalidad, aunque en cierto modo, los puntos de vista aquí sostenidos son una consecuencia de las ideas anteriormente expuestas por el autor. Se afirma la posibilidad de poseer fuera del ámbito de las cosas materiales: se poseen cosas inmateriales: *libertas*, *civitas*, *actiones*. Esta visión del objeto de la *possessio* constituye una novedad, que choca con la doctrina tradicional. Pero la base en que se apoya no nos parece segura. Se trata una vez más de testimonios literarios (Cicerón) anteriores a la elaboración técnica, desde el siglo I, de la idea de *possessio*. No puede admitirse, ni como excepción, la *possessio* de cosas inmateriales: ante la débil base aducida por el autor no es necesario aducir las numerosas

pruebas textuales en contrario. Discutible es, asimismo, la *possessio* de personas libres, como anteriormente hemos advertido. Más discutible todavía la *possessio* originaria de la *servitus* o del *ususfructus*. En este punto nos permitimos llamar la atención acerca de la distinción entre *usus* y *possessio*, susceptible todavía de una individualización de términos de la que esperamos buenos frutos. Un preciso deslinde de conceptos dejaría claro el ámbito de la *possessio*. El autor ha dado un gran paso, que merece ser continuado, en el análisis del *usus* (Cfr. *Sudi Arangio Ruiz*, IV, 493-505).

El choque de los conceptos de *usus* y *possessio* en el pensamiento jurídico romano es un fenómeno complejo, de múltiples efectos, sin cuya aclaración no podremos comprender la historia de la *possessio*. En la gran amalgama del *Corpus Iuris* quizá sea posible reconstruir los efectos de este choque, que se halla vinculado a la atormentada vida de un instituto no bien conocido: la *usucapio*.

Para resumir en unas líneas nuestro juicio sobre la obra del profesor Lauria, diremos que su valor fundamental consiste en haber desvanecido el mito de la *possessio* prehistórica. Su desacierto metodológico radica en la pretensión de buscar en las fuentes literarias de la República o del Principado el concepto de *possessio*, que llega bastante tarde a ser técnico-jurídico, porque su elaboración se logra lentamente en lucha con otro concepto no menos difícil de aprehender: el *usus*. Asimismo juzgamos quizá excesivo el manejo de fuentes no republicanas, que probablemente nos llevan demasiado lejos de esta época. En definitiva, el libro del ilustre profesor Lauria es excepcionalmente importante, porque toca puntos esenciales y muy discutibles, con profunda originalidad. Precisamente por ello, como toda obra original, está llena de sugerencias que producen inquietud de pensamiento y suscitan el diálogo amistoso, como nosotros acabamos de hacer en esta larga reseña.

La afirmación admonitoria, de carácter solemne y lapidario con que concluye el libro encierra una gran verdad, pero incompleta: «La noción unitaria de la posesión, admirable creación juvenil de Savigny, valiosa para la doctrina y la Jurisprudencia contemporáneas, se disuelve en la nada para el historiador del pensamiento republicano» (pág. 178). Esta afirmación sería más exacta si se concibiese así: «El pensamiento republicano careció de un concepto técnico-jurídico de *possessio*.»

Efectivamente, la elaboración del concepto de *possessio* es obra de la Jurisprudencia clásica, más bien tardía. La labor del profesor Lauria nos conforta en esta opinión y deja con ello acotado el campo para ulteriores investigaciones con un término *a quo*.

Concluimos felicitando al profesor Lauria por esta valiosa aportación científica, que nos ha deparado largas horas de meditación, sobre un tema que consideramos fundamental en el cuadro de las instituciones jurídicas romanas.

PABLO FUENTESECA