

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 4

Gustavo A. Abreu  
Gabriela Marta  
Alonsopérez  
Mirta Beatriz Álvarez  
Laura Bierzychudek  
Daniel G. Bonjour  
Airtón Franco  
Calderón Palacios  
María Victoria Cali  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi

Juan Carlos Ghirardi  
Germán Giarrocco  
Rodrigo Leandro Guelar  
Norma Alicia Juárez  
Anabella Facciuto Kaed  
Ana Vázquez Lemos  
Laura Liliana Miceli  
Marilina Andrea Miceli  
Sebastian A.  
Mieszkowski  
José María Monzón  
Patricia S. Mora  
Gabriela Victoria Morel

Leticia Inés Núñez  
María del Pilar  
Pérez Álvarez  
Norberto Darío Rinaldi  
René Angulo Ríos  
Julieta Salomé  
Rodríguez  
Mariana Verónica  
Sconda

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# La importancia de las formaciones precívicas en la conformación del poder. El caso de la *gens* en Roma

Por Patricia S. Mora<sup>751</sup>

Antes de la existencia de un Estado propiamente tal, o al menos en el marco de la justificación de sus orígenes, se sostiene que los hombres se organizaban en núcleos familiares independientes entre sí, donde el varón, en su calidad de padre y jefe, ejercía la autoridad máxima.

---

<sup>751</sup> Abogada. Contadora Pública Nacional (Universidad de Buenos Aires). Magister en Fundamentos del Derecho y Tecnologías Disruptivas (Universidad Carlos III, España). Doctoranda en Derecho (Universidad del Salvador). Profesora de Derecho Romano (Universidad de Buenos Aires), Derecho Constitucional y Derecho Romano (Universidad Kennedy y Universidad Abierta Interamericana) y Derecho Administrativo (Universidad Abierta Interamericana). Profesora de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación en materias de Derecho Público. Ponencia presentada en el marco del Proyecto de Investigación Universidad Kennedy "Sobre la libertad y sus límites. Un recorrido desde la antigüedad hasta el paradigma de las tecnologías disruptivas".

Afirma Lapierre (1959) que “la experiencia social más rudimentaria nos confirma suficientemente que formar parte de un grupo cualquiera implica la sumisión a un poder. Tal es, en su generalidad, el hecho social del poder”<sup>752</sup>. Formamos parte de pluralidad de grupos sociales y somos portadores de pluralidad de estatus y roles.<sup>753</sup> Pertener a un grupo social, según Ogburn y Nimkoff (1961),

es reconocer, en efecto, que este grupo puede exigirnos ciertos actos, una conducta de acuerdo con los fines que puede fijarse a nuestros deseos, ciertos límites y prescribir a nuestras actividades ciertas formas. Y cada uno de aquellos que formen parte del grupo debe aceptar estas exigencias, cumplir los esfuerzos y sacrificios, respetar estos límites y formas, bajo pena de ver roto su vínculo social. Tal es el poder del grupo, y, correlativamente, el deber de sus miembros.<sup>754</sup>

Niebuhr, Mommsen, Ihering, Maine, Fustel de Coulanges y tantos otros contemporáneos alcanzan un punto de encuentro respecto a que la primera formación del futuro ordenamiento estatal había sido la *gens*, en un historicismo de connotaciones evolucionistas, la que pasaría a una compleja agregación tribal de pseudo tipo parental para derivar en la ciudad, como exponente de la revolución urbana occidental.

No obstante, hay que tener en cuenta la advertencia de De Francisci (1955), el peligro de una reconstrucción histórica de las estructuras sociales primitivas, tomando como base sin más los ordenamientos que las estructuras o los grupos que los forman

---

<sup>752</sup> LAPIERRE, J. (1959). *Le pouvoir politique* (p. 9). París: Presses universitaires de France.

<sup>753</sup> PARSONS, T. (1952). *The social system* (pp. 26-27, 39-41, 97-99, 258 y ss). Londres: Routledge

<sup>754</sup> OGBURN, W. F. y NIMKOFF, M. F. (1961). *Sociología*. Madrid: Aguilar, p. 153.

presentan varios siglos después. Estos grupos o instituciones que aparecen en época histórica, generalmente, no son más que residuos de las instituciones primitivas y, por tanto, deben ser objeto de un análisis cauteloso al pretender tomarlo de base para alcanzar la naturaleza originaria de las instituciones.<sup>755</sup>

La existencia de la *gens*, que ha dejado rastro en el derecho romano, resulta indiscutible. Fustel de Coulanges, en su obra *La ciudad antigua* (1864), aborda el concepto de la *gens* en Roma como una unidad fundamental de la sociedad. La *gens*, que se puede traducir como “clan” o “familia ampliada”, era un grupo de personas que compartían un ancestro común y un nombre. Este grupo no solo era importante en términos de parentesco, sino que también desempeñaba un papel clave en la vida política y religiosa de Roma.<sup>756</sup>

Este autor destaca que la *gens* era una entidad con derechos y obligaciones, y sus miembros estaban unidos por un sentido de lealtad y responsabilidad mutua. Las *gens* tenían su propio culto religioso y rituales, lo que reforzaba su cohesión, y es para este autor en virtud de la religión como se conforma la unidad y, con ella, la ciudad.

Sobre el aspecto religioso, y en torno a su extrema importancia

---

<sup>755</sup> DE FRANCISCI, P. (1955). La comunità politica e sociale romana primitiva. *Relazioni del X Congresso Internazionale di Scienze Storiche II* (pp. 63 y ss.). Firenze: Sansoni.

<sup>756</sup> La naturaleza política de la *gens* ha sido defendida por numerosos investigadores con argumentos convincentes; así, BONFANTE, P. (1918). *Res Mancipi e nec Mancipi. Scritti II. La gens e la familia*, pp108 y ss.). Turín: Unione Tipografico Editrice Torinese; DE FRANCISCI, P. (1941). *Storia del diritto romano I* (pp. 138 y ss.). Roma: Giuffré; FREZZA, (1947). *La costituzione romana e il problema degli ordenamenti giuridici presistenti. Scritti in onore di G. Ferrini* (pp. 284 y ss.). Milán; DE MARTINO, F. (1958). *Storia della costituzione romana I*. Nápoles: Jovene.

para la pertenencia, Fustel de Coulanges (2003) desarrolla un rango enriquecedor para comprender la teoría de las diferencias de clases y la posterior conformación del *populus* romano.<sup>757</sup>

Cicerón (Top. 29) nos define: “Los gentiles entre sí son los que comparten el mismo *nomen*”; “Los que nacen de ciudadanos nacidos libres”; “De cuyos antepasados nadie ha servido en esclavitud”; “Que no han sufrido *capitis diminutio*”; “Porque veo que el pontífice Scaevola no ha añadido nada a esta definición”.<sup>758</sup>

Además, el sistema de relaciones de parentesco dentro de la *gens* influía en la estructura social y política de Roma, ya que los clanes podían formar alianzas y competir entre sí. En la Roma primitiva, la *gens* y el territorio estaban intrínsecamente ligados, influyendo en la organización social, los derechos de propiedad y la identidad colectiva de sus miembros.

Guarino (1975) también argumenta que la *gens* sentó las bases para la estructura del Estado. A medida que las *gens* se consolidaban y establecían relaciones entre sí, se formaron alianzas y estructuras

---

<sup>757</sup> FUSTEL DE COULANGES, N. (2003). *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Estudio preliminar de D. Moreno. México: Porrúa. *La ciudad antigua* es un estudio fundamental sobre las instituciones, el culto y el derecho en las sociedades griega y romana. El texto es conocido por su análisis profundo de cómo la religión y el hogar estaban interrelacionados en las ciudades antiguas y cómo estos elementos influenciaron las instituciones políticas y sociales. El estudio preliminar de Daniel Moreno en la XIII edición de 2003 ofrece contexto adicional y una visión moderna sobre la relevancia de las ideas de Coulanges en el estudio de la historia antigua.

<sup>758</sup> *itemque [ut illud – sc. hereditas]: gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt. non est satis. qui ab ingenuis oriundi sunt. ne id quidem satis est. quorum maiorum nemo seruitutem seruiuit. abest etiam nunc. qui capite non sunt diminuti. Hoc fortasse satis est. nihil enim uideo Scaeuolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.*

políticas más complejas que eventualmente dieron lugar a la formación del Estado romano.<sup>759</sup>

En idéntico sentido, y bajo el conjunto de las teorías que podríamos denominar soberanistas, De Martino (1997) examina cómo la *gens* funcionaba como una unidad social básica, que no solo agrupaba a individuos por parentesco, sino que también desempeñaba un papel crucial en la organización política y económica.<sup>760</sup>

Sobre el elemento económico como factor determinante, parte de la doctrina señala que los grupos familiares independientes, en principio, se relacionan cuando uno de ellos, superior por poder y riqueza, se eleva sobre los otros inventando relaciones de parentesco que conducen a la formación de una clase noble distinguida del resto de la población. Para esta teoría, en el caso concreto de la sociedad romana, la *gens* se habría formado al compás de la diferenciación de las clases sociales. Adhieren entre otros a esta tesis De Sanctis (1907) y Arangio Ruiz (1913).<sup>761</sup>

Lo cierto es que las diversas teorías pueden entrelazarse, y a partir de sus elementos diferenciadores, constituir una base para la conformación de una idea de la importancia de las formaciones precívicas en la conformación del poder y su posterior desarrollo en instituciones que hoy llamaríamos constitucionales, al menos en Occidente.

A su turno, la teoría política de la familia encuentra sus orígenes mediatos en los planteamientos de Gianbattista Vico (1941) y su *Ciencia Nueva*, quien, a fin de establecer los orígenes del Estado y por contraposición a las teorías contractualistas tan en boga en su

<sup>759</sup> GUARINO, A. (1975). *La rivoluzione della plebe*. Nápoles: Liguori.

<sup>760</sup> DE MARTINO, F. (1997). La gens, lo stato e le classe in Roma antica. *Diritto Economia e società nel mondo romano*. Nápoles: Jovene.

<sup>761</sup> DE SANCTIS, G. (1907). *Storia dei Romani I* (p. 229 y ss.). Milán: Bocca; ARANGIO-RUIZ, V. (1913-14). Le genti e la cita. *Annuario Univ. di Messina*. Messina: Univ. di Messina.

siglo, plantea la existencia de la autoridad pública como una construcción social progresiva. Según sus ideas, antes de la existencia de un Estado propiamente tal los hombres se organizaban en núcleos familiares independientes entre sí donde el varón, en su calidad de padre y jefe, ejercía la autoridad máxima de manera despótica, a la manera de los ogros de las leyendas, siendo Polifemo y los cíclopes el reflejo legendario de esta era. Gradualmente, según la cercanía geográfica, las necesidades de defensa y los vínculos de afinidad fueron uniendo a los padres en comunidades mayores. Se habría formado un Estado en un principio con muy pocas facultades respecto a las comunidades familiares, pero que lentamente, y en especial gracias a las revueltas plebeyas, fue adquiriendo todo el poder primitivamente vinculado a los padres.<sup>762</sup>

Capogrossi Colognesi (2020) también adhiere a que la *gens* contribuyó a la formación de las bases del derecho romano. Señala el autor que las normas y costumbres que regían las interacciones dentro de ésta influyeron en el desarrollo de principios legales más amplios.<sup>763</sup> Si bien, en relación a la evolución romana, formula una crítica a la conformación de Roma y la utilización para tal fin del término “ciudad-Estado” que venía desarrollándose desde Mommsen, lo cierto es que no encuentra mayor riesgo en la medida que se limite a genérica presencia de una estructura político-militar con validez territorial y con capacidad de autogobierno.

Niebuhr ve en la familia a un grupo basado en el vínculo de sangre, pero considera la *gens* como una división artificial de las antiguas curias, división llevada a cabo por la *civitas*, negando así la preexistencia de las gentes a la *civitas*, o lo que es lo mismo, negando que la *civitas*

---

<sup>762</sup> VICO G. (1941), *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. México: El Colegio de México.

<sup>763</sup> CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (2020). *Storia di Roma tra diritto e potere La formazione di un ordinamento giuridico*. Bologna: Il Mulino.

tuviera su origen en la agrupación de varias gentes. Según esta idea, las gentes serían subdivisiones artificiales de la ciudad en dependencia de las tribus y de las curias. A esta teoría, tomando como base la estructura religiosa y la conformación de la clientela se oponen férreamente Fustel de Coulanges y Vico.

Meyer, en contraposición a Mommsen, niega que el Estado griego y la *civitas* romana tuvieran su origen en la agrupación de gentes. El Estado es el organismo más primitivo y los consorcios gentilicios y la familia no fueron para este autor estructuras independientes sino subdivisiones del Estado. El Estado no surgió de ellos, sino más bien, ellos fueron creados por obra del Estado. Para este autor, la humanidad primitiva presenta la existencia de muchos grupos sociales que se superponen o se entrecruzan. La posesión de un territorio delimitado no es un elemento necesario del concepto de Estado, sino otros elementos como la realización del orden jurídico, la organización militar y política y, sobre todo, la conciencia de perpetuidad del grupo. Señala que los grupos primitivos no serían en su origen otra cosa que la horda que asumiría el carácter de lo que hoy denominamos Estado, y luego se encontrarían Estados nacionales fundados sobre la unidad étnica de un pueblo. Un proceso de fraccionamiento en el interior de estos Estados habría conducido a la constitución de ciudades-Estado y dentro de ellos a las gentes.<sup>764</sup>

No obstante, y tomando las precauciones de esta advertencia, encontramos que dice Séneca (Ep., 5, 47, 14) que la familia es una república en pequeño, en la que el *pater familias* ostenta un *imperium domesticum* comparable al *imperium* del magistrado.

En torno a la teoría que relaciona a la *gens* con una verdadera institución política, De Ruggiero, en la obra *La Gens in Roma* (1872),

---

<sup>764</sup> ROLDÁN HERVAS, J. (1978). La comunidad romana primitiva, la clientela y la plebe. *Memorias de historia antigua*, (2), pp. 19-39. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/2027024>.

concluye que ésta es una institución soberana que va a ser absorbida por la comunidad romana, la *civitas*, para desaparecer y transformarse en un mero instituto privado. Para este autor, la evolución y transformación irá de la mano de la tribu y el instituto de la ciudadanía constituirá el elemento clave de unificación.<sup>765</sup>

Pero volviendo a las teorías políticas y evolucionistas, alguna de ellas con base religiosa, retomamos la posición de Vico y Fustel de Coulange en torno a la primitiva *gens*, la clientela y el origen de los plebeyos.

En este sentido, se afirma que ningún extraño podía ser admitido en la *gens*, a excepción de la clientela, que dependía del *patergens*. El hogar la protegía.<sup>766</sup> Existió un verdadero lazo de derecho entre la *gens* y la clientela que se llamó *gentilitas*, y así encontramos la palabra *gentilitatis* en Cicerón, *De Oratore*, I. 39.

Por otra parte, la *gens* reconoce un antepasado común al que se le rinde culto y tributar este culto a un extraño constituye una verdadera impiedad.<sup>767</sup> La clientela es un lazo sagrado que la religión

---

<sup>765</sup> Afirma LABRUNA, L. (1999). *Civitas quae est constitutio populi e altri studi di storia costituzionale romana*. Nápoles: Jovene que “la civitas si fonda sull’interdipendenza di tre partes: rex prima e poi magistrati, senato e popolo. L’organizzazione e i meccanismi di funzionamento di queste partes pongono le basi della crescita stessa della res publica. Dunque si può affermare che la cittadinanza fonda e struttura l’ordinamento dello Stato”.

<sup>766</sup> Existió un verdadero lazo de derecho entre la *gens* y la clientela que se llamó *gentilitas*, y así encontramos la palabra *gentilitatis* en Cicerón, *De Oratore*, I. 39.

<sup>767</sup> FUSTEL DE COULANGES, N. (1997). *La ciudad antigua* (pp. 96-107). Libro II, Cap. X. Buenos Aires: Práxis Jurídica. Cicerón menciona un proceso debatido en su tiempo entre los Claudios y los Marcelos. Los primeros, a título de jefes de la *gens* Claudia, pretendían en virtud del derecho antiguo que los Marcelos eran sus clientes. En vano ocupaban éstos, durante dos siglos, el primer rango en el Estado: los Claudios seguían sosteniendo que el lazo de la clientela no habían

formó y que nada puede romper, serán los servidores de la *gens* que no la abandonan y estarán unidos, dice Fustel de Coulanges, como si fuera hereditariamente a ella.

Una vez cliente de una familia, ya no es posible separarse de ella. La clientela de esos tiempos primitivos no fue una relación pasajera y voluntaria entre dos hombres, sino que fue hereditaria. Se era cliente por deber, de padres a hijos, por el sencillo hecho de permitírseles la participación en el culto familiar, la sepultura y la protección de los *lares*.

Han llegado hasta nosotros dos testimonios que avalan lo dicho: uno por conducto de Plutarco, otro por medio de Cicerón. Plutarco nos recuerda que Herennio, llamado como testigo contra Mario, alega que es contrario a las reglas antiguas que un patrono deponga contra su cliente, como causase aparente sorpresa que Mario fuese calificado de cliente habiendo sido ya tribuno. Añadió que, en efecto, "Mario y su familia eran de muy antiguo clientes de la familia de Herennio". Mario lo había olvidado, pero los Herennios lo recordaban. Los jueces admitieron la excusa, pero Mario, que no se resignaba a quedar reducido a esta situación, replicó que el día en que se le había elegido para una magistratura había quedado libre de la clientela. Esto no era completamente cierto, añade el historiador, pues no todas las magistraturas eximían de la condición de cliente: solo las magistraturas curules gozaban de este privilegio (Plutarco, *Vida de Mario*, 5). Este episodio da cuenta de la importancia de aquellos lazos frente a la organización política de la misma *respublicae*.

Originariamente no podían fundirse dos *gens*, ya que su religión se lo impedía. Cada *gens* tiene un jefe, como la *civitas* tendrá oportunamente un *rex*. Los autores evolucionistas sostienen también la teoría del matrimonio endogámico, debido a que era imposible en

---

podido romperlo. Estos dos hechos, salvados del olvido, nos permiten juzgar sobre lo que era la primitiva clientela.

los orígenes abandonar para la mujer la religión de la *gens*. Sobre este particular, enfáticamente se opone a esta teoría Engels, quien señala el error en concluir de tal manera, al menos Mommsen, como “un ejemplo de la confusión que aún reina hoy en lo relativo a la organización de la *gens* romana entre nuestros más famosos historiadores”.<sup>768</sup>

---

<sup>768</sup> A su turno, este autor señala: “Por lo menos en los primeros tiempos de la ciudad, la *gens* romana tenía la constitución siguiente: 1. El derecho hereditario recíproco de los gentiles; los bienes quedaban siempre dentro de la *gens*. Como el derecho paterno imperaba ya en la *gens* romana, lo mismo que en la griega, estaban excluidos de la herencia los descendientes por línea femenina. Según la Ley de las Doce Tablas, el monumento del derecho romano más antiguo que conocemos, los hijos heredaban en primer término, en calidad de herederos directos; de no haber hijos, heredaban los agnados (parientes por línea masculina); y faltando éstos, los gentiles. Los bienes no salían de la *gens* en ningún caso. Aquí vemos la gradual introducción de disposiciones legales nuevas en las costumbres de la *gens*, disposiciones engendradas por el acrecentamiento de la riqueza y por la monogamia; el derecho hereditario, primitivamente igual entre los miembros de una *gens*, limitase al principio (y en un período muy temprano, como hemos dicho más arriba) a los agnados y, por último, a los hijos y a sus descendientes por línea masculina. En las Doce Tablas, como es natural, este orden parece invertido; 2. La posesión de un lugar de sepultura común. La *gens* patricia Claudia, al emigrar de Regilo a Roma, recibió en la ciudad misma, además del área de tierra que le fue señalada, un lugar de sepultura común. Incluso en tiempos de Augusto, la cabeza de Varo, muerto en la selva de Teutoburgo, fue llevada a Roma y enterrada en el túmulo gentilicio; por tanto, su *gens* (la Quintilia) aún tenía una sepultura particular; 3. Las solemnidades religiosas comunes. Éstas llevaban el nombre de “*sacra gentilitia*” y son bien conocidas; 4. La obligación de no casarse dentro de la *gens*. Aun cuando esto no parece haberse transformado nunca en Roma en una ley escrita, sin embargo, persistió la costumbre. Entre el inmenso número de parejas conyugales romanas cuyos nombres han llegado hasta nosotros, ni una sola tiene el mismo nombre gentilicio para el hombre y para la mujer. Esta regla es también

## A su vez, el *pater gens* imparte sus normas, que no están escritas

---

demostrada por el derecho hereditario. La mujer pierde sus derechos agnaticios al casarse, sale fuera de su *gens*; ni ella ni sus hijos pueden heredar de su padre o de los hermanos de éste, puesto que de otro modo la *gens* paterna perdería esa parte de la herencia. Esta regla no tiene sentido sino en el supuesto de que la mujer no pueda casarse con ningún gentil suyo; 5. La posesión de la tierra en común. Ésta existió siempre en los tiempos primitivos, desde que se comenzó a repartir el territorio de la tribu. En las tribus latinas encontramos el suelo poseído parte por la tribu, parte por la *gens*, parte por casas que en aquella época difícilmente podían ser aún familias individuales. Se atribuye a Rómulo el primer reparto de tierra entre los individuos, a razón de dos "*jugera*" (como una hectárea). Sin embargo, más tarde encontramos aún tierra en manos de las *gens*, sin hablar de las tierras del Estado, en torno a las cuales gira toda la historia interior de la república; 6. La obligación de los miembros de la *gens* de prestarse mutuamente socorro y asistencia. La historia escrita solo nos ofrece vestigio de esto; el Estado romano apareció en la escena desde el principio como una fuerza tan preponderante, que se atribuyó el derecho de protección contra las injurias. Cuando fue apresado Apio Claudio, llevó luto toda su *gens*, hasta sus enemigos personales. En tiempos de la segunda guerra púnica, las *gens* se asociaron para rescatar a sus miembros hechos prisioneros; el Senado se lo prohibió; 7. El derecho de llevar el nombre de la *gens*. Se mantuvo hasta los tiempos de los emperadores. Permitíase a los libertos tomar el nombre de la *gens* de su antiguo señor, sin otorgarles, sin embargo, los derechos de miembros de la misma; 8. El derecho a adoptar a extraños en la *gens*. Practicábase por la adopción en una familia (como entre los indios), lo cual traía consigo la admisión en la *gens*; 9. El derecho de elegir y deponer al jefe no se menciona en ninguna parte. Pero como en los primeros tiempos de Roma todos los puestos, comenzando por el rey, solo se obtenían por elección o por aclamación, y como los mismos sacerdotes de las *curias* eran elegidos por éstas, podemos admitir que el mismo orden regía en cuanto a los jefes ("príncipes") de las *gens*, aun cuando pudiera ser regla elegirlos de una misma familia." ENGELS F. (1884). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Moscú: Editorial Progreso.

pero sí grabadas en la conciencia por la religión, así como impartir su justicia al interior.<sup>769</sup> El derecho privado que se había forjado de esa forma, en un aislamiento, al interior de cada *gens*, subsistió durante mucho tiempo.<sup>770</sup> Para Vico, la historia de las instituciones se corresponde con una historia de la naturaleza humana. La religión y el matrimonio originaron las primeras ideas humanas, limitando los impulsos salvajes de los cuerpos y dando origen a los movimientos voluntarios de los hombres.<sup>771</sup>

---

<sup>769</sup> “Finalmente, tras una larga época, los gigantes impíos, que habían permanecido en la infame comunidad de mujeres y cosas, en los riesgos que dicha comunidad provocaba, como señalan los jurisconsultos, los simples de Grocio, los desamparados de Pufendorf, para salvarse de los violentos de Hobbes (al igual que las fieras, afectadas de un extremado frío, buscan salvarse dentro de los lugares habitados) recurrieron a las aras de los fuertes; y entonces estos feroces, que ya estaban unidos en sociedades de familias, mataban a los violentos que habían violado sus tierras y recibían en protección a los miserables como a refugiados. Y además del heroísmo de naturaleza, por haber nacido de Júpiter, o sea, generados con los auspicios de Júpiter, arraigó en ellos principalmente el heroísmo de la virtud, en el que el romano destacó por su excelencia respecto a todos los demás pueblos de la tierra, basado precisamente sobre estas dos prácticas.” VICO, G. (2002). *Principios de Ciencia Nueva*. Traducción de J. M. Bermudo y A. Camps. Barcelona: Ediciones Folio.

<sup>770</sup> DE FRANCISCI, P. (1943). *Storia del Diritto Romano* (pp. 121 y ss.). III, I. Milán: Giuffrè; DE FRANCISCI, P. “La comunità sociale e politica romana primitiva.” *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (pp. 65 y ss.), 22, Firenze: Gozzini; DE FRANCISCI, P. (1968). “La formazione della comunità politica romana primitiva.” *Sintesi storica del Diritto Romano* (19 y ss.). Roma.

<sup>771</sup> “La autoridad comenzó por ser divina, pues con ella la divinidad se apropió de los pocos gigantes a los que nos hemos referido al empujarlos hacia abajo y hacer que se escondiesen en las grutas de las laderas de los montes; lo que constituye las anillas de hierro con que los gigantes por temor al cielo y a Júpiter quedaron

No obstante, no podemos hablar concretamente de derecho privado sino más bien de un ámbito de privacidad que ningún órgano político superador regula.

Para Bonfante, la ciudad sería una suerte de órgano mediador entre los diferentes *patres*, que en un principio solo se ocuparía de normar las relaciones jurídicas surgidas entre estos grupos, constituyendo la ciudad antigua una suerte de confederación de familias unidas por la autoridad central, la que carecía de facultades para entrar a regular las relaciones internas de la familia. Según el autor, no fue sino a través de una larga evolución que la ciudad vino a proyectar su sombra dentro del entorno cerrado de la familia, a través de un proceso gradual que vino a culminar solo durante el final del Principado y que domina el Bajo Imperio, caracterizado por la magnitud ciclópea del Estado.

De conformidad al marxismo clásico, tanto el Estado como la familia son parte de la superestructura generada como apoyo ideológico a la estructura de producción de cada época. En este sentido, no podrá ser la familia el origen del Estado ni la ciudad una expresión agigantada de ésta toda vez que la configuración de ambas está en íntima relación con la organización de los medios de producción en cada época. Y dentro de la lógica trashumante que caracteriza la etapa nómada, se generará la *gens* como estructura para la explotación de la propiedad común o *ager gentilicium*, la que a su vez dejaría paso

---

encadenados, a la tierra en la que se encontraban dispersos por encima de los montes (...) de ahí que, los paralizados por el espanto pasaron a ser llamados por los latinos con frase heroica *terrore defixi*, y que los pintores los representaran encadenados de pies y manos con anillas en los montes" VICO, *op. cit.* En idéntico sentido, Hobbes sostiene, en el capítulo XII del Leviatán, que la semilla natural de la religión consiste en cuatro cosas: creencia en fantasmas, ignorancia de las causas segundas, devoción hacia lo temido por los hombres y asunción de cosas casuales como pronósticos.

a la familia agnaticia cuando la propiedad se hace privada y familiar, según el modelo de agricultura sedentaria termina por imponerse.

Por otra parte, existía en los primeros siglos un elemento de la población que se afirma estaba por debajo de los clientes, en la medida que nunca pudo conformar una *gens*. Se afirman diferentes teorías sobre el origen de los plebeyos, resultando sólida aquella que afirma que se fueron conformando de antiguas poblaciones conquistadas y sometidas, y que carecían de religión reconocible, por lo que para el romano primitivo se encontraban en situación de inferioridad. Para los plebeyos, en los orígenes, no habrá ley ni justicia, ya que la ley es producto de la religión, de las *mores* de los antepasados, mientras que el procedimiento un conjunto de ritos al que no acceden.<sup>772</sup> No son en los orígenes ciudadanos ni pueden ser magistrados. Fustel de Coulanges afirma que hasta se le prohibía la oración y no podían revelársele ninguno de los ritos, ya que entre el patricio y el plebeyo existe toda la distancia que puede establecerse entre dos hombres, o lo que es peor aún, entre un hombre y una bestia (*more ferarum*).

Pero ninguna de las distinciones sociales que el hombre establece es inmutable, por lo que de la mano del conflicto, de verdaderas revoluciones, la clientela desaparecerá para fundirse con los plebeyos,<sup>773</sup> y éstos lograrán una equiparación social y política. El régimen oligárquico que define el plano social de este período configura una discordia interna, un conflicto de odio, escribe Livio (II, 23).

Las reivindicaciones plebeyas, de igualdad de derechos políticos, *libertas* frente a las deudas, participación en las magistraturas “civiles” y en el sacerdocio, acceso a la tierra demanial, legislación

---

<sup>772</sup> Dionisio, IV, 43, afirma que el sexto rey de Roma fue el primero en dictar algunas leyes para la plebe, mientras que los patricios tenían las suyas desde hacía mucho tiempo.

<sup>773</sup> FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad... op. cit.*, Libro IV, Cap. VI, p. 265, afirma que hacia el año 372 a. C. ya no habría más clientela.

sobre deudas, ordenación de un código común a todos, nos lleva a plantearnos el problema del origen social de esta clase en relación también a la organización del poder.

Existen sobre este aspecto dos grandes teorías, que podríamos dividir en política y económica, sobre la *gens* que desvincula a los plebeyos como grupo dominado por la conquista o como grupo carente de tierra y religión. A la primera tesis se adscriben, entre otros, Mommsen, Bloch y Pais. A la desvinculación por motivos económicos, Piganiol, Meyer, De Martino, etc. Este problema aparece sin solución, y la dialéctica que sobre él existe es apasionante. Weber sostiene a su vez que en Roma la “*possessio*” y la “*no possessio*” definen la situación. Es decir, los hechos económicos motivan las clases. Y cuando se refieren las fuentes históricas a que no tienen “*patres*”, ¿pueden suponer que se rigieran todavía por un sistema de matriarcado en sus orígenes? ¿O sencillamente que no habían integrado ninguna *gens*? Todos interrogantes. En D. De Halicarnaso (11-1) y en Livio (IV, 7) se encuentran datos para definir que los admitidos al Tribunado no procedían sino de viejos linajes que habían sido excluidos por el grupo dominador. “La clientela de los Linajes excluida del círculo gobernante, pudo ser la columna vertebral de la conjuración de la Plebe”.<sup>774</sup>

Lo cierto es que, en la experiencia romana hasta el período republicano, el derecho está escindido en dos zonas separadas basadas en los presupuestos del Estado concebido como *res publicae* y del individuo, mientras que, en la experiencia griega, se afirma doctrinariamente que el Estado absorbe al individuo.<sup>775</sup> Será el derecho

---

<sup>774</sup> DIE GOYANES, M. (1997). La plebe como grupo marginado en el estado romano republicano. *Memorias de historia antigua*, (1), pp. 69-71- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2018536>.

<sup>775</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1944). *Horizonte actual del derecho romano* (p. 205). Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

romano el que en la Antigüedad realice esta distinción.<sup>776</sup> Cuando se consolida la *civitas* romana, ésta no será una asociación de individuos, sino una especie de confederación de *gens* que se conforman luego en curias. Por ello se deja al *pater* la autoridad absoluta de los suyos. La omnipotencia y el derecho de justicia sobre los suyos cederá paulatinamente en pos de la *civitas* como ente aglutinante. Situación que también se extiende a los clientes, con una ostensible diferenciación de clases por lo menos hasta la consolidación de la *respublicae*.

Por su parte, y sin entrar en el debate entre las teorías ascendentes o descendentes de la familia romana,<sup>777</sup> ya sea como derivadas de la *gens*, ya sea como fruto de su escisión a partir de la conformación de la *civitas* o consideradas como una creación artificial, lo cierto es que este concepto se forjará como inseparable del sistema de la *patria potestas*.<sup>778</sup> La *potestas* que un *pater familias* ejerce sobre los miembros de su familia es absoluta y excluyente, pudiendo juzgar a sus hijos, condenarlos a penas públicas, e incluso venderlos. Y esto se entiende en la medida de que la familia romana en sentido propio (*familia proprio iure*) es un grupo de personas unidas

---

<sup>776</sup> En relación a la expresión *ius publicum*, tanto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho privado romano* (p. 47). Madrid: lustel, como IGLESIAS, J. (1972). *Derecho romano: Instituciones de derecho privado* (p. 98). Barcelona: Ariel, reconocen el uso hacia finales de la República.

<sup>777</sup> Ver SANZ MARTÍN, L. (2010). Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la "familia" en el Derecho Romano arcaico. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (43), pp. 197-214.

<sup>778</sup> Según manifiesta Longo, lo que en la actualidad llamamos poder político, esto es, poder de atender a las exigencias de orden interno, de conservación y defensa, no estaba concentrado en el único organismo superior, sino que era desempeñado por cada uno de los grupos familiares individuales, de modo que todos los organismos del mayor al menor, tenían caracteres políticos, tenían naturaleza de Estado. Ver LONGO, C. (1946). *Corso di diritto romano. Diritto di familia* (pp. 1-5). Milán: Giuffré.

entre sí simplemente por la autoridad que una de ellas, el *pater familias*, ejerce sobre los otros con fines que trascienden el orden doméstico.<sup>779</sup> El fundamento de la familia romana se encuentra en la voluntad de sus miembros de permanecer unidos bajo la dirección del *pater familias*, voluntad derivada del convencimiento de que la *potestas* del *pater familias* sobre los miembros de la familia y sobre las cosas. Se muestra conforme con las querencias misteriosas de los *numina* y con la creencia de que el *pater familias* era designado por la divinidad para interpretar los deseos de los sujetos dependientes y representar la unidad. Un verdadero sentido de cohesión religiosa será entonces el punto de partida.

La familia y la *gens* serían, por lo tanto, organismos fundamentalmente políticos en cuanto tienen una finalidad esencialmente política, esto es, el orden en el interior y la defensa hacia el exterior, base de la constitución posterior del Estado romano.

Con el correr del tiempo, la *civitas* irá progresivamente avanzando sobre aquellas *potestas*, absorbiéndolas, en virtud de lo que podríamos denominar la doctrina de la utilidad. Se acuña la máxima “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” (Pap. D. 2, 14, 38).

La distinción moderna entre derecho público y derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano D. 1, 1, 1, 2 y de *Inst.* 1, 1, 4, acerca de las dos posiciones para el estudio del derecho: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”, en atención a la utilidad pública o privada de los intereses en juego. De tal manera, el *ius publicum* mira al estatus de la cosa romana, esto es, de la cosa ordenada por la ley al bien común, que no es más que lo que concierne al *populus* (*res*

---

<sup>779</sup> BONFANTE, P. (1963). *Corso di diritto romano, I, Diritto di familia* (p. 7). Milán: Giuffré.

*publicae*). El derecho privado, en cambio, considera la *res privata*, tomando como referencia de distinción la utilidad de aquel a quien está dirigida.<sup>780</sup>

Es que, de acuerdo con la definición de Ulpiano, el *ius publicum* es aquel que “*ad statum rei Romanae spectat*”, frase que Iglesias (1972) interpreta como el derecho referente a su estructura, funcionamiento y organización.<sup>781</sup>

A su turno, la *libertas* surgió como una característica típica del ciudadano romano como elemento inseparable de la ciudadanía. Es, en sí, una connotación esencial de la *civitas* liberada del tirano, tal como la refiere Tito Livio. Coincide con la creación de magistraturas con *imperium* anual. Es el libertador del pueblo romano del *rex* y garante de la *libertas*, según el historiador Lucio Junio Bruto.<sup>782</sup>

Y así nos recuerdan las fuentes romanistas: “Es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley” (D. 1,5,4, pr, Flor. 9 inst). Mientras que en I. 1. 3. 1. se señala: “*De personarum iure. Personae sunt duae species, liberi homines et servi. Liberi sunt, qui in potestate sua sunt, quod iure gentium gentiumve constituto paterfamilias in filios potestatem habet*”. El concepto de libertad dado por el jurista es profundo y sintético como lo son las buenas definiciones. En él, nos recuerda que la libertad no es un derecho, sino una facultad connatural al ser humano, sea libre o esclavo. Luego, ella puede verse alterada por una cuestión de estatus, donde el *status civitatis* no debe ser obviado en el análisis. La ciudad será entonces una organización de hombres

<sup>780</sup> Respecto a las interpolaciones que pudiera poseer el fragmento de Ulpiano. Ver IGLESIAS, *op. cit.*, p. 99, nota 30.

<sup>781</sup> IGLESIAS, *op. cit.*, p. 98.

<sup>782</sup> Liv. 1. 56. 8: “*Ergo ex industria factus ad imitationem stultitiae, cum se suaque praedae esse regi sineret, Bruti quoque haud abnuvit cognomen ut sub eius obtentu cognominis liberator ille populi Romani animus latens opperiretur tempora sua*”.

libres. Y por supuesto, sus límites vendrán desde la *vis* o desde la *lex*, a modo de simplificación. De allí que Augusto señalará en *Res Gestae*: “Vindiqué la República a la libertad, la que estaba oprimida por la dominación de las facciones”.<sup>783</sup>

Las normas del *ius publicum* estarán excluidas de la autonomía privada de las partes. Así, el individuo verdaderamente autónomo no tiene derecho a regular de manera divergente las relaciones que caen bajo dicho ámbito.

A su turno, la *libertas* ya desde la Roma preclásica implicará el estatus de un *liber*, en contraposición del esclavo, la capacidad de poseer derechos y la ausencia de sujeción a otro *homo*, siendo su desarrollo posible solo dentro de la *civitas*, de modo que no podrá separarse la libertad del individuo de la libertad del ciudadano.<sup>784</sup>

La esfera pública es más bien una zona de libertad de un individuo adjetivado como ciudadano,<sup>785</sup> si bien puede ponerse en jaque el concepto de igualdad en dicha conceptualización, cuestiones que con solo analizar la historia aún en forma superficial quedan despejadas.

---

<sup>783</sup> Aug. *Res Gestae* 1 “*rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi*”.

<sup>784</sup> LABRUNA, op. cit., p. 20; sostiene: “*la civitas si fonda sull’interdipendenza di tre partes: rex prima e poi magistrati, senato e popolo. L’organizzazione e i meccanismi di funzionamento di queste partes pongono le basi della crescita stessa della res publica. Dunque si può affermare che la cittadinanza fonda e struttura l’ordinamento dello Stato.*”

<sup>785</sup> BRUNT, P. A. (1988). *The Fall of the Roman Republic and Related Essays* (p. 297). Oxford: Oxford University Press. Acerca del problema, véase también MANFREDINI, A. D. (2010). *Le pilleus libertatis* (C. 7, 2, 10 - C. 7, 6, 1, 5). *RIDA*, (57), pp. 247-263; BAUMAN, R. A. (2000), *Human Rights in Ancient Rome* (p. 101). Londres-Nueva York: Routledge; ARENA, V. (2012). *Libertas and the Practice of Politics in the Late Roman Republic* (p. 54). Cambridge: Cambridge University Press.

Para concluir, y enraizado con el concepto de justicia, la importancia del análisis histórico de las instituciones viene confirmado por Florentino en D. 1, 1, 3, para demostrar la interdicción de la violencia. Si bien el pasaje está establecido en torno al delito de injurias, pensando en las lesiones físicas, lo cierto es que de él puede desprenderse el mismo razonamiento en torno a la libertad y ese parentesco común al decir: “Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro”.