

Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la *familia* en el Derecho Romano arcaico

Laura SANZ MARTÍN

Universidad Carlos III de Madrid
lsmartin@der-pr.uc3m.es

Resumen: En este artículo se trata de abordar la naturaleza y función que desempeñaba el instituto familiar en el Derecho Romano de la época arcaica. Es de gran importancia para conocer el sentir jurídico de la vida romana, analizar las características que envolvían la familia romana antigua, así como los poderes ejercitados por el *paterfamilias*, poderes que condicionaron y amoldaron en los primeros siglos, una legislación estatal carente de normas y reglas que afectarían a las relaciones intrafamiliares.

Abstract: In this article it is to approach the nature and function that it carried out the family institute in the Roman Law of the archaic time. It is of great importance to know feeling juridical of the Roman life, to analyze the characteristics that wrapped the old Roman family, as well as the powers exercised by the *paterfamilias*, powers that conditioned and they accommodated in the first centuries, a lacking state legislation of norms and rules that affected to the family relationships.

Palabras clave: *familia, paterfamilias, filiusfamilias, patria potestas, gens, civitas, mujer sui iuris, sacra, adgnatio.*

Keywords: family, *paterfamilias, filiusfamilias, patria potestas, gens, civitas, sui iuris woman, sacra, adgnatio.*

Sumario:

- I. Introducción.**
- II. Diferentes posiciones doctrinales.**
- III. Conclusiones.**

I. INTRODUCCIÓN

Ahondando en el aspecto originario y evolutivo de la *familia* romana antigua, debemos señalar que sobre la misma existen diversas teorías, concordes unas y antagónicas otras, pero teorías que, como a continuación veremos, giran todas ellas sobre la idea del sometimiento de los sujetos familiares a la *auctoritas* del *paterfamilias*, esto es, se basan en la especial estructura que presenta la familia en época arcaica. En este elemento estructural se encuentra la base de la génesis y la finalidad primitiva de la familia.

El concepto de *familia* romana en el derecho antiguo es inseparable del sistema de la *patria potestas*, los poderes del *paterfamilias* sobre los miembros que conforman el grupo familiar se entienden semejantes en todo a los del jefe de un grupo organizado, de ahí que no solo el patrimonio, sino los mismos componentes de la *familia* quedasen sujetos al dominio del *paterfamilias*.

La *potestas* que un *paterfamilias* 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 entre sí simplemente por la autoridad que una de ellas, el *paterfamilias*, ejerce sobre los otros con fines que trascienden el orden doméstico¹.

El *paterfamilias* es concebido como un jefe², como un señor o soberano³ del grupo familiar y no como un padre de familia⁴, en el sentido propio y actual del término. El poder del *paterfamilias* como jefe del grupo familiar se nos

¹ BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Milán 1963, p.7.

² ULP., D. 50, 16, 195, 2: *Paterfamilias is qui in domo dominium habet*.

³ En este sentido, dice Séneca (Ep., 5, 47, 14) que la familia es una república en pequeño, en la que el *paterfamilias* ostenta un *imperium domesticum* comparable al *imperium magistratual*.

⁴ En palabras de IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona 1993, p. 499, n. 3, "la generación nada indica en este punto. *Paterfamilias* significa cabeza libre, es decir, no sometida a otra *potestas*. *Filiusfamilias* no quiere decir procreado, sino sometido a la *potestas* de un *paterfamilias*". Véase también BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, Milán 1965, pp. 551 y ss.

muestra con un carácter absoluto y unitario y que recae por igual sobre personas y cosas, no siendo los deberes y poderes del *paterfamilias* concebibles como deberes y poderes de orden doméstico. El vínculo que une a los miembros de la *familia* no es el de consanguinidad, sino el común sometimiento a una misma autoridad, y en este sentido se manifiesta Ulpiano al decir: *Familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae*.

Para llegar a entender el significado de la *patria potestas*, como nexo de la vida familiar, es necesario examinar el concepto romano de *familia* en la época arcaica. Para ello debemos acudir a las diferentes concepciones e hipótesis formuladas por la doctrina sobre esta cuestión tan controvertida por la falta de fuentes con la que nos encontramos.

Las discusiones se centran en la cuestión de si la *familia* fue el primer núcleo humano que tuvo una trascendencia social relevante a la hora de irse configurando y construyendo las diferentes instituciones sociales, políticas, religiosas, o si, por el contrario, la *familia* no es más que la imagen reducida de otros institutos que, como el Estado, proyectaron su organización, estructura y contenido, sobre fórmulas resultantes del desarrollo natural de los mismos. Otro problema que se nos plantea es si la *civitas* surgió por la agregación de grupos menores o más bien es un producto de disgregación de otras instituciones o federaciones más amplias.

II. DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES

Para poder abordar este problema, es necesario hacer referencia a las diferentes interpretaciones que se han dado sobre la naturaleza específica de la *familia* romana, como paso previo para determinar si la célula estatal es anterior en el tiempo a la célula familiar o viceversa.

Así, entre las principales doctrinas respecto a la *familia* arcaica, cabe recordar la que considera la *familia* romana como un grupo patriarcal⁵, puesto bajo la autoridad despótica del *paterfamilias* y que basándose en la idea primitiva de la evolución natural, la considera fundada en los vínculos sanguíneos derivados de la unión conyugal. Esta teoría no se discutió durante mucho tiempo porque como dice Torrent⁶, se consideraba a la *familia* como un núcleo muy elemental,

⁵ El nombre deriva de la antigüedad bíblica. Hablando de "organizaciones patriarcales" se alude a la *familia*, gobernada por una autoridad despótica. Cfr. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, en *Scritti I*, Turín 1916, pp. 18 y ss., y Corso, I, o. c., pp. 7 y ss.

⁶ TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza 1991, p. 509.

la célula germinal de la sociedad. Con esta teoría en la que se destaca el papel del *paterfamilias* como padre sanguíneo, se descartó la teoría matriarcal defendida por Bachofen⁷, mediante la cual se pretendía encontrar el fundamento de la *familia* arcaica en la figura de la madre, teoría esta hoy totalmente superada.

La teoría patriarcal que, bajo un planteamiento doctrinal decimonónico, consideraba la *familia* fundada en los vínculos sanguíneos derivados del matrimonio, encontró su fundamento en la figura del *paterfamilias*, considerado como un elemento fundamental dentro de la estructura de la *familia* arcaica, si bien cuando fue notorio que la *familia* arcaica estaba constituida por un grupo de personas entre las cuales no había un claro vínculo sanguíneo, dicha teoría empezó a entrar en crisis. El *paterfamilias* tenía autoridad sobre todas las personas que formaban el instituto familiar, aunque éstas no estuvieran ligadas a él por vínculos de sangre.

Esta idea de la teoría patriarcal ya fue apuntada por Platón, Dierco y Aristoteles⁸, al afirmar que la sociedad había nacido de la *familia* basada en los vínculos sanguíneos, y seguida por autores como Vico⁹, Ihering¹⁰ y Mommsen¹¹.

Según esta teoría, la célula de la sociedad humana es la *familia*, sometida a la férrea autoridad del *paterfamilias*, esto es, a la autoridad despótica del cabeza de la stirpe. A la muerte de éste, sus descendientes permanecerían unidos, en cuanto sujetos ligados por una descendencia común. Esta célula tuvo su expansión natural, creándose nuevas familias. De la agrupación de estas familias surgió la *civitas*, o dicho de otro modo, las agrupaciones de esas familias posibilitaron el origen de la *civitas*.

Según señala Guarino¹², la *civitas* se formó progresivamente a través de la unión de las antiguas tribus, fruto a su vez de la unión de organismos políticos menores como la *familia* y las *gentes*.

La *familia*, se configura en la edad precívica como un verdadero “microorganismo político-económico”, constituido por hombres, animales y

⁷ Sobre la misma, véase BACHOFEN, *Das Mutterrecht*, Basilea 1897; vase d'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca 1943, p. 32.

⁸ Véase ARANGIO-RUIZ, “Le Genti e la città, II”, en *Anuario Univ. Messina*, 1913-14, pp. 132 y ss.

⁹ VICO, *Principii di scienza nuova*, ed. Nicolini, Vol I, pp. 24 y ss.; Vol. II, pp. 377 y ss.

¹⁰ IHERING, *Geist des röm. Rechts. I*, Gotinga 1889, p. 179. Traducción castellana de PRINCIPE Y SATORRES, Madrid 1895, pp. 209 y ss.

¹¹ MOMMSEN, *Storia di Roma*, trad. ital. Quattrini, Milán 1962-63, vol. I, p. 41.

¹² GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Nápoles 1959, pp. 40 y ss, y p. 70.

cosas materiales, caracterizado por sus propios *sacra* y organizado como unidad bajo el poder absoluto, (*manus* o *mancipium*) de un antecesor o jefe (*paterfamilias*). Esta estructura originaria influyó decisivamente sobre la institución familiar, haciendo que el elemento vinculante entre todos los miembros familiares no fuese el puro y simple parentesco de sangre, como la lógica actual nos haría pensar, sino algo bien distinto, esto es, la *adgnatio*.

El fundamento de la *familia* romana se encuentra en la voluntad de sus miembros de permanecer unidos bajo la dirección del *paterfamilias*, voluntad derivada del convencimiento de que la *potestas* del *paterfamilias* sobre los miembros de la *familia* y sobre las cosas, se muestra conforme con las querencias misteriosas de los *númina* y con la creencia de que el *paterfamilias* era designado por la divinidad para interpretar los deseos de los sujetos dependientes y representar la unidad.

Niebuhr¹³ 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* 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.

Meyer¹⁴ igualmente 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 estructuras independientes sino subdivisiones del Estado. El Estado no surgió de ellos, sino más bien, ellos fueron creados por obra del Estado. La humanidad primitiva presenta la existencia de muchos grupos sociales que se sobreponen o se entrecruzan, la posesión de un territorio delimitado no es 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.

Un lugar destacado debe otorgarse en este punto a la teoría de Bonfante¹⁵, quien propugna la politicidad de la *familia* romana arcaica. Las bases de dicha teoría fueron fijadas por Ruggiero¹⁶ pero fue Bonfante quien las desarrolló ampliamente.

¹³ NIEBUHR, *Römischen Geschichte*, Berlín 1911.

¹⁴ MEYER, *Geschichte des Alterthums. Forschungen zur alten Geschichte*, II, 1899; véase en BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, o.c., pp. 27 y ss.

¹⁵ BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Milán 1963, p. 7.

¹⁶ DE RUGGIERO, "La gens in Roma avanti la formazione del comune", en *Critica e scienza positiva*, Nápoles 1872.

Para la formulación de esta hipótesis, el insigne romanista partió del estudio de la distinción romana entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*¹⁷, esto es, de un estudio de la propiedad, y de ahí pasó al estudio de la *familia*¹⁸, para acabar afirmando que entre *familia* y propiedad existía una gran afinidad.

Así, según la teoría bonfantiana, la *familia* es un organismo político soberano, y no un simple organismo administrativo con funciones políticas, es un estado embrionario¹⁹. Sería un organismo cuya estructura y función tiene la misma naturaleza que la *civitas*.

Esta naturaleza originaria de la *familia* romana se apoya en una serie de indicios referenciales, entre los cuales se apuntan:

- que los poderes del *paterfamilias* se entienden semejantes en todo a los del jefe de un grupo político superior.
- que el modo de entrar a formar parte de una *familia* es igual a cómo se entra a formar parte de un Estado, esto es, por nacimiento de un miembro de la misma o bien sometándose a la potestad del *paterfamilias*, perdiendo todo vínculo con el grupo anterior.

Además hay que destacar que, al igual que el Estado, la *familia* tiene su propio culto, los *sacra privata*, que preside y cumple como sacerdote el propio *paterfamilias* para asegurar a la *familia* la protección de los ascendientes difuntos²⁰, sus *auspicios*...

Así pues, la *familia* se presenta como un grupo preexistente a la *civitas* constituido por razones de orden y de defensa, teniendo las mismas características y fines que el Estado.

Según manifiesta Longo²¹ en defensa de esta teoría, la función principal que hoy en día corresponde al Estado, y que nosotros 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

¹⁷ BONFANTE, "Res Mancipi" e "res nec Mancipi", *Scritti 2*, Turín 1918, pp. 1 y ss.

¹⁸ BONFANTE, "La gens e la familia", *Scritti 1*, 1916, pp. 1 y ss.

¹⁹ BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove*, o. c. p., 41.

²⁰ Véase OVIDIO, *Fausto*, II, 547; CATON, *De re rustica*, 143.

²¹ LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milán 1946, pp. 1-5.

naturaleza de Estado. Debemos tener claro que la exigencia de orden y de seguridad, es lo primero que las agrupaciones humanas de cualquier tipo, composición y extensión, tienen obligación de proveer necesariamente, asumiendo así la forma de organizaciones políticas.

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. La *gens* se presenta como un organismo intermedio entre la *familia* y la *civitas*, esto es, un organismo político pero de grado superior a la *familia*. Este hecho de concebir a la *gens* como un órgano intermedio abre una brecha en la teoría patriarcal, en el sentido de que a partir de la *familia*, y a través de una organización superior como es la *gens*, llegaríamos a la *civitas*, es decir, al concepto primigenio de Estado.

Longo²² en su concepción de la institución familiar, entiende la *familia proprio iure* como un grupo de personas unidas entre sí por la autoridad de una de ellas, la del *paterfamilias*, autoridad que es ejercida sobre los miembros familiares de igual forma que la ejercida por el Estado sobre sus súbditos. Esta autoridad, garantía de estabilidad del grupo familiar, no puede entenderse como un poder de carácter doméstico, conforme a la actual concepción, sino como un poder en el que se concentran determinadas facultades que en la actualidad escapan al ámbito puramente familiar y que, o bien han desaparecido, o bien se configuran como prerrogativas propias y exclusivas del poder público.

En cuanto a esta idea, Voci²³ entiende que los poderes del *paterfamilias* tienen como límite las propias *leges regiae*. El poder punitivo del que está investido el *paterfamilias* tiene su explicación en la concepción de la *familia* como sujeto tutelar en el orden moral.

La pertenencia a una *familia*, como a un Estado, depende de la sujeción a una misma autoridad, y ello por el nacimiento en una *familia* o por el sometimiento de un tercero a la autoridad del *paterfamilias*. Es evidente, tanto en la *familia* como en el Estado, el carácter de exclusividad, en base al cual es imposible pertenecer simultáneamente a dos o más familias.

Algunos autores, así Perozzi²⁴, señalan que la teoría de Bonfante es aceptable, si bien entienden que no hay que exagerar la idea de la politicidad de la *familia* romana. Ciertamente la *civitas* se formó por la unión de varias

²² LONGO, *Corso*, o. c., pp. 5-10.

²³ VOCI, "Esame della tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica", en *Studi in onore Arangio-Ruiz I*, Milán 1952, pp. 101 y ss.

²⁴ PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano, II*, Milán 1947, pp. 300 y ss.

gentes, y la *gens* tendría en un principio un jefe (*pater gentis*), una unidad política... hasta que sus funciones fueron absorbidas por la *civitas*.

Al respecto, podemos hacer una reflexión en el sentido de que la naturaleza de la *familia* romana no fue un concepto estático e inamovible, como no lo fue ni lo es, ningún instituto sobre el que se proyecte la juridicidad y las relaciones sociales, políticas, económicas... de una comunidad social. Las funciones asumidas por cualquier grupo familiar en la antigüedad no fueron otra cosa que el reflejo de las necesidades estructurales de los propios individuos, recogidas y amparadas por los poderes familiares, poderes estos estructurados según el momento y desarrollo del Estado en el que se integran.

Dicho esto, no creo adecuado entender que la *gens* romana subsistiera o fuera necesaria su pervivencia solo hasta el momento en el que el Estado adquiriera un grado de desarrollo suficiente como para asumir las funciones deseables respecto de sus nacionales, perdiendo la *familia* y con ella la *gens*, sus funciones políticas. Las fuentes nos hablan de grupos familiares autónomos cuya evolución extrafamiliar fue creando las bases propicias para que surgiera una supraentidad política, sin necesidad de que los grupos políticos inferiores sufrieran una involución en su naturaleza y fines.

La *familia* posee un carácter de organismo natural, en el que las personas están ligadas por un vínculo real de sangre y a la vez político. Para Perozzi²⁵ este concepto "político" de la *familia* responde a la idea de un organismo cerrado, delimitado por la sujeción de sus miembros a la potestad de un jefe. La *familia* romana es como un pequeño Estado en el que el *paterfamilias* es el soberano. En este sentido, la *familia* es un grupo político, pero matiza esta idea añadiendo que también existen diferencias notables, como por ejemplo que la asamblea de la *familia* no existió nunca, mientras si existieron en la *gens* y en la *civitas*, y que el consejo del *paterfamilias* no estaba formado como el del *Rex*, por personas predeterminadas y siempre investidas de poder.

Siguiendo esta idea, Bonfante sostiene que la *familia* tenía tribunales propios, esto es, *iudicia doméstica*, y normas consuetudinarias propias (*mores familiares*), pero la realidad es que estas afirmaciones no encuentran ninguna confirmación en las fuentes literarias, ya que en los numerosos casos en los que en estas se alude al hecho de que el *paterfamilias* castiga a un *filiusfamilias* debe entenderse como una manifestación de la *patria potestas* que el soberano familiar ejercía sobre el grupo.

²⁵ PEROZZI, *Istituzioni*, I, o. c., p. 311 n.1.

La teoría bonfantiana ha sido apoyada por un gran sector de la doctrina en lo que se refiere a la esencia política de la *familia* romana arcaica. La *gens* se presenta como el resultado de un proceso histórico, un embrión de organización política, en cuanto tenía culto y sepulcros propios y el poder de emitir *decreta gentilitia*, asumiendo el ejercicio de funciones políticas de orden y defensa²⁶. Por lo menos en los primeros tiempos, la *gens* romana tenía una constitución de marcado carácter jurídico-político: así, existía un derecho hereditario recíproco entre los gentiles, de manera que los bienes quedaban siempre salvaguardados dentro de la *gens*, quedando excluidos de la herencia los descendientes por línea femenina.

Las escasas fuentes que sobre la *familia* han llegado hasta nosotros nos apuntan que la *gens* se remonta a las primeras inmigraciones, configurándose como una primitiva forma de organización intermedia entre el Estado y la *familia*.

Configurado ya el Estado como autoridad política superior, ésta según Bonfante²⁷, no se ejercería directamente sobre los individuos, sino sobre los grupos sometidos a él. Estos grupos aparecen en la sociedad romana primitiva como las *familiae*, las *gentes*, las tres tribus (los Titíes, los Luceres y los Ramnes), y la *civitas*. Esta última con el tiempo, se iría afirmando cada vez más, como grupo político único, rompiéndose esa unión existente entre los grupos menores, que irán desapareciendo progresivamente. Así frente a la *civitas* quedaría sólo la *familia*, que irá también perdiendo gradualmente su carácter de grupo político, si bien conservará su estructura de antiguo, hasta llegar a la época imperial, momento en el que la institución familiar no será más que un vetusto residuo de aquel primitivo organismo político que fue la *familia* romana.

En esta línea, Grosso²⁸ sostiene que la validez de la interpretación política se encuentra en el paralelismo entre el Derecho público y el Derecho privado y en el hecho de que los grupos familiares y gentilicios cumplan en acción o en potencia las funciones de conservación y de defensa que la sociedad implica, propias de cada organización política, regulando el ejercicio de tales funciones mediante un ordenamiento jurídico interno. Igualmente, De Martino²⁹ señala que la *familia* tiene una finalidad básicamente política, si bien, los cambios

²⁶ DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 175.

²⁷ BONFANTE, *Corso*, I, o. c. pp. 7 y ss.

²⁸ GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Turín 1965, pp. 11 y ss.; *Rivista internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, (Nápoles), 4 (1953) 421 y ss.; *Conferenze Trieste*, 2, 1967, pp. 90 y ss.

²⁹ DE MARTINO, *Historia económica de la Roma antigua I*, trad. esp. Esther Benítez, Madrid 1985, p. 13.

acaecidos en la base económica y la aparición de la agricultura no carecieron de influencia sobre la estructura social. Reafirma este carácter político, especialmente para la *gens*, pero como resultado de un proceso de evolución histórico.

Siguiendo en un primer momento la línea bonfantiana, para declarar en sus estudios posteriores la superación de dicha tesis, De Francisci³⁰ ve en la *gens* la semilla de la organización política, en cuanto asume las funciones políticas de orden y de defensa propias de esas organizaciones, y por ende, afirma la base política de la *familia* romana arcaica. Orestano³¹ lo corrobora al menos en lo que respecta a la *gens* y expone que la comunidad primitiva se formó por la unión de las *gentes* y la incorporación de las aldeas.

Por su parte Frezza³² también mantiene en sus argumentos sobre la naturaleza de la *familia* romana arcaica la teoría política. Ve en el *Latinum nomen* una federación de Estados que preceden al ordenamiento ciudadano de Roma. Esa federación tenía como órgano fundamental una asamblea en la que estaba representado cada *populus* confederado. Este vínculo se configura con características muy débiles con el fin de permitir a cada Estado el poder afirmarse el uno sobre el otro. En cada caso, cada Estado mantiene su independencia en todo lo referente a sus relaciones y aspectos internos. En la línea bonfantiana, Frezza³³ afirma que la *familia* es un organismo federativo, representada por asambleas de las diferentes comunidades. Dentro de estas comunidades latinas es donde surgiría la *familia*, en pugna por un lado con el principio autoritario del *paterfamilias*, y por otro con el principio colectivista y comunitario de las estructuras federales. En este sentido el *paterfamilias* sería un miembro más de la colectividad a la vez que jefe de la *familia*. La *patria potestas* se entendería reducida a una simple dirección del grupo familiar.

Asimismo Frezza³⁴ afirma, que la *familia* romana primitiva pone de manifiesto una clara prevalencia de la organización colectiva. En cuanto a la

³⁰ DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano*, Milán 1943, III, I, pp. 121 y ss.; “La comunità sociale e politica romana primitiva”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 22 (1956) 65 y ss.; “La formazione della comunità politica romana primitiva”, en *Sintesi storica del Diritto Romano* (Roma), 3 (1968) 19 y ss.

³¹ ORESTANO, “Gens”, en *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, (Turín). 7, pp. 782 y ss.

³² FREZZA, “Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio”, en *Rivista di Filologia Classica* (Turin), 62 (1934) 27 y ss.; “Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell’antico diritto romano”, en *SDHI*, 4 (1938) 363 y ss.; *La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti*, Scr. Ferrini, I, 1947, pp. 275 y ss.; *Corso di Storia del Diritto Romano*, 3ª ed., Roma 1974.

³³ FREZZA, “La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti”, en *Scritti beatificazione Ferrini*, I, Milán 1947, p. 285.

³⁴ FREZZA, *Intorno alla leggenda dei Fabi al Cremera*, *Scritti beatificazione Ferrini* I,

gens, sostiene que su aparición fue anterior al surgimiento de la ciudad-estado. La considera como la expresión del vínculo que puede unir grupos familiares separados los unos de los otros, mientras que a las organizaciones familiar y gentilicia les concede, siguiendo la pauta de la teoría política, un carácter estatal, pudiendo asumir, al menos teóricamente, las mismas funciones que el Estado.

Como ya hemos señalado, la teoría de Bonfante ha sido aceptada por una gran parte de la doctrina, si bien no carece de argumentos que pueden ser utilizados a la hora de desmentir el carácter político que se le atribuye a la *familia* romana. Algunos autores, como De Visscher³⁵, consideran que hay que corregir las explicaciones dadas por Bonfante, en el sentido de que el poder del *paterfamilias* se designa con el nombre de *mancipium*, y que si éste ofrecía una naturaleza política, era un poder global, total y originario al que estaban sometidos personas y cosas; así, todo lo que figuraba dentro de la *familia* romana se encontraba *in mancipio*. La *patria potestas* podía entenderse como un poder político, en la medida en que la antigua organización gentilicia tenía un carácter político, pero en su estructura consistía en un poder que iba más allá de un contenido meramente político.

Para Arangio-Ruiz³⁶, en su crítica a la teoría bonfantiana, la *familia* no tiene carácter político, sino fundamentalmente económico, siendo éste el aspecto que debe destacarse en la estructura de la *familia* romana. Esta idea la fundamenta de un lado, en el hecho de que en el Derecho público los *filiifamilias* están situados en un plano de igualdad con los *patresfamilias*, dato éste suficiente para descartar, según él, el carácter político, esto es, estatal de la *familia*; de otro, en que la razón de que a los *fili* no se les reconozca capacidad de obrar está en la estructura fundamentalmente agrícola por la que se caracteriza la *familia* romana arcaica. Así, la agricultura intensiva se presenta como la célula germinal de la *familia*. Esta se mantiene como núcleo de trabajo, para explotar intensivamente un trozo de tierra, el *fundus* familiar. Así pues, Arangio-Ruiz no presupone la preexistencia de la *familia* y la *gens* a la *civitas*, destacando que en Italia los indicios de civilización neolítica lo son de vida estatal y no gentilicia. Concibe la *familia* romana como un organismo constituido con fines prevalentemente económicos.

Siguiendo esta línea, la romanística alemana en general³⁷ concibe la *familia* romana, como una gran comunidad donde todos los miembros eran iguales

Milán 1947, p. 302.

³⁵ DE VISSCHER, "Potestas et cura", en *Études de Droit Romain*, París 1931, pp. 13 y ss.

³⁶ ARANGIO-RUIZ, *Le genti II*, o. c., pp. 11 y ss.

³⁷ KASER, *Derecho Romano Privado*, 5ª ed., trad. esp. Sta. Cruz Teijeiro, Madrid 1968,

en derecho. Este sector doctrinal busca apoyo para su teoría en el *consortium ercto non cito* aludido por Gayo y Paulo³⁸, y es en éste donde encuentran la prueba de que la *familia* romana era una comunidad integrada por el padre y por los hijos en una situación de igualdad de derechos.

Kaser³⁹ afirma que la *familia* es un grupo con base agrícola, y por lo tanto económico-social. En referencia al Derecho hereditario y criticando las ideas apuntadas por Bonfante en esta materia, señala que en principio los bienes familiares no los hereda un sujeto único, sino la comunidad de herederos. Bonfante pone el acento en el hecho de que el *heres* no se presentaba como un heredero en sentido patrimonial, sino como sucesor en sentido político, como nuevo jefe político de la *familia*. El heredero aunque no recibía bienes patrimoniales concretos, venía a ser investido con el título, de *nomen heredis*, como el nuevo jefe político de la *familia*.

En esta línea de oposición a las ideas que sobre el Derecho hereditario se contenían en la teoría política, Ambrosino⁴⁰, al estudiar la *in iure cessio hereditatis*, afirma que la sucesión romana no es una sucesión política, esto es, no hay una transmisión de poderes políticos del *de cuius* al heredero, sino que opera con unos conceptos jurídicos que se apartan del carácter político de la primitiva *familia* romana.

Estos tres últimos autores a los que nos hemos referido, presentan el contenido material de la *familia* arcaica como el único fundamento válido que justifica su organización y estructura. En la *familia* destacaría la idea de poder del *paterfamilias* sobre los hijos y sobre todas aquellas cosas que estuvieran sujetas a él en virtud de su *auctoritas*.

pp. 68 y ss.

³⁸ GAYO, 3, 154; Sobre el *consortium ercto non cito*, véase FADDA, "Consortium collega, magistratum, communio", en *Studi Brugi*, 1910; FREZZA, *Il consortium ercto non cito e i nuovi*, o. c., pp. 27 y ss; "Consortium", en *NNDI* (Torino), 4 (1968) 246-247; MASCHI, *Disertiones. Ricerche in torno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milán 1935; ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de Sociedad: Consortium y societates", *RDP*, 26 (1942); BRETONNE, "Consortium e communio", en *Labeo. Rassegna di Diritto Romano (LABEO)*, (Nápoles), 6 (1960); TORRENT, "Consortium ercto non cito", en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, (Madrid), 34, (1964) 479 y ss.; IGLESIAS-REDONDO, "Situaciones individuales y situación de comunio en el derecho romano", en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, (Madrid), 1981, p. 780; GUTIÉRREZ-MASSON, *Del «consortium» a la «societas». I Consortium ercto non cito*, Madrid 1987.

³⁹ KASER, "La famiglia romana", en *Conferenze romanistiche dell'Università di Trieste*, Milán 1960, pp. 37 y ss.

⁴⁰ AMBROSINO, "In iure cessio hereditatis", en *SDHI*, 10 (1944) 82 y ss; "Successio in ius, successio in locus, successio", en *SDHI*, (1945) 65 y ss.

Coli⁴¹, en oposición también a la teoría política de la *familia*, afirma que Estado y *familia* se hallan sobre planos diferentes pero paralelos, esto es, el Estado se caracteriza por la necesidad de defensa e incluso ofensa, mientras que la *familia* se funda sobre la idea de la procreación y, precisamente en razón a ello, la *familia* se organiza y dirige sus medios a hacer frente a la necesidad de sustento.

Destaca Coli, la similitud y la desemejanza que se da, a la vez, entre el poder del *paterfamilias*, vinculado a la *domus*, y el poder del rey, como jefe político. Así pues, la *familia* romana arcaica se caracteriza por tener una finalidad económica bajo la jerarquía del *paterfamilias* y no política, siendo ésta última propia y esencial de la *civitas*. De la misma manera que se niega la politicidad de la *familia*, debemos entender este rechazo también respecto de la *gens*, en la medida en que esta estructura responde a la agrupación de varias familias, apareciendo como un organismo intermedio entre ésta y la *civitas*.

Por su parte, Voci⁴² señala que la *familia* se configura como un espectro en el que se sintetizan un compendio de funciones morales, físicas y económicas, y no como un organismo político, dado que en la *familia* arcaica los poderes del "jefe" aparecen subordinados a los preceptos de la *leges regiae*, mientras que el Estado no ve limitados sus poderes por entidades u órganos jerárquicos superiores, pues el poder se encuentra detentado en su esencia por el orden pontifical.

De la teoría política de la *familia* participó en un primer momento Volterra⁴³, si bien con el tiempo se mostró crítico con ella alegando, entre otras cosas, que la mujer *sui iuris* tiene la posibilidad de disponer, contando con la *auctoritas tutoris*, de la fortuna o patrimonio *mortis-causa*, frente a lo que apunta Bonfante de que el pueblo romano podía desde tiempos remotos ser instituido heredero. Pero realmente si el heredero testamentario fuera en principio el designado a suceder en la soberanía familiar, no sería posible imaginar que el pueblo romano pudiera asumir dicha función⁴⁴.

⁴¹ COLI, "Le origini della civitas romana secondo Di Francisci", *SSE*, 71 (1959) 421 y ss.; "Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma", en *SDHI*, 4 (1938); "Regnum", *SDHI*, 17 (1951) 73 y ss.

⁴² VOCI, *Esame della tesi del Bonfante*, o. c., p. 101.

⁴³ Véase VOLTERRA, *Famiglia romana*, ED, Milán 1967, p. 8, n.31.

⁴⁴ VOLTERRA, "Sulla capacità delle donne a far testamento", en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vitorio Scialoja" (BIDR)*, (Milán), 48 (1941) 74 y ss; "Sulla capacità del populus romanus di essere istituito erede", en *Scritti. Mancaleoni, (Sassari)*, 1938, pp. 203 y ss.; "Le testament de Ptolomé Alexandre II, Roi d'Egypte", en *Bulletin de l'Institut d'Egypte*, (El Cairo), 21 (1938-39) 112-115.

Asimismo, Volterra⁴⁵, en su crítica a Bonfante, afirma que es inexacto hablar de un tribunal doméstico y de jurisdicción del *paterfamilias* en el ámbito de la *familia*, ya que la actividad del *paterfamilias* deriva sola y exclusivamente de la *patria potestas*, como antes apuntábamos, y en este sentido será libre de juzgar un hecho de cualquiera de los que se encuentran sometidos a su autoridad y de comunicarles la pena impuesta. Según las fuentes, la titularidad de la *patria potestas* depende exclusivamente del Derecho de la *civitas*. En base a todo esto, Volterra señala que la *familia* no es grupo anterior a la *civitas*. Muy al contrario, es la *familia* la que tiene una estructura reconocida y regulada por la *civitas*.

Las fuentes jurídicas romanas, afirma Volterra⁴⁶, nos dan una idea de cómo los juristas romanos no concibieron nunca el organismo de la *familia* como autónomo y distinto del ordenamiento de la *civitas*. Así, las relaciones que se generaban entre sus miembros, como los institutos que se relacionaban con la *familia*, tenían relevancia sólo en cuanto estaban regulados por el Derecho positivo de la *civitas*, y es este mismo Derecho el que determina y regula tanto la posición como la capacidad del *paterfamilias* o de los *filiifamilias*, así como los poderes que el primero tenía sobre los segundos.

Otra opinión, que se suma a la crítica que durante los últimos años ha ido creciendo respecto a la teoría bonfantiana, es la de Luzzatto⁴⁷, quien destaca que *familiae* y *gentes* actuaban en el ámbito de la formación política y no se identificaban con el Estado, cuya existencia ya se presuponía. La *familia* y la *gens* han sufrido una larga evolución en el curso de la cual han encarnado organizaciones de características y estructuras muy diferentes. Se afirma así el carácter institucional de la *familia* y de la *gens* como entes provistos de una organización interna propia, pero que no tiene parangón en la estructura, organización y fines que le son propios al Estado. De un lado éste y de otro la *familia* y la *gens* operaban sobre planos netamente diversos e independientes; el Estado no interviene en las relaciones privadas, propias y exclusivas de la *familia* y de la *gens*, de igual manera que éstas no operan en el ámbito del Derecho público. Será tras el desarrollo y la evolución de la idea de ciudadanía, cuando el Estado asumirá competencias mayores, interfiriendo

⁴⁵ VOLTERRA, "Il preteso tribunale domestico in diritto romano", en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche (RISG)*, (Milán), 2 (1948) 103 y ss.; "Sui <<mores>> della <<familia>> romana", en *Rendiconti Acc. Lincei* (Roma), 8 (1949) 516 y ss.; "Ancora sul problema della familia romana", en *RISG*, 6 (1952-53) 402 y ss.

⁴⁶ VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato*, Roma 1961, trad. esp. de DAZA, Madrid 1986, pp. 101 y 102.

⁴⁷ LUZZATO, *Le organizzazioni preciviche e lo Stato*, Módena 1948; *Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche, Scritti minori Cicu, II*, Milán, pp. 457 y ss.

en cierto modo en el desarrollo de la vida familiar, llegando hasta nuestros días, donde la familia se nos muestra como una institución regulada enteramente por el poder público, entendido este como aparato estatal.

Sostiene Luzzato⁴⁸ que a la *familia* romana arcaica le corresponden competencias por su propia existencia, tales como la regulación de las relaciones con los dioses, la *pax deorum*, las relaciones internacionales, las funciones de defensa, la organización administrativa y la delimitación de la esfera de autonomía de los grupos. El ámbito de las relaciones privadas no entra dentro de la competencia del Estado y así la función de defensa de los particulares debe ser asumida por los diferentes grupos naturales, *familiae*, o artificiales, *curiae*, *gentes*. Considera incluso que la *familia* y la *gens* actúan en un plano diferente y tienen estructuras diferentes. Así, la *familia* sería un organismo natural que tiene su origen en el matrimonio y en la filiación, mientras que la *curia* y la *gens* serían organizaciones artificiales. La *curia* se constituye dentro del Estado, antes que la *civitas*, para asegurar protección a sus miembros respecto a las relaciones privadas en las que el Estado antiguo no intervendría. La *gens* es, sin embargo, posterior a la *civitas*, nace de un proceso de diferenciación económica, adoptando a los miembros de las clases más ricas, que una vez constituida impondría su supervivencia en el ámbito mismo de la *curia*. Por tanto, según Luzzato, la *gens* no sería el resultado de la unión de *familiae*, sino una especie de clase aristocrática, en la que se concentraría el poder y la riqueza.

Por lo demás, otras hipótesis ponen el acento en el origen religioso de la *familia* romana primitiva. Así Fustel de Coulanges⁴⁹ afirma el carácter religioso de la *familia* y de la *gens*, seno de la comunidad de culto y de los *sacra*. En esta misma línea, Longo⁵⁰, al tratar el tema de la naturaleza y función social de la *familia* arcaica, considera que la falta de documentación que ofrezca una clara prueba de ello, ha hecho considerar como equivocadas las tentativas de justificar la configuración y el comportamiento del grupo familiar romano basándose en su finalidad religiosa, especialmente en el culto a sus difuntos, o en su finalidad económica.

No se percibe, dice Longo cómo los intereses religiosos o económicos pueden explicar la estructura unilateral de la *familia* y, por ende, el derecho de vida y muerte que sobre los hijos tenía el *paterfamilias* y, así, la única

⁴⁸ LUZZATO, *Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma e l'influenza delle gentes nella costituzione romana durante la monarchia e la prima Repubblica*, *Atti del Convegno "Dalla Tribù allo Stato"*, Roma 1962, pp. 193 y ss.

⁴⁹ FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, 1864, trad. esp. Madrid 1931, lib.2º, cap. 1º, p. 121.

⁵⁰ LONGO, *Corso*, o. c., p. 2.

hipótesis capaz de explicar la organización y el funcionamiento de la *familia* romana es aquella contenida en la teoría política, teoría a la que el autor denomina, teoría histórica.

Esta teoría política establece que la organización humana nunca puede ser una creación artificiosa, sino el producto natural de las condiciones y exigencias sociales de cada una de las épocas y de los ambientes sociales. Si por lo tanto, afirma Longo, la *familia* romana presenta una estructura que para nosotros resulta artificiosa y no natural, y durante mucho tiempo cumplió una función que hoy en día resulta exorbitante y hasta contraria a la esencia de un consorcio doméstico, esto no debe inducir a presuponer que ese instituto fuese realmente un organismo artificial, dotado de funciones anormales, por el sólo hecho de que no se corresponda con el prototipo de nuestra familia actual.

Así las cosas, y en vez de presuponer que la *familia* romana antigua estuviera basada en un principio distinto y tuviera un carácter jurídico diferente al de nuestra familia, Longo toma la aparente artificiosidad de la estructura y la anormalidad de funciones para afirmar que la *familia* romana es una formación sencilla, natural, dado que su base tiene un fundamento parental y su finalidad y sus principios éticos, encuentran su parangón en la institución familiar actual.

Expuestas así las diferentes teorías en punto al origen y naturaleza de la *familia* romana arcaica, debemos hacer patente que ninguna de estas explicaciones por sí sola es totalmente persuasiva a la hora de aclarar los problemas que se han planteado sobre la génesis del instituto familiar. Sin embargo, hay razones de suficiente peso para considerar que la *gens* y la *familia* son anteriores a la propia *civitas*, y en este sentido las siguientes:

- Es notable que no todos los grupos gentilicios son de origen romano, así la existencia de las *gentes* etruscas como la *gens Mamilia*, lo que parece confirmar es que antes de la aparición de la ciudad-estado existían *gentes* procedentes de otros territorios. Por otra parte, el culto a los antepasados, los *sacra gentilicia*, celebrados en el seno de la *gens*, persistieron en el tiempo como *sacra privata*, contraponiéndose a los *sacra publica*, e incluso alguno, como el de Hércules, fue adoptado por la ciudad, dada la relevancia del grupo y su preexistencia.
- El llamamiento de los gentiles a la herencia sancionado por las XII Tablas viene a demostrar que, en consideración al parentesco natural o artificial que unía a los miembros de la *gens*, estos heredaban recíprocamente en una época muy anterior a la ley decenviral, y no se explicaría que en el siglo V a.C. se reconociera un derecho sucesorio a favor de los miembros de una misma *gens* entre sí, si esta hubiera aparecido con posterioridad a la

civitas, dado que en tal caso mucho mas lógico hubiera sido atribuir la herencia vacante a este último⁵¹.

- Parece clara, en la medida en que todas las teorías expuestas inciden en ello, la íntima relación entre *familia*, propiedad y herencia. De ahí que del concepto de *familia* dependa el de herencia, y que en relación con el concepto de herencia esté el de propiedad.

III. CONCLUSIONES

Ante todo es necesario dejar sentado de la forma más concisa posible la naturaleza propia de ese cuerpo social que los romanos llaman *familia* y sobre el que el instituto tutelar toma sus primeras notas. Es pensamiento común en la doctrina, pensamiento que por otro lado nosotros compartimos, que lo que define con propiedad a la *familia* arcaica no es otra cosa que el sometimiento de todos sus miembros a la misma autoridad de un jefe, único sujeto capaz de relaciones jurídicas, denominado *paterfamilias*, cuyo elemento vinculante es la *adgnatio*. El *paterfamilias* regula la vida familiar de forma soberana equiparándose su poder al que tiene el magistrado sobre los *cives*.

Compartimos de igual forma la nota de politicidad propugnada por Bonfante y Longo, en el sentido de que la *familia* se desenvuelve como un grupo político cuya función principal es atender tanto a exigencias de carácter externo, como son la defensa ante agresiones de otros grupos, como a exigencias de carácter interno, como son las de sustento, manutención, los *sacra privata*. Las funciones de autoridad interna y de defensa frente al mundo externo, explican en gran medida el vigor de la *patria potestas* en época arcaica, poder que no le es atribuido al *paterfamilias* sino que es originario. En este sentido, el *pater* asume el papel de dirigente económico y religioso, papel derivado de su condición de jefe político del grupo familiar, pues como acertadamente nos dice Iglesias, sería un grave error creer que en Roma sólo se hace política desde el asiento cívico y no desde el seno familiar.

Como colofón a este estudio sobre la génesis de la *familia* romana arcaica, creemos que se pueden señalar algunas características que se perpetuaron en la *familia* entendida ésta como comunidad de personas y núcleo organizado para atender unos fines generales que trascienden el interés de sus miembros singulares, y que se funda sobre un vínculo exclusivo y excluyente de subordinación a una *potestas* superior: como características podemos destacar la autonomía, el autogobierno, la autarquía y la religión, pilares insustituibles y conformadores de un sentir y hacer propios, dentro del grupo familiar.

⁵¹ Cfr. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Nápoles 1932, pp. 118 y ss.