

PRIMERA PARTE
LA CARACTERIZACIÓN HISTÓRICA DEL BINOMIO
PÚBLICO-PRIVADO

CAPÍTULO I
PRIMERA APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO
DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO:
EL CASO ROMANO

1. Poder y propiedad como notas iniciales de la definición	25
A. Lo público, el poder, el ejército, la familia y los individuos	26
B. La caracterización jurídica: la <i>lex publica</i> y el <i>ius civile</i>	32
C. La transformación imperial: la codificación como <i>fons omnis publici privatique iuris</i>	34
D. Lo público y lo privado como categorías dentro de la codificación	40
2. Crítica de estas notas definitorias	41
A. La propiedad como derecho	41
B. El poder como reflejo y consecuencia de la propiedad	42

PRIMERA PARTE

LA CARACTERIZACIÓN
HISTÓRICA DEL BINOMIO
PÚBLICO-PRIVADO

CAPÍTULO I

PRIMERA APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: EL CASO ROMANO

1. PODER Y PROPIEDAD COMO NOTAS INICIALES DE LA DEFINICIÓN³⁵

Se ha dicho³⁶ que el binomio público/privado es “romano” tanto en su perfil ideológico (lo que es discutible)³⁷ como en su expresión ter-

35 Las citas de autores latinos proceden de las fuentes habituales, es decir, del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae iussu Instituti Savigniani Compositum*, Berolini Typis et Impensis Georgii Reimeri, MCMIII, de Lerel, *Palingenesia*, de Merguet, H., *Handlexicon zu Cicero*, 1905, de Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1893-1978, de Miguel, R. de, *Diccionario etimológico latino español*, Madrid, 1908, y del *Digesto* (en *Corpus Iuris Civilis*, I, cit.), además de las extraídas de las obras a que se hace referencia en la bibliografía de este mismo capítulo.

36 Nocera, Guglielmo, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Perugia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 7. Vid también, de este mismo autor, “Privato e pubblico a) diritto romano”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 615-660. Estos trabajos, extremadamente sugerentes y de los que se han extraído materiales esenciales para esta elaboración, contienen, sin embargo, afirmaciones totalmente injustificables como sus referencias al “gobierno representativo” o a la “opinión pública” o a la relación entre “electores y elegidos”, ajenas por completo a la realidad social y política de Roma y fruto, probablemente, de un tratamiento historiográfico, filológico (e idealista) no contrastado con la dinámica real de la sociedad romana. Con todo, constituyen, dentro de la bibliografía consultada, el tratamiento más importante del tema y punto de partida necesario de cualquier reflexión.

37 De hecho, podríamos decir que es sólo parte de la verdad, lo que con acierto ha expresado U. Ceroni al manifestar que: “Disociación individualista de la totalidad orgánica de la comunidad y constitución gradual de la comunidad como mera comunidad abstracta, desenvolvimiento privado y público, interiorización del mundo como ética privada y transformación cada vez más abstracta de aquel mundo como esfera política y jurídica: son procesos que se desarrollan al mismo tiempo. El individuo se sustrae al grupo recogiendo en el recinto de la propiedad privada y en la ética de la conciencia, mientras que la relación exterior con los demás se objetiviza en una abstracción que hace posible la reconducción de las individualidades bajo los tipos formales y generales de la conducta jurídica. Se trata de procesos que en Roma no completan del todo su parábola (falta la total igualación de todos los individuos: el fin de la esclavitud, presupuesto necesario de aquella contraposición integral entre privado y público que distinguirá al mundo moderno)”, pero que se verifican en medida suficiente como para que Roma manifieste un “tipo ideal de derecho propio de una sociedad que produce y vende mercancías y que se funda en el individualismo de las relaciones de producción y de dominio” (Solari, *Filosofía del derecho privado*, Buenos Aires [s. f.]). De ahí el nacimiento de aquella “lógica jurídica que resultó aplicable a una amplia variedad de ordenamientos sociales, y más aún, a todo ordenamiento social que reconoce la propiedad privada y el comercio ‘capitalista’” (Schumpeter). Es la lógica que después se transformará en “nuestra gramática

minológica. Efectivamente, las palabras “público” y “privado” son ambas de origen latino y con un uso, al menos, tan antiguo como el propio derecho. Su forma latina es *publicus -a -um* y *privatus -a -um* y, ya en latín, se utilizaban fundamentalmente como adjetivos sin que existiera un sustantivo referente inmediato.³⁸

Son igualmente latinas la práctica totalidad de las expresiones que habitualmente se asocian al término “público”. Por ejemplo: *publicae tabulae* (escrituras públicas, Cicerón), *causa publica* (juicios públicos (o criminales), Cicerón), *gerere rem publicam* (administración [de las cosas] pública[s], Cicerón), *publica pecunia* (erario público, Cicerón), *publica lex* (derecho público, Persio), *publicus homo* (funcionario público, Plauto), *publica materies* (asunto público, conocido del público, Horacio). Y su definición lexicográfica latina es ciertamente cercana a la que recogen nuestros diccionarios actuales: *ad rem publicam pertinetis, communis, totius populi dictioni subjectus, vulgaris*, etcétera, frente a nuestros:

notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos; vulgar, común y notado de todos; aplícase a la potestad, jurisdicción o autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado; perteneciente a todo el pueblo; común del pueblo o ciudad; conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar, conjunto de las personas reunidas en un determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante.³⁹

A. Lo público, el poder, el ejército, la familia y los individuos

Etimológicamente hablando, *publicus* deriva de *populus*, y de él extrae su significado primigenio. Y, en lo que aquí importa, conviene recordar cómo la palabra *populus*, antes de ser elaborada como con-

jurídica, el canon de nuestro pensamiento jurídico” (Ihering, R. von, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, Revista de Occidente), *Introducción al pensamiento político*, Madrid, 1974, p. 39.

38 Con todo, conviene recordar que las lenguas clásicas (griego y latín) carecen de forma gramatical especial para la expresión de las cualidades abstractas (“lo” bello, “lo” bueno), lo cual no dejó de arrastrar sus correspondientes dificultades de conceptualización (reveladas, por primera vez por Anaxímandro, *vid* W. K. C. Guthrie, *Historia de la filosofía griega*, vol I, Madrid, 1984, p. 86) por lo que debieron recurrir, en un caso, a la suma de pronombre (luego artículo) y adjetivo, y, en otro, a la conocida locución con *res*

39 *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 1992, s.v.

cepto jurídico político por Cicerón⁴⁰ o Capitón,⁴¹ aludía al primitivo ejército romano de la monarquía. De dicho significado primitivo quedan restos en las expresiones *magister populi*⁴² o *populifugia*.⁴³ Es decir, que en su sentido primitivo, *populus* y su derivado *publicus*, se refieren simultáneamente a la masa, a la multitud (*populari*) y al ejercicio de la violencia, no debiendo olvidarse el surgimiento mismo del “pueblo” romano (tanto verdadera, como míticamente)⁴⁴ como colectivo guerrero triunfador en las siete colinas.⁴⁵

Privatus, por su parte, también dio lugar en latín a numerosas locuciones aún hoy en uso como *in privato* (en privado, literalmente, dentro de casa, Livio), *privata vita* (Lucano), *calamitas privata* (desgracia personal), *privato consilio* (frente a *publico consilio*), *privatus an cum potestate* (privado o funcionario, Cicerón).

Por lo que se refiere a su etimología, ésta viene igualmente en apoyo de la caracterización que de estos términos se realizará más tarde, toda vez que *privatus* proviene de *privus* (lo propio o peculiar de alguno, por ejemplo, en *quem ducit priva trirremis* (embarcado en su propia (de su propiedad o pertenencia) nave), Horacio). Y, el mismo término “propiedad” deriva de *proprius*, forma contracta de la locución *pro privo* (a título particular). Al igual que sucede con el término público, un complejo proceso de institucionalización de la vida romana irá ale-

40 República 1, 25, 39, *vid. infra*.

41 En Aulo Gelio, *Noches Áticas* 10, 20, 5 (P. K. Marshall, vol. I) “*in populo omnis pars civitatis omnesque eius ordines contineatur, plebes vero ad dicitur in qua gentes civium patriciae non insunt*”.

42 Cicerón, “dictador”, jefe del ejército en una dictadura.

43 Fiesta conmemorativa de la salida de los (ejércitos) Galos de Roma, Varro.

44 Sobre el rapto de las Sabinas *vid.* Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I: Formas precapitalistas y Estado moderno, Barcelona, 1988, p. 149; también “La falta de mujeres en el nuevo Estado y la negativa de los Estados vecinos a autorizar matrimonios con él son hechos históricos que lo caracterizan como una cuadrilla de ladrones, con la cual los demás Estados no querían tener comunidad. También rehusaron las invitaciones de los romanos a las fiestas religiosas, y solamente los sabios, sencillo pueblo de agricultores, entre los cuales reinaba una *tristis atque tetrica superstitio*, como Livio dice, asistieron a ellas, parte por superstición, parte por miedo. El rapto de las sabinas es, por tanto, un hecho histórico universalmente aceptado”, Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1989, p. 505. Todas las referencias en Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1983-1978, s. v.

45 “En sus comienzos, el grupo humano que terminó imponiéndose a los pueblos vecinos, parece que estuvo formado por elementos heterogéneos que merodeaban por las colinas en las que se asentaría la ciudad y que se unieron con finalidades de expansión y conquista”, Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I: Formas precapitalistas y Estado moderno, p. 149.

jando progresivamente estas palabras de los citados sentidos originarios, colocándolas en disposición de servir como determinantes de *ius*

Refiriéndonos, primero, al término público, resulta fácil comprender cómo se produjo su evolución hacia sentidos más generales (relativos a lo estatal, a lo colectivo) siguiendo la propia evolución del sustantivo al que inicialmente se refería. El informe, desorganizado y espontáneo *populus* (ejército romano), fue experimentando diversas etapas de reforma y organización, entre las que cabe destacar el paso de la vieja organización en *quirites* y *gentiles* (es decir, por pertenencia a una casta) a la de *adsidui* y *tribules*, es decir, por residencia, incluyendo en la leva a todos los inscritos en el censo (por posesión de tierras, primero, dinerario, después: las clases y centurias), junto con la correspondiente reforma organizativa bélica. Es decir, que se va instituyendo un vínculo complejo entre los diferentes habitantes del *ager Romanus* que irá desbordando lo puramente militar para convertirse en organizativo. En palabras de Nocera, el “vínculo militar” se hace político.⁴⁶ *Populus* pasará, de este modo, a designar el total de la organización social romana (del mismo modo que las reformas del ejército han tratado de incorporar a él al total de la población apta para el combate) como en la locución *maiestas populi Romani*, y su adjetivo, público, lo que a ella se refiere.

La nueva organización territorial, además, contribuye a esta abstracción al asociar la condición personal a un determinado territorio; es decir, al reunir el elemento físico y el elemento humano en una sola organización. En una fase posterior, cuando esta organización ya esté plenamente asentada, desaparecerá (en apariencia) este papel unificador del ejército para ser sustituido por otro tipo de vínculos (religiosos, sociales, etcétera). En consonancia, desaparecerá también la relación entre *populus* y ejército, y, consecuentemente, entre *publicus* y ejército. De todas formas, la magistratura suprema siempre se considerará la cabeza del ejército en armas (pueblo en armas) y del pueblo en comicios. El *suffragium* recuerda todavía el fragor (de *sub* + *frango*) de las armas del ejército con que expresaba su votación colectiva.

Cicerón marca este paso siguiente al afirmar la identidad que existe entre *res publica* y *res populi*, es decir, ya directamente, lo público es lo del pueblo, o sincréticamente, en Tito Livio, al hablar de la *res*

46 Y, según Cicerón (*República*, 1, 25, 39), aun jurídico: *consensus iuris, vinculum iuris*

publica populi Romani. La primera parte de la expresión en sentido objetivo (conjunto de bienes e intereses) y la segunda en sentido subjetivo (titulares de los mismos).

En resumen, podemos decir que, como consecuencia de la transformación del ejército (*populus*) en asamblea (*populus*), el poder pasa de ser personal a impersonal, en el sentido de que se pasa de las decisiones de (y obediencia a) un caudillo a un resultado de la deliberación de una serie de asambleas y cuyo efecto no es directamente atribuible a nadie. Lo público se refiere, precisamente, a esta vertiente organizativa ocultando su anterior referencia al poder, poder que, por otra parte, se ha hecho abstracto, pero “más desde el punto de vista del vértice que en relación con la base social”.⁴⁷ Precisamente, es esta característica organizativa la que va a ponerse, como se expondrá a continuación, de relieve en la definición de *ius publicum* al introducir la idea de *status*.

Del mismo modo que existe un *status civitatis*,⁴⁸ es decir, unos intereses de la ciudad, un orden de cosas propio de la ciudad, hay, también, un *status rei romanae*, un orden de cosas que se refiere al conjunto de estructuras organizativas de la creciente civilización romana. Como puede verse, el proceso de “subjetivización” de las estructuras públicas del poder da ya sus primeros pasos en lo que, en la recepción del derecho romano, será el origen de las teorías sobre la personalidad jurídica del Estado hoy sólidamente asentadas en casi todos los sistemas modernos.⁴⁹

Pero conviene advertir inmediatamente, sin embargo, que la oposición público-privado, como oposición entre la organización estatal y los individuos sólo se construyó muy lentamente y, desde luego, de forma imperfecta en Roma. Porque sucede, en primer lugar, que dentro de la familia (presunto modelo sobre el que, según se afirma, se ha construido la idea de *civitas*) no hay oposición entre individuos y estructura. La familia es el conjunto, y cada uno de los integrantes si-

47 Nocera, Guglielmo, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, p. 34.

48 Que, a su vez, guarda el recuerdo de una situación anterior *civis* (ciudadano), miembro de una casa (de raíz indoeuropea *kei-*, “yacer, cama, casa”, que también daría en latín *cunae* (cuna), etcétera).

49 Como es sabido, el sistema inglés no ha personificado al Estado y menos a la administración, sino que opera a través del concepto de Corona. Por ejemplo, la responsabilidad de la administración viene regida por la *Crown Proceedings Act* de 1947, y el demandando es siempre la Corona (*Crown in tort or in delict*). Vid. Wade, E. C. S. y A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1992, capítulo 15.

multáneamente, no existen intereses ni personalidad objetivadas de la familia, por un lado, y de sus miembros, por otro, la distinción público-privado presupone un nivel de abstracción no alcanzado socialmente en la construcción tradicional de la familia romana.

La inicial oposición familia-*populus*, por su parte, es una contraposición anterior; representa la oposición entre un modo más primitivo y uno posterior de organización, y de esta raíz arcaica proviene el vigoroso contenido ético y sacro de la misma. La oposición público-privado que tratan de construir los juristas imperiales en Roma es la que existe entre el *populus* y los individuos aislados, no entre el *populus* y la familia, por ello mismo (y por las razones que luego se expondrán) resulta tan difícil clasificar la familia romana y sus potestades en esta dicotomía, se trata, pues, de una realidad anterior para la que dicha dicotomía no es estrictamente válida.

El ejército que se ha hecho asamblea sigue conservando la fidelidad interpersonal y la idea de “unidad de destino” (la fidelidad a las *mos maiorum*), el llamado consenso tácito (que se revela, con todo, en la forma de voto “*antiquo*” o “*uti rogas*”), pero que debe matizarse ahora por la participación en la decisión; es decir, la solicitud del acuerdo expreso y no sólo tácito, la perfecta identidad de intereses que se presupone dentro de un ejército (y que hace innecesaria la discusión de las estrategias (salvo en sentido técnico) se ve sustituida, ahora, por la polémica de las votaciones (con el correspondiente derecho indefinido de palabra en las asambleas).⁵⁰ El ejercicio de la fuerza bélica se ve

50 Por supuesto que estas votaciones tampoco reflejan la “atomización” del electorado de que se habla en las elecciones modernas (en participar siempre la condición de miembro de tribu, curia o centuria y no como individuo), y sólo en cierto sentido pueden calificarse de democráticas. El sistema romano de votación por tribus consistía en que para conseguir el asentimiento a una determinada propuesta se debía obtener la mayoría de las 35 tribus en que estaba dividida la población. Es decir, que el voto de 18 tribus suponía la mayoría. Ahora bien, el voto de cada ciudadano desaparecía en el interior de estas tribus y sólo se manifestaba externamente como 1 voto por tribu. Por ello, por idénticas razones a las que afectan a todos los sistemas mayoritarios uninominales, puede darse que un número mayor de ciudadanos represente un número menor de votos finales por tribus. Pero es que, además, el número de habitantes incluidos en cada una de las tribus era sumamente dispar, ya que la inclusión en una u otra se utilizaba como mecanismo de control de las diversas facciones e intereses adversos al grupo dirigente. El sistema romano, desde un principio, no funcionó como una polis, como una unidad inextricable de *urbs* y *civitas*, sino como un *populus*, como un pueblo organizado. No existía una relación directa entre el individuo y la organización sino siempre a través de otros cuerpos intermedios. Ello hacía que resultara posible una ampliación ilimitada de la “romanidad” inconcebible en una polis griega, porque no se desvirtuaba el elemento estructural de la organización política, sino que, simplemente, aumentaba de tamaño. Por ello, los diferentes pueblos conquistados (o que, voluntariamente, se aliaban con Roma), en sucesivas eta-

acompañado, por tanto, de un sistema de organización y decisión que, en definitiva, se propone una dirección racional del mismo en un contexto ampliado en que las se hacen más complejas las decisiones generales. En cierto modo, además, la ordenación “jurídica” resultante tiene su origen en la práctica religiosa, amalgamando, así, las diferentes realidades del pueblo romano: ejército, religión, legislación.⁵¹

En realidad, la fusión, por no decir la continuidad, entre monarquía y república puede detectarse precisamente en la propia adquisición de las reformas que habían no sólo ampliado sino modificado los criterios de composición de la base social, privilegiando la capacidad económica en perjuicio de los requisitos de nacimiento.

Es decir, que al pasar de unos jefes militares de familias consagradas por los dioses, donde la victoria y el favor divino y el poder, la propiedad y el derecho son todo uno, a una sociedad donde aparece la propiedad como hecho diferenciado que pasa a rivalizar con el nacimiento como criterio de acceso a las decisiones, es cuando se abre la posibilidad de una primera distinción de las esferas de lo público y lo privado. La falta de identidad de una y otra llevan a la necesaria objetivación de las normas que lo regulan, a la vieja codificación de las XII Tablas con la que el *fas* se hace *ius*. Como es obvio, la alteración en el origen y estructura del grupo dominante no pudo ocultar otras oposiciones básicas: la de esclavo/libre en las tres revueltas famosas (y

pas, iban incorporándose a estas tribus en diferente cuantía. De este modo, se ponían las bases para una objetivación de las *rei romanae* como conjunto de intereses de los romanos y no como la decisión misma de los romanos, es decir, su sistema apuntaba más a ser un sistema para el pueblo (en el sentido de que la legitimación final venía de la aquiescencia del *populus*) que por el pueblo (en el sentido de ágora griega). Es en esta objetivación de los intereses de la comunidad romana donde se va deslindando la utilidad de un adjetivo como público. Esta misma objetivación hizo que no resultara tan agrosor a la legitimación de la República romana como pudiera pensarse el hecho de que las decisiones efectivas quedaran en realidad en pocas manos, pues sólo las tribus urbanas y suburbanas podían asistir fácilmente a las votaciones o que los magistrados (en especial, los cónsules) se reclutasen sistemáticamente entre las mismas familias, casi sin excepción, patricias (todo ello, aún más acusadamente en el voto por centurias).

⁵¹ Así, los pontífices-jurisperitos (en origen, encargados de un asunto “público” *pons facio*, “los que cuidan del puente sobre el Tíber”), el culto público (mártires, etcétera). La religiosidad, en todo caso, entra en la esfera de lo público. Aunque Horacio alabaré la sabiduría de los antiguos de haber separado lo público de lo privado y lo sacro de lo profano, Cicerón, por su parte, elogia, muy significativamente, la excelente costumbre de confiar la dirección religiosa y política del Estado a las mismas personas, a los ciudadanos más respetados (*De dom*, 1, 1) (que son, además, los más ricos).

las innumerables no tan famosas) y la de plebeyo/patricio que alcanzó reconocimiento legal en los plebiscitos.

B. La caracterización jurídica: la *lex publica* y el *ius civile*

La diferenciación inicial (antes de que los comentaristas justinianos introduzcan la que haría fortuna de *ius publicum, ius privatum*), en el ámbito jurídico, es la de *lex publica-ius civile*, que delimita dos ámbitos con diferentes garantías jurisdiccionales y legales.⁵² De hecho, como veremos, el *ius civile* marcaba el límite más allá del cual las *leges publicae* no podían extender su potestad normativa.

La dinámica social, con la incesante conquista de nuevos territorios por parte del ejército, hizo necesaria una regulación pública de dichas tierras (estructuralmente incompatibles con el sistema de adquisición de la propiedad del derecho civil: títulos originales y derivados, ocupación, descubrimiento, etcétera).⁵³ Se trata de la legislación sobre el *ager publicus* y las formas en que se distribuía, que contrastaba con “el carácter intocable de la propiedad familiar”.⁵⁴ Además de esta necesidad de regulación, la calificación de público con su referencia a *populus* incluía un elemento de legitimación del sistema:

Lo público se presenta, por tanto, cada vez más como una cobertura de legitimidad, que se extiende al mismo ritmo que la voluntad popular, directamente o por vía de delegación (*lex rogata* o *lex data*), que se aplica a materias viejas y nuevas, reconduciéndolas a la idea central de un ordenamiento superior a todo y a todos, como un absoluto sin residuos ni contrincantes (*idem*).

El *ius civile* actúa en cierto sentido como las “declaraciones de derechos” modernas; trata de prefijar un ámbito jurídico especial para una parte especial de la realidad, un ámbito en que el interés general no sea el determinante de las decisiones, sino que permita la introducción de otros criterios que salvaguarden la conservación de la propia riqueza. Y ello, porque la necesaria articulación jurídica de los colec-

52 Sobre los aspectos procesales de esta transformación, el *agere per formulas* y el paso de la *legis actio* a la *formula-iudicium* y el alcance de la *lex Aebutia*, vid. Biscardi, Arnaldo, “El proceso civil romano y las piedras angulares de su historia”, en Biscardi, Arnaldo, *Temas de derecho romano*, Barcelona, Javier Paricio Editor, 1987, pp. 13-35.

53 Vid. Schnitt, Carl, *Il nomos della terra*, Milán, 1991, p. 167.

54 Nocera, Guglielmo, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, p. 81.

tivos se realiza comúnmente con alegación de su interés general. Sin embargo, dicho razonamiento debe limitarse si no se quiere que se vuelva en contra de sus principales impulsores (en este caso, primero, los generales de la monarquía, después los grandes latifundistas, que eran quienes resultaban favorecidos por esas conquistas que se realizaban en interés de la *res publica*). La concentración de poder en manos del emperador alterará radicalmente esta situación haciendo innecesaria esta protección “constitucional”.

En resumen, “público”, originalmente referido al ejército, no hace referencia, en primera instancia, a ninguna oposición a privado (en la terminología empleada más adelante, no es “sistémica”). Este “público” del ejército se transforma progresivamente en el “público” de la comunidad política organizada, que tampoco ahora presenta una especial oposición a privado como categoría específica. De hecho, en toda la República no se oponen derecho privado y derecho público, sino derecho público y *ius civile*. La distinción entre ambos ámbitos vuelve a no ser una diferencia como la moderna entre derecho privado y público (intraestatales ambas), sino una diferencia entre lo que puede ser regulado con el concurso del público (*populus*), lo que en definitiva depende de la *ambulatoria voluntas* y lo que no cambia nunca, la *perpetua voluntas* del *ius civile*. Esta diferencia se manifiesta también en cuanto a las fuentes⁵⁵ y su aplicación. El derecho público lo aplican (y lo crean *uti rogas*) los magistrados, los representantes del poder (y jefes del ejército), mientras el *ius civile* es el resultado de la actividad jurisprudencial privada de los jurisperitos (y, anteriormente, de los pontífices). En otros términos, la presencia de la originaria propiedad romana, en contraste con la permanente expansión de la República, determinó la necesidad de establecer unos mecanismos complejos e institucionalizados de administración (y distribución) de las nuevas tierras, que no se oponen a un “privado” como un elemento colectivizado personalizado a otro individual con subjetividad, sino que manifiesta la diferencia que media entre los mecanismos de defensa de la propiedad romana, de las familias poseedoras (y que resultan perfectamente inútiles) y el hecho innegable (y desmesurado) de la conquista del mundo. La progresiva elaboración del concepto de privado seguirá otras vías ins-

55 Piénsese en la evolución que media entre el *lex es quod populus iubet* (Gayo, *Institutiones* 1, 3) y el famoso *quod principi placuit leges habet vigorem* (Ulpiano, 1 *Inst.*, D. 1, 4, 1 pr.).

titucionales y jurídicas totalmente distintas de la mecánica oposición entre lo general y lo particular que difícilmente puede predicarse del mundo clásico.⁵⁶ Por estas razones, además, se comprende con facilidad que el llamado derecho público romano jamás alcanzara en época republicana ningún tipo de elaboración, estructuración, codificación, etcétera, sino que se mantuviera permanentemente como un conjunto de normas acumuladas cuya validez y vigencia respectiva dependían más del equilibrio de voluntades y poderes entre comicios, senado y magistrados (y, también dentro de cada una de estas instancias) que de su configuración sistema jurídico de resolución de conflictos normativos. También, por ello, se recurre con mucha más frecuencia para el estudio de este derecho público (particularmente en su vertiente “constitucional”) a la obra de los retóricos, historiadores, dramaturgos, poetas, etcétera, que no al estudio directo de obras de jurisperitos.⁵⁷

El término “privado”, por su parte (como resulta del uso lexicográfico indicado) no viene tanto a indicar la diferencia entre la comunidad como tal y el individuo (como dos “personas jurídicas”), como el ámbito de la intimidad. Este sentido de privado sería el del actual *privacy*. Hay que tener en cuenta que, por esta razón, la compraventa, el matrimonio (como negocio, el *connubium*, o la sucesión (como acto jurídico), *testamentum*), no son privados, no son íntimos, sino muy al contrario, *civiles*. Porque para los juristas republicanos estuvo siempre muy claro que un derecho no podía ser un asunto privado, sino siempre público en el sentido de no íntimo. La contraposición, como ya se ha indicado, va en otra dirección, y sólo tras el realineamiento de estos conceptos en la época imperial pasarán a ser aptos para calificar a *ius*.

C. La transformación imperial: la codificación como *fons omnis publici privatique iuris*

Según la hipótesis aquí mantenida, mientras el *populus* actuó como un poder más o menos real, el *ius civile* sirvió como límite estructural a la acción de los comicios sobre la propiedad de la tierra, base misma de la República. Por ello, no podía distinguirse entre público y privado

⁵⁶ Y, menos que de nadie, desde luego de Atenas, en forma clásica: Apología de Sócrates, “aaaa aaaaaaaa, aaaaaa aaaaaa aaa aaaaaa aaaaaaaaa aaaaaa aa aaaaaa aaaaaa a aa” (48b) (Platón).

⁵⁷ Las referencias en Meyer, E., *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zurich, 1948 o De Martino, *Storia della costituzione romana*, especialmente t. IV.

como categorías jurídicas, ya que jurídico (en sentido jurídico-legal) era sólo lo público, lo privado era lo íntimo y la propiedad era “civil”, es decir, dotada de una sanción social, de un consenso tácito de origen más o menos religioso (*fas*).⁵⁸ Cuando la estructura organizativa se vuelva autoritaria (y capaz administrativamente hablando)⁵⁹ con el Imperio, el derecho se vuelve omnicomprensivo⁶⁰ y ya puede hablarse de un derecho (jurídico-legal) público (de organización) y otro (jurídico-legal) privado (de relaciones entre ciudadanos). Es la decadencia de la relación entre *populus* como entidad real y público, para pasar a ser una relación entre *publicus* y el interés de la “organización” que corporeiza al *populus* (la *res publica*), la que permite que el derecho pueda dividirse (desde una posición unificada de autoridad) en público y privado. Hay que recordar, en este sentido, el carácter originalmente familiar de la propiedad, la asociación de propiedad y familia (comparten el nombre, etcétera), y cómo el *pater familias* actúa de sacerdote, legislador y juez en forma tal que se evita la intervención de la organización política (es decir, del *populus*) en el núcleo esencial de la extracción del excedente.⁶¹ La ruptura de la autarquía de la unidad de producción (que culminará ya en el Imperio, por lo que las elaboraciones jurídicas, casi todas provenientes de autores de época imperial, deben tratarse con mucha prudencia antes de considerarlas directamente aplicables a la realidad republicana (por ejemplo el citado *Dig. I, 1, 1, 2.*) basada en la villa romana, la explotación de esclavos “locales”, etcétera, como consecuencia de las necesidades crecientes de “importación” de esclavos, la necesidad de nuevos mercados y de medios de

58 *Ne quis nisi per populum solveretur, quod antiquo quoque iure erat cautum*. Cfr. Nocera, Guglielmo, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, p. 124.

59 De hecho, hasta la cultura se incorporó progresivamente a los círculos imperiales actuando progresivamente como propaganda organizada. La obra máxima de dicha propaganda la constituye, obviamente, la *Eneida* de Virgilio, como se ha señalado “más que por la influencia que directamente ejerciera como ideología justificadora [...] porque sugirió los elementos básicos sobre los que en adelante debía apoyarse la ideología imperial”, Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I, Formas precapitalistas y Estado moderno, p. 195.

60 Parece que la sucesiva ampliación del campo de la *lex* es lo que revela la tripartición de las reglas de Ulpiano en *lex perfecta*, *imperfecta* y *minus quam perfecta*.

61 “[En la] esfera familiar [...] se dejaba a las partes, en el caso de que los intentos de conciliación no obtuvieran éxito, la invocación y elección de un árbitro, completamente distinto del magistrado, de forma que aunque la resolución del litigio quedara determinada por lo lícito o ilícito de los hechos, exigía de la comunidad un mínimo de intervención autoritaria”, Nocera, G., *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, p. 105. Los llamados *iudicia privata*. El *privatus* era el llamado a juzgar según el *ius civile*, es decir, como opuesto al magistrado.

comunicación para llegar a ellos, la necesidad de disponer de moneda acuñada y el influjo de la incipiente economía monetarizada implica, en el plano institucional, la intervención directa del derecho como manifestación de la organización política del poder.⁶² Mientras que la República erigió contra el poder y como garantía de su autolimitación una serie de barreras que formaban su derecho “constitucional”, al Imperio monocrático no podían oponérsele otros obstáculos que los de índole burocrático⁶³ que formaban más bien su derecho administrativo.⁶⁴

Esta evolución se completa además con la transformación de la administración de justicia que se va preocupando cada vez menos por la “justicia” en el sentido de los jurisconsultos republicanos,⁶⁵ como respuesta individualizada a problemas concretos, y cada vez más por el orden: orden tanto en el sentido de la regularidad de las decisiones (de su consistencia o identidad de razón) y en el sentido de orden público o tranquilidad ciudadana (todo ello en consonancia con la expansión de los valores morales propios del estoicismo).

También la Iglesia cristiana se vio atraída a este procedimiento de concentración del poder (igual que el derecho civil o la administración de justicia) pasando desde Constantino a considerarse como *ecclesia in re publica*, categoría ésta cuya definición ha sido (y sigue siendo) problemática para la dogmática jurídica.

62 “En otras palabras, la participación en la vida política se fue disociando de la participación en la vida civil, abandonando a esta última un campo que, aunque cada vez mayor, terminaba por privilegiar las finalidades económicas y éticas sobre las políticas y sociales. No resulta difícil reconocer en esta división de la capacidad jurídico-pública y la capacidad jurídica familiar la base de una antítesis que persiste hasta nuestros días, es decir, la contraposición, al menos estructural, entre legislación civil y mercantil, por un lado, y legislación social y constitucional, de otro, e incluso —con un paso ulterior de elaboración doctrinal— entre derecho civil y mercantil de un lado y derecho social o laboral y derecho constitucional de otro”, *ibidem*, pp. 106 y 107.

Este alejamiento del original sistema de familias, etcétera, se refleja igualmente en la transformación terminológica del enfrentamiento básico de la sociedad romana (esclavos al margen) desde patricios y plebeyos a *optimates* y *populares*, más en sintonía con la nueva definición socioeconómica de dichas categorías. En este sentido, puede recordarse cómo Cicerón en el *De Off.* 2, 23, 83 reclama de los *populares*, autores de las reformas agrarias, “*commoda civium non divellere*”, aunque es obvio que a la mayor parte de estos *cives* convenían estas medidas, se está tratando de alegar aquí un interés que ya no es el del *populus*, sino *publicus* (la concordia, la paz) en su sentido de ocultamiento ideológico, listo ya para ser incorporado por el imperio a su estructuración jurídico-política.

63 Culto, sacerdotes, magistraturas.

64 Nocera, G., *Il binomio pubblico privato nella storia del diritto*, pp. 177 y 178. La literatura iuspublicista tras la codificación justiniana (casi toda perdida), incluía obras sobre las facultades de los cónsules, prefectos, etcétera, sobre cuestiones procesales y penales, de derecho fiscal y de derecho militar. Pueden consultarse algunos títulos en *op. cit.*, pp. 196 y 197.

65 El *ius suum quique tribuere*.

Parece obvio que un paso necesario para la objetivación de lo público como distinto de la propia masa organizada de la ciudadanía, o sea, como objetivación con mayor o menor nivel de subjetivación, es el que se establezca una relación de sujeto a objeto, es decir, que no sea el *populus* el que actúe sobre sí mismo a través de leyes, sino que se transfiera dicha capacidad a un tercero: el príncipe. Lo público es lo que hace el príncipe por el *populus* (lo que hace el *populus* por sí mismo no se justifica de ninguna manera, se autojustifica. De hecho lo que quiere el pueblo es *ex definitione* lo justo, lo bueno, lo igual, etcétera).⁶⁶ Hay que tener en cuenta que la polarización nunca podría construirse entre individuo y pueblo, ya que el individuo como tal no participa en la vida política (lo hace siempre dentro de las estructuras que son, precisamente, las constituyentes del pueblo). Desde el momento en que el *populus* cede al *princeps* el *imperium* (Gayo, Ulpiano, Dión Casio) con la *lex "regia"* (sea glosema o no), se sientan las bases para una diferenciación entre el *imperium* del príncipe, el interés del *populus* y su estructura organizativa: la *res publica* (lo público).⁶⁷ Igualmente, se sientan las bases de una estructuración del derecho público en el sentido de que un poder superior, el *princeps*, lo organiza. Hasta entonces, se trata de la acumulación de decisiones de un poder más o menos autogestionario (salvando las distancias, es la situación del Parlamento inglés que en su autocracia y soberanía no elabora ningún tipo de Constitución, sino que, día a día, va modelando la configuración del Estado sin sentirse especialmente vinculado por sus decisiones anteriores).

Respecto de la unificación del derecho, sus fases principales consistieron, primero, en la sustitución de las asambleas conciliares por las del Senado y, en lo que aquí importa, después, en la absorción de la jurisprudencia "esa fuente autónoma del derecho que, por encima de las demás, parecía contar con el monopolio de la intocable institución social de la familia y su economía".⁶⁸ Como es sabido, Adriano encargó a Salvio Juliano la redacción del edicto del pretor y, finalmente, los jurisconsultos Marcelo, Scévola, Papiano, Ulpiano, Paulus pasaron a

⁶⁶ Vid nota 56.

⁶⁷ Si el derecho sirve a un interés (*hominum causa constitum est ius*) y sólo puede legislar el emperador, desde ese mismo momento, el derecho se bifurca en público y privado, en atención al interés al que sirve, pero no antes cuando se trata de ordenamientos separados autogestionados.

⁶⁸ Nocera, G., *Il binomio publico-privato nella storia del diritto*, p. 140.

actuar no como *conditores iuris*, sino como “órganos y colaboradores del príncipe en la dirección del organismo legislativo destinado, en particular, tras la unificación de la ciudadanía en el Imperio, a reconsagrar el derecho antiguo y el nuevo” (*ibidem*, p. 141).

Como complemento lógico de lo anteriormente enunciado se da el hecho de que el ejército ya no es el pueblo en su conjunto (es decir, todos los habitantes del Imperio), sino un ente diferenciado susceptible de un uso más o menos instrumental (por lo que el ejército pasará cada vez más a ser un “poder fáctico”) como lo es el derecho y la Iglesia en sus nuevas estructuraciones separadas del *populus* unificador a la griega. Esta nueva participación del ejército como entidad separada en la vida pública romana se irá haciendo cada vez más evidente, hasta el punto de que se convertirá, en los últimos siglos del Imperio, en el factor determinante de la selección del emperador.⁶⁹

Podemos, por tanto, considerar que los rasgos más característicos de la época imperial que permitieron la creación de los conceptos de derecho público y derecho privado en sentido justiniano fueron un doble movimiento de unificación del poder y el derecho y de “atomización” de la ciudadanía, complementado con un desarrollo “imperial” del “derecho civil”⁷⁰ que le permitió actuar como mecanismo eficaz de las relaciones entre propietarios en una escala desconocida hasta entonces.

El proceso de unificación aparece, explícitamente, en las propias palabras de Justiniano “*omne ius omnisque potestas populi romani in imperatorum translata sunt potestatem, non vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus*” (const. *Deo auctore* 7). Es decir, que se trata de unificar todo el derecho que existe que pasa a ser válido por igual “como si” hubiese sido aprobado directamente por el emperador. Por ello, se apresura en el Digesto a hacer una enumeración lo más amplia posible de todas las fuentes (en sentido material) del derecho, relacionando derecho público y derecho privado.⁷¹ Los textos concretos se hallan en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano, provenientes ambas de las

69 Son los llamados emperadores ilirios: Claudio II, Aureliano, Provo, Caro y Diocleciano, de formación militar y origen ajeno a las grandes familias romanas.

70 “[...] Es posible creer que *ius publicum*, en este clima, ha representado una nueva orientación de control del principado sobre el conjunto del derecho, en favor de la unidad y de la justicia en Italia y en las provincias”, Nocera, G., *Il binomio publico-privato nella storia del diritto*, p. 167.

71 Un paso previo lo había constituido la fusión del derecho civil y el derecho pretorio.

Institutiones de Ulpiano (el huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum).

Esta distinción, tal como figura en el *Digesto*, sin embargo, oculta su origen histórico y pasa como elaboración dogmática a depender de la utilitas “*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*” (D. 1, 1, 1, 2.) Incluyendo en el derecho público el culto, los sacerdotes y las magistraturas (asuntos que históricamente eran públicos en el sentido de decididos en comicios por el *populus*).

Conviene, igualmente, resaltar cómo en contra de lo que expresamente dice el *Digesto*, es decir, que todo el derecho como conjunto parte del emperador y que “se divide” en público y privado, lo que realmente hace es “compilar”: recoger diferentes sectores con diferentes legitimaciones, sistemas de defensa, etcétera.

En sentido opuesto, el proceso de “atomización de la ciudadanía” partirá de la disolución intelectual del *populus* en individuos realizada por el estoicismo (y el cristianismo) como reacción a la nueva situación en que los viejos valores romanos se muestran incapaces de hacer frente a todo un Imperio inabarcable en extensión y variedad. Ideas como la de persona⁷² o individuo, libertad y cosmos o mundo son la base misma de la distinción entre público y privado y sólo se producen en la época imperial (siglos I y II).

“En conclusión, si debemos establecer una relación entre derecho público y privado, ésta debe buscarse más en la verdadera revolución no violenta que el primero produjo sobre el segundo, instándole a la elaboración de un concepto general de la personalidad humana”.⁷³ En contra de lo que, posteriormente, pretenderá la interpretación liberal,⁷⁴ conforme a la cual, los individuos diseñan un determinado sistema de relaciones públicas (especialmente, por vía contractual), el ejemplo romano nos muestra un poder público que, cuando consigue alcanzar un determinado grado de extensión y organización, pasa a definir el campo de las relaciones privadas que dejan de ser tales (*civiles*, en sentido primigenio) para depender de la norma de derecho, de la *fons omnis publici privatique iuris*.

⁷² Sobre la relación entre estas ideas y el cristianismo se apoya la tesis de Benedetto Croce, según la cual “no podemos no llamarlos cristianos”.

⁷³ Nocera, G., *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, p. 203.

⁷⁴ *Vid.*, a este respecto, la opinión de N. Bobbio en las pp. 162 y ss., y la construcción liberal clásica en parte primera, capítulo III, punto 1, C.

Todo este seguimiento histórico de la concepción romana (buena parte de ella ocultada precisamente por lo que se considera normalmente su principal fuente de conocimiento: la codificación justiniana) viene a demostrar que no se puede seguir el método simplificador de ver a qué se llama derecho público o privado para determinar qué es lo público como categoría del mundo jurídico político y ello porque, aunque público y privado (en este sentido jurídico) sean, obviamente, intrajurídicos, existe toda una evolución anterior (en sentido histórico y lógico) que pone a dichos conceptos en situación de servir como caracterizadores de un derecho que es el resultado, precisamente, de este conjunto de procesos y no algo independiente de ellos.

D. Lo público y lo privado como categorías dentro de la codificación

Con este estudio previo es ya posible abordar la sistematización que dentro de la codificación justiniana se hace de las categorías de lo público y lo privado y que, recibido en la postrimerías de la Edad Media y reelaborado por la pandectística, constituye la base misma de nuestra comprensión de la vida jurídica del Estado.

Desde este punto de vista histórico es desde el que puede comprenderse con claridad qué quiere decirse y qué implicaciones tiene la afirmación habitual de que el derecho privado romano es el derecho de la propiedad, o que el ámbito de lo privado viene delimitado por la extensión de la misma. Y ello porque lo que en realidad quiere decirse es que es precisamente la relación existente entre un determinado medio de explotación de la naturaleza (el latifundio romano) para la reproducción de la sociedad y los mecanismos institucionales de la misma (el *populus* organizado y después el emperador), la que permite que exista una categoría (pública o jurídica) de lo privado. Como hemos visto, la inicial propiedad familiar comunal romana resultaba inadecuada para la construcción jurídica de una sociedad en expansión por lo que tuvo que ser (parcialmente) sustituida por una nueva propiedad elaborada mediante conceptos racionales (y no religiosos), defendida con procedimientos jurídicos públicos (y no secretos, como eran los pontificales) y apoyada en la garantía institucional última de un ejército siempre victorioso, e independiente de la propiedad. Conviene recordar cómo siguió actuando como un recuerdo mítico durante toda la república aquella época en que las milicias romanas defendían sus siete colinas

con una distribución mediante la que, en definitiva, “cada ciudadano romano defendía su propia huerta”.⁷⁵

2. CRÍTICA DE ESTAS NOTAS DEFINITORIAS

La enorme influencia que las formas de organización política y jurídica romanas han tenido en el posterior desarrollo constitucional de toda Europa, y el hecho de que se trate de una especie de núcleo mínimo de cualquier sistema basado en la propiedad privada hace que se planteen ya desde esta fase inicial de la definición algunas objeciones igualmente aplicables a posteriores caracterizaciones de lo público, pero que se observan con una mayor claridad en este marco de instituciones citadas al no haber adquirido aún el grado de complejidad típico de nuestros sistemas jurídicos.

A. *La propiedad como derecho*

Desde la situación original en que la ciudad de Roma se considera básicamente integrada por los patricios (los verdaderos ciudadanos, siendo el resto —en principio no tan grande en número— meros plebeyos) cuya posición social venía definida por el respeto a unas ciertas formas de parentesco, un sistema de propiedad asociado a dichos elementos de parentesco y su legitimación mediante el ejercicio de funciones religiosas, en el que la propiedad no es un *ius* sino un *fas*, que se transmite gentilicamente por línea masculina y la supervivencia material se organiza en torno a la clientela que obedecía las órdenes del *pater familias*,⁷⁶ en donde, en definitiva, la propiedad era parte del *ius civile*, la dinámica social llevó, en primer lugar, al acceso de los plebeyos al derecho a través de las asambleas, surgiendo toda una rama de derecho pretorio en competencia con el original derecho civil pontifical y, más tarde, cuando la evidencia de las innumerables conquistas de tierras y el asombroso incremento en el número de ciudadanos exijan nuevos mecanismos institucionalizados de protección de la propiedad, a su configuración como un *ius*, es decir, regido básicamente por la

⁷⁵ Y que ha pervivido desde el *Panegírico de Roma*, de Elio Aristides hasta las *Memorias de Adriano*.

⁷⁶ Vid. Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I: Formas precapitalistas y Estado moderno, p. 157.

Ilex, por un conjunto de instrumentos concretos garantizados por un sistema de poder. La propiedad pasa así de ser un límite a la acción legislatora de las asambleas a objeto principal del derecho en la *Compilación de Justiniano*.

La propiedad será así el impulso profundo que hace emerger en la sociedad romana el intocable mundo de lo privado [...]. De ahí el surgimiento y desarrollo del derecho romano como un mecanismo de seguridad de la propiedad y de ahí también que este derecho y la lógica que aporta se haya proyectado con posterioridad a todo ordenamiento social que se apoye en la propiedad y el comercio capitalista.⁷⁷

Desde el momento en que esto es así, no cabe ignorar que la “privacidad” de la propiedad viene siempre matizada por la “publicidad” del instrumento que sirve para definirla (el derecho) y del instrumento que sirve para defenderla (llámese Estado, administración o magistrados).

B. *El poder como reflejo y consecuencia de la propiedad*

El reverso de este mismo proceso es el que viene constituido por el acceso al poder en función del control de la propiedad.⁷⁸ Porque, efectivamente, si a los patricios estaba restringido inicialmente el acceso a la propiedad civil, ello se traducía en su acceso exclusivo al Senado que determinaba su posibilidad de control sobre el conjunto de la organización política.

Los plebeyos, por el contrario, que sólo podían acceder a la propiedad no comunal del viejo derecho romano, ocuparon una posición de subordinación en tanto que dicha propiedad fue de escasa relevancia económica. Sin embargo, conforme las crecientes conquistas de los ejércitos romanos y las transformaciones que introduce la generalización de la moneda acuñada hacen que dentro de quienes tienen acceso a este tipo de propiedad, inicialmente subordinada, se produzcan diferenciaciones, apareciendo plebeyos con gran capacidad económica, estos grupos irán adquiriendo un progresivo acceso a los centros de poder, obteniendo la posibilidad de ganar las diferentes magistraturas y am-

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 152 y 153. Es también la tesis de Schumpeter, Joseph A., *History of Economic Analysis*, Londres, 1981, pp. 67 y ss.

⁷⁸ En general, *vid* Álvarez Caperochipi, J. A., *La propiedad en la formación del derecho administrativo. Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del derecho público*, Pamplona, 1983.

pliando las capacidades de las asambleas en que están representados (lo que, como ya se ha dicho, se traduce en la nueva oposición entre *optimates* y *populares*, que se superpone a la anterior patricios-plebeyos). El censo, por ejemplo, base de la distribución en centurias y de cuantificación del impuesto, fue también reflejando la transformación de la base de la propiedad, y pasó de ser exclusivamente de bienes raíces a estimarse monetariamente.

Se trata, inicialmente, no del enfrentamiento de lo público y lo privado, sino de dos modelos de público: uno familiar y otro gentilicio o cívico. Y ello porque, en realidad, lo privado no existe toda vez que no existen los individuos, sino sólo miembros de diferentes comunidades. Por ello, hasta que no existe una organización lo suficientemente fuerte como para diluir las diferencias en su seno e igualarlas en una relación de sujeción frente a ella, no existe la apariencia de un mundo de lo privado. Como hemos visto, en la Roma antigua existía lo “íntimo”, pero no lo privado. Es siempre una determinada organización social la que establece el sistema en que actúan sus individuos. La organización social que se reproduce a través de la explotación de los grandes latifundios gestionados desde centros urbanos de intercambio y atesoramiento establece simultáneamente los mecanismos de acceso a la propiedad (y su perfil jurídico) y las consecuencias de su posesión.