

MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA

IDEAS DE LA ROMA REPUBLICANA PARA MODERNIZAR LAS CONSTITUCIONES DE HOY



IDEAS DE LA ROMA REPUBLICANA PARA MODERNIZAR
LAS CONSTITUCIONES DE HOY

MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA

IDEAS DE LA ROMA REPUBLICANA
PARA MODERNIZAR
LAS CONSTITUCIONES DE HOY



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

349.1
R91 Rubio Correa, Marcial, 1948-
Ideas de la Roma republicana para modernizar las constituciones de hoy / Marcial Antonio Rubio Correa.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
239 p. ; 21 cm.

Bibliografía: p. 237-239.
D.L. 2017-05710
ISBN 978-612-317-257-2

1. Derecho romano - Aspectos jurídicos 2. Derecho romano - Fuentes 3. Justicia, Administración de (Derecho romano) 4. Estado - Filosofía 5. Roma - Historia - República, 510-30 a.C. 6. Roma - Política y gobierno - República, 510-30 a.C.
I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título

BNP: 2017-1510

Ideas de la Roma republicana para modernizar las constituciones de hoy

Marcial Antonio Rubio Correa

© Marcial Antonio Rubio Correa, 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2017

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-05710
ISBN: 978-612-317-257-2

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

Presentación	11
Capítulo 1. Evolución de los conceptos centrales de la organización política occidental desde la república romana hasta nuestro constitucionalismo actual	15
1.1. La política en Roma	15
1.2. La soberanía	28
1.3. La representación y la nación	39
1.4. La separación de poderes	48
1.5. Síntesis sobre la evolución del modelo contemporáneo en relación al romano y temas centrales que emergen	50
1.5.1. Soberanía y potestas	54
1.5.2. Soberanía y auctoritas	56
1.5.3. Pueblo y Estado-nación con representación	57
1.5.4. Poder de magistraturas: imperium y separación de poderes	59
1.5.5. Tribunado de la Plebe y poder negativo	61
Capítulo 2. El populus romanus quirites y su potestas	63
2.1. El poder político del pueblo romano	63
2.2. La potestas del pueblo romano	80
2.3. La situación constitucional del pueblo en la constitución peruana actual	82

2.4. Posible aplicación de la idea de pueblo con potestas en la actualidad	85
--	----

Capítulo 3. Las líneas generales de la organización del poder romano sobre el que trabajamos	89
---	----

3.1. Asuntos de terminología	89
------------------------------	----

3.1.1. «República» en lugar de «Estado»	89
---	----

3.1.2. «Pueblo» en lugar de «nación»	91
--------------------------------------	----

3.1.3. «Poder» en lugar de «soberanía»	93
--	----

3.2. Características de las magistraturas	95
---	----

3.2.1. Todas las magistraturas de gobierno son mandatarias del pueblo	95
---	----

3.2.2. La regla de la estructura colegiada de las magistraturas y la intercessio	97
--	----

3.2.3. El imperium	99
--------------------	----

3.2.4. La inviolabilidad de los magistrados. El juicio de residencia	101
--	-----

3.2.5. Algunas cosas que no debemos traer desde Roma a hoy	101
--	-----

Capítulo 4. El Senado romano y una referencia al Congreso	103
--	-----

4.1. Caracterización del Senado romano	104
--	-----

4.2. La auctoritas del Senado romano	112
--------------------------------------	-----

4.3. Contraste entre el Senado romano y el Congreso actual	115
--	-----

4.4. Idea de un Senado romanista para la actualidad	121
---	-----

4.5. Una referencia al Congreso	133
---------------------------------	-----

Capítulo 5. El Tribunado de la Plebe y la Defensoría del Pueblo	141
--	-----

5.1. El Tribunado de la Plebe	141
-------------------------------	-----

5.2. La Defensoría del Pueblo	149
-------------------------------	-----

5.3. Elementos a tomar de Roma para la Defensoría del Pueblo contemporánea	150
--	-----

5.3.1. La elección de la persona que ejerza la Defensoría del Pueblo	151
--	-----

5.3.2. La asignación del poder negativo a la Defensoría del Pueblo	152
--	-----

5.3.3. La Defensoría del Pueblo y el referéndum	154
---	-----

5.3.4. La Defensoría del Pueblo y los derechos de resistencia y de insurgencia	155
--	-----

Capítulo 6. El pretor y la administración de justicia	161
6.1. El derecho romano antes del pretor	161
6.2. El pretor en Roma	175
6.3. Grandes rasgos de la administración de justicia de hoy	186
6.4. Líneas generales de la aplicación de la experiencia del pretor romano a la realidad actual	187
6.5. El otro extremo de la administración de justicia: la municipalidad	193
Capítulo 7. El poder moral	199
7.1. La Censura en Roma	199
7.2. La situación actual	205
7.3. El Ministerio Público como magistratura protectora del orden jurídico	208
7.4. Sobre la Contraloría General de la República	210
Capítulo 8. Síntesis de la propuesta	215
8.1. El pueblo	216
8.2. El Poder Ejecutivo	218
8.3. El Senado	221
8.4. El Congreso	223
8.5. El pretor	224
8.6. El Ministerio Público	226
8.7. La Contraloría General de la República	228
8.8. La Defensoría del Pueblo	228
8.9. El Tribunal Constitucional y el sistema electoral	229
Anexo. Cronología de Roma para guiarse en este libro	231
Referencias bibliográficas	237

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

Esta publicación tiene varias motivaciones, pero la más importante de ellas consiste en la convicción de que el sistema institucional del poder político consolidado en el Estado-nación (que se inició en el siglo XVII con la Gloriosa Revolución Inglesa, de 1688, a la que siguieron las revoluciones europeo-continentales, iniciadas por la francesa, de 1789) empezó a mostrar sus límites históricos hace algunos decenios.

Parte central de este modelo es el establecimiento del órgano legislativo, emergente de la idea de Parlamento gestada en Inglaterra. Durante siglos fue considerado la pieza fundamental de la estructura de los nuevos poderes públicos, y las constituciones que se iniciaron con la norteamericana y la francesa de la última etapa del siglo XVIII lo consagraron definitivamente. Hoy, sin embargo, el órgano legislativo está desprestigiado, es abiertamente ineficiente y tiene una estructura obsoleta. Cuando menos en el Perú, por él no ha pasado la revolución administrativa y de eficiencia en la tarea pública desarrollada durante todo el siglo XX. Cuando se piensa en reformarlo, la idea predominante es resucitar la Cámara de Senadores y esto no es modernización alguna, sino solamente un nuevo ciclo pendular en la historia política de mediano plazo. No hay ideas nuevas sobre la reforma del Congreso peruano.

De otro lado, el sistema político como conjunto, en su máximo nivel, se establece exclusivamente por el voto popular. Como consecuencia de ello, hay periodos en los que las fuerzas políticas que compiten en las elecciones mantienen el poder que ejercían, como hay otros periodos en los que un tifón electoral saca del poder a todo el gobierno previo y entroniza a uno completamente nuevo. El sistema contemporáneo no tiene ninguna institución política de máximo nivel que garantice la continuidad de la política de Estado.

También ocurre que el sentido tradicional de los «pesos y contrapesos» de la teoría de la separación de poderes se rompe, al punto que las magistraturas del máximo poder del Estado empiezan a colisionar unas con otras y se alejan del principio de separación de competencias y ejercicio de controles interórgano. Acusaciones de todo ello existen actualmente, por ejemplo, en la labor de moralización que los jueces y fiscales brasileños están haciendo con la operación conocida como Lavajato (y que tuvo un antecedente en la operación Manos Limpias de la justicia italiana varios años antes).

Entre otros muchos ejemplos institucionales que podrían darse para mostrar la crisis del sistema actual está la resurrección (notablemente transfigurada) de los *Tribuni Plebis* romanos a través del Ombudsman, de origen escandinavo, y del Defensor del Pueblo, establecido en la Constitución española de 1978. Si bien los actuales carecen del inmenso «poder negativo» de los tribunos romanos, muestran la necesidad de incorporar al orden estatal ciertos magistrados que defiendan al pueblo del poder de los gobernantes.

Finalmente, cabe resaltar que el año 2016 ha estado marcado en Occidente (y, en verdad, alrededor del mundo) por la decisión del pueblo inglés, denominada Brexit, de retirarse de la Unión Europea mediante una votación a través de referéndum. Es muy significativo que se haya publicado una opinión en la cual, luego de esta decisión popular inglesa y a propósito de ella, se dijera lo siguiente:

Si el mundo no aprende de estas lecciones quizá llegue el día en el que tengamos que replantearnos la idea de que la democracia es el sistema político menos malo que ha inventado la humanidad. Mi padre, que combatió en la RAF de 1939 a 1945, decía con frecuencia algo que recuerdo mucho estos días: que el mejor sistema de gobierno era la autocracia moderada por el asesinato. Siempre pensé que era una locura y que lo decía en broma. Ya no estoy tan seguro (Carlin, 2016).

Creo que fue una traducción al español y que en el texto se confundieron dos conceptos: se dijo «asesinato», pero se debió decir «magnicidio», que es el tipo de homicidio que se comete contra una alta autoridad.

Es muy significativo que esta opinión haya sido publicada en *El País*, respetabilísimo diario español que consideró pertinente poner a discusión la democracia y el planteamiento del regreso a la idea que nos presenta el señor Carlin: se la consideraba desterrada de la teoría política desde, precisamente, el siglo XVIII, centuria en que se cometió magnicidio contra el rey Luis XVI de Francia. Nosotros creemos que esta idea es un inaceptable y peligrosísimo giro del pensamiento político hacia formas brutales de ejercicio del poder político, tanto por el gobernante como por el gobernado, que la democracia ha desterrado en general de la vida política, aunque aún se puedan encontrar excepciones.

Todo esto tiene que ver con la legitimidad del pueblo para tomar decisiones por sí y ante sí en ejercicio de su potestad política. La inseguridad a la que se refiere el señor Carlin al final de la cita es producida, en el fondo, por la convicción que él tiene de que el pueblo no debe decidir por votación plebiscitaria contra las «ideas predominantes» en la sociedad aunque, como es evidente, esas ideas predominantes sean las de las minorías, no las de las mayorías¹.

¹ Cabe reconocer, en favor del espíritu democrático del señor Carlin, que hay un cierto consenso en que, si hubieran ido a votar todos los ingleses, es probable que el resultado hubiera sido contrario al Brexit. Pero este no es un argumento democrático, porque las elecciones valen con el número de votantes que den validez a la votación según normas

Ahora bien, en el mundo contemporáneo, la conciencia general tiende a pensar que solo existe en la historia de la humanidad una forma democrática de organizar el poder político y que es la que tenemos hoy. Esto es no reconocer que, a su manera y con los criterios de aquella época que hoy no compartimos, la República de Roma (509 a.C. hasta 27 a.C.) fue una organización democrática, eficiente y triunfadora, con un modelo institucional que de diversas maneras tuvo vigencia en Europa hasta algún momento que se ubica entre los siglos XVI y XVII. A partir del siglo XIX, ese modelo, cambiado, evolucionado, modernizado, pasó a ser un dato histórico y fue sustituido por el Estado-nación con el que contamos en la actualidad.

En este libro buscamos el diálogo entre ambos sistemas porque creemos que puede permitirnos nuevas reflexiones sobre la institucionalidad política y, tal vez, sugerirnos ideas que con un tiempo moderado puedan tomar vitalidad para ser incorporadas en las constituciones actuales.

Comprender el sistema de la República de Roma requiere reconocer que hubo un cambio de conceptos políticos a lo largo de la historia que transcurre entre ella y nosotros. A esto está dedicado el primer capítulo. También es necesario contar con algunas fechas y hechos de la historia de entonces, que han sido suministrados en una sucinta cronología al final del libro.

La idea es poner a conversar a los especialistas del mundo antiguo con los constitucionalistas contemporáneos. Veamos si pueden dialogar.

Lima, abril de 2017

Marcial Antonio Rubio Correa

preestablecidas. Este fue el caso en el Brexit, que, por ello mismo, tiene inequívoco certificado democrático.

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS CENTRALES DE LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA OCCIDENTAL DESDE LA REPÚBLICA ROMANA HASTA NUESTRO CONSTITUCIONALISMO ACTUAL

En este primer capítulo pretendemos extender y recorrer, a grandes trancos, los hilos que comunican y diferencian a la organización republicana romana con el constitucionalismo actual. La Roma republicana (a la que en lo sucesivo nos referiremos como «Roma») tuvo un concepto y una estructura institucional de poder político muy distintos a los contemporáneos. Esa Roma vivió quinientos años, buscó y consiguió la libertad para sus ciudadanos, construyó un gran imperio, tomando en cuenta cuál era el mundo conocido de entonces en Occidente, y, a lo largo de la historia posterior, inspiró muchas veces a quienes imaginaron cómo organizar el poder y diseñar sus instituciones.

1.1. LA POLÍTICA EN ROMA

La organización republicana romana tiene como sustento al pueblo, al Senado, a las magistraturas y al Tribunado de la Plebe. Es una organización religiosa, ciudadana, jurídica y militar.

La religión está presente en la vida social y política romana desde su fundación: Rómulo traza el *pomerio*¹ de la ciudad en el monte Palatino luego de obtener augurios favorables. El pomerio es un surco dentro del cual se circunscribe la ciudad con favores divinos y separa a Roma del resto de la Tierra convirtiéndola en un habitáculo sagrado². Así, por ejemplo, las funciones políticas podrán ser ejercitadas dentro de él, en tanto que el mando militar solo podrá ejercitarse fuera de él.

Los dioses son consultados por los augures para que manifiesten su benevolencia o falta de ella para la asunción de cargos, para el inicio de ceremonias y de reuniones políticas, para la realización de batallas, y así sucesivamente.

En el plano social, los barrios, los cruces de calles y estas mismas tienen sus deidades protectoras. Dentro de la casa, diversas divinidades familiares cohabitan con la familia viva e interactúan constantemente con ella. Se dice que los romanos fueron un pueblo religioso y supersticioso (Sanctis, 2012, p. 36). Sin embargo, su vivencia de la relación con los dioses no fue exactamente como la nuestra. Ellos no esperaban milagros. Tenían una relación política y social con los dioses. Los sabían pasionales como los humanos y por tanto daban sacrificios para pedir apoyo. Como dice Gianluca de Sanctis, la relación entre los romanos y sus dioses era, más bien, de naturaleza «contractual» (2012, p. 138).

La historia de Roma está cruzada a lo largo de la existencia de la República por una relación dialéctica permanente entre patricios y plebeyos. Los primeros fueron los habitantes originarios de Roma, establecidos en ella por derecho propio e histórico, dueños de las principales propiedades agrarias de los primeros tiempos. Por su desarrollo,

¹ Nota de editor: Debido a la cantidad de términos en latín, se ha decidido colocarlos en cursivas solo la primera vez que se mencionan y luego en redondas.

² «[...] al interior de la ciudad, al lado del pueblo de los humanos, vive silencioso y poderoso un pueblo de dioses, con sus propias casas y cultos, que vigila, juzga y protege a sus fieles» (Sanctis, 2012, p. 42). Más bien, allende el pomerio, el mundo está poblado de sobrenaturales peligrosos llamados *numina* (2012, p. 44).

Roma atrajo a pobladores de otras ciudades desde muy temprano. Estos inmigrantes conformaron progresivamente a la plebe, el conjunto de plebeyos que durante los dos primeros siglos largos de vida romana (la fecha de su fundación ha sido establecida legendariamente en el año 753 a.C.) carecieron de ciudadanía y, consiguientemente, de un lugar jurídico propio en la ciudad.

La religión romana perteneció exclusivamente a los patricios durante los primeros siglos de vida citadina. Como lo divino estaba vinculado al poder, según hemos visto, esta concepción religioso-política hizo que los plebeyos carecieran de presencia política formal en la Roma inicial. El vínculo de lo religioso y lo político tuvo como consecuencia práctica la preeminencia patricia en la Roma primigenia, gobernada por reyes, hasta que apareció la República hacia el 509 a.C. En este momento la relación de poder entre patricios y plebeyos empezó a cambiar³.

Roma, desde la fecha aceptada de su fundación por Rómulo, según la tradición, está sometida al poder de siete reyes: Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio, Anco Marcio, Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio. Este último es finalmente destronado y sustituido por cónsules al iniciarse la República. Según la historiografía, la leyenda, las informaciones fragmentarias y las evidencias arqueológicas, pocas cosas concluyentes pueden decirse del período monárquico de la Roma arcaica⁴.

³ Luigi Capogrossi sostiene que la caída del último de los siete reyes de Roma terminó con la política de apertura que los monarcas habían tenido hacia los plebeyos, porque el patriciado triunfante cerró todas las válvulas de ascenso social que hubo previamente. Esto generó un conflicto social que se extendió a lo largo de la República romana. Podría pensarse que los patricios hubieran podido deshacerse de los plebeyos al triunfar contra los reyes, pero los necesitaban para los trabajos diarios y, sobre todo, para el ejército. Esto hizo de la relación entre plebeyos y patricios una de naturaleza dialéctica y de largo plazo, imposible de romper (2014, p. 68).

⁴ El año 390 a.C. Roma fue saqueada e incendiada por los galos senones. Se supone que, como consecuencia de estos eventos, se perdió la documentación que pudo haber existido sobre su historia previa. La historiografía sostiene que a partir del siglo III a.C. empezó un movimiento de reconstrucción del recuerdo de la época arcaica. Destacan los nombres de Fabio Pittore (254 a 190 a.C.) y de Cincio Alimento (nacido el 249 a.C.). Una serie de

En los primeros tiempos la organización de la población de Roma fue hecha por *gens*, curias y por tribus. La gens era un conjunto de personas que se vinculaba por lazos familiares⁵. Por cada aldea de Roma había una curia y dentro de ella se agrupaban las gens que vivían en la aldea.

Pronto, en los orígenes, el número de curias se fijó en treinta⁶. Cada diez curias formaban una tribu y, consiguientemente, hubo tres tribus (Ramnes, Tities y Luceres). Cada uno de estos niveles de organización tenía sus dioses, su culto, en definitiva su religión (Coulanges, 2001, p. 116). También tenían sus jefes.

Políticamente, el pueblo romano de los primeros tiempos se reunía en comicios curiales, donde no participaba el pueblo sino un jefe por

autores siguieron a estos dos, cuyas obras se han perdido aunque se conservan fragmentos en otras obras posteriores. Las fuentes firmes son Tito Livio (59 a.C. a 17 d.C.), Dionisio de Halicarnaso (nacido el 60 a.C.) y Diodoro Sículo (90 a 30 a.C.). Puede verse, por tanto, que transcurrieron varios siglos entre los hechos de la monarquía y quienes nos los testimonian. Dice Gabriella Poma: «Es fácil intuir lo difícil que fue, para los primeros analistas, medir la distancia de los hechos remotos, cuando siempre se trataba de ocuparse de los cónsules y el senado, de los patricios, plebeyos y clientes» (2009, p. 14; todas las traducciones del italiano, a menos que se indique lo contrario son nuestras). El comentario previo que acabamos de hacer sobre la historiografía en esta nota al pie lo hemos tomado de la página 13 de la misma obra.

Por su parte Francesco de Martino dice: «Conviene recordar que la parte más segura de la tradición relativa a los orígenes concierne a la monarquía etrusca de los Tarquinos, para la cual existen el documento de la tumba de los Vulci en relación a la lucha entre Mastarna y el “romano” Gn. Tarquino, también, otras informaciones que son pruebas muy atendibles relativas a la organización de la ciudad-estado y del poder del gobierno» (1972, I, p. 129).

⁵ «Sabido es que en Roma estaba en uso que todo patricio llevase tres nombres, llamándose, por ejemplo, Publio Cornelio Escipión, y no está de más averiguar cuál de estos tres nombres era considerado como el verdadero. Publio era un nombre puesto delante, premen; Escipión un nombre añadido, agnomen; el verdadero era Cornelio, y este era al mismo tiempo el de la gens entera» (Coulanges, 2001, p. 108).

⁶ «[...] (1) En el comienzo de nuestra ciudad el pueblo se constituyó sin una ley determinada, sin un derecho determinado, y todas las cosas se gobernaban por el poder de los reyes. (2) Después de crecer algo la ciudad, se sabe por tradición que el mismo Rómulo dividió al pueblo en treinta partes que llamó “curias” porque atendía al “cuidado” de la república según los pareceres de aquellas partes, y así él mismo propuso al pueblo algunas leyes “curiadas”; también lo hicieron así los reyes siguientes» (D.1.2.2).

cada curia: «La asamblea solo constaba de facto de treinta *lictiores*, que representaban a cada una de las curias» (Kunkel, 1973, p. 17). La opinión de la curia se formaba por la votación de los jefes de las gens incorporadas en ella y era sustentada por quien la representaba en los comicios curiales.

Sin embargo, la curia también tenía finalidades militares y el propio Kunkel señala que cada curia «[...] suministraba un escuadrón de caballería; luego, dos o más y es posible que cada curia originariamente proporcionara una centuria de infantes» (1973, p. 17). Géza Alföldy, tomando como base fuentes romanas, dice que cada curia proporcionaba cien infantes y diez jinetes, con lo que el ejército llegaba a tres mil infantes y trescientos jinetes (1987, pp. 17-27).

Esta duplicidad de función ciudadana y militar de la organización de la población por curias (y más tarde por centurias, como veremos a continuación) es característica de la Roma monárquica y, también, de una larga parte de la historia de la Roma republicana.

Ya el penúltimo rey, Servio Tulio, modificó la organización basada en *gens*, curias y tribus. La explicación de Fustel de Coulanges es muy clara:

El rey Servio hizo una gran reforma en ventaja de los clientes⁷, cambiando la organización del ejército. Antes de su tiempo, estaba dividido en tribus, curias y gentes, según el modelo patricio; y cada jefe de gens marchaba a la cabeza de sus clientes. Servio distribuyó el ejército en centurias, ocupando cada uno su puesto según su riqueza,

⁷ El cliente tenía una relación de fidelidad con el noble con el que se relacionaba. Recibía protección y tierra concedida para laborar y le debía fuerza de trabajo. Era una especie de relación paterno-filial. El cliente, evidentemente, no era ciudadano romano (Alföldy, 1987, p. 24).

Gabriella Poma sostiene que el cliente debe al patrón obediencia, amistad, ayuda en el cultivo de las tierras y apoyo en responsabilidades militares. Por su parte, el patrón es un noble rico y poderoso que asume la protección personal del cliente y le da asistencia judicial en los procesos que enfrente (2009, p. 30).

Esto hace ver que el cliente era una persona de condición social débil y que carecía por sí mismo de una posición segura frente al derecho. Por tanto, necesitaba el apoyo de un patricio con lugar establecido en la sociedad para estar protegido frente a los demás.

resultando que el cliente no formaba al lado de su patrono ni tenía de jefe en el combate, con lo cual fue adquiriendo hábitos de independencia. Este cambio introdujo otro en la constitución de los comicios; antes se dividía la asamblea en curias y en gentes, y el cliente, si votaba, lo hacía a la vista de su amo; pero establecida la división por centurias para los comicios, como lo había sido para el ejército, el cliente no se encontró en el mismo grupo que el patrono, y aun cuando la vieja ley le seguía mandando que votase como él, no había medio de comprobar si lo obedecía (Coulanges, 2001, p. 253).

El vínculo entre la organización militar y la política volvió a establecerse con las centurias:

Veinticinco años después de Servio Tulio, sucedió que se proyectó convocar al ejército, sin ser para una expedición militar, y habiéndose reunido y formado cada centuria con su centurión a la cabeza y alrededor de su bandera, habló el magistrado, consultándoles y les hizo votar. Las seis centurias patricias y las doce de caballeros plebeyos votaron primero, después las centurias de infantería de primera clase y en seguida las demás, y de este modo quedó en poco tiempo establecida la asamblea centuria, en que todo soldado por serlo, tenía voto, sin distinción de plebeyo ni de patricio (2001, p. 271).

Las centurias de Servio Tulio se organizaron, a su vez, en clases, según la riqueza de las personas, que pagaban su propio uniforme y armamento: las clases más ricas tenían el avituallamiento más caro. Esto tuvo un efecto timocrático en la organización de las asambleas curiales:

En la única configuración que conocemos de cerca, en la llamada constitución serviana (pues, según relata la tradición, su creador fue el penúltimo de los reyes, Servio Tulio), la distribución por centurias ha perdido ya claramente su carácter militar y se ha convertido en un modo de regular el sufragio y los impuestos. Así, los ciudadanos se dividían según su patrimonio en clases, y cada una de estas constaba de un número fijo de centurias, sin consideración a la cantidad efectiva de cabezas. De este modo, el total de 193 centurias estaba repartido

por clases, de manera que los más pudientes —los jinetes y la primera clase— poseían ya la mayoría absoluta con 98 centurias. Y es que los votos de los ciudadanos solo se computaban una vez en cada centuria; la mayoría daba el voto de cada centuria; ahora bien, era la mayoría de las centurias la que decidía el resultado de la votación total. Como, además, no se llamaba simultáneamente a las centurias, sino por el orden correlativo de las clases, y como la votación solo duraba hasta alcanzar una mayoría, lo normal era que los ciudadanos pobres ni siquiera llegaran a ejercer su derecho de sufragio. Esta división de los ciudadanos ya no atendía a criterios militares; parece evidente que es consecuencia de un cálculo aritmético del sufragio político, dirigido a asegurar a la timocracia el predominio en la forma más importante de asamblea popular. En los comicios centuriados se elegían los magistrados mayores (cónsules, pretores, censores) a propuesta del magistrado que convocaba la asamblea, que era, por regla general, el cónsul; se votaban las leyes [...] y se decidía solemnemente sobre la guerra y la paz. Esta asamblea era la única competente en procesos políticos en que hubiera que decidir la aplicación de la pena capital a un ciudadano (de *capite civis*) (Kunkel, 1973, p. 18).

En definitiva, el establecimiento de las centurias tuvo la finalidad de organizar mejor al ejército en función de los medios que tenía cada combatiente para aportar recursos a su participación en él, pero pronto se convirtió también en la forma de organización política al establecerse los comicios por centurias. Esta nueva organización dio un lugar dentro de ella a todo combatiente, independientemente de su condición social. Sin embargo, permitió que el poder se concentrara en los más ricos. Este, según los especialistas, fue un rasgo común a las organizaciones políticas de aquel tiempo⁸.

⁸ «[...] de cualquier manera, es común a todas las ciudades antiguas, las cuales son todas fundadas sobre una organización censitaria, y esto se aplica aun a las más abiertas y democráticas. Los antiguos sostuvieron siempre que algunas funciones (en particular las que tenían que ver con la administración de fondos públicos) debían ser ejercidas solamente por hombres que ofrecieran “garantías”: casi en cualquier lugar el ejercicio

Pero, más allá de lo que aquí comentamos, es evidente que en la Roma de Servio Tulio podía verse una evolución, según la cual los patricios ya no eran los únicos que contaban ni, necesariamente, eran los más ricos. Por ello se cambió el sistema de organización desde una concepción basada en la aristocracia, hacia una concepción basada en la riqueza. Servio Tulio, por necesidades militares y tributarias, prestaba atención a los reclamos de los plebeyos, cuando menos de los enriquecidos, y les dio una posición establecida formalmente en Roma: excluidos de las curias porque eran aristocráticas, ahora ingresaban a las centurias porque habían acumulado riqueza. Eso les daba también la ciudadanía romana de la que carecían en la organización aristocrática.

Los conflictos emergentes de la política de los reyes condujeron finalmente a la caída de la Monarquía y al establecimiento de la República, a través de procesos que no corresponde tratar aquí con detalle. Baste decir que los tres reyes finales de Roma (Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio) se llevaron mal con los patricios, tendieron a favorecer a los plebeyos y murieron asesinados (Coulanges, 2001, pp. 231-233).

Así, contra lo que modernamente se podría suponer, el establecimiento de la República en Roma luego de la Monarquía, lo hizo la aristocracia patricia para mantener el control del poder en Roma. Los patricios asumieron el control del gobierno civil y militar de la ciudad, excluyendo a los plebeyos. Uno de los instrumentos que usaron para ello fue el de la religión: los dioses eran patricios y hablaban solo para ellos: los augurios que autorizaban la entronización de un alto magistrado eran asentimientos divinos que solo podían ser aplicados a los patricios. Por tanto, solo estos podían gobernar.

Pero la plebe mantuvo el conflicto en pro de una mejor ubicación dentro de Roma y en el 494 a.C. se separó de la ciudad y se estableció

de cargos vinculados a las finanzas lleva consigo depositar una caución en el Tesoro. Un modo elegante de simplificar esta exigencia era aceptar como candidatos solamente a quienes figuraban en los grupos censitarios más elevados» (Nicolet, 1982, p. 7).

en el Monte Sacro, a unos cuatro kilómetros fuera de la ciudad. Es lo que se llamó «la (primera) secesión de la Plebe». Con la secesión, Roma quedaba debilitada en todos los campos de la vida social y económica, pero no en el último, el militar. Por ello los patricios que gobernaban la República cedieron y aceptaron ciertos pedidos plebeyos de inclusión social y política.

Así, la plebe regresó a Roma y recibió tierras en el monte Aventino. Aquí mismo obtuvo la construcción del Templo de Ceres, lo que le daba una religión. La organización por centurias permitió que los plebeyos formaran en las que les correspondían para el censo y, en consecuencia, fueran aceptados como ciudadanos romanos. También los plebeyos pudieron establecer sus propios comicios, separados de los patricios y organizados por tribus, dentro de los cuales aprobaban sus plebiscitos, leyes que les eran aplicables solo a ellos (hasta que la Lex Hortensia del año 287 a.C. les dio validez plena en la República, sin necesidad que los aprobara el Senado). Además, entre varias otras cosas, se estableció la posibilidad de que se dictara una ley romana igual para todos los ciudadanos, patricios o plebeyos. Así apareció la que conocemos como Ley de las XII Tabas, en el año 451 o 450 a.C.⁹

Pero la decisión de mayor trascendencia que apareció luego de la secesión del año 494 a.C. fue el establecimiento de los tribunos de la plebe, quienes tuvieron el «poder negativo» de vetar las decisiones de

⁹ «[...] (3) al ser expulsados los reyes por una ley tribunicia, todas estas leyes cayeron en desuso, y el pueblo romano comenzó de nuevo a regirse, más por un derecho indeterminado y por la costumbre que por ley dada, y toleró esto cerca de veinte años. (4) Luego, para que esto no continuara más tiempo, se decidió públicamente nombrar diez personas que fueran a pedir leyes a las ciudades griegas, a fin de que Roma se basara en leyes escritas las cuales en tablas de marfil, se colocaron en la plaza pública para que pudieran conocerse más abiertamente. Y durante aquel año se les dio el máximo poder de derecho en Roma para que corrigieran las leyes, si fuera necesario, y las interpretasen, y no se pudiese apelar de sus decisiones como podía hacerse respecto de los demás magistrados. Advirtieron ellos que algo faltaba a estas primeras leyes y, por ello, al año siguiente añadieron otras dos a las anteriores tablas, y por esta circunstancia se denominaron “leyes de las Doce Tabas”; cuya legislación dijeron algunos, había inspirado a los decenviros un tal Hermodoro de Éfeso, que andaba desterrado por Italia» (D.1.2.2).

los magistrados para proteger al pueblo. Su autoridad provino de «fuera del sistema patricio», pues se fundó en el juramento sacrosanto que hizo la plebe de defender sus decisiones sin concesión alguna¹⁰.

La organización republicana de Roma evolucionó a lo largo del tiempo y tuvo numerosas modificaciones trascendentales que no tiene propósito desarrollar con detalle en esta revisión general.

Sin embargo, abordaremos en los capítulos siguientes las características esenciales de las principales instituciones políticas que nos interesan para un aporte constitucional al mundo actual. En breve enumeración, su organización esencial fue la siguiente:

- El pueblo romano, al que estaban integrados todos los ciudadanos. Tenía la máxima autoridad en virtud de la *potestas* y se reunía en comicios de diverso tipo para tomar decisiones.
- El Senado romano que, si bien tuvo muchos cambios organizativos y de función a lo largo de la historia, fue siempre controlado por la alta clase dirigente (que, a su vez, fue mutando a lo largo del tiempo). La característica central del Senado fue la de ser el moderador de la política general dando continuidad a las grandes ideas de conducción de Roma. Tuvo una alta legitimidad tanto entre los ciudadanos como entre los magistrados. Esa aceptación provino de la *auctoritas*, que ejerció y que fue un poder legitimador por la importancia de las personas que lo conformaban: la *auctoritas* producía una suerte de «temor reverencial» en la Roma de entonces.
- Las magistraturas fueron mayores y menores, pero aquí solo estudiaremos las primeras. Eran ellas el consulado, los pretores, la dictadura, el *magister equitum* y los *tribuni militum consulari*

¹⁰ «[...] (20) En aquellos mismos tiempos, habiéndose separado la plebe de los patricios, cerca del año decimoséptimo después de la expulsión de los reyes, la plebe creó para sí unos tribunos en el Monte Sacro <Aventino>, que fuesen magistrados plebeyos. Denominados “tribunos” porque, en otro tiempo, el pueblo estaba dividido en tres partes y se nombraba uno por cada una, o también porque eran nombrados por sufragio de las tribus» (D.1.2.2).

potestatem, todos los cuales tenían *imperium*, un poder de mando aparentemente originado en la conducción del ejército hoplítico (explicaremos este tema posteriormente) y extendido con sus características esenciales a la dirección de los asuntos políticos. Las magistraturas menores importantes fueron los censores, los cuestores y los ediles, que carecieron de *imperium*.

- El Tribunado de la Plebe, que fue un grupo de tribunos originado en la secesión del año 494 a.C. como ya dijimos, y que tuvo el poder negativo de impedir la ejecución de decisiones tomadas por las magistraturas, con la finalidad de defender al pueblo. El Tribunado obtenía su poder del juramento sacrosanto de la plebe, mediante el cual esta se comprometió a defender sus decisiones. Por tanto, el tribunado tuvo un poder extraño al de los patricios originarios, obtenido gracias a la decisión de un sector del pueblo.
- Además existió una importante organización municipal con participación de los ciudadanos.

Las magistraturas y los tribunos de la plebe (que aunque fueron asimilados a las magistraturas en rigor no pertenecieron a dicho grupo, al menos originariamente) tuvieron algunas características que deben ser destacadas:

- Fueron todas elegidas por los comicios, según su naturaleza. Los comicios centuriales elegían a los magistrados. Los comicios plebiscitarios a los tribunos de la plebe. La duración del mandato era de un año.
- El cargo era *ad honorem* y, además, irrogaba costos significativos al que lo ejercía.
- Las magistraturas eran todas colegiadas, salvo la dictadura y el *magister equitum*. Todos los miembros de la magistratura respectiva tenían el mismo *imperium*.

- Existía la *intercessio*, que era la atribución de algunos miembros de la magistratura colegiada de vetar las decisiones que tomaban los otros miembros de la misma, lo que constituía, en palabras del constitucionalismo contemporáneo, un «control intraórgano».
- Existió en Roma el *cursus honorum*, que era una especie de ruta de ascenso en los cargos políticos y en las magistraturas de Roma, que resultaba indispensable recorrer para llegar a las magistraturas más altas y para ser incorporado en el Senado¹¹.
- Originalmente las magistraturas fueron ocupadas de forma exclusiva por los patricios, pero, luego, los plebeyos pudieron ser cónsules (367 a.C.) y hasta pontífices máximos (254 a.C.). Estas fechas las hemos tomado de Kunkel (1973, p. 29).

Las magistraturas tuvieron evolución a lo largo de la República, pero los rasgos esenciales que hemos descrito permanecieron. A partir del año 27 a.C. Augusto gobernó Roma hasta su muerte en el año 14 d.C. En este período transformó la política romana de manera drástica. Él no se consideró nunca un emperador. Fue el *Princeps* cuyo significado más propio en castellano sería «primer ciudadano». Sostuvo que era un gobernante republicano que, por la fuerza de las cosas (la historia de la caída de la República romana no puede ser contada en este libro) debió juntar en sí mismo todos los poderes de las magistraturas. No hubo camino de regreso. A partir de él se estableció el Emperador al mando de Roma y esta cayó con el último de ellos: Rómulo Augústulo, el año 476 d.C., en manos de los hérulos del rey Odoacro. El Imperio romano continuó

¹¹ «Con el tiempo se definió un conjunto preciso de reglas destinadas a regular la carrera pública de los ciudadanos romanos: el *cursus honorum*, que comenzaba con la elección a magistraturas menores, lo que era requisito para aspirar a la elección de las cargas superiores después de un intervalo de tiempo entre una elección y otra, alcanzando finalmente el cénit de la república con la elección como cónsul o censor. La reelección inmediata en el mismo cargo era prohibida a fin de evitar una concentración excesiva de poder en un solo individuo» (Capogrossi, 2014, pp. 121-122).

mil años más en Oriente, con capital en Bizancio, hasta que fue derrotado el año 1453 por los turcos.

Durante la Edad Media de Europa occidental, dice Quagliani que los reyes establecidos se apoyaron e inspiraron en la Roma imperial y en Bártolo de Sassoferrato, tal vez el mayor comentarista medieval del *Digesto* de Justiniano: tomaron las ideas romanas de ejercicio del poder y las adaptaron a sus circunstancias (2004, p. 23). También dice, en el mismo lugar, que el príncipe medieval «interpreta» el derecho natural subyacente en la realidad y lo «dice». Se trata de un iusnaturalismo que, al mismo tiempo, es reconocimiento de la ley divina porque *Natura, idest Deus* («naturaleza, es decir Dios») es la que dicta las reglas que el príncipe toma y declara. En este sentido, en la Edad Media se sostiene que el gobernante no alcanza a crear el derecho porque este es anterior al Estado (2004, p. 24).

Demás está decir que la relación entre la religión y el poder, y la creencia en un derecho natural que existe en la naturaleza y se aplica al ser humano son todas ideas romanistas¹².

Sin embargo, en el siglo XVI las monarquías absolutas se abrían campo en Europa occidental y con ellas debía aparecer una conceptualización nueva del poder.

Un paso importante en esta dirección es la obra de Nicolás Maquiavelo, quien escribe sobre la política no desde un punto de vista iusnaturalista, sino tomando las enseñanzas de la historia y buscando una visión política de las cosas para la toma de las decisiones. En este sentido, Maquiavelo es un punto de partida muy importante en el cambio de la concepción de la política: la vuelve «mundana» y, con ello, la aleja de la religión. Para él,

¹² Dice la *Instituta* de Justiniano: «El derecho natural es aquel que la naturaleza inspira a todos los animales. Este derecho no es especial del linaje humano, sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la unión del varón y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos. Vemos, en efecto, a los demás animales que se conforman a los principios de este derecho como si lo conociesen» (I.1.2).

el príncipe gobernará bien si sabe seguir las enseñanzas de la historia, que están en este mundo, no en el más allá: requerirá de leyes y armas¹³. Es bueno recordar que Maquiavelo es un romanista, lo que puede verse con mucha claridad a lo largo de sus varias obras escritas.

En la misma época ocurrió la Reforma religiosa en Occidente y los cristianos quedaron divididos. La Iglesia única que tenía durante la Edad Media el control de la relación del ser humano con Dios ya no es una y esto hace imposible que continúen las ideas teocráticas: La «lucha religiosa divide a los ciudadanos, a los vecinos, a los amigos, a los padres, a los hermanos, al padre y al hijo, al marido y la mujer. Rompe las alianzas, los parentescos, los matrimonios, los derechos inviolables por su propia naturaleza, hasta penetrar en el fondo del corazón para extirpar las amistades y colocar odios irreconciliables» (Quagliani, 2004, p. 73).

Y concluye un poco después: «después de haber sido el fundamento para la obediencia y a las obligaciones políticas, el elemento religioso se transforma en una causa de disgregación del orden político» (2004, p. 73). El camino que siguió Maquiavelo para convertir la política en asunto puramente mundano será tratado más adelante.

1.2. LA SOBERANÍA

En el tránsito de la historia occidental, desde la Edad Media hacia la Edad Moderna con el desarrollo de la monarquía absoluta, apareció el concepto de soberanía que, transformado, llega hasta nosotros. Bodino fue quien condensó la teorización y la hizo operativa. Se dio cuenta de que era el primero en intentarlo y lo dijo de esta manera: «La soberanía es

¹³ «Sébase, pues, que hay dos modos de defenderse: el uno con las leyes, y el otro con la fuerza: el primero es propio y peculiar de los hombres, y el segundo común con las bestias. Cuando las leyes no alcanzan, es indispensable recurrir a la fuerza; y así un príncipe ha de saber emplear estas dos especies de armas, como finalmente nos lo dieron a entender lo poetas en la historia alegórica de la educación de Aquiles y de otros varios príncipes de la antigüedad, fingiendo que le fue encomendada al centauro Quirón» (Maquiavelo, 1989, p. 85).

el poder absoluto y perpetuo de una república [...]. Es necesario definir la soberanía, porque pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún juriconsulto ni filósofo político la ha definido todavía» (1973, I, 8, p. 46).

Poder absoluto, como expresa la cita siguiente, significa que el titular de la soberanía debe tener el poder «puro y simple»: «El pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el estado a su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación [...] Así, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural» (I, 8, pp. 50-51).

Como lo demuestra la analogía que realiza con la donación, que es un contrato que ocurre típicamente entre sujetos privados, Bodino piensa en términos de derecho civil privado y traslada la norma de lo «puro y simple» al ejercicio del poder dentro del ámbito público. El acto puro y simple no está sujeto ni a plazo, ni a condición, ni a cargo o modo¹⁴ en el derecho privado. Nuestro autor aplica la misma receta al ámbito público: el poder de la organización política, para ser soberano, debe ser también puro y simple. Solo será considerado soberano quien pueda ejercitar el poder a su simple voluntad. Los únicos límites tolerables son los de las leyes divinas y naturales, lo que va en consonancia con el iusnaturalismo de la época: el príncipe soberano está sujeto a las normas que da Dios y las leyes divina y natural son las dos formas de su manifestación a los humanos.

¹⁴ El «cargo» o «modo» es cualquier tipo de límite a la libre expresión de la voluntad. Un típico cargo o modo es: «dejo todos mis bienes a tal persona con cargo a que haga decir una misa por mi alma con tal periodicidad». Por su reducida significación económica este modo no llega a ser la exigencia de una contraprestación, pero es igualmente obligatorio cumplirlo.

El poder perpetuo significa que el soberano no puede ejercitarlo con un término final o sujeto a revocación, de manera que luego de ejercer el cargo regrese a condición de súbdito (como ocurre, por contraposición, con los gobernantes elegidos democráticamente en la actualidad). Tiene que ser cuando menos de por vida para considerarse perpetuo (I, 8, pp. 46-49). Demás está decir que, como anuncia la cita inicial de nuestro autor, los requisitos de absoluto y perpetuo, tienen que converger para que el príncipe sea realmente soberano.

Consecuentemente, el gobernante soberano rinde cuentas del ejercicio de su poder, no al pueblo al que gobierna o a alguna de sus partes. La soberanía entendida como la presenta Bodino significa que: «[...] el príncipe soberano [...] solo está obligado a dar cuenta a Dios» (I, 8, p. 48).

De esta manera, Bodino concluye que quienes ejercen el poder público lo hacen en dos condiciones radicalmente diferentes: la primera es la de soberano, que es el príncipe o gobernante que tiene la soberanía absoluta y perpetua que hemos señalado. La segunda es la de simple magistrado, que es quien ejerce una porción de poder que el soberano le entrega a voluntad y con posibilidad de revocación:

Diremos, por consiguiente, que hay dos clases de mando en el ejercicio del poder público: uno soberano, que es absoluto, infinito y que está por encima de las leyes, los magistrados y los particulares; otro legal, sometido a las leyes y al soberano, que es propio de los magistrados y de quienes tienen poder extraordinario de mando en tanto no sean revocados o su comisión no haya expirado. El príncipe soberano no reconoce, después de Dios, a nadie por superior. El magistrado recibe del príncipe soberano su poder y siempre queda sometido a él y a sus leyes (III, 5, p. 119).

Luego de indicar con detalle cuáles son las varias atribuciones específicas del ejercicio de la soberanía, que pasaremos por alto por no referirse a lo esencial de nuestro enfoque, Bodino concluye que:

En una república solo uno puede ser soberano; si son dos, tres, o muchos, ninguno es soberano, ya que nadie por sí solo puede dar ni recibir ley de su igual. Si bien se supone que la corporación de varios señores o de un pueblo ostenta la soberanía, en realidad, le falta el verdadero sujeto si no hay un jefe con potestad soberana que vincule a unos y otros; un simple magistrado, sin potestad soberana, no puede hacerlo [...] (VI, 4, p. 217).

La idea de soberanía que produce Bodino en la última parte del siglo XVI es la de un solo gobernante que ejerce el poder político de la sociedad de modo absoluto y perpetuo, que puede delegar de diversas maneras el poder a magistrados que por depender de él no son soberanos, y que solo responde ante Dios y está sometido a sus mandatos según la ley divina y natural.

En realidad, históricamente, Bodino se enfrenta a la necesidad de legitimar modernamente el ejercicio de poder absoluto de los monarcas occidentales. La institucionalidad romana no le sirve porque en ella el titular del poder es el pueblo¹⁵ y entonces desarrolla este concepto

¹⁵ Desde luego, después de la República, en Roma hay un emperador, pero hay que recordar que el tránsito lo hace Augusto como princeps y él mismo rechaza ser un monarca. Más bien, se considera protector de la República y titular de los poderes de las magistraturas republicanas que le han sido progresivamente entregados. Esta tradición continuó durante el imperio, aunque grandemente desfigurada por la manera romana de modificar el sistema: nunca se «abrogaba» un sistema al establecer otro. Siempre coexistían los dos, pero el segundo se imponía sobre el primero hasta dejarlo en desuso: «El paso de la República al Principado y de este a la Monarquía absoluta fue realizado según la tradición romana en todos los campos, es decir, con el método de introducir las instituciones nuevas sin destruir de golpe las antiguas. La nueva institución se pone al lado de la antigua y la corroe y, si la antigua sobrevive, no se vuelve otra cosa que un fantasma del pasado sin cuerpo propio, destinado a desaparecer transcurrido un cierto tiempo que varía de caso a caso» (Orestano, 1981, p. 625).

Esta manera de extinguir por desuso las instituciones antiguas cuando una nueva las ha sustituido sin derogarlas formalmente puede tener una parte de su fundamento, al menos, en el siguiente pasaje del *Digesto*: «[...] también está legítimamente recibido que se deroguen las leyes, no solo por la voluntad del Legislador, sino también por el no uso, por tácito consentimiento de todos» (D.1.3.32.1).

de soberanía que, como él mismo dice, vale solo para uno y si es monarca mejor. Adicionalmente y de acuerdo con la época, tiñe a este concepto de legitimación religiosa diciendo que el soberano solo responde ante Dios, lo que dará lugar a la conocida frase de «Rey, por la gracia de Dios», que será alternativa a la concepción del poder terrenal de «Rey, por voluntad del pueblo».

Recordemos que en Roma el poder era político-religioso de acuerdo a su propia cosmovisión de la realidad. Bodino sustituye ambos elementos a través de la soberanía y la monarquía absoluta: políticamente, en buena cuenta solo el monarca absoluto puede llamarse soberano y, religiosamente, solo rinde cuenta ante Dios lo que, como es lógico, excluye la rendición de cuentas en este mundo y, en especial, la que se debería hacer ante el pueblo. Una consecuencia histórica inmediata de ello fue la deslegitimación del derecho de resistencia frente a semejante gobernante soberano. El poder le fue confiscado al pueblo. Empieza el «olvido» del derecho público romano.

Pero la legitimación religiosa y excluyente del monarca absoluto soberano tiene dos efectos importantes en relación al sistema romano:

- Por un lado, excluye la legitimación patricia auspicial porque el Dios que legitima al poder no se expresa de esa manera.
- Por otro, excluye el carácter sacrosanto del Tribunado de la Plebe.

Con un monarca legitimado por Dios y titular de un poder absoluto y perpetuo, no hay sitio para la legitimación de un poder que emana de un juramento sacrosanto de la plebe. En adelante, como ha dicho el propio Bodino, todos los demás magistrados son instituidos por quien ejerce el poder soberano.

Desde luego, en los hechos la vida no siguió pulcramente los dictados de la teoría política y hubo sublevaciones nacionales, rebeliones locales y magistraturas nombradas popularmente en diversos lugares y tiempos. Sería muy útil hacer esa historia política y compararla con la teoría predominante, pero tampoco eso es el objeto de este libro.

¿Frente a qué ámbito de la concepción romana se encuentra enfrentada directamente la soberanía, así concebida? Es difícil decirlo, pero creemos que se halla contrapuesta en relación a la potestas del pueblo y, por extensión, a la auctoritas del Senado.

El fundamento de estas afirmaciones consiste en que el soberano tiene que ser uno y absoluto, siguiendo a Bodino, con lo que queda excluido cualquier otro poder político al lado. Si el pueblo tuviera potestas, entonces el príncipe ya no sería soberano. Igual ocurriría si la aristocracia tuviera auctoritas. De manera inversa, si el pueblo es soberano ya no necesita potestas y lo propio sucede a la aristocracia con la auctoritas. En realidad, la soberanía de Bodino es excluyente de cualquier otro poder dentro de la misma organización política: con la soberanía nadie tiene poderes compartidos. Todos son poderes del soberano. Esto es necesariamente complementado con el hecho de que, en la época de Bodino, existía la generalizada concepción de que el gobierno del pueblo, rotulado de democracia, tendía prácticamente de manera inevitable a convertirse en su forma degenerada: la anarquía. Este conjunto de elementos conceptuales hace que, en términos concretos, la potestas y la auctoritas dejen de ser parte del universo del pensamiento político a partir de la existencia del concepto de soberanía de Bodino.

La organización predominante del poder en Occidente transitó hacia la monarquía absoluta, sin intervención alguna del pueblo, cuando menos desde el punto de vista teórico: la resistencia o la sublevación contra el monarca por la gracia de Dios era un atentado contra la voluntad divina.

Sin embargo, la legitimación de la monarquía absoluta «por la gracia de Dios» no tuvo larga duración en términos históricos.

Thomas Hobbes escribió hacia la mitad del siglo XVII y formó parte de la corriente de autores que establece al inicio de la vida humana un «estado de naturaleza» anterior al «estado de sociedad» y que conocemos como teoría del contrato social. El estado de naturaleza de Hobbes es una guerra permanente sin autoridad superior que pueda establecer condiciones de equidad entre los humanos. No hay idea de justo o injusto, ni tampoco

de propiedad, y cada uno se defiende de los otros con sus propias fuerzas, mientras puede hacerlo.

Entonces, los seres humanos que buscan la paz, temen la muerte y desean las cosas necesarias para su vida diaria pactan entrar en el estado de sociedad de la siguiente manera:

Ahora bien, como los pactos de mutua confianza, cuando existe el temor de un incumplimiento por una cualquiera de las partes (como hemos dicho en el capítulo anterior), son nulos, aunque el origen de la justicia sea la estipulación de pactos, no puede haber actualmente injusticia hasta que se elimine la causa de tal temor, cosa que no puede hacerse mientras los hombres se encuentran en la condición natural de guerra. Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado. Eso mismo puede deducirse, también, de la definición que de la justicia hacen los escolásticos cuando dicen que la justicia es la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo. Por tanto, donde no hay suyo, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad. Todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, y por tanto donde no hay Estado, nada es injusto. Así, que la naturaleza de la justicia consiste en la observancia de pactos válidos: ahora bien, la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos. Es entonces, también, cuando comienza la propiedad (2010, pp. 118-119).

En este texto Hobbes establece varias cosas simultáneamente:

- En el estado de naturaleza no hay concepto de lo justo o injusto.

- Tampoco hay concepto de propiedad.
- En el estado de naturaleza, por tanto, todos los seres humanos tienen derecho a todas las cosas.
- Cuando se establece un poder civil suficiente para obligar a los seres humanos a cumplir sus pactos, comienza también la propiedad.
- Ese poder civil es el denominado Estado (en inglés, Hobbes dice *Commonwealth*).

Y así, los seres humanos hacen el contrato social para elegir la autoridad que velará sobre ellos. Pasan al estado de sociedad:

El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquel, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, civitas. Esta es la generación de aquel gran Leviatán, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere

por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo (pp. 140-141).

Este texto de Hobbes dice, a su vez, varias otras cosas importantes:

- El Leviatán, es decir el Estado, se establece por acuerdo de los seres humanos: ellos constituyen el estado de sociedad.
- Cada uno de ellos confiere todo su poder y fortaleza al gobierno de dicho estado de sociedad.
- Cada uno se reconoce como autor de cualquier cosa que haga el gobernante así determinado.
- El gobernante toma este poder y lo utiliza para conformar las voluntades de todos ellos para la paz interna, así como para proteger a todos de las amenazas exteriores.
- El titular de todo este derecho entregado por los miembros de la sociedad se denomina «soberano».

Estamos ya ante una sociedad que se conforma en este mundo por las voluntades de los seres humanos: Dios, en quien se continúa creyendo, no es el que produce la sociedad o legitima el poder del gobernante soberano, es decir, del titular de la soberanía. En adelante, la justificación del poder y su ejercicio será la voluntad de los ciudadanos, expresada a través del contrato social. Hobbes termina de hacer mundano al poder político.

De otro lado, la soberanía no tiene ya como límites la ley divina o la ley natural. Los términos en que ocurre la sociedad humana son los del contrato social libremente aceptado por todos y cada uno de los ciudadanos¹⁶. Quaglioni recordará que ya entonces la política se piensa y se hace en este mundo y por el ser humano: «Escribe Hobbes en el *De corpore* (1655): “Los principios de la política derivan del conocimiento de los movimientos de la mente y, el conocimiento de los movimientos de la mente, deriva de la ciencia de los sentidos y del pensamiento”» (2004, p. 76).

De esta manera, se consolida la doctrina central de la monarquía absoluta de la Edad Moderna. Bodino establece el concepto de soberanía y ata al soberano solo a la obediencia a Dios y a la naturaleza (la ley divina y la natural, ambas, tienen raíz divina). Entonces, moderniza la conceptualización, pero mantiene el vínculo religioso del poder con el sometimiento a los dictados de Dios. Hobbes mantiene una idea de soberanía radical, pero le da un carácter de poder total y la desliga del sometimiento a la ley divina y natural: es el contrato social el que legitima el uso del poder político y el soberano no pacta siquiera con los súbditos que le entregan todo su poder. Por consiguiente, tiene el control total de las decisiones. La soberanía también se hizo mundana.

El absolutismo tuvo pronto problemas con el pueblo. El siglo XVII fue de luchas intestinas en la Gran Bretaña y, la segunda mitad del XVIII, lo fue también en Francia. El proceso de «constitucionalización» moderno, al establecer reglas para el poder y reconocer derechos a las personas (llamados entonces «derechos del hombre y del ciudadano»

¹⁶ Hay que resaltar que Hobbes sostiene que el pacto es entre los ciudadanos para erigir al gobernante absoluto y soberano, pero que no hay pacto entre el gobernante y el pueblo: «En segundo lugar, como el derecho de representar la persona de todos se otorga a quien todos constituyen en soberano, solamente por pacto de uno a otro, y no del soberano en cada uno de ellos, no puede existir quebrantamiento de pacto por parte del soberano, y en consecuencia ninguno de sus súbditos, fundándose en una infracción, puede ser liberado de su sumisión» (2010, p. 143).

durante la Revolución Francesa), echaba raíces rápidamente y, con él, se retornaba a concepciones populares del ejercicio del poder. En este contexto destaca la obra de Juan Jacobo Rousseau que propugna una democracia radical como sistema de organización del poder. Como Hobbes, Rousseau está en la corriente del contrato social, pero con una concepción radicalmente diferente. La cláusula de dicho contrato es en el segundo autor la siguiente: «Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo» (1966, libro I, capítulo IV, p. 20).

Y aquí Rousseau vuelve a las raíces romanistas: todos los ciudadanos forman el cuerpo social que es el titular de la voluntad general, por tanto, el soberano, y cada ciudadano, tiene una alícuota de la soberanía:

Supongamos que un Estado tiene diez mil ciudadanos. El soberano no puede considerarse sino colectivamente y en cuerpo, pero cada particular, en su calidad de súbdito, es considerado individualmente. Así, el soberano es al súbdito como diez mil a uno; es decir, que a cada miembro del Estado, le corresponde la diezmilésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella. Si el pueblo se compone de cien mil hombres, la condición de los súbditos no cambia, pues cada uno soporta igualmente todo el imperio de las leyes, en tanto que su sufragio, reducido a una cienmilésima, tiene diez veces menos influencia en la redacción de aquellas. El súbdito permanece, pues, siendo uno, pero la relación del soberano aumenta en razón del número de individuos, de donde se deduce que, mientras más el Estado crece en población, más la libertad disminuye (libro III, capítulo I, pp. 61-62).

Con Rousseau revive lo esencial de la concepción de la potestas del pueblo romano, aunque con un lenguaje adaptado a los nuevos tiempos: la soberanía, que para Rousseau también es indivisible e indelegable, ahora pertenece al pueblo. Pero la historia sigue un camino distinto porque los rousseauianos no triunfaron en Europa: ni los jacobinos, ni Napoleón.

En América Latina tampoco lo hicieron José de San Martín o Simón Bolívar. Rousseau es postergado y sustituido por las ideas de otros pensadores, más acomodados a los intereses de las clases altas en formación de aquel entonces y, con ello finalmente, según Pierangelo Catalano, el derecho romano público es «olvidado»¹⁷.

Nuevas ideas modernas y burguesas van diseñando un tipo distinto de organización política, que llega hasta nuestros días.

1.3. LA REPRESENTACIÓN Y LA NACIÓN

La primera de esas nuevas ideas es la «representación», que tiene ya tratamiento en Montesquieu:

Puesto que en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo (1972, libro XI, capítulo VI, p. 153).

Los comicios romanos eran genuinamente populares, adaptados a la concepción cultural y política de entonces, que tomaba en cuenta quiénes estaban en su propia potestad y quiénes no lo estaban porque se hallaban en potestad de otro. Desde luego que participaban solo los primeros, no los segundos, porque en la concepción romana la atribución de decidir por sí mismo pertenecía a los *sui iuris* (los que estaban en su propia potestad). Esto puede bien parecer una seria limitación democrática con ojos del siglo XXI, pero no es correcto aplicar diacrónicamente las grandes

¹⁷ «Después del “golpe” del Termidor (26 de julio de 1794) la historia jurídica de Europa continental se caracteriza cada vez más por la utilización, con diversas deformaciones y amputaciones, del derecho privado romano, así como por el rechazo del derecho público romano» (Catalano, 2000, p. 692).

concepciones culturales de la sociedad actual a la Roma de hace dos milenios.

El concepto de representación, en esencia, consiste en decir que no todos participan en la vida política, porque algunos (los representantes) asumen el poder que, en realidad, deberían ejercer los representados. Montesquieu da como legitimación de la representación la dificultad de que el pueblo desempeñe por sí mismo el poder legislativo: en los grandes estados, por su extensión y, en los pequeños, por «mil inconvenientes».

Hamilton, en lo que devendrá pronto como los Estados Unidos de Norteamérica, se pronuncia partidario de una república a la que, fenoménicamente, diferencia de una democracia en los siguientes términos: «Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio» (1943, X, p. 39).

Hamilton, a continuación, da una razón particular para preferir la república y con ella la representación según la propia definición que ha dado:

El efecto de la primera diferencia consiste, por una parte, en que afina y amplía la opinión pública, pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal. Con este sistema, es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado con ese fin (X, p. 39).

El argumento es de desconfianza ante el pronunciamiento de todo el pueblo: la «voluntad general», la ejercitada por «todos» en términos de Rousseau, tiene que ser tamizada por un grupo de ciudadanos escogido y prudente. No es un grupo de «elegidos». Hay una selectividad subjetiva

por calidad: es el grupo que puede discernir mejor el interés público y, además, ostenta mayor patriotismo y justicia. Hay que entender, sin embargo, que en el párrafo de Hamilton no hay negación absoluta de la participación de «todos» en la política. Lo que hay es la idea de que el pueblo debe elegir representantes para que ellos tomen las decisiones importantes.

El pueblo pasa a ser, en realidad, una entidad que no ejerce poder sino que nombra a quienes lo ejercerán en su representación. La idea de pueblo soberano no es la de aquella entidad conformada por el conjunto de ciudadanos que tiene todo el poder de forma absoluta y perpetua. Es el «gran elector» de quienes ejercerán el poder. La representación es, en el plano del poder, la liquidación del concepto de pueblo romano.

La segunda diferencia entre democracia y república que trata Hamilton tiene una consecuencia previsible: «Una democracia, por vía de consecuencia, estará confinada en un espacio pequeño. Una república puede extenderse a una amplia región» (1943, XVI, p. 53).

Todos estos argumentos conducen a que la soberanía sea trasladada desde el pueblo como entidad del conjunto de ciudadanos hacia el aparato del Estado naciente, ese Leviatán del que habló Hobbes en el siglo XVII. Dos conceptos se vinculan a este traslado final del poder: el de nación y el de separación de poderes.

El concepto de nación lo podemos trazar en Sieyes: «¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura» (1973, pp. 13-15).

Los dos elementos esenciales son la condensación de los cambios que hemos visto desde el siglo XVIII, pero ordenados e integrados: una nación es un cuerpo de «asociados». Hay que destacar que Sieyes escribe esta obra en la etapa previa a la revolución, cuando todavía no está iniciado el proceso, y que su objetivo principal es decir que la Asamblea del Tercer Estado es la nación francesa, dejando de lado al Primero y al Segundo. No es un pensamiento acabado: es un instrumento para iniciar la acción revolucionaria desde el punto de vista conceptual.

Por eso, tal vez, la referencia a los «asociados» en vez de a los ciudadanos, lo que será la regla luego del estallido revolucionario. Pero de todas formas, la noción es muy clara: la nación es un cuerpo. Hay un antropomorfismo con lo social que nos es familiar en la época.

Pero, consustancialmente unida está la representación: no son los comicios romanos los que toman decisiones con su potestas. Claramente, la nación es un conjunto humano que no toma las decisiones soberanas, sino que elige a quienes las tomarán por ella.

¿De dónde aparece la nación? La respuesta es muy clara, también para la época: «La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural» (p. 75).

La nación proviene de las leyes naturales. Consecuentemente, la definición que se da de ella no podrá ser modificada: la representación corresponde a la «naturaleza de las cosas». Si bien este concepto sirve a Sieyes para fundamentar por qué la constitución emanada de la obra de la Asamblea del Tercer Estado será la de toda Francia, también sirve para lo que ocurrirá luego con la nación: será la base de la identificación de un pueblo con su territorio, su gobierno, su sistema jurídico y, desde luego, con su representación. Hay que notar, en este punto, que las posiciones teóricas de Sieyes son divergentes de las de Rousseau, porque este no aceptaba la posibilidad de la representación de la voluntad general. Era muy importante, en la discrepancia con Rousseau, que Sieyes dijera que su concepto de nación es de derecho natural, precisamente, porque el primero dice que el orden social está fundado sobre convenciones y no es de derecho natural, lo que significa que para él las reglas del orden social podrían ser modificadas por nuevas convenciones¹⁸.

La confirmación de que para Sieyes el origen de la nación es de derecho natural y le da carácter inmodificable está dicha en el texto siguiente:

¹⁸ «[...] el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones» (Rousseau, 1966, libro I, cap. I, p. 9).

La nación se forma por el solo derecho natural. El gobierno, por el contrario, solo puede pertenecer al derecho positivo. La nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de que es. No depende de su voluntad atribuirse más derechos de los que tiene. En su primera época tiene todos los de una nación. En la segunda época los ejerce; en la tercera hace ejercer por sus representantes todo lo que es necesario para la conservación y el buen orden de la comunidad. Si se sale de esta serie de ideas solo se puede caer de absurdidades en absurdidades (1973, p. 78).

La contraposición entre nación, configurada por la «naturaleza de las cosas», y gobierno, configurado por el derecho positivo, es evidentemente clara: la nación no puede modificarse, el gobierno sí, porque lo único que hay que hacer es cambiar las reglas aplicables a él del derecho positivo.

Desde luego, la inmodificabilidad de la nación la fija en estos dos sentidos: no puede ser menos de lo que es, pero tampoco puede ser más. Las proposiciones «La nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de que es. No depende de su voluntad atribuirse más derechos de los que tiene» son una manera de decirlo.

Finalmente, en la parte final de la cita, Sieyes adopta una posición evolucionista sobre el desarrollo de la nación que, creemos, es un intento del autor de conformarse a la teoría del contrato social vigente en aquel tiempo. Hay que volver a recordar sus divergencias con Juan Jacobo Rousseau. Tal vez por ello decide acercarse a esa teoría sin decir que lo hace. Por ello, las tres épocas que plantea son consistentes con la evolución prevista en el contractualismo social, solo que él añade la representación¹⁹:

- La primera época, aquella en que la nación tiene todos sus derechos, es el momento en que se pasa del estado de naturaleza al de sociedad. Hay que notar, sin embargo, que para Sieyes el estado de naturaleza no parece ser el de «guerra permanente» de Hobbes, sino ya un estado de nación propiamente dicho, porque él mismo

¹⁹ Sieyes hace una descripción detallada de las tres épocas (1973, pp. 71-73).

ha afirmado que «la nación se forma por el solo derecho natural» como hemos visto en cita anterior y, el derecho natural, es el que regula las relaciones entre los seres humanos en estado de naturaleza. Esto último ya se había dicho antes que él (ver, por ejemplo, Locke, 1992, p. 26, párr. 7).

- La segunda época es la de la realización del contrato social: es el momento en que los seres humanos (en este caso pertenecientes a una nación) ejercen su derecho de conformar la sociedad de acuerdo a reglas y organización propia: se dan un gobierno que recibe de todos solo la cuota de poder que permita mantener el buen orden.
- La tercera es la época de la representación (también por derecho natural, se entiende, en el contexto de su pensamiento): en esta época, el buen orden y la conservación de la nación se hace a través de los representantes que ejercen un gobierno por encargo, precisamente, de la nación.

Lo demás, señala al final del texto citado, es solo caer «de absurdidades en absurdidades». El absurdo será, evidentemente, la negación del orden natural de las cosas en el que halla el fundamento no solo de la nación sino de este tránsito de tres épocas y, en definitiva, también del gobierno mediante representación.

Ahora bien, ¿cómo se elige la representación? Dice Sieyes:

Los derechos políticos, como los derechos civiles, deben corresponder a la cualidad de ciudadano. Esta propiedad legal es la misma para todos, sin consideración al más o menos de propiedad real de que cada individuo pueda componer su fortuna o su bien. Todo ciudadano que reúne las condiciones determinadas para ser elector tiene derecho a hacerse representar, y su representación no puede ser una fracción de la representación de otro (1973, pp. 37-38).

La cita trata ya no de los «asociados» (los que conforman la nación, según vimos antes) sino, ahora, de los «ciudadanos», que son los que tienen

derechos y políticos. La primera parte de la cita anuncia la posibilidad de que el universo de asociados y el de ciudadanos sea el mismo, pero luego esto no es así, en lo que respecta a los derechos electorales: para votar hay que reunir «las condiciones determinadas para ser elector» y, consecuentemente, solo el elector «tiene derecho a hacerse representar».

La nación es una construcción antropomórfica, un cuerpo vivo en el que no todos realizan las mismas funciones ni tienen los mismos derechos, cuando menos en lo que se refiere a la política (las historiadoras y los historiadores de género, además, pueden bien decir que los derechos civiles de la Revolución Francesa y del Código Civil de 1804 no fueron equivalentes para varones y mujeres). La nación es una sola pero tiene miembros especializados y solo los que cumplen los requisitos para votar lo harán. Los demás no tienen ese derecho.

Ya no Sieyes, sino Constant casi tres décadas después y con la Revolución Francesa en medio, fue muy claro respecto de este punto:

En todos los países que tienen asambleas representativas es indispensable que estas, cualquiera que sea su organización concreta, estén compuestas por propietarios. Un individuo puede, por sus brillantes méritos, cautivar a la multitud; pero los cuerpos, para granjearse la confianza, necesitan tener intereses concordantes con sus deberes. Toda nación identifica siempre la acción de una asamblea con sus intereses. Tiene la certeza de que el amor al orden, a la justicia y a la conservación reinará entre la mayoría de los propietarios. No son solo, por consiguiente, útiles por las cualidades que poseen, sino también por las que se les atribuyen, por la prudencia que se les supone y por la favorable predisposición que inspiran. Inclúyase entre los legisladores a no propietarios; por buenas que sean sus intenciones, la inquietud que despierten en los propietarios obstaculizará todas sus medidas. Las leyes más prudentes parecerán sospechosas y, en consecuencia, desobedecidas; por el contrario, la otra solución habría logrado el sostén del asentimiento popular al gobierno, aun en el supuesto de que no sea en todo perfecto (1970, pp. 59-60).

Constant ya apunta a una clara representación de clase. Todavía inicial el capitalismo, la regla para él es una representación de propietarios porque, según lo dice tácitamente en la cita, los intereses de la nación son los de los propietarios: «Toda nación identifica siempre la acción de una asamblea con sus intereses. Tiene la certeza de que el amor al orden, a la justicia y a la conservación reinará entre la mayoría de los propietarios». En la parte final de la cita esto se acentúa: no hay que incluir no propietarios entre los representantes porque todos desobedecerán aún por sospecha. Por el contrario, hay que leer en el texto, si los representantes son propietarios, habrá asentimiento popular.

El fundamento de hecho que Constant pretende para su posición está expresado en la siguiente cita:

En nuestras sociedades actuales, el nacimiento en el país y la madurez de edad no bastan para conferir a los hombres las cualidades requeridas por el ejercicio de los derechos de ciudadanía. Aquellos a quienes la indigencia mantiene en una perpetua dependencia y condena a trabajos diarios no poseen mayor ilustración que los niños acerca de los asuntos públicos, ni tienen mayor interés que los extranjeros en una prosperidad nacional cuyos elementos no conocen y en cuyos beneficios solo participan indirectamente.

No quiero cometer ninguna injusticia con la clase trabajadora. Es tan patriota como cualquiera de las restantes y, a menudo, realiza los más heroicos sacrificios, siendo su abnegación tanto más de admirar cuanto que no se ve recompensada por la fortuna ni por la gloria. Pero una cosa es, a mi juicio, el patriotismo por el que se está presto a morir por su país, y otra distinta el patriotismo por el que se cuidan los propios intereses. Es preciso, pues, además del nacimiento y la edad legal, un tercer requisito: el tiempo libre indispensable para ilustrarse y llegar a poseer rectitud de juicio. Solo la propiedad asegura el ocio necesario, solo ella capacita al hombre para el ejercicio de los derechos políticos (1970, pp. 57-58).

Y ¿cuál es la propiedad que debe permitir votar?

Una propiedad puede ser tan limitada que el que la posee solo es propietario en apariencia. Según un autor que ha tratado perfectamente el asunto, quien no posea la renta territorial suficiente para vivir durante el año, sin tener que trabajar para otro, no es verdaderamente propietario. La parte de propiedad que le falta le sitúa en la clase de los asalariados. Los propietarios son dueños de su existencia porque pueden negarle el trabajo. Solo quien posee la renta necesaria para vivir con independencia de toda voluntad extraña puede ejercer los derechos de ciudadanía. Una condición de propiedad inferior sería ilusoria; una más elevada sería injusta (p. 60).

Esta es una posición claramente ideológica, y lo prueba el que fue contradicha por la historia de la propia Francia en la que escribió Constant, primero en 1830 y luego en 1948. Muchos de los que protestaron en estos dos períodos fueron propietarios que querían menos exigencias. El hacer representantes a los más ricos no pacificó sino que, en los hechos, exacerbó los ánimos.

En el plano de las ideas, que es en el que estamos en este libro, la nación con representación se convierte en una organización plutocrática, no democrática. En países como el Perú, en el que escribimos, Constant fue plagiado textualmente para fundamentar un texto constitucional²⁰ y sus ideas llevaron, como en muchos otros lugares, al voto censitario primero y al capacitario después.

La idea de nación representativa que hemos visto en estas páginas tiene que ver con el plano en el que Roma desarrolló la idea de pueblo y es antitética a esta porque el pueblo incluye a todos en los derechos políticos; en cambio la nación solo reconoce derechos a aquellos que cuentan con las capacidades para ejercitarlos: en algunos casos esas capacidades fueron económicas (como en el régimen censitario) y en otros fueron intelectuales (como en el voto capacitario que exigió saber leer y escribir).

²⁰ *El Peruano*. Lima, sábado 19 de octubre de 1839, número 54, tomo II.

En esta concepción de democracia restringida que plantea Constant, el pueblo ya no son todos sino, para efectos de derechos políticos, solo los rentistas. Los demás, que obviamente son la mayoría, no ejercerán el derecho de voto. No hay pueblo en el sentido romano. Esto lo permite el concepto de nación que tiene una naturaleza antropomórfica y un sentido organicista: hay funciones especializadas dentro de la nación y solo los rentistas deben ser ciudadanos con derechos políticos. Como es claro, esta posición es también una de defensa de intereses de clase muy específicos en el contexto social y económico de aquel entonces.

1.4. LA SEPARACIÓN DE PODERES

Aún queda saber qué piensan nuestros autores sobre la forma en que se controle los apetitos egoístas de quienes tengan derechos ciudadanos. Dice Constant al respecto: «La limitación de la soberanía es, pues, verdadera y practicable. Será garantizada primero por la fuerza, que garantiza todas las verdades reconocidas por la opinión; después lo será, de un modo más preciso, por la distribución y por el equilibrio de los poderes» (1970, pp. 17-18).

La soberanía aquí debe ser entendida como el ejercicio del poder público y los remedios que propone Constant son la fuerza en defensa de las opiniones predominantes, conocida a lo largo de la historia, y la separación de poderes que es la que conocemos en el ámbito constitucional moderno: «pesos y contrapesos» o *checks and balances*.

Pero en el mundo contemporáneo, cuyas raíces de organización política se estaban fundando en aquellos años a pesar de las enormes distancias que existen entre los siglos XXI y XIX, la separación de poderes es un mecanismo que opera «dentro del sistema» y, por tanto, solo funciona de acuerdo a los principios y reglas existentes. Esto es muy sencillo: si el poder lo tiene una parte de la sociedad, digamos que los propietarios, el sistema de separación de poderes solo operará dentro de los límites que le pongan esos propietarios. Si hoy los propietarios del siglo XIX fueron

sustituídos por otros en la plutocracia (que es probablemente lo que ocurrió), entonces la separación de poderes operará con los límites que estos nuevos plutócratas apliquen. Por eso, la separación de poderes no puede ser un freno democrático y razonable al exceso en el ejercicio del poder: funciona solamente dentro de un modelo de sociedad y con los límites que los intereses hegemónicos imponen dentro de ese modelo. No es el pueblo, en sentido romano, el que toma las decisiones sino solo un sector de él.

No es que esta tensión fuera inexistente en Roma. Desde luego que la hubo y las luchas de patricios y plebeyos son testimonio de ello. Sin embargo, el sistema político se fue adaptando a estas luchas y dio respuestas, probablemente no satisfactorias como lo demuestra la caída de la República luego de quinientos años, pero de todas formas fue un mecanismo largamente autoajustado. El sistema de nación con representación y separación de poderes no tiene los instrumentos necesarios para hacer ese ajuste por la sucesión de cambios realizada a lo largo de este trayecto que hemos tratado de resumir.

Todo este trayecto se completa con la idea contemporánea de Estado-nación, en la que el binomio puede conducir, como en efecto lo ha hecho, a considerar los intereses de esa superestructura como los intereses del pueblo. Así, se ha sostenido decisiones por «razón de Estado» o de «seguridad nacional» que han afectado los derechos de los pueblos. El concepto de Estado-nación es todo un capítulo importante del mundo moderno, tanto por su asentamiento a lo largo de los siglos XIX y XX, como por su crisis en las últimas etapas de este, en el que ahora discurrimos. Pero es una idea que no abordaremos, pues nos desviaría de nuestro objetivo central.

Creemos indispensable añadir que, luego de esta evolución, la soberanía como idea de poder supremo indiscutido al interior de la organización política y par con los otros poderes exteriores, radicado en una sola entidad de poder, deja de ser un concepto claro y operativo. Hoy se dice de muchos que son «soberanos». Si revisamos la Constitución

Política del Perú, por ejemplo, veremos que se refiere a la soberanía en nueve artículos y la adscribe a diversas entidades:

- Al Estado (artículos 54, 56 inciso 2, 66 y 118 inciso 15).
- A la república (artículos 43 y 165).
- A la nación (artículos 44, 102 inciso 8).
- Al pueblo (artículo 3).

Si hiciéramos una revisión del significado del concepto soberanía en cada uno de estos artículos, con seguridad encontraríamos definiciones distintas entre sí y, cada una de ellas, vinculada tenuemente con la idea original de Bodino. Es un trabajo que sería interesante realizar, en el lindero entre el derecho público, la ciencia política y la semántica. Pero, en general, la palabra «soberano» se ha convertido en un adjetivo calificativo que tiene asociación con la expresión «entidad poderosa»²¹.

1.5. SÍNTESIS SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MODELO CONTEMPORÁNEO EN RELACIÓN AL ROMANO Y TEMAS CENTRALES QUE EMERGEN

El concepto de soberanía absoluta y perpetua que se desarrolla con fuerza teórica a partir de la obra de Bodino para justificar la monarquía absoluta de su tiempo tiene la particularidad de entregar todo el poder a uno y de legitimarlo religiosamente con el principio de «monarca por la gracia de Dios».

Este concepto de soberanía es alternativo a los de potestas y auctoritas en Roma porque no cabe la coexistencia de poderes alternativos contra ella. Al propio tiempo, la legitimación divina «por la gracia de Dios» excluye

²¹ El *Diccionario de la lengua española* da los siguientes significados: «1. Que ejerce o posee la autoridad suprema e independiente. 2. Muy grande, elevado o extraordinario». Pero, si son soberanas diversas entidades, la Constitución peruana toma como significado más apropiado el segundo en vez del primero.

otras legitimaciones sacras de autoridad política fundadas en principios de poder distintos, tales como las legitimaciones auspiciales o el juramento sacrosanto que fundaba el poder del Tribunalado de la Plebe. Al haber una justificación divina del poder, no pueden existir cuotas de poder separadas, legitimadas por grupos que son parte de la organización política. Por supuesto, tampoco puede haber derecho de resistencia.

El concepto de «nación gobernada por representantes» es alternativo y excluyente al de «pueblo romano». Esto por varias razones. La primera de ellas es que el pueblo no es conformado por todos los «asociados», sino solo por quienes cumplen los «requisitos para ser ciudadano» y ejercer los derechos políticos. Aparecerán así los sistemas de voto censitario y capacitario que rigieron las democracias limitadas de los siglos XIX y XX.

La segunda razón de exclusión entre estos conceptos consiste en que en la nación gobernada por representantes el conjunto de ciudadanos no tiene potestas, no tiene la decisión definitiva sobre la cosa pública en el sentido más amplio de la palabra.

La soberanía está originariamente mejor ubicada en el monarca absoluto (según propias palabras de Bodino) y más tarde en el Estadonación. El soberano se vuelve una entidad abstracta que es diferente al pueblo y que tiene, incluso, razones y formas de seguridad que más de una vez lo contraponen a los intereses populares. Como hemos visto, además, la Constitución peruana usa polisémicamente al concepto de soberanía.

La tercera razón de exclusión consiste en que quienes toman las decisiones son los representantes y no los ciudadanos. Estos aparecen nominalmente como dueños del poder porque participan en la elección de los representantes pero, en realidad, su posición es la de «grandes electores» y nada más.

En el sistema político de Roma hubo una tensión de intereses constante que hizo explosión muchas veces en la historia: la lucha patricio plebeya. Y hubo también un sistema complejo de instituciones que buscaron mantener el sistema en equilibrio: los comicios, el Senado,

las magistraturas, el Tribunado de la Plebe, cada una de ellas fundada en principios religiosos y de poder que ya hemos indicado antes.

Sin embargo, en el mundo moderno este panorama ha sido sustituido por la soberanía, originalmente depositada en el monarca absoluto y luego en diversas entidades como el Estado, la nación o la república. ¿Cuál es entonces el mecanismo de control del poder? La respuesta fue la «separación de poderes», el mecanismo de *checks and balances*. Pero ese mecanismo no corresponde a los diferentes intereses sociales en el conjunto de los habitantes o ciudadanos (conceptos distintos y que por eso mismo muestran la complejidad del problema). La separación de poderes es un instrumento técnico de distribución de competencias y de mecanismos de control que funciona «al interior del sistema de órganos políticos representativos» (o no representativos, como los juzgados o los tribunales constitucionales), pero no desde la base social, ideológica y política del sistema. La separación de poderes no toma como fundamento de su acción los intereses de los seres humanos que participan de una organización política, sino el conjunto de reglas, bastante técnicas en la actualidad, de competencias y controles.

La posibilidad de resolver los grandes conflictos sociales no emerge pues de la separación de poderes. En realidad, no tiene de dónde emerger, salvo de la función de «gran electora» que se reconoce a la ciudadanía votante.

Esta característica del sistema político contemporáneo ha llevado, por sus propias reglas, a una situación en la que las tecnocracias manejan los hilos de poder tras las máscaras de los representantes elegidos. Y esto ocurre hoy en dos niveles distintos:

- Uno es el nacional, interno de los Estados. En ellos, la predominancia de las tecnocracias ubicadas en los ámbitos de la economía, las finanzas y la regulación del mercado, es muy clara respecto de otras prioridades que puedan interesar al pueblo. También es muy claro que el pueblo no tiene la menor posibilidad de controlar a las tecnocracias que actúan atrás de los representantes elegidos

porque, simplemente, no vota por ellas: son elegidas (y reelegidas) por quienes gobiernan.

- Otro es el internacional, en el cual hay un conjunto de órganos internacionales tecnocráticos que controlan los flujos económicos, financieros y comerciales sin que los países, grandes o pequeños, del norte o del sur, puedan ejercer ya poder soberano frente a ellos. En el pasado los sometidos fueron los países del sur. Desde hace poco más de un lustro fueron varios países del norte. Solo los grandes colosos del poder mundial, como los Estados Unidos de Norteamérica, la China y Rusia parecen escapar, cuando menos relativamente, al poder de esta tecnocracia internacional.

La situación contemporánea, frente a la de Roma, es de una confiscación total del poder político de manos del pueblos entendido como cuerpo de todos los ciudadanos sin mayor cualificación que su existencia como seres racionales, que pasó progresivamente por razón de soberanía al Estado, a la nación o a la república, entidades puramente abstractas que manejan representantes los que, crecientemente, son a su vez determinados en sus decisiones por las tecnocracias nacionales e internacionales que protegen los intereses predominantes que son ampliamente conocidos: los grandes intereses económicos, financieros y de mercado libre.

Es posible que algunos de esos intereses sean compartidos por los demás ciudadanos no hegemónicos en el poder público. Pero también se sabe que varios de esos intereses predominantes no son compartidos por estos ciudadanos. Sin embargo, en este último caso, el pueblo no tiene mecanismos de poder suficientes para disputar la predominancia en la política de hoy. La soberanía le quitó su potestas.

Frente a esta situación, ¿qué aportes hace la Constitución republicana de Roma al pensamiento constitucional contemporáneo. En el plano teórico consideramos que los siguientes.

1.5.1. Soberanía y potestas

La soberanía, con sus caracteres de absoluta y perpetua ha conducido a privar de poder al pueblo como conjunto y a sus partes. Adicionalmente, su adscripción original al monarca absoluto y su traslado progresivo hacia el Estado-nación, ha sido perjudicial porque se ha establecido una entidad formal con poder supremo, el Estado-nación, que asume para sí existencia propia, intereses excluyentes del pueblo (por ejemplo, las «razones de Estado») y derechos también propios y excluyentes (como la idea de seguridad nacional que tantos conflictos y pesares trajo a los pueblos y a la humanidad en su conjunto).

Adicionalmente, como hemos mostrado antes, la soberanía es un atributo de poder indivisible. Puede ser perfectamente explicable (aunque no justificable) en manos de un monarca absoluto, pero en el Estado-nación contemporáneo, en el que hay multitud de órganos con poderes específicos y con mecanismos de control para los demás, la soberanía es inentendible en manos de ellos, pero también es inentendible en manos de un Estado-nación abstracto que no puede expresar voluntad sino a través de sus diversos órganos. Hoy existen órganos con atribuciones de poder positivo (esto es, de ejecución de decisiones) y con mecanismos de control (que sirven para que los órganos se regulen entre sí y no se extralimiten en el ejercicio de sus atribuciones). Por ello mismo, el concepto de soberanía no es funcional dentro de la actual institucionalidad, ni tampoco explica lo que realmente sucede en la vida política cotidiana de los Estados-nación modernos.

Finalmente, la existencia de organismos internacionales que cooptan decisiones a los Estados-nación contemporáneos, y las limitaciones de libre decisión exterior que crecientemente aparecen para los Estados-nación por la globalización de las relaciones, de las decisiones y de los procesos económicos y sociales, hacen que el concepto soberanía también sea disfuncional en el plano internacional. Es verdad que los pueblos de las actuales sociedades políticas llamadas Estados son y deben ser libres.

Pero la idea de pueblo libre no es equivalente en forma alguna a la de Estado-nación soberano. Se puede sostener lo primero sin necesidad de recurrir a lo segundo.

En cambio, vale la pena analizar nuevamente el concepto de potestas y estudiar su aplicación actualizada a nuestra realidad (luego lo haremos con el concepto de auctoritas).

La idea de un pueblo libre y capaz de tomar por sí mismo las decisiones que rijan los aspectos públicos de su vida común debe ser restablecida. En lo interno, para que tenga la máxima jerarquía de decisión dentro de su organización política y la pueda organizar a su mejor criterio. Esto será retomar la idea rousseauniana de que la sociedad civil está conformada por decisiones convencionales que pueden ser adaptadas a preferencia de la voluntad general.

La «voluntad general» no nos es un concepto lejano ni proscrito, como pretenden muchos escritores liberales. En el caso peruano, todos conocemos las palabras históricas del General y Protector del Perú, José de San Martín, al proclamar la independencia: «El Perú es libre e independiente por la voluntad general de los pueblos y la justicia de su causa que Dios defiende». La primera parte de esta alocución, San Martín la pensó en el francés de Rousseau para luego traducirla a nuestro castellano. Está en la conciencia colectiva y en la historia trascendental de nuestra gesta independiente. Sería un acto políticamente odioso proscribirla.

Y, en el plano internacional, un pueblo libre y capaz de tomar decisiones propias, es uno que incorpora a sus reglas el derecho internacional, que adopta la vasta corriente del reconocimiento de los derechos humanos, que establece el sometimiento a los tribunales internacionales de justicia y que suscribe convenios y tratados que le dan derechos e imponen deberes. Todo esto lo explica mejor el concepto de potestas que el de soberanía.

Pero, además, hoy tenemos en el mundo la multiculturalidad, el federalismo de naciones, las autonomías de los pueblos originarios y realidades conexas que superan el concepto limitado de nación, aplicable

a pocos de ellos en los términos clásicos. Todos estos hechos políticos del mundo revelan que es posible encontrar dentro de un pueblo manifestaciones políticas particulares de sectores del pueblo, que adquieren una propia identidad y reglas propias dentro de ciertos márgenes. Es, por ejemplo, en el Perú, el caso de las comunidades campesinas y nativas que tienen el derecho de aplicar sus normas consuetudinarias dentro de sus territorios, sin violar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Es también el caso del Convenio 169 de la OIT que trata de la consulta previa a los pueblos originarios ante determinadas decisiones a tomar por el Estado en el que habitan y al que pertenecen.

Tampoco estas particularidades son adecuadamente interpretadas por el concepto tradicional de soberanía. Sí lo son por un pueblo libre que toma decisiones propias y que, por ello mismo, puede aceptar dentro de sí particularidades para ciertos grupos humanos, con derechos específicos.

En el capítulo referido al pueblo estudiaremos los detalles de esta reinterpretación de la potestas y, en el referido al Senado, lo pertinente a la auctoritas.

1.5.2. Soberanía y auctoritas

Como hemos dicho antes, la auctoritas fue el principio político legitimador del poder del Senado. Originalmente un atributo de los patricios, luego, cuando la *nobilitas* amalgamó a estos y a los plebeyos que alcanzaron alta posición social, la auctoritas se reconvirtió en el sustento de poder de la alta clase social. El Senado personificó la auctoritas y actuó políticamente sobre la base de ella.

Desde luego, esto que fue posible en Roma sería inaceptable hoy en día: la clase alta no puede, por ser tal, acumular poder político. Eso es irreconciliable con el principio democrático de la igualdad ciudadana.

Pero la auctoritas de la clase social más alta no es la única que puede existir. Es sabido que en la sociedad existe un liderazgo que emerge de las cualidades personales del líder y que tiene que ver con lo que aquí llamamos

auctoritas. Weber se refirió a ello bajo el concepto de «dominación carismática» (2002)²².

El Senado de Roma, si bien durante una primera etapa estuvo conformado por personajes de clase alta, luego incorporó a quienes, además de esa característica, tuvieran un *cursus honorum* adecuado, es decir, una carrera de puestos políticos a lo largo de la vida, que había sido establecida debidamente como requisito para llegar a ser senador.

Este *cursus honorum* podría ser tomado en la actualidad como una nueva auctoritas: los dirigentes políticos y sociales que destaquen por su honor, su capacidad y su entrega al interés público, podrían integrar un cuerpo político con ciertas funciones, inspiradas en el Senado romano.

Hay que hacer notar que el concepto de soberanía, al ser supremo y único, eliminó la posibilidad de poderes alternativos dentro de la misma sociedad política. En este sentido, con la soberanía no solo desapareció la potestas del pueblo sino también la auctoritas del Senado.

En el capítulo destinado a este órgano, estudiaremos con detalle la posibilidad de volver a aplicar una auctoritas compatible con el espíritu democrático contemporáneo.

1.5.3. Pueblo y Estado-nación con representación

La «nación con representación» es la antítesis contemporánea de la idea de pueblo en el sentido que le dio Roma.

La idea central de nación, expresada de manera simple, clara y contundente por Sieyes en cita ya hecha en este texto, corresponde a un tiempo y a unos lugares determinados, principalmente en Europa moderna. Nación es un concepto que se ha extendido por razones eminentemente subjetivas y poderosas, pero que difícilmente tiene un correlato real en muchísimos lugares del mundo. No lo tiene, desde luego, en países como

²² El desarrollo del tema está en la parte I: «Teoría de las categorías sociológicas», apartado III: «Los tipos de dominación, numeral 4: «La dominación carismática», § 10, pp. 193 y ss.

el Perú donde ni la raza, ni la lengua, ni la condición social permitieron, ni permiten aún hoy, decir que hay una nación plenamente integrada con unidad de personas, lengua, cultura, historia y demás elementos propios de las caracterizaciones tradicionales del concepto.

En cambio, la existencia de pueblos con organización política es palmaria y real, compleja y dialéctica. El mundo está hoy dividido en territorios donde hay pueblos determinados que, a gusto o a disgusto, comparten un mismo gobierno y unas mismas leyes. Nada está sujeto a determinismo, pero son hechos que tampoco podemos negar y que, siempre, podemos reacomodar en virtud del logro del progreso y de la paz. Para esto vuelve a ser muy importante Rousseau, al decir que el orden social no es de derecho natural sino que está fundado en convenciones que, por tanto, pueden ser modificadas (Rousseau, 1966, libro I, p. 9).

Ahora bien, en una organización política en la que el pueblo ejerce su potestas porque es libre y toma por sí mismo sus decisiones no todo tiene que ser hecho por el pueblo. Tampoco fue así en Roma: la potestas permitía que el pueblo tomara todas las decisiones que fueran necesarias, pero los magistrados también tomaban gran cantidad de decisiones para la tarea de gobierno. Solo que las tomaban por delegación del pueblo. Rousseau lo dice muy claramente:

[...] el acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; que los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus funcionarios; que puede nombrarlos y destituirlos cuando le plazca; que no es de su incumbencia contratar, sino obedecer, y que al encargarse de las funciones que el Estado les impone, no hacen más que cumplir su deber de ciudadanos, sin tener ningún derecho para discutir sobre las condiciones.

Cuando acontece que el pueblo instituye un gobierno hereditario, ya sea monárquico en una familia, o aristocrático en un orden de ciudades, no es un compromiso el que adquiere: da una forma provisional a la administración hasta tanto que le plazca cambiarla (1966, libro III, p. 102).

El mundo se hizo más complejo y el conjunto de decisiones que tiene que tomarse en una organización política contemporánea, probablemente, es mayor en calidad y cantidad. Consecuentemente, los parámetros de división del trabajo político de Roma no pueden ser aplicables al mundo de hoy. Pero la idea de que el pueblo toma todas las decisiones que considera pertinente, y que las magistraturas toman otras que les correspondan o se les deleguen, es también consustancial al espíritu romano.

Lo que no es aceptable es el principio establecido por Sieyes, tomado de la experiencia de Gran Bretaña y reforzado por los pensadores liberales de los Estados Unidos de Norteamérica: que la organización de poder contemporánea debe ser la de una «nación con representación» en la que a quienes finalmente tengan derecho al voto solo les toca elegir representantes.

La línea de discusión entre el aporte de Roma y la estructura política contemporánea, por consiguiente, tiene que recaer en el cuestionamiento de la representación por la representación. El pueblo tiene que retomar su lugar frente a los representantes. Las decisiones centrales deben ser del pueblo pero, al mismo tiempo, es imposible que todas las decisiones sean del pueblo. Los magistrados tienen que recibir un poder delegado por el que pueden tomar decisiones que no corresponde discutir y aprobar al pueblo. Pero el pueblo mantendrá la vigilancia política sobre los magistrados a quienes delega el ejercicio del poder en ciertas decisiones. Como podemos apreciar de lo comentado y citado antes, nuestra opinión es que hay que dejar a Sieyes y retomar a Rousseau, pero con criterio de respeto a la potestas del pueblo, unido a la eficiencia y a la razón práctica.

1.5.4. Poder de magistraturas: imperium y separación de poderes

El imperium tiene, a nuestro juicio, una particularidad importantísima. Como emanación del mando militar, tiene las características de imperatividad y de teleología. El comandante de un ejército que maniobra (recordemos la idea de que el imperium aparece cuando el ejército heroico desaparece y es sustituido por el ejército hoplítico) tiene que dar las

órdenes para lograr los resultados esperados de la batalla: la victoria, una retirada, otro logro táctico o estratégico. Por ello, la referencia de Lobrano en una cita anterior debe ser interpretada también como dirigida al poder teleológico, finalista, del ejercicio del imperium.

En la separación de poderes se actúa por competencias asignadas. Existe un ámbito en el que se ejercita el poder y no se debe traspasar los límites. La función se ejercita atendiendo a los fines, hasta donde se puede, pero la preocupación por los procedimientos formales es muy significativa y sirve para producir ineficiencias e irracionalidades que no se justificarían desde la perspectiva teleológica del uso del poder público.

En este sentido, una mirada retrospectiva al imperium puede corregir ineficiencias de la asignación de competencias del sistema de separación de poderes: el magistrado no puede excusarse en el borde de su competencia para no actuar cuando es necesario que lo haga. En la separación de poderes, la abstención en estos casos suele ser la regla, para evitar la posible sanción.

Es interesante notar que, tal vez por estas mismas consideraciones, el sistema de Roma eligió la entrega plena del imperium a cada magistrado, completada con una composición plural de las magistraturas y la existencia de la intercessio entre colegas. Estos dos elementos constituyen complementos fundamentales del imperium para que no se convierta en el ejercicio de un poder despótico, sin frenos ni contrapesos.

Lo que es evidente es que un imperium sin colegialidad y sin intercessio puede ser tremendamente perjudicial en la vida política pública y acercarse mucho a la tiranía, si no convertirse directamente en ella. El diseño contemporáneo de ejercicio del poder de las magistraturas podría corregirse con la aplicación de criterios del imperium romano, pero un poder tan directo y teleológico debe tener poderosísimos frenos, que fueron precisamente los que la colegialidad y la intercessio le dieron en Roma.

1.5.5. Tribunado de la Plebe y poder negativo

Finalmente, un pueblo con potestas, que es libre y toma decisiones por sí mismo, puede perfectamente instituir un Tribunado del Pueblo con poder negativo en el sistema político actual. Como titular del poder no necesita de un nuevo juramento sacrosanto. Le bastaría su potestas.

El Tribunado del Pueblo podría asumir una institucionalización mucho más poderosa que la que se ha dado a los defensores del pueblo contemporáneos que, en la inmensa mayoría de los casos son nombrados por los poderes políticos y carecen de legitimación democrática. Si bien muchas y muchos defensores del pueblo han aportado valía personal para elevar el nivel y el respeto que se dé a su cargo, en sí misma, la defensoría del pueblo suele ser una «magistratura de la persuasión» en el contexto de un conjunto de gobernantes y funcionarios con poder efectivo. Eso no es equitativo para ejercer la función de defender los derechos de los ciudadanos frente al poder público.

Siguiendo el espíritu romano, el Tribunado del Pueblo debería tener poder negativo efectivo. Su naturaleza es la de participar de la sociedad política establecida, desde fuera de ella, con poder efectivo de suspensión de efectos de las decisiones de los magistrados gobernantes.

También habría que tomar en cuenta la posibilidad de hacer del Tribunado del Pueblo una magistratura colectiva con la posibilidad de la intercessio. Eso sería plenamente consecuente con el sistema de Roma.

Discutiremos este tema con más detalle en el capítulo referido al Tribunado.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 2

EL POPULUS ROMANUS QUIRITES Y SU POTESTAS

2.1. EL PODER POLÍTICO DEL PUEBLO ROMANO

El pueblo de Roma es una entidad política concreta y real compuesta por todos los ciudadanos. Existe, se reúne, discute, tiene atribuciones políticas propias y una organicidad comicial que es la vía a través de la cual expresa su voluntad de forma organizada.

Modernamente, Rousseau hizo una descripción de este concepto de pueblo en el siguiente párrafo, por demás famoso y que hemos citado ya antes: «Supongamos que un Estado tiene diez mil ciudadanos. El soberano no puede considerarse sino colectivamente y en cuerpo, pero cada particular, en su calidad de súbdito, es considerado individualmente. Así, el soberano es al súbdito como diez mil a uno; es decir, que a cada miembro del Estado, le corresponde la diezmilésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella» (1966, libro III, pp. 61-62).

La primera idea que expresa consiste en que el pueblo existe, es un «cuerpo» colectivo. No es un agregado de personas ni forma una entidad distinta de la suma de sus miembros. Todos los miembros conforman una unidad llamada pueblo que, en palabras de Rousseau, es titular

de la soberanía¹, lo que debe entenderse como el máximo poder político posible en la organización social.

La segunda idea transmitida consiste en que el pueblo —al que llama «soberano» en la cita— solo puede considerarse colectivamente, es decir, cuando están reunidos los ciudadanos para resolver asuntos de interés público. Por eso decimos que es un «cuerpo» y no la suma de sus individuos.

La tercera idea es que cada ciudadano es parte del pueblo. No hay exclusiones que no sean las de no haber llegado aún a contar con las capacidades necesarias para participar de la política.

Rousseau dice que si hay diez mil ciudadanos, cada uno tiene un diezmilésimo de soberanía. Pero hay que tener cuidado con este ejemplo porque, el mismo autor, sostiene que la soberanía es indivisible². No quiere decir, por tanto, que la soberanía se divide en tantas alícuotas como ciudadanos existan, sino que hay una relación de parte a todo, y de todo a parte, entre el pueblo como cuerpo colectivo, por un lado, y el ciudadano, por el otro, que es un vínculo indisoluble: el pueblo se compone de ciudadanos iguales y los ciudadanos tienen poder como parte del pueblo.

La cuarta idea es que cada ciudadano está sometido a la autoridad del pueblo que es soberana: se trata de la voluntad general que solo es expresada colectivamente por el pueblo. La voluntad general, según Rousseau «puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común» (1966, libro II, p. 29). Con mayor detalle, el autor distingue entre la voluntad de todos y la voluntad general: «Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; esta solo atiende al interés común, aquella al interés

¹ A lo largo de este libro veremos que el concepto de soberanía política nace en el siglo XVI. Lo que el pueblo romano tenía como poder característico era la potestas, de la cual nos ocupamos aquí.

² «La soberanía es indivisible por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general, o no lo es; la declaración de esta voluntad constituye un acto de soberanía y es ley» (Rousseau, 1966, libro II, p. 30).

privado, siendo en resumen una suma de las voluntades particulares; pero suprimid de estas mismas voluntades las más y las menos, que se destruyen entre sí, y quedará por suma de las diferencias la voluntad general» (libro II, pp. 32-33).

Entonces, el pueblo es una entidad en sí misma conformada, sin exclusiones, por todos los ciudadanos en igualdad de condiciones. Es la máxima instancia de poder a través de la «voluntad general» que resuelve sobre los temas de interés o de bien común. Sus decisiones valen para todos los miembros del pueblo.

Catalano ve esta idea retomada en varios momentos del pensamiento democrático moderno:

La visión histórica rousseauiana de la relación entre el pueblo y el ciudadano en Roma será retomada de varias maneras en el pensamiento democrático: desde Saint-Just, el año II, a Ledru-Rollin. Esa visión está en la base del artículo XXVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano presentada por Maximiliano Robespierre el 21 de abril de 1793 a la Sociedad de los Jacobinos (y aprobada por ella de manera unánime): «Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido». (El artículo será reproducido en el artículo 34 de la Declaración de los derechos aprobada por la Convención el 23 de junio de 1793). Está por demás hacer referencia a las aplicaciones que los Jacobinos y los *sans culottes* hicieron de la concepción rousseauiana sobre la soberanía popular» (1975, I, p. 19).

La idea rousseauiana es una interpretación moderna de la idea del pueblo en Roma. Las características esenciales que hemos destacado son, en sustancia, las que deben ser aplicadas a Roma aunque, fenoménicamente, las formas de expresión de la voluntad romana, y el sustrato conceptual, fueron diferentes a las que existen en los últimos siglos de Occidente.

El pueblo en Roma expresó su voluntad política en los comicios y en los concilia.

Los comicios tuvieron, en la larga historia de Roma, varias conformaciones: por curias, por centurias y por tribus. Corresponden a distintas etapas de la vida de la ciudad y a distintos objetivos sociales, políticos, militares y de poder.

La primera organización fue la de las curias, de las que se dice que Rómulo estableció treinta a la fundación de la ciudad. Para entender cabalmente esto, es preciso dar una somera revisión a la organización de la sociedad inicial romana, tal como la describe la tradición.

La célula elemental de la sociedad estaba constituida por la *domus* o familia *proprio iure*. A la cabeza estaba el *pater familias* que, para expresarlo simplificadoamente, era el jefe que tenía bajo su potestad a su cónyuge, a sus hijos y a los descendientes de estos pero, también, era el titular de los derechos patrimoniales familiares y, aún, el sacerdote del culto familiar, porque cada *domus* tenía dioses propios en sus ancestros muertos y, por tanto, ritos que cumplir para con ellos. Esto quiere decir que la cónyuge, los hijos, los nietos y las generaciones siguientes permanecían bajo la potestad del *pater* hasta que este falleciera.

Cuando desaparecía el *pater familias* de la *domus*, sus hijos varones de la siguiente generación se convertían en *pater familias* de sus propias *domus*. En este punto resultan claras dos cosas: la primera, que cada nueva *domus* pasa a ser independiente de las otras recién formadas; la segunda, que entre ellas hay de todas formas un vínculo de parentesco a partir del ancestro común (ya fallecido).

Las diferentes *domus* vinculadas entre sí de la forma antedicha formaban una *gens*. Entonces, esta era la reunión de familias que portaban el mismo nombre gentilicio porque descendían de un tronco común ya fallecido. A su turno, la *gens* tenía también su jefe, sus dioses y sus ritos. Dice Capogrossi al respecto:

[...] la *gens* en la época histórica (hay que considerar que esta estructura persistió en la sociedad romana más allá de la República) no es un grupo de parentesco. Constituye una agregación amplia de familias que llevan el mismo nombre. Cicerón (Top. 6) da una

definición precisa y bien conocida: «los gentiles son aquellos que llevan el mismo nombre, que descienden de ingenuos (es decir ciudadanos nacidos libres) y que, entre sus ancestros, no tienen sino ingenuos que nunca tuvieron una *capitis deminutio* (2014, p. 31)³.

Con el tiempo, estos grupos humanos bajo forma de gens fueron identificados con un nombre común⁴ y, como descendientes de los pater o padres, fueron denominados patricios, es decir, «los que tienen padres» (Poma, 2009, p. 51). En conjunto, los miembros de las gens resultaron ser luego la aristocracia de Roma, por ser los pobladores originarios, con religión y patrimonio familiar propios (podemos, por tanto, identificar la denominación de «patricios» con la de «aristocracia»).

Hay que tener en cuenta que la población romana de entonces estaba compuesta por seres humanos de condición económica y cultural aún no altamente desarrollada. Tenía poco que ver con la población evolucionada de la Roma que hizo un imperio de parte importante del mundo conocido en aquella época. Capogrossi dice que si bien parece que Roma ya había establecido rutas de intercambio comercial en la región (una de las cuales era el vado especialmente sencillo del Tíber frente al Campidoglio), los recursos tecnológicos de los que disponían los pobladores de entonces para enfrentar la naturaleza los hacían vivir en una relativa pobreza.

³ La idea de *capitis deminutio* es la siguiente: en Roma cada ser humano tenía una cabeza conformada por tres *stata* que podemos traducir como situaciones o posiciones: libertad, ciudad (es decir ser ciudadano romano) y familia (pertenecer a una *domus*). Se podía tener libertad, pero no ciudad ni familia, y se podía tener libertad y ciudad, pero no familia. La cabeza más completa era la que contenía las tres situaciones. La *capitis deminutio* era lo que llamaríamos «una disminución de cabeza», ocurría, por ejemplo, cuando alguien perdía la familia pero mantenía la libertad y la ciudad. Por tanto, lo que según Cicerón se requiere para ser miembro de una gens es que ese ser humano y sus ancestros hayan sido todos ingenuos (nacidos libres) y que nunca hayan sufrido la *capitis deminutio*. Como se puede ver, una aristocracia selecta a lo largo de la historia de la ciudad.

⁴ Tradicionalmente es conocido que los romanos que formaban parte de una gens tenían tres nombres, uno de los cuales era el de la gens a la que pertenecían.

Esto se desprende de interpretación de restos arqueológicos pertenecientes al territorio de Roma y atribuidos a los siglos IX y VIII a.C. (2004, pp. 23-24).

Ahora bien, según la tradición, cada curia agrupaba a diez gens, de tal manera que, habiendo treinta curias, las gens eran trescientas. Al repetir la estructura existente en los niveles inferiores de la sociedad romana, la curia también tenía su jefe, su religión, sus dioses y sus ritos. Originariamente, las curias tenían una organización de naturaleza territorial y consistía en que las gens que pertenecían a cada una de ellas tenían vecindad geográfica.

Es muy importante notar que la curia es base de organización de Roma en dos sentidos: militar y de organización política.

En el aspecto militar, cada curia leva al ejército cien infantes y diez jinetes (cada cual con su avituallamiento militar, financiado por el mismo militar). Esto hace ver que cada gens provee diez infantes y un jinete. La matemática también dice que el ejército de Roma de aquel entonces está compuesto por tres mil infantes y trescientos jinetes (Alföldy, 1987, p. 19).

También, siempre según la tradición, existía desde los primeros tiempos una Asamblea curial en la que participaban las treinta curias. Cada gens y cada curia emitían un voto que era el resultado de la opinión expresada por sus propios miembros. Los datos de la tradición parecen indicar que el rey reunía a los comicios por curias para escuchar su opinión sobre diversos temas de gobierno a fin de obtener consenso en relación a las decisiones que tomaba. No está claro, por falta de fuentes, si desde sus orígenes los comicios por curias eran la reunión de todos los miembros o si solo de los treinta cabezas de curias.

Las materias de su competencia parecen haber estado referidas a asuntos de familia, de herencia y de interés colectivo. Esto es razonable desde que Roma era una comunidad inicial en la que todos estos asuntos tenían un interés no solo personal y familiar, sino también comunal: «[...] deliberaba sobre cuestiones de derecho familiar, por ejemplo, cada vez que el padre de familia moría sin dejar herederos varones, también deliberaba sobre cuestiones públicas referentes al pueblo y tenía

la atribución de confirmar la autoridad de los funcionarios más altos de la comunidad» (Coulanges, 2001, p. 230).

La competencia de una asamblea de este tipo para analizar asuntos familiares o de herencia ha sido frecuente en las etapas iniciales de buena parte de los grupos humanos de diversas partes del mundo. En cambio, se discute si la afirmación de que las asambleas curiales tenían la atribución de «confirmar la autoridad de los funcionarios más altos de la comunidad» y, en todo caso, hay diferentes opiniones entre los historiadores sobre el significado de esta afirmación de Coulanges. Poma se inclina a pensar que no hubo exactamente tal atribución: «La historiografía moderna, dividida en varias opiniones, se inclina, sin embargo, a negar una atribución electoral al pueblo, debido a que las funciones de los comicios curiados eran muy limitadas y la *lex curiata* solo consideraba la existencia de un acto de obediencia de parte del pueblo para con el nuevo rey» (2009, p. 24).

Capogrossi, al referirse al inicio de la monarquía antigua de Roma, sostiene que ella no era ni hereditaria ni electiva. Había tres etapas: la nominación del nuevo rey por el Senado; la legitimación religiosa augural y una presentación ante los comicios curiales convocados por el propio rey:

Numa Pompilio asciende al cargo a través de la ceremonia solemne de la inauguratio (destinada a persistir en los rituales romanos hasta la etapa imperial). Según este ritual, el augur, operando en un espacio sacro específicamente determinado para el augurio (el templum), toca con la mano derecha la cabeza de Numa y pide al dios Giove que le manifieste, con signos seguros, su acuerdo para que Numa se convierta en rey de Roma.

El rey es inauguratus, por tanto, debido a que investido de una dimensión sacra por el augurio favorable, será sumo sacerdote e intermediario entre la comunidad y los dioses de esta. Pero no solo eso y no solo por virtud de la voluntad divina, ya que, en el advenimiento de un nuevo rey, intervienen tanto el Senado como el pueblo. La inauguratio del nuevo rey se produce, en verdad, después que él ha sido designado por un miembro del Senado, específicamente

designado para la función de interrex. Después de su creatio y de la sucesiva inauguratio, el rex convocará al pueblo reunido bajo la forma de comicios por curias, para asumir ante él el comando supremo de Roma (2014, pp. 37-38).

De manera que, según nuestro autor, habría tres etapas en la asunción del rey de Roma:

- La *creatio*, que es la designación de la persona del nuevo monarca por el senador que ejerce la función de *interrex*. (El *interregnum* era el período que transcurría entre la muerte del rey y la asunción de su sucesor. En este lapso el Senado recuperaba el imperium —«mando»— que se había dado al rey anterior y nombraba un grupo de diez senadores que lo ejercían en una sucesión determinada, uno cada cinco días, hasta que se tenía nuevo rey. El senador que ejercía la función de interrex y que designaba al nuevo rey era uno de los que cumplían esta tarea en el período del interregnum).
- La *inauguratio*, que es la ceremonia religiosa en la cual el augur pide a los dioses de Roma la seña favorable para que la persona designada asuma el cargo de rey.
- La *lex curiata de imperio*, que era el acto ya mencionado antes, mediante el cual el rey presentaba al pueblo reunido en los comicios por curias para que le reconociera obediencia (o según Coulanges, para confirmar su autoridad).

Para ser precisos, debemos decir que Capogrossi da esta versión y señala, de manera simultánea, que no hay acuerdo entre los antiguos romanos sobre que el ceremonial fuera este y que transcurriera de esa manera. En lo concreto, como ya hemos visto, no se sabe si los comicios por curias «aprobaban» o solamente tenían que aceptar forzosamente la autoridad del rey (como afirman los historiadores más recientes). De un lado, los dioses ya habían aprobado que el rey asumiera el cargo a través

de la inauguratio y, por tanto, en la sacralidad propia de Roma, era poco verosímil que los comicios rechazaran a quien tenía investidura sacra ya establecida. De otro lado, el propio Capogrossi recuerda que el término *suffragium*, que luego en la etapa posterior de la República significará el *voto*, originariamente se refiere al aplauso (2014, p. 43). Es probable, entonces, que el acto en el cual consistía la *lex curiata* de imperio fuera el reconocimiento del rey «por aclamación», lo que no es formalmente una votación, como bien lo sabe cualquier asambleísta.

Coulanges dice, en definitiva, respecto de los comicios curiales: «Esta asamblea de curias no era, por tanto, más que la ciudad patricia reunida enfrente del rey» (2001, p. 23). Sin embargo, por las oscuridades existentes en el conocimiento de aquel tiempo, debidas a la ausencia de fuentes documentales de época, no todos los historiadores están de acuerdo con la afirmación de este autor. Recientemente, Poma ha dicho:

En lo que se refiere a la tradición, se encuentra siempre a los plebeyos al lado de los patricios cuando se trata de conformar lo que las fuentes llaman *populus*. Tampoco hay recuerdo alguno de un momento arcaico en el que los plebeyos no fueran admitidos en los comicios. Por lo demás, si cada curia debía entregar al ejército cien soldados de infantería, es impensable que entre ellos no hubiera plebeyos (2009, p. 27).

De tal manera que es fácil imaginar la primera organización comicial romana, que según la tradición viene desde Rómulo: las gens reunidas en curias con dos finalidades (y dos formalidades) distintas: política y militar⁵. Políticamente, conforman los comicios y votan de la manera indicada. Militarmente, cada curia aporta un número de combatientes.

⁵ Hay que notar, sin embargo, que mientras las reuniones políticas se hacían dentro de la ciudad, la reunión del ejército se hacía fuera de ella. La ciudad estaba circunscrita dentro del pomerio, que era una delimitación sagrada, hecha originalmente por Rómulo, según costumbres etruscas. Entrar o salir de él era todo un trámite formal, político y sagrado. En cualquier caso, el mando del ejército no se podía ejercer dentro de este (Burdese, 1972, pp. 78-80).

Los dos poderes: el de los votos y el de las armas son convergentes en la idea organizacional de curia.

También es importante destacar que el ciudadano que participaba en el sistema político de los comicios por curias era el mismo ser humano que participaba como personal castrense en el ejército. En Roma, durante mucho tiempo, existió un estrecho vínculo entre ser ciudadano y ser combatiente: ambos aspectos son fuente de derechos y deberes vinculados entre sí. Muchos historiadores sostienen que la fuerza militar de Roma durante algunos siglos se debió a que en sus legiones los que combatían eran los propios romanos. Es fácilmente imaginable que el ciudadano que participaba en el ejército se sintiera con derecho y con poder para decidir en la vida política. Es una simbiosis entre el desarrollo militar y el político.

Las curias formaron tribus en el período de la Monarquía antigua que precedió a la República. Originalmente las tribus fueron tres, cada una con diez curias. Posteriormente crecieron en número hasta alcanzar la cantidad de treinta y cinco:

El cuerpo político romano o *populus*, es decir, el conjunto de ciudadanos romanos, quedó dividido en tres tribus (Ramnes, Tities y Luceres), con el fin de poner en práctica un rudimentario de leva. A cada una de ellas fueron adscritas diez curias. Así las cosas, cada tribu estaba constituida del siguiente modo: diez casas formaban una *gens*; diez gentes constituían una curia; diez curias formaban una tribu. En caso de necesidad militar, cada una de las curias debía proporcionar cien infantes y diez jinetes. Se conformaba así un ejército de tres mil infantes y trescientos jinetes dirigido por el propio rey o por dos lugartenientes, el *magister populi* para la infantería y el *magister equitum* para la caballería (Novillo, 2001, pp. 59-60).

Parece que las tribus nunca tuvieron la importancia de otras unidades de organización política del pueblo romano y, consiguientemente, tampoco la tuvieron los comicios por tribus. Como veremos luego, el rey Servio Tulio les dio una importante función de pago de impuestos por riqueza, que en aquel entonces era, en mucho, de base territorial.

Alföldy, sin embargo, dice que la plebe consiguió reunirse por tribus en *comitia tributa* (incluso sostiene que tal vez la palabra «tribuno» tenga origen etimológico en estos comitia tributa) y que con ello impidió que los patricios dominaran en esas reuniones con la ayuda de sus clientes, como ocurría en los comicios por curias. De esta manera, al inicio de la República, los comitia tributa pudieron ser un instrumento de agitación plebeya (1987, p. 31). Pero esto será mucho después del momento inicial al que nos hemos referido ahora.

Por su parte, De Martino se inclina a sostener que la tribu fue la base de la organización del ejército en los primeros tiempos de Roma y que esto se halla claramente expresado en las fuentes (1972, I, pp. 115-116). En todo caso, en la configuración de las tribus (que si bien fueron originalmente tres, llegaron a ser hasta treinta y cinco en el año 241 a.C.) se mantiene la doble pertenencia a lo político-ciudadano y a lo militar, con preeminencia de esto último, según parece.

En Roma se reconocen siete reyes entre su fundación (reconocida formalmente como el 21 de abril del año 753 a.C.) y el año 509 a.C., en el que se acepta que empezó la República. Los primeros cuatro son Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio. Los tres últimos (Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio), de ancestro etrusco, trataron de modernizar Roma, fueron proclives a proteger al grupo plebeyo que se había formado progresivamente en la ciudad⁶ y,

⁶ La aristocracia romana está conformada por los habitantes iniciales de Roma, aquellos que se hallan comprendidos en las gens ya tratadas antes. Pero por razones que no corresponde tratar aquí, la Ciudad creció significativamente en actividades económicas y atrajo a mucha gente de los alrededores. Los nuevos habitantes no pertenecían a las gens y, en general, tenían al principio una situación económica baja. Tampoco tenían ciudadanía romana ni derechos propiamente dichos. Sin embargo, las actividades productivas y comerciales enriquecieron a muchos y pasaron a tener riqueza sin un sitio en la sociedad ni en la política. Este grupo fue progresivamente identificado como la Plebe. Los patricios aristócratas y los plebeyos fueron a lo largo de la historia de Roma dos grupos de trascendental importancia. Ya en la época de los reyes etruscos, podía verse que muchos plebeyos habían adquirido riqueza y debían tener un sitio en la sociedad política, además de tributar por su fortuna.

por tanto, se enfrentaron a la aristocracia lugareña. Los tres fueron destronados violentamente. Al caer Tarquino el Soberbio, desapareció formalmente la Monarquía y se inició la República en la fecha antes indicada.

Fue el segundo de estos reyes etruscos, Servio Tulio, el que con mayor intensidad modernizó la tradicional organización romana. Se le atribuye el haber sustituido en la organización militar y política a las curias, con la institución de las centurias. Dice Coulanges al respecto:

Servio distribuyó el ejército en centurias, ocupando cada uno su puesto según su riqueza, resultando que el cliente no formaba al lado de su patrono ni le tenía de jefe en el combate, con lo cual fue adquiriendo hábitos de independencia. Este cambio introdujo otro en la constitución de los comicios; antes se dividía la asamblea en curias y en gentes, y el cliente, si votaba, lo hacía a la vista de su amo; pero establecida la división por centurias para los comicios, como lo había sido para el ejército, el cliente no se encontró en el mismo grupo que el patrono, y aun cuando la vieja ley le seguía mandando que votase como él, no había medio de comprobar si lo obedecía (2001, p. 253).

En la época del rey Servio Tulio había ya muchos plebeyos enriquecidos y que, por tanto, podían aportar jinetes o armamento pesado de infantería al ejército. Consiguientemente, estableció cinco clases según su riqueza y organizó a la población de esa manera, con lo que le exigía el aporte al ejército en función de su riqueza. Dice Kunkel:

[...] los ciudadanos se dividían según su patrimonio en clases, y cada una de estas constaba de un número fijo de centurias, sin consideración a la cantidad efectiva de cabezas. De este modo, el total de 193 centurias estaba repartido por clases, de manera que los más pudientes —los jinetes y la primera clase— poseían ya la mayoría absoluta con 98 centurias. Y es que los votos de los ciudadanos solo se computaban una vez en cada centuria; la mayoría daba el voto de cada centuria; ahora bien, era la mayoría de las centurias la que decidía el resultado

de la votación total. Como, además, no se llamaba simultáneamente a las centurias, sino por el orden correlativo de las clases, y como la votación solo duraba hasta alcanzar una mayoría, lo normal era que los ciudadanos pobres ni siquiera llegaran a ejercitar su derecho de sufragio. Esta división de los ciudadanos ya no atendía a criterios militares; parece evidente que es consecuencia de un cálculo aritmético del sufragio político, dirigido a asegurar a la timocracia el predominio en la forma más importante de asamblea popular. En los comicios centuriados se elegían los magistrados mayores (cónsules, pretores, censores) a propuesta del magistrado que convocaba la asamblea, que era, por regla general, el cónsul; se votaban las leyes (*leges* [...]) y se decidía solemnemente sobre la guerra y la paz. Esta asamblea era la única competente en procesos políticos en que hubiera que decidir la aplicación de la pena capital a un ciudadano (*de capite civis*)» (1973, p. 18).

Se puede ver que la organización por centurias aporta, nuevamente, tanto al ejército como a la política. En esta última, ya establecida la República, después de Servio Tulio y Tarquino el Soberbio, se formaron los comicios por centurias, en los cuales los ciudadanos votaban dentro de la que les correspondía y se formaba luego un voto por cada centuria, según la mayoría de votos emitida dentro de la centuria por sus miembros. Kunkel nos indica que había 193 centurias distribuidas de tal manera que la primera clase tenía 98, con lo que si votaban todas en el mismo sentido, esa primera clase tenía asegurada la decisión en sus manos. Los demás, alcanzada la mayoría, ya no votaban.

El régimen era, por tanto, popular pero timocrático: el poder estaba en relación directa con la riqueza.

Según De Martino, los comicios por centurias aprobaban la elección de los magistrados, las propuestas de leyes y juzgaban en las condenas a pena capital. Sin embargo, debían ser convocados por los magistrados (no por propia iniciativa) y votaban lo que les proponía el magistrado que los convocaba. No eran asambleas autónomas y con capacidad absoluta de decidir por sí mismas en los asuntos que les competían: la conducción

del magistrado y la supervigilancia del Senado a través de la auctoritas eran limitaciones a sus potestades (1972, I, pp. 295-296).

Ahora bien: ¿cuál es la hipótesis que justifica el cambio de los comicios curiales a los centuriales?

La organización por curias era antigua y aristocrática para el tiempo de Servio Tulio. Habían existido transformaciones importantes: por un lado, había aparecido un sector social significativo que tenía capacidad económica, pero era parte de la plebe, no del patriciado. Por otro lado, a lo largo del tiempo, algunas gens habían visto disminuir su capacidad económica o de convocatoria militar y otras habían simplemente desaparecido. Además, la base geográfica original de las curias se había transformado con el tiempo transcurrido desde su establecimiento original y era bastante difícil identificar, en muchos casos, a qué curia pertenecían las diversas gens. Finalmente, existía el reclamo de incorporación de los nuevos sectores sociales poderosos económicamente.

Con la organización por centurias Servio Tulio generó varios efectos importantes:

- Incrementó significativamente el número de combatientes y logró que se apertrechen de mejor manera con sus propios medios al organizarlos en clases según su riqueza. Esto ocurrió porque, como es evidente, las curias habían incrementado su población a lo largo del tiempo, pero el reclutamiento era el mismo. Al establecerse muchas más centurias que curias, el aporte de combatientes al ejército creció.
- Identificó mejor la «capacidad contributiva» existente en Roma al hacer un censo con averiguación de recursos económicos familiares. No solo se identificó la riqueza fundada en la propiedad predial (como ocurrió en los primeros tiempos) sino también la acumulada en el comercio y en la producción. Todo ello fue medido con relación a la moneda ya existente: «si en un primer momento la distribución de los ciudadanos en clases fue fundada solo en el

cálculo de la riqueza inmobiliaria rural, luego se hizo referencia a valores definidos en la moneda romana de base: el as» (Capogrossi, 2014, p. 60).

- Creó las condiciones para que se establecieran más tarde (durante la República) los comicios por centurias, que incorporaron a muchos que no participaban de los comicios por curias porque no eran aristócratas. Además, separó a los clientes de sus señores y, así, dio más independencia política a aquellos, porque en adelante asistirían a los comicios en su centuria y no en su curia.
- En general, organizó a Roma por clases según su riqueza y no según su origen. Esto permitió crear condiciones para un régimen de gobierno timocrático que efectivamente tomó el control del poder. Hay que considerar que tuvo que haber una significativa evolución de las clases sociales desde la Roma arcaica, predominantemente rural, hacia la Roma de la época de los reyes etruscos, que era ya una potencia en la región y que desarrollaba actividades comerciales y productivas significativas para la época. No era, por tanto, posible mantener la base aristocrática antigua para organizar la política y el ejército en la Roma ya evolucionada y con riqueza más diversificada. El cambio que realizó Servio Tulio, en este sentido, correspondió a la realidad social existente y fue una modernización de mucha importancia para adecuar las instituciones a las nuevas circunstancias.
- Dio mayor consistencia al *populus*. Lo dice Poma con estas palabras: «Es importante subrayar que esta asamblea por centurias, destinada a una gran continuidad en la etapa republicana, es un instrumento importante para la cohesión de la *civitas* romana. En dicha asamblea los ciudadanos son reagrupados no por gens, sino como *populus*» (2009, p. 41). Esta es una anotación muy importante, porque la organización por curias tomaba en cuenta la importancia de los aristócratas y no la del pueblo romano en general a fin de definir

los asuntos políticos y militares. En cambio, la organización por centurias rompió con la tradición aristocrática. Es verdad que con la reforma el orden social se volvió timocrático, pero la evolución institucional correspondió a una social y realizó una inclusión significativa de plebeyos en las estructuras centuriales, lo que sin duda modernizó y legitimó al nuevo orden social: el soldado que iba a la guerra también tuvo una cuota de decisión dentro de su centuria como ciudadano, por poco que ella significara en la decisión final de los comicios centuriales como un todo.

Hay que recordar, también, que en Roma no solo hubo comicios sino también Concilios de la Plebe, que eran reuniones de este estrato social sin los patricios. Estos concilios emitieron plebiscitos, que eran leyes de la plebe, originalmente obligatorias para ella. Después, a partir de la Ley Hortensia del año 287 a.C., las decisiones de la Asamblea de la Plebe (*Concilium plebis*) recibieron valor legal:

2. Los ciudadanos votaban las leyes a propuesta (rogatio) del magistrado facultado para convocar y dirigir una asamblea popular (dotado del *ius agendi cum populo* o *cum plebe*). De entre las asambleas cívicas, en general, solían legislar únicamente los comicios centuriados. Pero estos también perdieron importancia una vez que la Lex Hortensia del año 286 a.C. declaró obligatorio para todos los ciudadanos los acuerdos de la plebe. A partir de entonces, la mayoría de las leyes se votaron en el *concilium plebis* a propuesta del tribuno de la plebe. Las leyes decisivas para el desarrollo del derecho romano privado y procesal fueron casi siempre plebiscitos. Por lo demás, su número es muy escaso en relación con el total de las leyes populares republicanas: de los cuatro siglos que van de las XII Tablas al final de la República, solo conocemos unas 30 leyes que hayan llegado a tener un significado duradero para la historia del derecho privado. Ahora bien, parte de ellas introdujo innovaciones de importancia. Así, por ejemplo, la Lex Poetelia Papiria de nexis, ley comicial propuesta por cónsul del año 326 a.C., la cual suprimió la esclavitud voluntaria por deuda [...],

y la Lex Aquilia de damno iniuria dato, plebiscito atribuido al año 286 a.C., el cual, en lugar de las prescripciones casuísticas de las XII Tablas sobre daños de cosas, introdujo una vasta regulación nueva, decisiva para todo el desarrollo ulterior del derecho delictual. Otras leyes de importancia para el proceso, derecho hereditario, derecho de legados, derecho de las donaciones, tutelas y fianzas, son ya de la época posterior a las guerras púnicas (Kunkel, 1973, p. 40).

El Concilium plebis era convocado por los tribunos de la plebe y este magistrado popular proponía a la asamblea reunida el contenido del plebiscito, que era votado por los presentes. Como puede verse, los tribunos de la plebe tuvieron la misma preeminencia en los concilia plebis que la que tenían los magistrados con imperium en los comicios: los convocaban y tenían el control de lo que se proponía a votar. De esta manera, cooptaban las decisiones.

En síntesis, el pueblo tuvo una significativa participación en el proceso político de la República romana. Los antecedentes son aristocráticos y están en el nacimiento de Roma y en la época de los reyes, pero se proyectan hacia la República, en la que florecen hasta las crisis de las guerras civiles y el principado.

Lo esencial de este período es la participación del pueblo en las decisiones, principalmente en los comicios por centurias, que combinaban poder político y militar a través de la riqueza de las personas para poder pagar un sitio privilegiado o secundario en el ejército. El poder político iba en relación con el poder militar. También es necesario resaltar que el ejercicio del poder del pueblo fue timocrático: la organización por centurias hizo que los ricos tuvieran numéricamente mucho más poder que los pobres. Roma no fue, en este sentido, una democracia que pueda emularse en el presente⁷. Pero tuvo una riqueza de instituciones, de objetivos y de

⁷ «[...] el sistema republicano fue aristocrático. En él una oligarquía censitaria fue capaz durante siglos de impedir que la presión de las masas en dificultades económicas, o las ambiciones personales de algún político, produjeran cambios radicales en el orden político: uno de los instrumentos que garantizaba la estabilidad era un sistema electoral

logros que vale la pena evaluar para poder rescatar su importancia en el presente.

2.2. LA POTESTAS DEL PUEBLO ROMANO

Se dice que el elemento legitimador del poder del pueblo como conjunto en Roma fue la potestas, por contraste con los otros elementos legitimadores de las partes de dicho pueblo: la auctoritas patricia, que dio poder al Senado y a los magistrados, originalmente solo patricios, y la *sacrosanctitas* plebeya, que dio poder a los tribunos de la plebe, en origen solo plebeyos: «Ya he señalado que el *populus* es el titular por excelencia de la potestas. Es a él a quien se le atribuye la potestas en los conflictos en los que aparecen titulares diversos de poderes diversos» (Lobrano, 1983, parte III, p. 292).

La potestas radica en todo el pueblo: le pertenece como colectividad desde el punto de vista del derecho público: «[...] el examen de las fuentes romanas revela que la potestas romana es un poder específico. La especificidad de la potestas es conexas a su difusión. La potestas es el poder concretamente propio de “muchos” e irreducible a “pocos”, salvo en forma despotenciada, aun cuando técnica: *magistratus cum potestate*» (1983, parte III, p. 323).

Hay que destacar que también en el ámbito del derecho privado la potestas es un poder, como cuando se dice que alguien está «en su potestad» (*sui iuris*) o, también, cuando se dice que está «en potestad de otro» (*alieni iuris*).

Esto, precisamente, se explica en este texto: «El significado de la raíz indoeuropea de potestas aparece definible más bien como “autonomía” que como “comando”: el poder como manifestación vital y necesaria del ser» (pp. 270-271). La potestas es un elemento constitutivo del pueblo como instancia suprema de poder en Roma. Pertenece no a su relación

directo, pero cooptado por grupos, que hacía imposible la participación electoral universal. En la época de Cicerón más de la mitad del pueblo estaba agrupada en una sola centuria, la de los proletarios, que nunca llegaba a ejercer el voto» (Poma, 2009, p. 108).

con los demás componentes de la institucionalidad, sino a su propia entidad: es un rasgo consustancial al pueblo romano mismo que, por ser autónomo, puede tomar válidamente las decisiones que considere adecuadas. Como vimos, estas decisiones las tomaba en las reuniones de comicios debidamente llevadas a cabo según sus requisitos y rituales, lo que no corresponde tratar en este libro con detalle.

La potestas resulta esencial para la organización romana, sin la cual propiamente no puede estructurarse. Es tan importante como el derecho, que en una época fue de perfecta simetría con ella:

Diría, dejándome tentar del abuso retórico de la traducción fácil, que existe y permanece, testimonio de una época de perfecta simetría entre «poder» y «derecho». No sorprende, entonces, la afirmación que Roma no pueda vivir sin potestas, que la potestas sea, así, el poder esencial para la organización social romana: tanto así como para cada sociedad el derecho (p. 277).

Podemos decir, en síntesis, que la potestas es el poder por excelencia del pueblo romano. Es la característica de actuar por sí y ante sí como titular del derecho de organizar y establecer reglas para Roma. No se trata de atribuciones específicas, de competencias que puedan enumerarse. Es una característica atribuida a quien actúa con el máximo poder de la organización política romana. Esta potestas se manifestará a través de los comicios en los que el pueblo participa y decide como entidad colectiva. Da legitimidad a sus decisiones en el plano constitucional. Esto último es muy importante porque en Roma hay todo un proceso de establecimiento y funcionamiento de los comicios, como de otras instancias de la vida política, en la medida en que la organización del poder es político-religiosa y contiene requerimientos y ritos que deben ser cumplidos para dar validez a los actos.

Es muy importante destacar que la potestas es autonomía, poder de sí mismo, en un sentido de colectividad: el pueblo es el sujeto de la potestas. Ella, como viene dicho, legitima sus decisiones y les da fuerza legal.

Ella vincula el poder del pueblo con la validez jurídica de sus decisiones. Esta reflexión es interesante para comparar, luego, la situación del pueblo en el Estado contemporáneo y su concepto de soberanía. Como ya hemos dicho, consideramos que hay una contraposición y exclusión conceptual, de carácter histórico, entre la potestas del pueblo romano y la soberanía del Estado contemporáneo. Es interesante reflexionar sobre ello para repensar la organización política contemporánea.

2.3. LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA ACTUAL

En el constitucionalismo contemporáneo existe la idea de que el poder emana del pueblo. Lo dice el artículo 45 de la Constitución Política del Perú: «El poder del Estado emana del pueblo». Sin embargo, la misma Carta dice en su artículo 43 que «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana».

Hay ambigüedad conceptual en el cotejo de estas dos normas. Que la República del Perú, es decir el Estado peruano, sea soberano, quiere decir en los términos conceptuales de la soberanía que tiene un poder supremo al interior del Perú y un poder par con los otros Estados en el ámbito internacional. El poder, de esta manera, pertenece a la República, es decir al Estado, es decir a los órganos de este establecidos constitucionalmente para gobernar.

Entonces, ¿cuál es el poder que «emana» del pueblo? Tiene que ser este mismo poder, ya asignado por la Constitución a la «República soberana». Por tanto, lo que la «emanación» del poder desde el pueblo significa es que este elige a través del sufragio a quienes lo ejercerán⁸. Por ello, es que el artículo 45 de la Constitución dice que quienes ejercen el poder que

⁸ En el artículo 31 de la misma Constitución se ha previsto algunos otros mecanismos de democracia directa tales como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas. Si bien son instituciones importantes para la democracia, no son su núcleo esencial.

emana del Pueblo «[...] lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». Finalmente, el último párrafo de dicho artículo declara que la usurpación de ese poder constituye delito de rebelión o sedición, según la tipificación que es ya conocida y que no cabe desarrollar aquí.

Por consiguiente, es evidente que en la Constitución peruana el poder no reside en el pueblo. Este es solo la causa eficiente de que ciertos ciudadanos (elegidos) lo ejerzan.

Ahora bien, esta elección es periódica y sometida a un intenso sistema propagandístico por parte de los candidatos, de tal manera que solo muy formalmente se puede sostener que el voto representa la voluntad ciudadana respecto de los programas de gobierno y las calidades personales de los elegidos. Si las campañas electorales fueran austeras y solamente procesos de comunicación de ideas, sería más cercano a la realidad decir que el voto popular conlleva una expresión madura del pensamiento político del ciudadano que lo emite. Pero cuando la técnica de venta en el mercado se traslada a la «venta de candidatos», no se puede verdaderamente considerar que el poder emane del pueblo. Emanan de las técnicas de comunicación, y la mejor prueba de ello es que cuando a un candidato le va mal en el proceso, no cambia la naturaleza de su mensaje ni sus promesas; cambia a su jefe de propaganda.

De otro lado, es evidente que existe una conexión estrecha entre la organización política y la organización económica de la sociedad: el diseño político está elaborado para que se mantenga el diseño económico. Y esto no solo ocurre en la propaganda electoral: en la actualidad hay tecnocracias, nacionales e internacionales, que tras los políticos elegidos o nominados para los cargos por los pueblos, cooptan las decisiones fundamentales para garantizar la continuidad de las políticas económicas y financieras. Y ello no solo sucede en relación a los países del sur. Las recientes turbulencias económicas en los países del euro han demostrado que los órganos tecnocráticos de la institucionalidad internacional tienen clara preeminencia sobre los políticos al trazar los rumbos de los países.

Y para esto poco importa que los especialistas consideren infructuosos los paquetes económicos por aplicar, como ha ocurrido con el caso de Grecia y su inmensa deuda a partir del año 2014. La decisión final siempre la dicta la tecnocracia económica y no siempre es una solución, como bien sabemos.

No tenemos, pues, pueblo soberano ni pueblo con potestas. Tenemos un pueblo que vota por candidatos, como un mecanismo de legitimación del ejercicio de poder en tanto que este, el poder, queda fuera del ámbito de potestades del pueblo. El poder real, y aun el formal, se hallan ubicados en otras instancias de la organización política: no es necesario estudiar los «poderes políticos reales» de cada sociedad (cosa que siempre es recomendable hacer). Basta con revisar cuidadosamente los «poderes políticos formales» para notar la lejanía que hay entre ellos y el pueblo.

Ahora bien, después de la revisión que hemos hecho antes sobre el concepto de soberanía (ver apartado 1.2) y de su aplicación actual a la organización política, podemos concluir que el pueblo no tiene poder efectivo que obtener a partir de él. Su aplicación a la realidad política contemporánea es confusa y eso queda ratificado por el uso que del mismo vocablo «soberanía» hace la Constitución peruana, tema ya analizado también antes en este libro (ver apartado 1.4).

Es que, en la actualidad, la personería política de una sociedad determinada ha sido puesta en el Estado, concebido como Estado-nación. Es el ente abstracto, «[...] la generación de aquel gran Leviatán, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa» (2010, p. 141).

Es momento de que la humanidad reflexione si el poder político debe radicar en ese nuevo dios mortal, con todas las desviaciones a las que ha conducido y de las que hemos tratado someramente en este apartado, o si por el contrario, es importante retomar la idea de un pueblo con potestad que, dentro de límites adecuados, tome las decisiones trascendentales que le conciernan. El ejemplo romano, con todos los límites que tiene y de los que también hemos tratado ya antes, permite hacer esta reflexión y sacar algunas conclusiones prácticas importantes.

Lo central es no conformarnos con el estado de cosas actual si la historia, y en este caso la de Roma, puede darnos alternativas que desenvolver para corregir las distorsiones que, en la política contemporánea, ha instaurado la idea de la soberanía, crecientemente desnaturalizada, y la personificación de esa abstracción en el Estado-nación, que es un concepto aplicable, en realidad, a muy pocas organizaciones políticas en el mundo actual.

Sin negar la importancia de la administración pública contemporánea, que en Roma no la hubo, debemos apoyarnos en ella, con un pueblo que asuma sus decisiones mayores y las ejerza plenamente porque está *in sua potestate* (o, tal vez mejor, regresa a estarlo).

2.4. POSIBLE APLICACIÓN DE LA IDEA DE PUEBLO CON POTESTAS EN LA ACTUALIDAD

Si reevaluamos lo dicho en el apartado anterior en relación a la potestas del pueblo romano y a la interpretación rousseauiniana que ya comentamos (ver apartado 2.1), notaremos el empobrecimiento del ejercicio de poder que el pueblo tiene en la actualidad frente al orden romano. Sin duda, la potestas romana es más trascendente que esta «fuente popular» de la cual se dice que emana el poder político actual.

De otro lado, no debemos dejar de recordar la naturaleza timocrática del funcionamiento de los comicios romanos. Si queremos traer enseñanzas de Roma al siglo XXI, debemos precavernos de establecer reglas timocráticas como las que rigieron a los comicios por centurias. Por el contrario, debemos tomar en cuenta la necesidad de una mayor democratización de la institucionalidad.

Finalmente, es muy importante recordar que en la organización política romana había una distribución de funciones entre los diversos órganos, aunque nada tiene esto que ver con el concepto actual de «separación de poderes». No era el pueblo el que lo decidía todo en Roma ni tampoco tiene que ser así hoy en día. Pero el pueblo deberá tener una cuota de poder efectivo, compatible con su potestas. En este sentido,

proponemos corregir el concepto constitucional de que «el poder emana del pueblo», más bien empoderándolo sin eliminar contrapesos de poder.

Por ello, una lista de los asuntos que deberían ser atribución de la potestas del pueblo en la actualidad puede ser la siguiente:

- La aprobación de la Constitución política del Estado. Es la norma contemporánea fundamental del orden político y jurídico. Es sometida a referéndum ya en muchos lugares. En el Perú ocurrió en el caso de la Constitución política vigente de 1993, aprobada por referéndum realizado el 31 de octubre de dicho año. La Constitución peruana, en su artículo 206, contiene un sistema de reforma constitucional con dos posibilidades: a) una sin referéndum, cuando dos tercios del número legal de congresistas aprueba la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, y b) una con referéndum, cuando la reforma haya sido aprobada en el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de miembros. Según nuestro criterio, la norma aplicable para la aprobación de la Constitución debería ser la que se aplique también a la reforma constitucional, es decir, el referéndum en ambas circunstancias. En Roma la ley o plebiscito era presentada por el magistrado convocante al comicio y no se podía hacer modificaciones: se aprobaba sí o no por decisión comicial. Una forma tradicional de control de las decisiones consiste en que uno la proponga y otro la apruebe. Podría establecerse tal razonamiento en la aprobación y reforma constitucional: que órganos del Estado propongan la norma y que el pueblo la apruebe o desapruuebe. No hay nada de extraño en ello para el constitucionalismo contemporáneo: en las constituciones están muy claros los conceptos de iniciativa en la formación de la Constitución o de las leyes, y de aprobación de ellas. Solo se necesita redefinir quién puede proponer cuál reforma constitucional y que sea aprobada *ad referendum*.
- La aprobación de las leyes de desarrollo de los derechos humanos. Estos derechos requieren en muchos casos de normas de detalle

que los hagan viables en la práctica. En la actualidad son aprobadas por el Congreso de la República. La potestas del pueblo requeriría que fueran sometidas a referéndum, por ser disposiciones aplicables al pueblo mismo. Como en el caso de la aprobación o reforma constitucional, también aquí hay que determinar quién tiene iniciativa legislativa sobre qué tipo de leyes vinculadas a los derechos humanos, para que sea el pueblo quien apruebe ad referendum. El concepto de «ley de desarrollo de los derechos humanos» debe ser precisado y, creemos, es perfectamente posible hacerlo.

- Las leyes que tienen que ver con la organización político-administrativa del territorio en regiones, departamentos, provincias y distritos. También deben ser propuestas al pueblo para que las apruebe por referéndum, sea a todo él cuando la demarcación sea nacional, o a la población de los espacios parciales cuando se trate de ellos. La iniciativa y la aprobación se tratan como en los dos apartados anteriores. Hay que destacar que ya hay regla, en muchos casos, para la definición de la distribución político-administrativa del territorio ad referendum.
- El principio de aprobación ad referendum se aplicará también a otros casos en los que la decisión corresponda a un determinado grupo del pueblo, tal como la consulta previa de ciertas obras públicas o de la iniciación de ciertas actividades productivas que pueden entrar en conflicto con los intereses de poblaciones como, por ejemplo, las nativas. La consulta previa es un mecanismo reconocido contemporáneamente en el ámbito de convenios internacionales, que son norma de obligatorio cumplimiento en casos como el de la República del Perú.
- Desde luego, la potestas del pueblo tendría como atribución la elección de las autoridades políticas, tal como está ocurriendo en las sociedades modernas, tanto a nivel nacional, como regional o distrital. Nada nuevo hay en esto.

- Deben mantenerse los derechos de democracia directa —que ya hemos indicado anteriormente en la nota al pie de página 8 de este capítulo— incorporados en el artículo 31 de la Constitución Política del Perú: la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas. Evidentemente, se deberá revisar y reformular la norma con rango de ley que los especifica: ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, modificada recientemente por la ley 30315.

Esta no es una lista cerrada sino una propuesta que busca un equilibrio entre una potestas del pueblo, efectiva y participativa, y una distribución de atribuciones que mantenga equilibrios entre las responsabilidades y los derechos. No es desmedida para la organización política actual y determinarla con esas características, establecería una fuerza popular con decisión política mucho más acorde a la trascendental misión que corresponde al pueblo en la democracia contemporánea.

Es pertinente decir que, en Roma, la legislación aprobada por el pueblo y que influyó decisivamente en la configuración del derecho no fue numerosa —ver cita de Kunkel en el apartado 2.1, páginas 74 y 75 de este libro—. Fue asunto de participación con calidad, más que con cantidad.

La idea romana de potestas del pueblo permite reelaborar de esta manera la participación del pueblo en las decisiones y, a nuestro juicio, perfeccionar la democracia actual.

CAPÍTULO 3

LAS LÍNEAS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER ROMANO SOBRE EL QUE TRABAJAMOS

Hay ciertas características de la organización institucional del poder en Roma que proponemos como elementos generales de configuración de la estructura global de la República y de las magistraturas. Pero, previamente, queremos referirnos a algunos asuntos de carácter terminológico que conviene hacer explícitos para su debida comprensión a lo largo del texto que sigue. En concreto, hablaremos de república en lugar de Estado, de pueblo en lugar de nación, de poder en lugar de soberanía y de magistraturas en lugar de cargos. Explicaremos brevemente las razones.

3.1. ASUNTOS DE TERMINOLOGÍA

3.1.1. «República» en lugar de «Estado»

El Estado contemporáneo es tratado casi como una cosa corpórea. Tiene existencia y justificación propia. Puede conducir, y condujo, a concepciones como la de «razón de Estado» o la «seguridad nacional», y a conceptos como el de «golpe de Estado». Todo ello existió, y aún subsiste en determinados ámbitos de la vida social, así como, ideológicamente, en las concepciones de ciertos grupos sociales. La historia pasada de América Latina registra efectos nefastos para el pueblo, emanados de estas ideas y de su aplicación.

La razón de Estado suele ser un interés específico que persigue el gobernante a espaldas, cuando no en contra, de los intereses del pueblo. La seguridad nacional, muchas veces, implicó agraviar seriamente los derechos de las personas. El golpe de Estado fue un eufemismo para denominar de manera neutra a lo que, en realidad, era un acto de abierta tiranía.

Dar una versión antropomórfica del Estado fue dañino en el pasado y es muy peligroso para la democracia. Esta se desarrolla más sólidamente cuando las cosas se llaman por su nombre y cuando los conceptos políticos no quedan confusos o asumen significados equívocos. El Estado fue una creación conceptual para sustituir a la idea de príncipe, con el objetivo de reflejar la creciente complejidad de la dirección política de las sociedades (sobre todo de las occidentales) alrededor del siglo XVII. Pero en el camino se convirtió en un sujeto más de la vida de la sociedad y eso lo desnaturalizó, porque lo hizo pasar por una entidad con vida propia cuando su única finalidad es servir al pueblo manejando los asuntos de gobierno con eficiencia y neutralidad.

Nosotros sustituiremos la referencia al «Estado» con la palabra «república», entendida como «la cosa pública» que es, en esencia, el interés en los problemas comunes con contenidos esencialmente políticos: hacia dónde vamos, qué queremos, qué no queremos. Se trata de la decisión y conducción, sobre todo ello.

Podríamos no hacerlo y mantener la referencia al Estado, pero, como es bien sabido, las palabras modelan los conceptos que tenemos sobre la realidad y se cargan de contenido por ellas mismas, y lo transmiten a la comprensión que asumimos de las cosas. En este libro no deseamos tener como telón de fondo el conjunto de ideas asociadas a la palabra «Estado».

Por eso hablaremos en términos de república. Desde luego, quienes viven bajo una monarquía también podrían usar esa palabra o, tal vez, la expresión más contemporánea de «monarquía constitucional». Pero ocurre que los reyes no existen hoy en América Latina.

3.1.2. «Pueblo» en lugar de «nación»

La «nación» es como un ser vivo que toma decisiones a nombre de todo el pueblo. Pero no es idéntica a él. La nación puede estar compuesta por ciudadanos con plenos derechos y por ciudadanos sin ellos. De hecho, durante larguísimo tiempo, las mujeres no tuvieron derechos ciudadanos en las democracias modernas. Los analfabetos tampoco. Durante una larga etapa de la historia ejercieron los derechos de toda la nación solo los que eran la élite socioeconómica y pagaban impuestos suficientes para elegir y, más impuestos aún, para ser elegidos.

Hacia 1815, Benjamín Constant dijo que solo los que estaban libres de sus necesidades inmediatas podían ser ciudadanos. Luego de reflexionar sobre este tema concluyó que los que podían ocuparse de la cosa pública sin preocuparse de sus intereses privados eran aquellos que tenían rentas para vivir todo el año sin trabajar. Esos serían los «ciudadanos plenos» en la nación. Los demás no tendrían derechos políticos (las citas respectivas están en el apartado 1.3. del primer capítulo de este libro).

La alternativa es el concepto de «pueblo» como agregado de personas que participan en la vida política. Es el concepto de Rousseau: «Si hay diez mil ciudadanos, cada uno tiene un diezmilésimo de soberanía». El pueblo es tal porque está compuesto de seres humanos cada uno igual al otro. La idea de pueblo consiste en la igualación de todos los seres humanos en lo que tienen de esencial, más allá de sus naturales diferencias.

Tratar a todos los ciudadanos como pueblo tiene también importancia porque permite tomar en cuenta las diferencias internas, por ejemplo, de los pueblos originarios dentro de las sociedades más amplias. La diferencia entre pueblo y nación en este punto es trascendental, porque el Estado-nación trató siempre (de manera infructuosa) de «modificar» a los pueblos originarios, al sacarlos de su propia cultura e introducirlos en la cultura dominante. Hoy, en cambio, tiene importancia creciente el concepto de multiculturalidad y de respeto a los diferentes miembros de los pueblos. No hay que olvidar que en los procesos relativamente recientes de fines del siglo XX y principios del XXI, muchos Estados construidos artificialmente

sobre naciones distintas desaparecieron para retornar a que cada nación construyera su propia organización política. También debemos notar que muchos Estados multinacionales actuales tienen una configuración política que da significativa independencia a las nacionalidades que contienen.

Cuando en una república un pueblo es multinacional es absurdo hablar de una sola nación. Más que absurdo, la historia ha demostrado que puede ser peligroso y hasta profundamente injusto.

Por ello, nosotros hablamos de pueblo en lugar de nación sabiendo, también, que esta última palabra tiene contenidos políticos y emocionales significativos, a los que no pretendemos agraviar. Simplemente, consideramos que el conjunto de ciudadanos está mejor denotado con el término «pueblo» que con el de «nación» porque, nuevamente, en los últimos dos siglos, la palabra «nación» ha incorporado dentro de sí una serie de contenidos de los que nos preferimos independizar al tratar estos temas.

Finalmente la idea «pueblo peruano» se puede repetir en todas las otras repúblicas latinoamericanas y en buena parte del mundo. Es regla y no excepción que cada totalidad de ciudadanos de una república se llame «el pueblo mexicano» o «el pueblo argentino» solo para hacer referencia a los dos extremos del subcontinente. No es una invención¹. La ventaja es que siempre es más fácil entender lo que significa pueblo que lo que significa nación².

¹ Por lo demás, es importante hacer notar que la Constitución política del Perú dice que el poder emana del pueblo (artículo 45), que la potestad de administrar justicia emana del mismo pueblo (artículo 138) y, finalmente, que el pueblo tiene su Defensoría. El vocablo «pueblo» está perfectamente legitimado en nuestro constitucionalismo actual.

² Una somera revisión de las referencias a la palabra «nación» dentro de la Constitución del Perú arroja los siguientes contenidos sobre ella:

Tiene vida política, económica, social y cultural (artículo 2, inciso 17). La vida de la Nación puede ser afectada por graves circunstancias que den lugar al establecimiento del estado de emergencia (artículo 137, inciso 1).

Tiene pluralidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19).

Tiene patrimonio cultural (artículo 21) y también son patrimonio suyo los recursos naturales (artículo 66).

Tiene ordenamiento jurídico y no queda claro si también le pertenece la Constitución

3.1.3. «Poder» en lugar de «soberanía»

La idea de soberanía es históricamente ubicada en Europa a partir del siglo XVI, como vimos en el primer capítulo. Allí tiene sentido y, probablemente, mantiene validez hasta fines del siglo XIX (en algunos países europeos empieza a caer en obsolescencia a mitad de dicho siglo). Los romanistas hablamos de «pueblo soberano» porque así lo denomina Rousseau, pero hay que tener en cuenta que este lo hace ya que en ese momento hay una discusión sobre quién es el soberano: Rousseau lucha contra el monarca soberano y dice que el soberano es el pueblo. Rousseau participa activamente en la lucha por la concepción del pueblo como titular del poder en la vida intelectual de su tiempo. Lo importante para él es designar al titular del poder público.

Por eso, precisamente, consideramos que lo correcto en este ámbito es hablar del «poder». Hay que definirlo y utilizaremos el concepto de Max Weber: «16. Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad,

Política porque la construcción de la norma es anfibológica (artículo 38).

Tiene a su servicio a todos los funcionarios y trabajadores públicos (artículo 39).

Tiene un desarrollo integral y equilibrado que fundamenta el bienestar general (artículo 44).

Tiene un banco: el «Banco de la Nación» (artículo 78).

Es personificada por el presidente de la república (artículo 110), pero es representada por los congresistas (artículo 93), y el Poder Judicial administra justicia en su nombre (artículo 143).

Confiere condecoraciones (artículo 118, inciso 22).

Tiene un «Fiscal de la Nación» (artículo 158 y varios otros).

Tiene seguridad (artículo 163).

Tiene unidad e integridad que comparte con el Estado (artículo 189).

Tiene derechos en la Antártida (Declaración del Congreso Constituyente Democrático anexa a la Constitución política).

Es muy sencillo notar que en cada uno de estos textos constitucionales hay una idea más o menos distinta de «nación». En varios casos, como en el del banco, o el del ordenamiento jurídico, se trata de una sinonimia con el Estado. En otros, como el de la pluralidad étnica y cultural, se trata más bien de una sinonimia con el pueblo. Y, en cualquier caso, lo que existe es una antropomorfización del concepto que presenta las mismas dificultades que ya vimos al hablar del Estado.

dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» (2002, parte I, p. 43). Obviamente, esta es una definición en esencia de hecho. Por ejemplo, a partir de ella tienen poder Hitler (el libro de Weber fue publicado antes de que este gobernara) y la Corte de la Haya, un partido político o el narcotráfico. Es una definición «neutra» de poder: como el árbol del Paraíso Terrenal, que era «del bien y del mal».

Por eso mismo, y como el poder tiene que ver con los humanos, su utilización y su teleología tienen que ser tamizados por la ética. Pero observar en la realidad quién hace que los otros hagan lo que él quiere, nos da una indicación de hecho de quién tiene poder y quien no, al margen de las atribuciones formales que haya recibido para hacerse obedecer. Con esta aproximación, también podremos «medir» las cuotas de poder de los diversos magistrados y la que realmente tenga el pueblo.

El poder es una llama viva, pertenece al mundo de la realidad. El constitucionalismo tiene como una de sus finalidades poner «camisa de fuerza» al poder. Pero no debemos confundir «la regulación del poder» con el «poder». Debemos saber quién tiene poder y cuánto para regularlo, ponerle un filtro o para avivarlo. En este sentido, la «soberanía» solo fue una expresión histórica del poder en manos del monarca absoluto. Hoy, como hemos dicho antes, es un término de significación confusa aunque, como la palabra «nación», está también cargado de significados emocionales.

Nosotros evitaremos el término «soberanía» y, de manera alternativa, utilizaremos el término «poder». La palabra imperium hará referencia a una de las especies significativas del género poder de Roma. Los términos auctoritas y potestas se hallarán también referidos a la autoridad de una élite o del pueblo como conjunto. En la medida en que el pueblo delegue su potestas a ciertos magistrados, sin darles el poder específico de imperium, también llamaremos a ese poder como potestas, una especie de delegación del poder del pueblo para el ejercicio de la magistratura de que se trate.

En todo caso, es preciso resaltar que este libro trata, en realidad, sobre el poder público, su organización y su utilización. Por ello nos parece correcto utilizar como nombre usual en estas páginas la palabra «poder».

3.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS MAGISTRATURAS

De Roma emergen una serie de características típicas de las magistraturas, que son las instituciones romanas que ejercitaron el poder en la época republicana. Las resumimos aquí brevemente como elementos aplicables, en adelante, a las consideraciones que hagamos, de manera que no haya que reiterar la explicación cada vez que nos refiramos a ellas.

3.2.1. Todas las magistraturas de gobierno son mandatarias del pueblo

El principio general de legitimación del ejercicio del poder de la república es la elección. En el sistema contemporáneo, esto sucede con el presidente de la república, los congresistas, los gobernadores regionales, los alcaldes y los regidores municipales. Los demás cargos de la república no tienen una legitimación de voto popular, aunque algunos, como los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, puedan ser elegidos por organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, estas elecciones son una legitimación social, no política.

La característica central de la organización política de la Roma republicana fue que todas las magistraturas tenían legitimación popular (además de legitimación sagrada o sacra que no desarrollaremos aquí). Esto traía como consecuencia que las magistraturas elegidas fueran independientes entre sí.

En el Perú hay altos funcionarios nombrados por los poderes políticos que, rectamente entendidas las cosas, son magistrados que ejercen función política, si por ella entendemos el tomar decisiones con una discrecionalidad de atender al bien público. Tal es el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional; la junta

de fiscales y, entre ellos, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Banco Central de Reserva, el Contralor General de la República y los superintendentes de servicios públicos.

Es verdad, sin embargo, que muchos de ellos, si no todos, deben ser elegidos no solo por su liderazgo sino también por condiciones de experiencia y conocimiento que no son posibles de aplicar en las elecciones populares. Pero en esta propuesta existe un órgano al que denominamos Senado (tomando el nombre del que hubo en Roma) y este órgano, que no tendría poder originado en la elección sino en su propia autoridad (explicaremos esto en el capítulo destinado a él), bien podría dotar de legitimidad a estos magistrados y convertirlos en órganos esencialmente políticos, que es lo que son.

De esta manera, también nuestras otras magistraturas actuales, que pasan como de naturaleza funcionaria y no política, podrían ejercer el poder social para ejecutar sus responsabilidades rindiendo cuentas al pueblo. Los mecanismos concretos los abordaremos en los capítulos siguientes. Aquí interesa solamente tomar el principio enunciado en el subtítulo: que todo magistrado que tiene naturaleza política debe tener reconocimiento por encargo popular, directo o no directo, y debe rendir cuentas ante él de la discrecionalidad política que utilice en el ejercicio de su magistratura.

Corresponde esto a la idea rousseauiana:

[...] el acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; que los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus funcionarios; que puede nombrarlos y destituirlos cuando le plazca; que no es de su incumbencia contratar, sino obedecer, y que al encargarse de las funciones que el Estado les impone, no hacen más que cumplir su deber de ciudadanos, sin tener ningún derecho para discutir sobre las condiciones (1966, III, p. 102).

Las palabras ásperas de Rousseau corresponden, no obstante, a la realidad, intermediadas modernamente por la Constitución política.

Es ella la que establece las magistraturas que componen el gobierno, ella la que da los criterios generales para su elección y también ella la que determina las condiciones en que el gobernante es apartado del poder, sea por cumplimiento de plazos o por ejercicio de atribuciones de naturaleza revocatoria. Nada de esto es nuevo. Lo esencial, sin embargo, es la afirmación central de Rousseau, desfigurada con posterioridad a él por la dimensión artificial que se ha dado a la representación política. Esa afirmación central es que el acto que instituye el gobierno no es un contrato con el pueblo sino un mandato y que, por tanto, los depositarios del poder no son dueños del cargo ni, naturalmente, tampoco son dueños de la representación del pueblo, sino funcionarios de este y, en consecuencia, están a su servicio y pueden ser destituidos. Modernamente, se entiende que esta destitución ocurre a través de los procedimientos constitucionales que existen claramente establecidos, cuando menos, en la Constitución política del Perú³.

Nuestra propuesta, por ende, parte de este principio. Lo dicho aquí tiene que tener procedimientos, requisitos y seguridades, pero lo esencial sigue siendo que el pueblo es el que tiene la potestas para ejercer el poder y que ello debe hacerse efectivamente, aunque también con reglas ponderadas que aseguren la continuidad y también la eficiencia cotidiana de la vida política en la República.

3.2.2. La regla de la estructura colegiada de las magistraturas y la intercessio

En Roma todas las magistraturas eran colegiadas, esto quiere decir que cada una de ellas estaba compuesta por dos o más magistrados. Así,

³ Es verdad que no todos los cargos son revocables. Tal es el caso de la Presidencia de la República o del mandato a los congresistas. Pero, de todas formas, existen otros procedimientos para la vacancia que se insertan dentro de las estructuras del Estado democrático representativo existente.

por ejemplo, los cónsules eran dos. Otras magistraturas tuvieron más miembros e incluso crecieron con el tiempo.

Sin embargo, no se debe asumir que se trataba de un funcionamiento «en sesión» o bajo forma de «comisión». Por el contrario, cada uno de los magistrados tenía todo el poder asignado a la magistratura y podía ejercerlo plenamente por decisión propia. Asimismo, sus pares tenían el mismo poder que él y eso incluía la *intercessio*, es decir, la facultad de cada magistrado de vetar las decisiones de sus colegas. No se trataba, por tanto, de que funcionaran con el criterio de «mayoría de votos» cuando este podía aplicarse. Era un sistema de control interno de la propia magistratura (por uno frente a cada uno de los otros magistrados) y con la capacidad simultánea de cada magistrado de tomar decisiones de manera individual, con plena autoridad para que sean ejecutadas, a menos que otro colega las vetase.

En este contexto, los magistrados en Roma ejercitaron diversas estrategias para evitar la parálisis completa de decisiones. En algunos casos se ponían de acuerdo previamente sobre cómo obrar; en otros, se repartían el ejercicio del cargo por períodos; en otros, se distribuían las labores territorialmente. A veces, sin embargo, quedaban irreconciliablemente enfrentados.

Creemos que la regla de la estructura colegiada puede ser interesante para las magistraturas contemporáneas; no para todas, sino para las que puedan adoptar esa forma con estas reglas:

- Cada magistrado individual puede tomar todas las decisiones necesarias con plena capacidad de ejecución.
- Sus colegas magistrados pueden ejercitar contra él la *intercessio*.
- Debe haber un plazo perentorio para que cuando se bloqueen decisiones importantes, el pleno de la magistratura pueda reunirse y tomar una decisión por mayoría que se ejecute.
- La magistratura puede establecer precedentes de su actuación que sean vinculatorios para casos futuros.

Esto podría aplicarse en el caso de los fiscales, de los defensores del pueblo y de la Contraloría General.

3.2.3. El imperium

Ya hemos tratado en el primer capítulo el tema del imperium. Lo esencial es que es un poder de mando dirigido, teleológicamente, a la obtención de ciertas finalidades. Su origen es el ámbito militar y consiste en tomar todas las decisiones que conduzcan a ganar la batalla y, con la sucesión de batallas, la guerra.

En la política este poder tiene que orientarse a lograr el resultado que se espera obtener. En este sentido, el imperium se diferencia de las «competencias» o «atribuciones» contemporáneas, fruto de la separación de los poderes.

En el sistema de asignación de competencias y atribuciones puede suceder que alguna de ellas sea imprecisa, poco clara o entre en conflicto con la de otra magistratura. En estos casos muchas veces la consecuencia es la inacción, que puede llegar a ser un gran error en la vida política.

El imperium, por el contrario, consiste en tomar todas las decisiones necesarias encaminadas a lograr el fin: si se trata de gobernar, para que lo propuesto se realice; si se trata de administración de justicia, para que se solucionen los problemas; si se trata de la Contraloría General, para que se manejen los bienes públicos con legalidad y eficiencia; si se trata de la Defensoría del Pueblo, para que los derechos estén verdaderamente protegidos, y así sucesivamente. La poca claridad de las atribuciones dadas, o su eventual conflicto con las atribuciones de otros órganos, por ejemplo, no podrían ser excusas para justificar la inactividad política.

Es por este poder tan directo y tan de mando que las magistraturas que lo tenían eran colectivas y manejaban la conformación colegiada y la intercessio como mecanismos complementarios entre sí de control dentro del órgano. Todo ello, imperium, composición colegiada de la magistratura e intercessio, son elementos esenciales y mutuamente intervinientes entre

sí para impedir que quien tiene imperium lo pueda ejercer a su exclusivo arbitrio⁴.

De otro lado, en Roma había dos clases de imperium: uno para el mando del ejército⁵ y otro para la tarea de gobierno⁶. Incluso se ejercitaban en lugares distintos: el imperium del ejército solo podía ejercerse fuera del pomerio de Roma. El imperium de gobierno, al contrario, solo se ejercía dentro de Roma.

También había una gradación del poder del imperium. El máximo lo tenían los cónsules y disminuía por grados. Entonces, por ejemplo, los pretores tenían un imperium de menor jerarquía que los cónsules. El efecto práctico era que los cónsules podían vetar las decisiones de los pretores, de ser el caso, pero esto no podía ocurrir a la inversa.

Por ello, puede haber dentro de las magistraturas una jerarquía de capacidad de decisión y un control de las superiores sobre las inferiores. En un sistema constitucionalizado como el nuestro, ello debería regularse en la Constitución.

Desde luego, y como ya hemos dicho, cuando la magistratura era colectiva y tenía imperium, cada uno de sus miembros tenía el imperium en pleno y podía ejercerlo por sí mismo. No obstante, al lado de este último estaba la intercessio como potencial veto dentro de la misma magistratura.

⁴ Desde luego, en Roma había casos excepcionales de magistraturas unipersonales con imperium. Es lo esencial de la dictadura, que era una magistratura constitucional que centralizaba todo el poder del imperium en el dictador para sortear algún grave problema de dimensión ciudadana. Sin embargo, el dictador era elegido por no más de seis meses y estaba sujeto a juicio de residencia al concluir su mandato.

⁵ «El imperium de los cónsules es sobre todo el supremo comando militar (imperium militiae), que tiene que ver con la conducción de la guerra, la formación del ejército mediante la leva (dilectus), el nombramiento de los oficiales y la imposición de tributos para las necesidades bélicas» (Martino, 1972, I, p. 417).

⁶ «Diferente (al imperium militiae) era el poder de los cónsules dentro de la ciudad, donde sus atributos del comando militar desaparecían y existían en operación sus poderes de administración y de coerción con todos los límites derivados de las competencias de otras magistraturas o de la aplicación de las normas constitucionales establecidas como garantías para el ciudadano» (1972, I, p. 420).

Nosotros trataremos, en cuanto sea necesario, del imperium de cada magistratura.

3.2.4. La inviolabilidad de los magistrados. El juicio de residencia

Cada magistrado era inviolable en el tiempo de ejercicio de su cargo: no se le podía enjuiciar ni encarcelar. La inviolabilidad ha subsistido hasta nuestra época y se aplica a los congresistas y a quienes tienen trato análogo establecido en la Constitución. Se trata de la imposibilidad de detener al magistrado durante el ejercicio de su cargo⁷.

En principio, las magistraturas contemporáneas también lo tienen mediante el procedimiento del antejuicio político (en la Constitución peruana tratan de él los artículos 99 y 100). Siempre se hace referencia expresa a los magistrados que gozan de tal prerrogativa y la lista es taxativa: quien no está mencionado no tiene inviolabilidad.

Pero el magistrado romano, al concluir su período, era sometido a lo que hoy llamaríamos un «juicio de residencia», en el que se le tomaba cuenta de la manera cómo había ejercido el cargo. En nuestro sistema actual el juicio de residencia no existe. Sería bueno evaluar su aplicación que, desde luego, tendría que ser claramente regulada en función de las reglas del debido proceso y las demás garantías jurisdiccionales aplicables a fin de evitar arbitrariedades y, entre ellas, la venganza de los enemigos políticos del magistrado saliente cuando ellos alcanzan los cargos de poder para sustituirlo en ellos.

3.2.5. Algunas cosas que no debemos traer desde Roma a hoy

Hay algunos componentes del sistema de magistraturas romano que no podemos aplicar en la actualidad. Tres de ellos son relevantes:

⁷ En nuestro sistema actual, a quien tiene derecho a antejuicio político no se le puede enjuiciar ni detener sino con acuerdo del Congreso.

- En Roma el magistrado no cobraba remuneración por el cargo. La magistratura se ejercía *ad honorem*. Hoy la regla constitucional es que todo trabajo debe ser debidamente remunerado (artículos 23 y 24) y ello corresponde a la naturaleza de la organización económica presente.
- El magistrado debía proveer con su riqueza al ejercicio del cargo. No había, por tanto, administración bajo él pagada por la República. Era el propio magistrado quien debía proveer los recursos humanos y materiales: era parte del carácter honorario de las magistraturas⁸. En la actualidad esto generaría timocracia y sería una fuente inagotable de corrupción.
- Los magistrados eran elegidos por un año. Un período tan corto es inviable hoy en día.

⁸ «Se ha repetido hasta la saciedad que la República no conoció una verdadera y propia administración: las labores intermedias y subalternas realizadas bajo la responsabilidad del magistrado eran confiadas a un personal compuesto por esclavos y libertos que pertenecían al mismo magistrado. Esto es exacto, sin duda, al principio. Pero, hacia el fin de la República, la misma organización política comenzó a crear una suerte de reserva de funcionarios subalternos, se podría decir, de la “lista de actitud” (llamados un “orden”), que constituían algo así como el embrión de una administración. Encargados del desarrollo práctico de los asuntos, y en contacto directo con los ciudadanos, estos personajes [...] tienen de facto una parte considerable del poder y, sobre todo, controlan su ejercicio real. Su competencia profesional se impone sobre los magistrados, a menudo inexpertos, y la estabilidad de su situación contrasta con la rápida rotación de las funciones anuales de sus superiores. A menudo son ellos los que encarnan a la organización política» (Nicolet, 1982, p. 10).

CAPÍTULO 4

EL SENADO ROMANO Y UNA REFERENCIA AL CONGRESO

El lugar sistemático que se asigna al Senado en la constitución romana republicana, aunque existe ya desde la Monarquía, es el de ser uno de los tres pilares fundamentales de la organización política de entonces, al lado de las asambleas populares y de las magistraturas. Kunkel se refiere a él como el Consejo de Ancianos¹.

La creación del Senado romano es atribuida ya a Rómulo, fundador de Roma², pero la idea de un consejo de ancianos conformado generalmente por personas de posición social acomodada o relevante que asesore al gobernante es más antigua: en la Magna Grecia, al lado de «los Mil», que en las colonias eran quienes asumían la función de asamblea participativa, estaba el magistrado, que ejercía funciones ejecutivas y jurisdiccionales, al que asistía y controlaba un consejo de ancianos conformado por los de mayor rango de nobleza y ancianidad³.

¹ «El tercer elemento de la vida constitucional romana, al lado de las asambleas del pueblo y de las magistraturas, era el “Consejo de los ancianos”» (Kunkel, 1973, p. 27).

² «La tradición latina atribuye la fundación del Senado a Rómulo con un número de cien senadores, que iría aumentando hasta llegar a trescientos en la época de Tarquino Prisco, que aumentaría el número admitiendo a los *patres minorum gentium*» (Torrent, 1982, pp. 78-79).

³ «En Crotone, Locri y Reggio, los Mil son el grupo de nivel básico de decisión, como ocurre con asambleas oligárquicas similares en todo lugar. Pero en cada ciudad las decisiones

4.1. CARACTERIZACIÓN DEL SENADO ROMANO

El Senado fue un contrapeso político tanto frente a la participación popular en las asambleas, como frente a las magistraturas que ejercían el poder cotidiano en la sociedad política. Los textos indican que era un espacio para las aristocracias de aquel entonces: los padres de familia más relevantes eran los que participaban del Senado, con lo que se excluía consiguientemente a la mayoría de los cabezas de familia existentes. Los senadores fueron desde el origen, y siempre, parte de las clases socialmente más acomodadas. Sin embargo, no en todas las épocas el criterio expreso de nombramiento fue el de clase: a partir de una cierta época, además, se debía haber ejercido magistraturas.

Como es obvio, no es lo mismo decir que los senadores fueron de clases acomodadas que decir que fueron patricios. Originalmente, en efecto eran patricios y De Martino señala que no se necesitaba ningún reconocimiento especial para que fuera así: los patricios más destacados ocupaban el Senado por ser quienes eran⁴. Luego, se añadió al requisito de ser patricio el haber ocupado una magistratura⁵. A partir de entonces fueron senadores los patricios que tuvieron cargos políticos.

Posteriormente, ya entrada la República, ocurrió una transformación social producto de la evolución política y económica de la propia ciudad:

más urgentes y su ejecución son llevadas a cabo por un magistrado (o unos magistrados) a los que corresponde en términos más generales el ejercicio de la jurisdicción y la actividad usual de gobierno. El magistrado republicano que tiene raíces antiquísimas en todo lugar (coincidente en la *apoikía* con los orígenes mismos de la nueva ciudad) es elegido anualmente, es asistido y a menudo controlado por el consejo, cuerpo infaltable en cada ciudad estado helénica desde los tiempos más remotos, que estaba conformado por la reunión de los jefes de familia nobles, o de los más nobles y ancianos» (Braccesi & Raviola, 2008, pp. 81-82).

⁴ «La participación en el Senado, al inicio, era un derecho de los padres, que no necesitaba ningún acto de reconocimiento: dependía solo de la antigua ubicación de las 'gentes' y no del nombramiento del magistrado supremo» (Martino, 1972, I, p. 265).

⁵ «[...] afirmados la unidad ciudadina y el poder central, al título de pertenencia a una gens patricia se añade la nominación y, más tarde, se requiere haber ejercido una magistratura» (1972, I, p. 265).

al antiguo patriciado se sumó un grupo de plebeyos ricos que, dedicados al comercio y la producción, obtuvieron riqueza comparable o incluso mayor que la de los patricios. Socialmente, se produjo un progresivo acercamiento entre los patricios y los plebeyos de alta posición económica. Los intereses de unos y otros empezaron a confluir y los plebeyos ganaron el acceso a las magistraturas. Más tarde, luego del ejercicio de los altos cargos de magistratura, estos mismos plebeyos fueron progresivamente incorporados al Senado. Se formó así un nuevo grupo social denominado la nobilitas, en el que participaban antiguos patricios y modernos plebeyos enriquecidos. Las alianzas matrimoniales, que fueron permitidas en un determinado momento de la República, facilitaron la amalgamación de estos grupos dentro del nuevo gran estrato social de poder y riqueza en la sociedad romana. La llamada nobilitas⁶ patricio-plebeya fue la principal beneficiada por estos cambios⁷.

Durante el Imperio, el Senado continuó siendo conformado por personajes de alta posición social. El territorio había crecido significativamente y se incorporaron senadores de las provincias. El Senado perdió atribuciones y se mantuvo como un órgano importante, pero sin la capacidad de decisión política de otras épocas. Sin embargo, fue tratado como una institución de la mayor importancia. La incorporación de los senadores de provincias tuvo, sin duda, un efecto legitimador de la organización imperial de aquel

⁶ «Fue solo un número relativamente pequeño de familias plebeyas quien se benefició (en lo esencial y a largo plazo) de la equiparación política alcanzada por la plebe, y estas familias lograron llegar al consulado y ser reconocidas como copartícipes del poder político por los linajes patricios. Formaron con los patricios una nueva nobleza de gobernantes, la llamada nobilitas, la cual, con el paso del tiempo, se fue haciendo cada vez más impermeable a los advenedizos (homines novi)» (Kunkel, 1973, p. 28).

⁷ «Reservando a los patricios, por lo menos hasta que los plebeyos no llegaron a ser admitidos al tribunado militar con potestad consular, se pudo entrar en él al ser llamados los ex magistrados mayores, y una vez lograda la parificación política entre los dos órdenes ciudadanos se considera como genuino representante de la nueva nobilitas patricio-plebeya, conservando funciones de dirección política y de vigilancia respecto a los demás órganos constitucionales» (Burdese, 1972, p. 91).

entonces, aun cuando los senadores se convirtieron más en unas personas con privilegios sociales que con poder político⁸.

Un elemento fundamental en la historia de la constitución romana es que el Senado fue una institución de continuidad de la vida política. En tanto los magistrados eran elegidos anualmente, con lo que la configuración de las magistraturas cambiaba con rapidez, los senadores tenían un cargo vitalicio y daban un aire de continuidad y permanencia a la estructura de poder de Roma⁹, aunque, como excepción, los censores podían retirar senadores en ciertas circunstancias¹⁰.

⁸ «[...] después de Diocleciano el Senado, aunque todavía se reunía como un consejo, fue lentamente transformándose en una clase de la sociedad, el orden senatorial, que disfrutaba de ciertas exenciones en los impuestos y de ciertas dignidades. Muchos de los miembros de esta clase no habían visto nunca la ciudad de Roma, ni siquiera viajado fuera de las provincias en que vieron la luz. De pertenecer a un estamento elegido por el pueblo para desempeñar las magistraturas y, por tanto, habilitado para formar parte del gran Consejo de la República, que de hecho, aunque no de derecho, había gobernado el mundo romano, los senadores se convirtieron en una capa especial de la sociedad que disfrutaba de algunos privilegios, pero no ejercía ningún poder. Alejados de los demás, aislados y metidos en sí, buscaron refugio en las tradiciones, la literatura y la cultura de una época que estaban convencidos que nunca desaparecería. El poder del Emperador, con su aureola de santidad, primero por su “divinidad” y más tarde como representante de Dios, era absoluto y no se discutía. La esperanza de una restauración republicana que los senadores de los primeros días del Imperio habían abrigado, hacía mucho que se había olvidado. Sin embargo, aún se empleaban las antiguas frases. Cuando en el año 458 d.C. el emperador Mayoriano escribe al Senado por pura cortesía, se dirige a los senadores llamándolos patres conscripti, el nombre más antiguo del Senado, que data de los primeros días de la República» (Barrow, 2008, pp. 191-192).

⁹ «Entre la sucesión de magistrados anuales, responsables del ejercicio de sus cargos, y la masa del pueblo, necesariamente fluctuante, se ubicaba la continuidad del Senado, depositario de la continuidad de la política romana, formado por exmagistrados que eran expresión de aquella nobilitas que conformaba la clase dirigente. Hemos visto cómo el Senado apoyaba la dirección de la política romana. Su designación en términos concretos, con referencia precisa a los términos constitucionales, estaba contenida en la expresión *Senatus Populusque Romanus*, que da la idea de un binomio inescindible, encarnación de aquella organización que constituía la base del poder político» (Grosso, 1965, pp. 233-234).

¹⁰ «[...] los censores podían acomodar el principio vitalicio de los senadores con la remoción de los que consideraran indignos como consecuencia del *iudicium de moribus*» (Torrent, 1982, pp. 219-220).

Este rasgo del Senado romano es, según nuestro juicio, de interés para el constitucionalismo actual, porque, en virtud del principio de elección democrática, suele hoy suceder que un giro de las preferencias del voto popular retire a todo un determinado grupo de dirigentes del poder y elija a un grupo completamente nuevo para sustituirlo. En estos casos, nadie o casi nadie que pertenezca a la institucionalidad política queda en su puesto y ello crea el peligro de que aparezca una crisis profunda de conducción.

Por lo demás, perteneció a las atribuciones del Senado en Roma el discutir todo tema de importancia política y, en este sentido, abordó muchísimos de ellos, que fueron centrales en la política de aquel tiempo. Aunque sus deliberaciones no tenían fuerza coactiva, el peso institucional con el que contaba, conducía a que los magistrados le hicieran caso:

En cuanto concierne a la eficacia de las deliberaciones, no se puede negar que los senados consultos fueran por sí mismos de fuerza coercitiva directa. Pero el magistrado tenía el deber constitucional de seguirlos y de imponer su observancia a los ciudadanos y no es verdad que pudiese hacer su propia versión de los pareceres que eran emitidos como consejo a él mismo. Tampoco los senados consultos eran siempre resultado de una propuesta del magistrado: tenemos senados consultos en los cuales se menciona al magistrado proponente y otros, sobre todo en asuntos internacionales y religiosos, en los cuales tal mención no existe.

El magistrado que se negaba a obedecer al Senado cometía un grave acto de violación de sus deberes, que eran fundados sobre la fe, y se exponía a todas las consecuencias de su acto, las que no eran solo de orden moral sino también jurídico, debido a la estrecha relación que existía entre las costumbres y la posición del ciudadano en la organización política y que podían ser determinadas, por ejemplo, en un iudicium de moribus promovido por los censores. Tampoco podía excluirse la posibilidad de un proceso por delito contra los deberes públicos o la magestad, provocado por el Senado al concluirse el período del cónsul desobediente. Los medios coercitivos eran así de notorios y la terminología de las fuentes que afirman que los

magistrados estaban bajo la autoridad, en potestad del Senado, no indican una preeminencia solo formal, sino un vínculo efectivo de subordinación político-constitucional, que era violada raramente y que, en todo caso, no se podía violar impunemente, sin dar lugar a un verdadero conflicto (Martino, 1972, I, pp. 484-485).

El Senado romano tuvo las atribuciones que resumimos a continuación. Dos de ellas fueron muy importantes durante el período monárquico y al principio de la República:

- El interregnum que consistió en la devolución del imperium y los auspicia a los *patres* al no haber rey y, más tarde, magistrado a cargo del poder¹¹.
- La auctoritas en relación a las deliberaciones de los comicios en todos los aspectos, fueran dación de normas o elección de magistrados¹².

Adicionalmente, el Senado tuvo atribuciones sumamente detalladas en los siguientes aspectos temáticos:

- Culto;
- Finanzas;
- Asuntos penales especialmente de interés general;

¹¹ «El interregnum correspondía solo a los patres. Por medio de él, los auspicios retornaban a los patres si los cónsules faltaban sin que fueran nominados sus sucesores. Los patres mantenían el interregnum hasta que se produjera la nueva elección. Sin embargo, el valor de esta institución fue reducido a muy poca cosa con la colegialidad del cargo y con la elección anticipada de los cónsules: la hipótesis de la ausencia de magistrados que daba paso al interregnum se convirtió en caso raro» (Grosso, 1965, p. 202).

¹² «La auctoritas era necesaria para todas las deliberaciones de los comicios, se tratara de aprobación de leyes o de elección de magistrados» (Martino, 1972, I, pp. 271-272).

«También esta función perdió valor cuando la Ley Publilia Philonis, del año 339 a.C., para la propuesta legislativa por el magistrado y la Ley Maenia, del siglo III para las elecciones transformaron la ratificación en una opinión previa no vinculante que se redujo a una mera formalidad» (Grosso, 1965, p. 202).

- Leva y conducción de la guerra;
- Relaciones exteriores de Roma con otros pueblos;
- Organización territorial y administrativa;
- *Senatus consultum ultimum*.

Dada la finalidad de este libro, no tiene propósito considerar en detalle todas estas funciones del Senado romano, porque la mayoría de ellas no podrían ser ejercidas por un Senado contemporáneo: pertenecen a aspectos esenciales de la vida política y, en el ámbito de la democracia, deben permanecer en manos de los elegidos para ejercer funciones políticas.

De las funciones enumeradas inmediatamente antes, el culto está independizado del Estado en buena parte de las sociedades occidentales contemporáneas y se rige de acuerdo con las reglas de la libertad de religión, de creencia y de culto. De otro lado, las finanzas y los asuntos penales se viabilizan a través de normas con rango de ley que aprueba normalmente el órgano legislativo. Esto incluye, desde luego, a la leva castrense cuando debe realizarse.

Sin embargo, la guerra, las relaciones exteriores y la organización territorial de una sociedad política moderna son asuntos esencialmente políticos y, si bien residen ejecutivamente en el conjunto de órganos elegidos de forma democrática, tienen aspectos sujetos a discusión que deberían ser materia de tratamiento en el Senado y, de ser el caso, convertirse en tema de sus exhortaciones.

En el primer caso la guerra y la paz entre Estados han sido de trascendente importancia para la subsistencia de las sociedades políticas y de los seres humanos. Merecen el tratamiento más alto y concienzudo posible. No obstante, actualmente nadie se beneficia con una guerra, aunque la gane. Los ejemplos están a la vista y nos eximen de mayor comentario. Un debate reposado de los peligros de guerra, interna y externa, es indispensable.

Lo propio pasa con las relaciones internacionales, que en la actualidad requieren una apreciación altamente técnica de la situación mundial

y regional, así como de los aspectos económicos, sociales, migratorios, de seguridad, de corto y largo plazo. Se trata de una evaluación permanente que debe tener publicidad y participación de amplios sectores sociales. Los órganos legislativos contemporáneos difícilmente dan al debate de las relaciones internacionales un espacio, profundidad y difusión suficiente. Este Senado podría hacerlo.

La propuesta de demarcación territorial y administrativa de la organización política contemporánea podría bien quedar en manos de un Senado no elegido y de continuidad en el tiempo. En general, la división política del territorio tiene significados de representación y de resultados electorales que la hacen instrumentalizable por los políticos que están sujetos a elección. En el Perú, adoptar la demarcación territorial es atribución del Congreso de la República, pero debe hacerlo a propuesta del Ejecutivo (artículo 102 inciso 7 de la Constitución). El mecanismo ha demostrado ser altamente ineficiente para resolver los problemas que se presentan. Es, por tanto, posible que un Senado como el que pretendemos crear a partir del Senado romano pueda ocuparse de diseñar la organización política del territorio y proponerla a votación ad referendum. Sobre todo, un Senado no elegido puede solucionar con mayor objetividad los problemas electorales de la demarcación política, precisamente porque sus miembros no tienen interés directo en las consecuencias que para el voto popular tendrán las decisiones demarcatorias que se tomen.

Sin embargo, en el contexto contemporáneo, podríamos pensar en otorgarle otras competencias de distinto orden que correspondan más bien a la tarea de la organización política como conjunto que a la función estrictamente operativa del gobierno cotidiano. Después de todo, eso fue lo que hicieron los romanos con su Senado, dentro de la configuración de los temas neurálgicos de la política en aquel tiempo.

Un asunto especialmente relevante dentro Senado romano fue la naturaleza de sus deliberaciones y decisiones en materia política general: en la forma, no era un órgano deliberativo con capacidad de imponer sus puntos de vista salvo en lo que tenía decisiones propias específicas,

como vimos antes¹³. Sin embargo, por su ascendencia tuvo participación en diversos temas de política y de legislación¹⁴ y, en la realidad, los magistrados difícilmente podían negarse a admitir los puntos de vista del Senado e incluso podían ser sancionados jurídicamente al negarlos¹⁵.

¹³ Una primera afirmación importante de De Martino es la siguiente: «La opinión prevaeciente hoy en la historiografía moderna consiste en que el Senado fue un consejo del magistrado, sin iniciativa, aunque premunido de una alta autoridad política. El magistrado no estaba obligado a escuchar el parecer del Senado en relación a los actos que correspondían a la esfera de su poder autónomo. Sí lo estaba para los actos extraordinarios pero, aun en este caso, no se trataba de un requisito de validez del acto y, consiguientemente, el ciudadano no podía negarse a obedecer la orden del magistrado emitida sin la aprobación del Senado» (1972, I, p. 477).

Además, añade la siguiente constatación: «En lo que concierne a la eficacia de las deliberaciones (del Senado), no puede negarse que los senados consultos fuesen de por sí premunidos de fuerza coercitiva directa» (1972, I, p. 483).

¹⁴ «En la época republicana, en la posición que tenía el Senado dentro de la función consultiva, este interfería en varias formas dentro de la creación del Derecho, sea interviniendo en la legislación comicial misma (con la antigua auctoritas patrum, con la colaboración en la preparación de los proyectos de leyes, con el poder que se arrogó de juzgar la constitucionalidad de las leyes y de dispensar su aplicación), sea señalando vías al pretor el que les daba trámite a través de los propios medios con que contaba (denegando acciones, aplicando excepciones, etcétera). Sin embargo, los senados consultos no eran considerados por sí mismos fuentes del Derecho, porque eran la asamblea popular o, por otra vía el imperium del pretor, los que daban a las normas su carácter formal» (Grosso, 1965, p. 385).

¹⁵ «El magistrado que se negaba a obedecer al Senado incurría en un acto de grave violación de sus deberes, los que estaban fundados en la fides. Se exponía, por ello, a todas las consecuencias de su acto, las que no eran de orden simplemente moral sino también jurídico por el vínculo cercano que existía entre las mores y la posición del ciudadano en la organización política. Por ello podía ocurrir, por ejemplo, un iudicium de moribus, seguido por los censores, y tampoco podía excluirse la posibilidad de que se entablara un proceso por delito contra la autoridad pública, o por maiestas, iniciado por el Senado al finalizar el ejercicio del cargo del cónsul desobediente. Los medios coercitivos eran significativos y, además, cuando las fuentes dicen que los magistrados estaban en autoridad, en potestad del Senado, no hacen referencia a una preeminencia formal sino a un vínculo efectivo de subordinación político-constitucional, que no se podía violar impunemente sin dar lugar a un verdadero conflicto que, por otra parte, ocurrió solo raras veces» (Martino, 1972, I, pp. 485).

De esta manera, el Senado gravitó de forma sumamente trascendente en la política romana. Los autores se atreven a decir que, en realidad, los magistrados fueron ejecutores de las decisiones del Senado¹⁶.

En síntesis, el Senado fue una institución de personas de presencia destacada en la sociedad romana. Primero patricios y, luego, patricios y plebeyos con riqueza y poder. A partir de cierto momento, se debió haber ejercido magistraturas para ser senador. El carácter vitalicio de la condición de senador permitió continuidad en la política romana, más allá del cambio de personas en las magistraturas por los mecanismos de elección periódica. El Senado tuvo una autoridad consuetudinaria y los magistrados y el pueblo obedecieron sus senados consultos como regla general. Fue, en ese sentido, también un órgano moderador de la política. Entre sus facultades destaca la auctoritas que tuvo y de la cual nos ocuparemos a continuación.

4.2. LA AUCTORITAS DEL SENADO ROMANO

La auctoritas pertenece exclusivamente a los patricios como sector del pueblo y es atribuida directamente al Senado que, en su origen, estuvo conformado por patricios:

En el cuadro de aquellos que he individualizado como titulares de poderes en el sistema religioso-jurídico romano, es decir, en el plano humano, el pueblo y sus partes (Quirites, plebe y patres-patricii), la auctoritas aparece como el poder más celosamente reservado: no solamente es atribuido prevalentemente a los patres-patricii

¹⁶ «De este modo el Senado deviene en la expresión máxima de la nueva clase dirigente patricio-plebea. Dadas su composición y su estabilidad, concentraba autoridad y prestigio frente a los magistrados. Se toma por cierto que el Senado se transformó de consejo del magistrado en verdadero órgano de gobierno, del cual los magistrados no fueron otra cosa que instrumentos ejecutivos» (1972, I, p. 475).

«La base del desarrollo de esta competencia fue la función de consejo, que caracterizaba la afirmación de la posición del Senado como espina dorsal de la vida política romana. Más allá de la administración ordinaria, no había magistrado que osara tomar una decisión importante sin consultarla al Senado» (Grosso, 1965, p. 203).

(y por tanto al Senado) sino que también es expresamente negado al pueblo considerado en su integralidad y se entiende, a mayor razón, al «resto» del pueblo sustraídos los padres, es decir, a la plebe (Lobrano, III, p. 274).

En términos concretos, la auctoritas es un sistema de control de las decisiones del pueblo en manos de los patricios. Tiene origen al principio de la República, cuando los reyes son destronados, vencidos por la aristocracia, y se sustenta en una opinión desvalorizada de las asambleas populares:

A nuestro parecer, la auctoritas es expresión de la soberanía del Senado patricio en la época del triunfo del gobierno oligárquico, vale decir, justo después de la caída de la Monarquía. La auctoritas es un instrumento del poder patricio, que tiende a impedir que sean adoptadas decisiones o elecciones de magistrados, que resulten poco agradables. Históricamente se nos presenta como residuo de una concepción arcaica, la que considera a las asambleas del pueblo como órganos de capacidad jurídica deficiente (Martino, 1972, I, p. 275).

Lobrano caracteriza a la auctoritas como un poder relacional:

La auctoritas parece, de hecho, ser un poder de relaciones, un poder que necesita siempre de uno o más antagonistas «sobre o contra los cuales» ejercitarse. Esto vale también para el imperium pero, mientras este último es un poder directamente aplicado a la acción para la cual es utilizado, la auctoritas queda tersa, dirigiendo desde lo externo de la acción. Esta característica del poder-auctoritas es reconocida por la doctrina, bien en referencia a la esfera pública, bien a la privada de los actos jurídicamente relevantes (1983, III, p. 274).

La auctoritas aparece, así, como un poder que genera una especie de «temor reverencial» y corresponde, sin duda, a la preeminencia originaria de la aristocracia patricia de la época de la caída de los reyes, como indican nuestras fuentes. Parece haber sido así a lo largo de toda la República, pues Orestano anota que Augusto la toma como fundamento de sus inmensos poderes de príncipe:

No carece de significación, en fin, recordar que Augusto, para determinar su posición respecto a las magistraturas republicanas, se reclamó con auctoritas: *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt.*

La auctoritas va más allá de la potestas. La suma de todos los poderes conferidos al emperador, aun si tienen un valor más amplio de aquel que pudieron singularmente tener según el principio republicano, es inferior a aquello en que consiste el poder político de facto del emperador a partir de Augusto (1981, pp. 633-634)¹⁷.

De manera que la auctoritas es un poder que pertenece a los patricios como aristocracia y aparece, presumiblemente, al vencer esta aristocracia a los reyes y destronarlos. No es un poder de mando, sino que parece más bien un poder que genera temor reverencial y que utilizan solo los padres-patricios para ejercitar el control de las decisiones de las asambleas populares. En realidad, según dicen los autores citados, tiene como fundamento original una desvalorización de la calidad de las decisiones de las asambleas populares. Más allá de esta caracterización, es evidente que la auctoritas dio presencia política al Senado como entidad respetable cuyas recomendaciones debían ser atendidas aun cuando no fueran coercitivas estrictamente hablando. Esta auctoritas permitió que el Senado fuese un órgano de continuidad y estabilidad en el contexto de la política romana en la que participaba una tríada compuesta por el pueblo y sus comicios, las magistraturas y el Senado.

¹⁷ La traducción del texto latino dentro de la cita puede consultarse en <http://www.unizar.es/hant/Fuentes/resgستا.HTML>: «Desde entonces fui superior a todos en autoridad, pero no tuve más poderes que cualquier otro de los que fueron mis colegas en las magistraturas».

4.3. CONTRASTE ENTRE EL SENADO ROMANO Y EL CONGRESO ACTUAL

Es preciso reconocer, ante todo, que el órgano legislativo contemporáneo sufre, en general, una crisis de eficiencia y de credibilidad. Los pueblos, cuando menos en América Latina, que es la región que nos ocupa, tienen una opinión poco edificante de sus congresos nacionales:

No es ningún secreto que la confianza en las instituciones políticas en el Perú es una de las más bajas de toda América Latina. Instituciones como el Congreso de la República, los partidos políticos, el Poder Judicial, los gobiernos regionales y municipales y el gobierno nacional alcanzan cifras de poca/ninguna confianza que superan el 60% de los encuestados [...].

La situación es particularmente preocupante en la confianza hacia el Congreso de la República. La encuesta del IOP-PUCP, realizada entre los días 3 y 11 de noviembre de 2012, reporta que el Congreso obtiene el más bajo nivel de confianza entre todas las instituciones a nivel nacional. Si bien en general los países de la región tienden a ser bastante críticos con las Legislaturas, es alarmante que el Perú alcance los puestos más bajos de confianza a nivel regional. De acuerdo al Latinobarómetro 2010, el Perú se sitúa por debajo de todos los países andinos en términos de confianza al Congreso, alcanzando tan solo un 14,4% de mucha/alguna confianza» (Cruz & Guibert, 2013, pp. 2-3).

Hay que destacar que, al mismo tiempo, «la mayoría de encuestados se inclinaron por considerar la existencia del Congreso y congresistas como una condición “muy importante/importante” para la democracia (83,1% a nivel nacional)» (2013, p. 8). Esta constatación es significativa, porque no se trata de que la población desprecie la idea de Congreso en sí misma. Por el contrario, le parece importantísima para la democracia. Lo que rechaza es, por decir así, el Congreso de «carne y hueso» al que ve actuar cotidianamente. Esto quiere decir que si mejorara su trabajo o fuera conformado por personas de más peso social, podría recuperar su aceptación en la institucionalidad de la República.

La función de representación que tienen los congresistas es considerada «regular» por el 45% de los encuestados del IOP-PUCP y «muy mal/mal» por el 44,7%. En conjunto son el 89,7% del total de encuestados (p. 13).

Entre los principales problemas institucionales que existen en la configuración del Congreso podemos citar como importantes los siguientes. En primer lugar, el mecanismo de elección y la crisis de los grandes partidos que han conducido a que los congresistas no sean en general gente esclarecida sino, muchas veces, publicistas hábiles que conquistan el voto popular con una comunicación social más parecida al *ethos* del mercado de consumo que al de la cosa pública. También es importante señalar que los legisladores no tienen una cultura política amplia que les sirva para entender y, consecuentemente, decidir sobre los problemas nacionales más serios. A menudo, el Congreso no se ocupa de los temas centrales que debería solucionar y dedica sus esfuerzos a cosas secundarias. La inmunidad y la inviolabilidad parlamentarias, surgidas con las revoluciones liberales para promover la democracia frente al autoritarismo, ahora son, muchas veces, escudos de impunidad para congresistas protegidos por las propias comisiones de ética parlamentaria, generalmente de mano blanda para con sus colegas.

Es significativo que la Asociación Civil Transparencia, de vivo interés y ejecutoria ejemplar en materia de democracia y evaluación del ejercicio del poder público en el Perú, proponga lo siguiente sobre la inmunidad parlamentaria:

Proponemos que cuando algún congresista sea condenado a prisión por hechos ocurridos antes de asumir el cargo, su inmunidad parlamentaria sea levantada automáticamente. Queremos que los congresistas respondan oportunamente por sus actos ante la ley y que no utilicen al Congreso como un refugio para la impunidad (2015, p. 14).

De otra parte, uno de los problemas centrales del modelo actual de separación de poderes consiste en que todos piensan en las próximas elecciones y en la continuidad en el poder: los parlamentarios, porque

su reelección es siempre permitida por las leyes y los presidentes de república, porque buscan modificar las constituciones (no siempre con éxito) para poder postular indefinidamente a la reelección. Si bien esto último no ha sido aplicable a todos los primeros dignatarios de los países latinoamericanos, se nota una tendencia creciente a apuntar hacia las reelecciones.

De esta manera, sometidos a elecciones periódicas en las que hay que vencer, los gobernantes tienden a pensar en el corto plazo y a postergar las grandes políticas que desarrollan y sustentan a los pueblos. El sistema político está construido para el corto plazo. Y si bien nosotros hemos focalizado nuestro trabajo sobre América Latina, es evidente que los gobiernos del norte, enfrentados ahora a una seria crisis económica, también son acusados de luchar contra los epifenómenos sin atacar las verdaderas causas del estancamiento.

Frente a estas constataciones, la reflexión sobre el Senado romano puede aportarnos ideas alternativas interesantes. Principalmente las siguientes:

- La conveniencia de establecer un órgano constitucional con continuidad en el tiempo, no sometido exactamente a los plazos electorales sino, en todo caso, a plazos mayores. Con un órgano constitucional de mayor continuidad en el tiempo que la que corresponde a los elegidos por el voto popular se puede crear una suerte de columna vertebral política no sometida al vaivén electoral. Ya se hace esto con algunos órganos importantes como, por ejemplo, los tribunales constitucionales. También ocurre en los tribunales máximos de justicia o en órganos técnicos como los que gobiernan los bancos centrales o las superintendencias de control.
- Obtener un órgano establecido a partir de un principio de selección distinto al puramente electoral. No debemos olvidar que varios de los problemas del sistema político vigente provienen de la necesidad que sienten los políticos en el poder, de ganar las siguientes

- elecciones. Este requerimiento hace que los políticos en ejercicio de poder piensen más en el corto que en el largo plazo.
- Debe buscar la estabilidad del sistema en su conjunto. Un Senado del tipo romano en nuestros sistemas no solo servirá de contrapeso frente al poder del órgano legislativo elegido. También puede tener influencia en todos los otros múltiples órganos constitucionales existentes en la actualidad.
 - El sistema político contemporáneo tiende al «doy para que des» en materia de corrupción. Esto es especialmente grave cuando son los parlamentarios quienes tienen que investigar y sancionar a sus colegas. No solo hay solidaridades antiéticas de quienes pertenecen al mismo grupo político, sino una especie de protección de grupo. En el argot peruano esto ha sido graficado con un dicho popular referido al otorongo, el felino selvático más grande entre nosotros: «otorongo no come otorongo».
 - Es importante aprovechar la experiencia previa de gobierno o de ejercicio del poder en los componentes de un órgano senatorial. Permitirá que sus labores se realicen con calidad pero, también, con conciencia de las necesidades operativas, con legitimidad y ascendiente en el sistema político general.

El concepto de Senado romano como institución de continuidad de la vida política puede ser un aporte interesante a la institucionalidad contemporánea, porque esta carece de órganos que la garanticen. En realidad, el sistema político de hoy no tiene como una de sus prioridades garantizar continuidades. Lo importante en la actualidad es que el poder sea ejercitado por un mandato popular claramente expresado en las urnas. Si se quitan aristas que deben ser modernizadas, el Senado romano puede colaborar a mantener la permanencia de los grandes objetivos sociales mirados en el mediano y largo plazo.

La continuidad tiene importancia no solo como acumulación de la experiencia política que tengan los senadores sino también como

el mantenimiento en la estructura política de la república de un grupo que exprese las diferentes tendencias políticas y concepciones de la sociedad. El voto democrático es oscilante entre posiciones alternativas. La existencia de mayoría y minoría, la decisión por mayoría y la alternancia en el poder, son tres rasgos distintivos, casi con valor de principios, de la democracia contemporánea. Sin embargo, una institucionalidad política que pase de manos del gobierno a la oposición y luego al gobierno, cuando no a algún ganador inopinado que funcione más como un caudillo que como un líder de partido, pierde en esa oscilación pendular el aporte de los diversos puntos de vista existentes: la mayoría puede controlar el aparato político sin dejar resquicios de expresión y de decisión a la minoría.

Por lo demás, en el mundo de hoy no solo hay concepciones estrictamente ideológico-políticas. También hay conceptos esencialmente sociales que atraviesan las diferentes ideologías. Los derechos fundamentales del ser humano, la protección del medio ambiente como presente y como legado al futuro de la humanidad, el deber de contar con una economía estable, el deber de proteger la salud, todos estos, y muchos otros, son aspectos de la vida contemporánea que no tienen color ideológico.

En un Senado de este tipo deberían tener representación no solo ciudadanos que se ocupan de la política sino también quienes tienen compromiso con diversos asuntos de naturaleza social. En la organización de la vida actual tienen trascendencia no solo quienes ganaron una elección popular sino quienes dirigieron organizaciones sociales con sentido solidario. El tejido social contemporáneo es mucho más rico y variado que el de hace dos mil años. Esto hay que tenerlo en cuenta al traer instituciones del pasado al presente.

Un Senado a semejanza del romano garantizaría ambas continuidades: la de personas con experiencia y la de la pluralidad de posiciones políticas y de concepciones sociales. Permitiría que todas ellas convivan y cotejen ideas en su interior.

El Senado sería una imagen institucional de lo que continúa en la sociedad y en la política. Esto lo hace algo distinto de las otras instituciones

de la sociedad democrática moderna y hay que destacar algunas de estas diferencias.

La primera de ellas es que si en un Senado conviven líderes políticos y sociales, el debate no será exclusivamente político, como ocurre en los órganos legislativos contemporáneos. Habrá también consideraciones de naturaleza eminentemente social. Es verdad que, en la actualidad, estos últimos temas están presentes, pero tamizados por lo político. Por ejemplo, es probable que un líder conservador que está de acuerdo con la protección del ambiente defienda la realización de un proyecto minero porque contra él se manifiestan grupos políticos y sociales de izquierda. La política lo tiñe todo en la institucionalidad contemporánea. Deberíamos tratar de que no sea así.

La segunda es que este Senado no tendría mandato popular porque su misma concepción exige que sea conformado por personas elegidas por su *cursus honorum* y no porque postularon a una elección y alcanzaron un cupo con los votos obtenidos. Sería, en este sentido, un órgano de origen muy distinto a los demás (nos referimos a la jefatura de Estado y de gobierno, al órgano legislativo, a las presidencias o gobernaciones regionales, alcaldías y concejalías municipales).

Esto impone dos deberes: el primero, dar al Senado atribuciones que no se superpongan a las que corresponden a las magistraturas elegidas popularmente, que son las encargadas de conducir la vida política. Esto porque, frente al mandato popular, un Senado no representativo no debería poder imponer su voluntad en todos o la mayoría de los ámbitos de ejercicio del poder público. El segundo, que la permanencia de los senadores no sea vitalicia (como en Roma) sino que tenga período fijo, de manera que pueda renovarse con el tiempo y, así, no conduzca a que un grupo social pueda imponer decisiones por ser quien es, bajo forma de una élite que ejerce poder de por vida. Un período de diez años en el cargo, no renovable, parecería un justo medio razonable atendiendo a estas premisas. Puede haber otros.

La tercera es que, coincidentemente con su sustancia, el Senado debería tener funciones que sean «de Estado», no «de gobierno», aprovechando la terminología contemporánea. Desde luego, como todo concepto general, estos dos tipos de funciones tienen perfiles muy claros para la mayoría de la casuística, pero tienen también zonas grises, de posible confusión. Por ello, las atribuciones del Senado deberían ser una enumeración taxativa y suficientemente precisa.

Solo por razones metodológicas, estimamos importante señalar que no se trata de trasplantar lo más cercanamente posible el Senado romano al mundo actual. Las diferencias de la vida política son abismales en multitud de sentidos que resultan fácilmente comprensibles. Por ello, no pretendemos «tomar la institución» sino tomar «la sustancia de la institución» (en sentido aristotélico) y ubicarla en nuestro sistema político.

4.4. IDEA DE UN SENADO ROMANISTA PARA LA ACTUALIDAD

Su primera característica debe ser la de congregar a personas con liderazgo político que ejercieron poder y ya no lo ejercen directamente. Se trata, de esta manera, de aprovechar su legitimidad y conocimiento. Hay que reconocer que es un concepto de reclutamiento de naturaleza elitista: consiste en buscar a los que estimemos «los mejores». De por sí, tal consideración no tinte de antidemocrático el sistema, siempre que el voto popular tenga el espacio correspondiente, dentro del cual participar y decidir.

No es fácil determinar en la actualidad quiénes serían estos senadores. No necesariamente tienen que haber ejercido cargos políticos. También podrían haber ejercido cargos de importancia social, dentro de cierta área de vida colectiva, por las razones ya dadas previamente (ver apartado inmediatamente anterior en este capítulo). Habrá variaciones de país a país. Si quisiéramos hacer una lista de posibilidades podríamos señalar las siguientes:

- Los expresidentes de la República.
- Los exgobernadores de regiones, o de estados federados, si es el caso.
- Expresidentes de consejos de ministros.
- Expresidentes de órganos constitucionales como el Congreso, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público o Fiscalía, el Banco Central, las superintendencias más importantes, los tribunales de cuentas, las cortes electorales.
- Ex defensores del pueblo.
- Antiguos rectores de universidades públicas, siempre que hayan sido elegidos para el rectorado por sus comunidades académicas.
- Exdirigentes nacionales de gremios de trabajadores y de empleadores.
- Expresidentes de academias de ciencias y artes.
- Premios nacionales a la cultura donde los hay.
- Antiguos decanos de colegios profesionales cuando son entidades de naturaleza pública.

De todas formas habrá que poner requisitos razonables y comunes: un cierto tiempo de haber ejercido los cargos que dan origen al nombramiento como senador; una edad límite; un plazo del encargo senatorial que podría ser, como ya dijimos, de diez años, lo que hoy por hoy es el doble del plazo de elección de un congresista; una cierta proporción de senadores, en relación a todo del Senado, en función del cargo que ocuparon y de los sectores políticos o sociales en los que actuaron. Habría que determinar si pueden ser reelegidos. Por el plazo dado antes, ello no parece recomendable.

La renovación de los miembros del Senado debería ser continua y progresiva, de tal manera que su composición de miembros no variara radicalmente de un momento a otro. Habría que escalonar los cambios en, por ejemplo, un diez por ciento de miembros cada año. De esa manera la idea de permanencia se garantiza.

Debe haber responsabilidad de sus miembros por incumplimientos manifiestos: un Senado inspirado en el modelo romanista no debería tener instituciones parlamentarias de inmunidad e inviolabilidad que se identifiquen con la impunidad, como ocurre ahora en los órganos legislativos: podrán existir, pero no deben ser absolutas, porque el magistrado es un comisionado del pueblo y debe responder ante él, no importa qué cargo ocupe.

Se debe reclutar a los miembros de este Senado de manera tal que necesariamente tengan pluralidad de posiciones políticas. Sin ese requisito, el Senado no podrá tener función rectora y autoridad propia. Esto hace ver que sería un órgano de número significativo de miembros. La composición clásica del Senado romano republicano fue de entre cien y trescientos miembros. Se podría ubicar un término medio entre estos dos números.

Tendría que superar algunos de los defectos de las grandes asambleas políticas. Incluso el Senado romano tuvo el problema que modernamente se ha dado en llamar «filibusterismo» y que hace que el debate se retrase o no se pueda concluir¹⁸. Será necesario dotarlo de agilidad, interponer un trabajo eficiente de comisiones, un criterio de exigencia de trabajo para sus miembros, procedimientos transparentes que den seguridad sobre qué, cómo cuándo y dónde se elaboran y toman, finalmente, las decisiones. Tiene que ser un órgano colegiado que actúe con plazos razonables, pero que se vencen y deben ser utilizados de manera eficiente.

Si el Senado ha de ser una institución respetable, es preciso que una mesa directiva elegida por sus miembros fije la agenda en debate abierta a los ciudadanos, de manera que la opinión pública y la política puedan proponer temas y estar al tanto de cómo se procesa la agenda.

¹⁸ «[...] y como no había límite de tiempo para hacer uso de la palabra, era frecuente ver casos de obstruccionismo en los que se extendía el discurso para alcanzar el ocaso sin que se llegara al voto (diem dicendo consumere)» (Grosso, 1965, p. 206).

«Los presentes eran interrogados, primero, por el prínceps senatus y siguiendo el rango; luego lo eran los cónsules, los pretores y así sucesivamente hacia los grados menores. Sin embargo, a estos últimos a menudo no se les pedía su opinión» (Martino, 1972, p. 487).

Esta publicidad de elaboración de las prioridades de trabajo del pleno de los órganos legislativos actuales no suele existir.

El resultado del debate público no debe ser una decisión vinculatoria, sino, a lo sumo, una exhortación. Si el Senado contemporáneo adquiere la trascendencia del romano, el gobernante le hará caso (como ocurría en Roma, según hemos ya visto) y, así, habrá triunfado la política de Estado sobre la de gobierno, utilizando siempre la terminología contemporánea.

Una atingencia importante es que este Senado, con sus particularidades, estaría, sin embargo, inmerso en la esfera del poder del Estado y el poder es capacidad de ejecución, no solo de expresión. Por tanto, hay que dotarlo de posibilidades de ejecutar o, en todo caso, de accionar para que se viabilice la ejecución de sus exhortaciones. En tal sentido, podrían establecerse autorizaciones para que el Senado persiga el cumplimiento de sus conclusiones, si no directamente, pidiéndolo a otros órganos del Estado. En la cita de De Martino (nota al pie 18) hay indicaciones de que el Senado romano contaba con instrumentos de esta naturaleza.

Las funciones que este Senado cumpliría serían en algunos casos similares y en otros distintas a las que tuvo el Senado romano por la diferente composición del sistema político contemporáneo y, también, por la diversa naturaleza de la vida política de entonces y de ahora.

Creemos que un primer ámbito de funciones tiene que estar relacionado a la discusión abierta de la política, y de la moralidad en materia de asuntos de interés general. Esto sería herencia directa del Senado romano y, por lo demás, no es asunto del que se ocupen sistemática e intensamente los órganos políticos actuales, pues las mayorías absolutas y las alianzas para lograrlas, cuando ello es necesario, suelen acallar muchas discusiones que deberían producirse.

El sistema político contemporáneo no tiene vocación verdadera de discutir todo lo importante de la política. Suele callar, por razones subalternas, temas que deberían ser aireados y discutidos pluralmente para encontrar las mejores soluciones. Muchas veces el grupo político que gana una elección impone sus puntos de vista sin un debate esclarecedor

y enriquecedor. La democracia occidental, en ese sentido, tiene muchas virtudes, pero tienen también el defecto de seguir muy directamente los intereses del grupo predominante cuando tiene el poder suficiente para acallar lo que no quiere escuchar en la escena política pública.

Por otra parte, en nuestra política cotidiana no existe un espacio suficientemente abierto para discutir la corrupción, que existe con una gran dosis de impunidad. La lucha contra ella siempre tiene resultados limitados porque el enfoque que se asume en ella no es explícito ni consistente. Tal vez el caso más dramático de los últimos decenios en toda América sea el narcotráfico: combatido represivamente sobre todo en los lugares de producción (no en los de consumo, que le dan los recursos para seguir existiendo), el narcotráfico ha florecido a vista y paciencia de todos los gobiernos. Esto, a pesar de la violencia que produce y que corroe toda la vida social. Sin embargo, en el sistema político y en las relaciones internacionales, esta metodología de lucha fehacientemente ineficaz nunca fue puesta en duda. Solo en la actualidad se escuchan posibles soluciones alternativas que, sin embargo, no logran desarrollar plenamente, porque en el contexto general siguen siendo acalladas.

Este Senado también será importante para discutir la moralidad en el ejercicio del poder público. El sistema democrático imperante, en realidad, no tiene mecanismos de control de este aspecto central de la vida social. Las instituciones existentes, como los tribunales de cuentas y el propio sistema de fiscalía o ministerio público, son abiertamente incapaces de ejercer un control mínimo razonable. Los problemas de moralidad emergen, de forma fundamental, por presión de los medios de comunicación que, desde luego, eligen qué discutir y qué no, en función de variables que no siempre son transparentes.

Pero, además, está la moralidad en el ejercicio del poder de determinados altos funcionarios como, por ejemplo, los parlamentarios. Ellos, en virtud de tradiciones históricas, son quienes se controlan a sí mismos: nadie puede ser acusado ni preso sin autorización del órgano legislativo. A menudo, este tipo de control de la moralidad pública es manejado

con criterio de grupo y de «doy para que des», como ya dijimos antes. Un Senado como el propuesto podría tener mayor posibilidad de discutir y controlar la moralidad del quehacer público, denunciar y promover medidas preventivas y de sanción, incluso frente a los miembros del órgano legislativo. Esto último sería una innovación atrevida, pero interesante, para moralizar la actividad de los parlamentarios.

Más allá de la moralidad, está la discusión de cómo funciona en general el aparato del Estado que incluye no solamente al gobierno central o unitario, sino también a las provincias o Estados, a los municipios y a las relaciones entre ellos. También debe tratar el tema del centralismo y la descentralización, así como el funcionamiento del aparato de justicia. En fin, el funcionamiento acompasado de quienes toman y ejecutan las decisiones de política ejerciendo el poder público. Esta es también una discusión postergada en los sistemas actuales, sobre todo cuando la mayoría del órgano legislativo es oficialista: en este caso el control se atenúa y desvanece. Eventualmente, la oscilación pendular del poder entre gobierno y oposición a través del tiempo hace que se gobierne pero no se evalúe al orden político y su institucionalidad como tales.

Un tema enormemente controvertido en la discusión política actual, y muchas veces acallado por mayorías oficialistas, es el cumplimiento de los derechos humanos. En este momento, esto merece una atención especial por parte de un órgano como el Senado que proponemos.

Sin ánimo de jerarquizar las prioridades, creemos que hay tres ámbitos en los que los derechos humanos son importantes de tratar: el primero es la organización del Estado para su defensa y promoción (cuál es la institucionalidad que los protege, qué pasa con el entrenamiento de la Policía y las Fuerzas Armadas, qué ocurre con el aparato de justicia y así sucesivamente). Esta una dimensión difícil de abordar en un Congreso de mayoría oficialista. El segundo es la protección de los derechos, especialmente de los llamados económicos y sociales, que no son menos exigibles. El tercero son determinados aspectos especialmente complejos de la vida social, como el cuidado de derechos esenciales en

ámbitos de violencia política o simplemente social (como, por ejemplo, el narcotráfico).

Consideramos que un Senado inspirado en el romanismo debería tener como funciones centrales el discutir públicamente todos los asuntos políticos que considere relevantes y tratar los temas públicos de la moralidad política y social. Esto debe hacerse respetando la intimidad, cuando ello sea jurídicamente aplicable. Un Senado romanista debería ser un recinto de debate político significativo y una caja de resonancia de la lucha contra la corrupción en todos los ámbitos de interés general de la sociedad. A ello van destinadas las dos primeras atribuciones que proponemos para él.

Otro ámbito de funciones de este Senado debería ser el nombramiento de muchos altos funcionarios que, actualmente, existen y tienen nombramiento de otros órganos de la República, particularmente del órgano legislativo, que no es idóneo para hacer adecuada selección. Muchas veces los nombramientos se producen previo «reparto» de cuotas partidarias a fin de mantener influencia en otros órganos. Entre los nombramientos que podría hacer el Senado están los de los defensores del pueblo, los jueces, los magistrados de otros tribunales, incluido el Tribunal Constitucional o su equivalente, los fiscales, los presidentes de superintendencias encargadas de la regulación de los asuntos de interés público. Cabría esperar que el nombramiento en este Senado sea mejor que el que normalmente se hace por cuotas partidarias en los órganos de representación política. Además, habría que establecer regulaciones para que sea hecho en el tiempo apropiado.

Los magistrados elegidos serían dotados de legitimidad democrática indirecta y de inmunidad política frente a los poderes políticos que son los que los nombran en la actualidad. Con el sistema actualmente existente, todos los mencionados en el párrafo anterior tienen la condición de funcionarios y eso los limita en su actuación, porque el Estado contemporáneo legitima el poder democrático mediante el voto popular, sea cual fuere la forma de ejercerlo. Si el funcionario tiene

mandato popular gobierna, pero si no lo tiene, será un subordinado administrativo.

Pensamos que ensayar que un Senado como el propuesto elija a estos magistrados les daría legitimidad popular indirecta y, además, los independizaría de las lealtades políticas, porque no deberían el cargo a los políticos de turno en el poder. No necesitamos recordar que en Roma las magistraturas más importantes eran todas elegidas en comicios que les daban, así, legitimidad política para decidir. Esto se ha perdido en buena parte de las magistraturas contemporáneas.

Desde luego, como titular de los nombramientos, el Senado debería también ser titular de las destituciones respectivas por las causales que se establezcan y que, en términos generales, son aquellas que tienen que ver con la conducta presuntamente delictiva que será investigada y juzgada por los tribunales ordinarios, así como por las infracciones fehacientes a la Constitución y las leyes. Esta función es indispensable para garantizar la integridad de conducta de los magistrados que nombrará el Senado.

Un rol adicional del Senado debería ser tomar cuenta de su actuación política a los altos funcionarios, incluidos los miembros del órgano legislativo elegido. Esto lo convertiría en un vigilante de la honestidad política en la república y buscaría eliminar las formas de «doy para que des» que existen en la actualidad. Esta esfera de acción debería incluir la posibilidad de denunciar ante las autoridades competentes a quienes cometen actos ilegales, penales, o a quienes actúan en infracción de la Constitución desde el poder de la república. Debería estar premunido de atribuciones para recibir, publicitar e investigar las denuncias que el pueblo haga sobre los funcionarios públicos de todo nivel. La colaboración con el sistema de fiscalía o ministerio público debe ser esencial en este ámbito. Esta función se vincula directamente con la que el Senado romano tenía en relación a las causas penales de importancia general.

Desde luego, hay que evitar que los propios senadores se vuelvan impunes en el ejercicio de sus cargos. Deberían, a su vez, ser escrutados,

por ejemplo, por el Ministerio Público y, dado el caso, denunciados ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Un Senado de inspiración romanista podría ser el órgano que resuelva los conflictos de poder que se susciten entre sí en las magistraturas constitucionales. Es una función que entronca perfectamente con la supervisión de la constitucionalidad de la vida política que tuvo el Senado romano. Un ejemplo de estos conflictos es el de la precisión de los límites territoriales políticos internos, trátase de gobiernos regionales o estatales, o de municipios, o de otras unidades de ejercicio regional o local de poder interno. Son temas que afectan la vida cotidiana de las personas y que les producen daños a veces graves, sobre todo cuando la disputa es entre instituciones públicas como las municipalidades, que prestan servicios esenciales y cobran tributos por ellos.

De otro lado, están los estados que actualmente conocemos como de suspensión de garantías constitucionales o de estado de sitio, ante convulsiones graves de la vida en la sociedad, que dan lugar a la configuración de magistraturas de naturaleza dictatorial por un tiempo determinado. El Senado romano dictaba el *senatus consultum ultimum* cuando estimaba necesario salvar la república. Es una medida de interés público que bien puede residir en un órgano de equilibrio antes que en uno de pura decisión política, como son el legislativo o el ejecutivo contemporáneos.

También estimamos que este Senado podría resolver los conflictos entre los órganos del Estado por el ejercicio de sus competencias. Actualmente esta función la cumple el Tribunal Constitucional a través del Proceso Competencial, pero solo se refiere a los órganos constitucionales entre sí. Dicho tribunal no ve conflictos entre órganos no constitucionales ni entre uno constitucional y otro que no lo es. Sería una colaboración para elaborar una «república de derecho» sólidamente constituida.

Finalmente, hay un tema que veremos con más detalle en el capítulo referente a la Defensoría del Pueblo: planteamos que esta pueda ejercitar el poder negativo que los tribunos de la plebe tuvieron en Roma.

Este poder negativo consiste en vetar decisiones de otros órganos de gobierno e impedir su ejecución. La diferencia de opinión podría no resolverse o, de manera alternativa, podría ser resuelta por una instancia final. Planteamos que ella sea el Senado. Conviene que los vetos no queden irresueltos y que se opte por mantener la decisión tomada por el órgano que pretende actuar o por mantener el veto de la Defensoría del Pueblo. Esto crearía, por lo demás, un conjunto de casos que iluminarían la forma de resolver estos problemas para futuro.

El conjunto de estas atribuciones ubicarían al Senado en una función no vinculada al gobierno cotidiano, sino a temas que son atinentes a la república en sí misma, como estructura política. De esta forma, se mantendría un esquema esencial de distribución de responsabilidades entre los órganos de mayor nivel. Dentro de este esquema, estimamos que el Senado de inspiración romanista podría interpolarse sin afectar la actuación de los diferentes órganos, pero garantizando de mejor manera que los actuales la transparencia de la vida política en varios aspectos.

En virtud de lo dicho, las funciones que proponemos para el Senado de inspiración romanista son las siguientes:

- Discutir públicamente cualquier asunto de interés general. Entre los temas que deberían tener permanencia en la dedicación del Senado tendrían que estar los derechos humanos y su cumplimiento; la política internacional; la moralidad de la vida pública, incluidos temas de especial dramatismo como el narcotráfico o el terrorismo donde tuvieran presencia; la guerra y la paz; la distribución de poder y de competencias entre los niveles central, regional y local de organización del Estado.
- Hacer las recomendaciones que estime pertinentes para la moralidad de la vida política y social.
- Nombrar y remover a los altos magistrados de la república política que señalen las leyes, dándoles legitimidad popular electoral indirecta. Entre ellos deberían estar: la Defensoría del Pueblo, la

Fiscalía de la Nación y los fiscales, la Contraloría General de la República, La Corte Suprema de Justicia y los jueces, los miembros del Tribunal Constitucional, los superintendentes de diversos sectores de la vida social y económica.

- Destituir a los magistrados que nombre cuando incurran en conductas delictivas así declaradas por los tribunales ordinarios o cuando cometan infracciones fehacientes a la Constitución o a las leyes. Mientras duren los procesos y siempre que sea conveniente y debidamente fundamentado, el Senado podrá suspender en sus funciones a los magistrados involucrados.
- Tomar cuenta de su actuación política a todos los magistrados de la república y a los altos funcionarios, de oficio o por decisión del pueblo. Esto incluye a los congresistas, quienes ya no quedarían sometidos al pleno del Congreso para mantener su fuero.
- Denunciar ante el Ministerio Público a los magistrados y altos funcionarios de la república que, presumiblemente, hayan cometido delito o infracción a la Constitución, incluidos los congresistas.
- Resolver los conflictos de poder que ocurran entre las magistraturas constitucionales.
- Proponer a aprobación por ley del pueblo, la demarcación territorial y política de la república.
- Aprobar el régimen de estado de sitio al ser prorrogado, según el mandato constitucional del actual artículo 137 inciso 2 de la Constitución.
- Resolver los conflictos entre órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones (función que hoy realiza el Tribunal Constitucional a través del proceso competencial).
- Resolver los conflictos que se planteen por el veto de la Defensoría del Pueblo a decisiones de otros órganos o magistraturas.

Por su composición, estimamos que el Senado que proponemos tendría debate más consistente y opinión de mayor peso que los órganos legislativos contemporáneos. La experiencia de gobierno o de conducción social de sus miembros les permitiría muchos más elementos de juicio para dar opinión sobre estos temas. Desde luego, este Senado tendría complejos problemas que enfrentar en su quehacer y debería no solo ser un pleno de debates sino también un órgano debidamente organizado y avituallado para contar con elementos de juicio, información y ayudas técnicas que les permitan desarrollar con eficiencia el conjunto de debates y propuestas públicas que está llamado a realizar. En este sentido, no es posible pensar simplemente en un cenáculo de oradores político-sociales sino también en un organismo estructurado y organizado para el trabajo permanente, cotidiano, con dominio de la información y del conocimiento de las cosas.

Sería un ensayo interesante y original en un contexto institucional en el que no hay ni continuidad ni auctoritas: todos los gobernantes y magistrados contemporáneos responden exclusivamente al voto popular y están sujetos a reelección o a no reelección. Cuando el espíritu del electorado cambia, cambian también casi todas las personas que ejercen cargos de gobierno y ciertas continuidades que deberían existir no quedan garantizadas en absoluto.

Por lo demás, la elección de los altos magistrados que hemos indicado por este Senado les contagiaría su auctoritas y les daría una independencia de la que actualmente carecen frente a los poderes políticos que los nombran.

Una auctoritas como esta podría ser un instrumento de poder útil frente a la corrupción de la política pública. Resaltamos la conjugación condicional. En todo caso, es bueno notar que, en general, en el sistema político actualmente vigente, no existe verdaderamente una auctoritas moral contra la corrupción, ni tampoco existe una institucionalidad que, de veras, la controle y asfixie. Todos los instrumentos del Estado-nación contemporáneo, actúan preponderantemente *ex post* y sin capacidad de decisión vertical que la atemorice y reprima.

Según nuestro juicio, la propuesta de un Senado con este tipo de auctoritas parece ser un aporte trascendental de Roma al mundo contemporáneo. Desde luego, es preciso situar tal propuesta de forma sistemática, no como un apéndice incompatible con la lógica del todo.

Finalmente, debería establecerse la posibilidad de que el pueblo se pronunciara sobre la pertinencia de cambiar al Senado si es que incumple sus funciones. No puede haber órgano político al margen del control político. En este caso, según nuestra opinión, alguna magistratura debería proponer la posibilidad de establecer un referéndum de renovación del Senado, con requisitos especiales y votada ad referendum por el pueblo.

4.5. UNA REFERENCIA AL CONGRESO

No hubo en Roma un congreso u órgano legislativo (utilizaremos ambas expresiones como sinónimas) como el que existe entre nosotros. El actual es herencia de Inglaterra a través de la sistematización de Montesquieu en su obra *Del espíritu de las leyes*.

El congreso aparece en el constitucionalismo moderno esencialmente como un órgano enfrentado al absolutismo monárquico, con representación popular y democrática a través del voto. Dejaremos de lado los sistemas de voto censitario y capacitario que existieron para elegir a los diputados en el pasado, hoy en día devaluados, para concentrarnos en el significado institucional del congreso.

Durante el siglo XVII en Inglaterra, el Parlamento (nombre propio del órgano legislativo inglés) fue la institución representativa del pueblo y luchó por garantizar las libertades. Derrotó a los reyes absolutistas y estableció una monarquía constitucional (de Constitución no escrita, con lo que sujetaba al monarca a la ley y a sus ministros al control político). En adelante, la democracia contará con el órgano legislativo como el garante de las buenas leyes y del control de los excesos de poder del Ejecutivo. Los parlamentarios ingleses eran elegidos por su representatividad, por su sapiencia, por sus dotes ciudadanas y fueron dotados de inmunidad e inviolabilidad.

La Francia revolucionaria convirtió a su Asamblea a Nacional en el símbolo de la libertad de igualdad al acabar el siglo XVIII. Los asambleístas eran elegidos también por sus cualidades políticas y tenían como característica central combatir la monarquía absoluta y favorecer un régimen de gobierno constitucional, aunque las constituciones de las diferentes facciones de la Asamblea llegarían a establecer normas distintas y, aun, incompatibles entre sí.

Estos son los dos referentes por excelencia de los órganos legislativos de nuestros países latinoamericanos. Aquí entre nosotros, entonces colonias, cuando se habló de revolución para lograr la independencia se pronunciaron los cabildos, que pertenecían más bien a la estirpe municipal: no había órganos legislativos en la América colonial como los que acabamos de mencionar (aunque sí hubo Cortes que dieron la Constitución española de 1812, con espíritu altamente democrático y con representación no solo de la metrópoli sino también de las colonias).

Pero los congresos como tales se establecieron en nuestro subcontinente al paso de los procesos independentistas. En el Perú, el primer Congreso es el de 1823, que dio la primera Constitución de la República y antecede un año a la Batalla de Ayacucho, que sella la independencia del Perú y de lo que pronto vendrá a ser la América Latina.

Durante el siglo XIX, en el Perú, el Congreso fue representación de los sectores sociales dominantes y enriquecidos de la población peruana: el sistema de circunscripciones regionales y de voto restringido a favor de los ricos permitió esta evolución política.

El siglo XX trajo cambios democráticos importantes: el voto femenino en 1956, el voto universal, incluyendo a los analfabetos, en 1980. El gobierno elegido en todo el sistema político (Presidencia de la República, Congreso, gobiernos regionales y locales) fue legitimado en las urnas con una larga continuidad, entre 1978 y el presente, rota solamente en 1992 por un «golpe blanco» dado por el presidente constitucional de entonces.

Por otra parte, la sociedad y la economía empezaron un proceso de modernización que fue cada vez menos interpretado por los partidos políticos existentes. La consecuencia inmediata fue la aparición de caudillos que tuvieron rápido amanecer y ocaso en la política, a partir de los últimos quince años del siglo XX. Este fenómeno se empezó a apreciar con claridad en las elecciones municipales de 1989, cuando el candidato Ricardo Belmont ganó la alcaldía de Lima a los partidos políticos.

Las elecciones nacionales a la Presidencia de la República, a partir de 1990, han sido ganadas también por caudillos, salvo la de 2006, en la que venció Alan García Pérez, nuevo jefe del APRA. Sin embargo, en el sistema político en su conjunto, es evidente que Alan García fue más un caudillo que el representante político de un partido estructurado y conducido de manera democrática.

La crisis de los partidos ha contribuido a que movimientos políticos regionales tengan un desarrollo significativo para ganar por voto popular tanto las gobernaciones regionales como las alcaldías y, en el plano nacional, la representación de sus territorios al Congreso.

Es preciso también decir que, siendo absolutamente distintos a los movimientos políticos regionales, aún ciertos poderes reales, como por ejemplo el narcotráfico, intervienen indirectamente en la escena política, sobre todo en el Congreso: el predominio del caudillismo y la posibilidad de desarrollar campañas políticas regionalmente focalizadas facilitan que algunos de sus candidatos puedan ganar elecciones.

Todas estas situaciones han tenido efecto en la formación del Congreso:

- Las listas de candidatos a congresistas se establecen sobre la base de criterios subjetivos del líder o lideresa de la agrupación que, normalmente, es quien candidatea a la Presidencia de la República.
- Una cierta proporción de la calidad de la ubicación del candidato dentro de la lista parlamentaria tiene que ver con el dinero que aporte a la campaña. Hay en esto un factor crematístico importante: los mejores puestos suelen costar más al candidato que los ocupa.

- El candidato a congresista normalmente es un caudillo de cierta circunscripción territorial y en tal calidad va al Congreso.
- Los grupos de poder real pueden lanzar candidatos embozadamente, dentro de listas que formalmente no son de ellos, para poder tener personas dentro del Congreso y protegerse con su influencia. Además, pueden financiar campañas políticas exitosas.

De esta manera, la composición final del Congreso es variada: al lado de personas con vocación política y espíritu solidario puede haber representantes ocultos del narcotráfico. Al elegir no se pone énfasis en las virtudes cívicas de las personas sino, más bien, en las identidades amicales o en vinculaciones personales diversas que poco tienen de constructivo para la composición final del órgano legislativo.

El resultado es que el Congreso no satisface seriamente a la mayoría de la población, como ya hemos mostrado antes (ver apartado 4.3). Por ello, al proponer estos cambios en la institucionalidad debemos intentar una nueva y diferente dimensión para el Congreso de la República.

Como hemos dicho, en Roma no hubo equivalente de lo que hoy es un órgano legislativo, pero, como hemos también visto, sí hubo en ella magistraturas con reglas comunes a todas. Entonces, podríamos considerar al Congreso como una magistratura más de la república, dada la importancia que se le asigna en la moderna estructura del poder desde hace más de tres siglos en Occidente y aplicarle las reglas pertinentes.

Las funciones esenciales del Congreso son las de aprobar la ley, ejercitar el control político del Ejecutivo y tener una representación política de la sociedad que lo elige.

Formalmente, el Congreso funciona en pleno y en comisiones. Para el ejercicio de su actividad política el congresista tiene inviolabilidad e inmunidad.

La historia, en la cual hubo un enfrentamiento de proporciones entre órgano legislativo y monarca, dio al colectivo legislativo la atribución de resolver sobre la detención y enjuiciamiento de sus miembros para

impedir la manipulación de la libertad de movimiento de los diputados y, con ello, la manipulación de su vigilancia al Ejecutivo y de su asistencia a las sesiones.

No obstante, con el transcurso de los siglos y con las mutaciones del aparato político, algunas de estas reglas, nobles en su origen, se han desnaturalizado en la actualidad.

La inmunidad y la inviolabilidad, cuando menos en el Perú, se han transformado en lo que la jerga política ha motejado como «impunidad», porque los pedidos de sanción o enjuiciamiento a los congresistas suelen verse en una comisión de ética parlamentaria que tiende claramente a proteger a los denunciados, salvo cuando ello es imposible por la existencia de pruebas inobjectables. Sin embargo, la protección ocurre aun con la existencia de este tipo de pruebas.

En esto suele aplicarse muchas veces el principio del auxilio mutuo entre las diferentes bancadas, bajo aquel principio que corresponde a ciertos contratos privados y que dice: «doy para que des». Desde luego, la aplicación de ello es inadmisibles en el ámbito del poder público.

Pero, además, la idea original de que el congresista es tal en sesión del pleno o de una comisión, y que luego es un ciudadano cualquiera, se ha desnaturalizado. Aquella afirmación constitucional que dice: «los congresistas representan a la nación» (artículo 93 de la Constitución peruana), se toma como una representación personal y permanente, en sesión o fuera de ella. Los congresistas reclaman inmunidad e inviolabilidad en toda circunstancia, con lo que se abusa de estas prerrogativas de protección.

Si nos atenemos al principio de las magistraturas colegiadas, podremos extender al Congreso el principio de que cada congresista tiene las mismas atribuciones que cada uno de los otros, pero dentro de la sesión de pleno o de comisión, no fuera de ella.

Esto adquiere dos significados inmediatos. El primero es que fuera de sesión el congresista es un ciudadano cualquiera sin atribución ni prerrogativa alguna. El segundo es que el congresista debe asistir

y permanecer en todas las sesiones de pleno o de comisión de las que forme parte porque si no lo hace no cumple con su función. Esto porque el Congreso tiene funciones colectivas y si no está reunido nadie las puede ejercitar. El congresista debe trabajar en las reuniones propias del Congreso; fuera de ellas no tiene atribuciones que llevar a cabo: no puede intervenir en asuntos públicos, no tiene como función hacer gestiones y recomendar decisiones. Hoy muchos congresistas practican sistemáticamente todo eso, lo que no solo es abuso de poder sino también fuente de corrupción y de privilegios que no son admisibles.

De otro lado, bien vistas las cosas, es contrario a toda regla de control político, que los congresistas se sancionen o se despojen del fuero parlamentario (es decir de la inmunidad e inviolabilidad) entre sí. Eso viola la más elemental regla de separación de poderes establecida en el artículo 43 de la Constitución.

Si bien en la época de las luchas contra el absolutismo monárquico la autoprotección del órgano legislativo tuvo justificación, en la organización política actual carece de sentido por dos razones: porque no se respeta el principio de la separación y poderes, y porque los congresistas abusan ostensiblemente de sus prerrogativas.

Por ello, consideramos que la vigilancia de la conducta de los congresistas y las decisiones sobre su inmunidad y su inviolabilidad deben recaer en otro órgano del Estado. No es prudente que sea otro poder político porque podría hacer abuso, pero sí es adecuado que las tome el Senado propuesto, que no es un poder elegido sino conformado sobre la base del principio romano de la auctoritas, como hemos señalado al tratar de ese tema en páginas anteriores. En la organización política propuesta, el Senado y el Congreso no tienen antagonismo: el Senado es independiente del Congreso y viceversa. El control de la conducta de los congresistas puede ser hecha por el Senado de manera neutral.

Entonces, el elemento de juicio que falta para configurar al Congreso en sus rasgos generales es el de determinar sus funciones. Según nuestro criterio ellas deberían ser las siguientes:

- Dictar la ley, excepto la que debe aprobarse mediante referéndum popular. Se entiende que se trata de aprobarlas, interpretarlas auténticamente, modificarlas o derogarlas.
- Interrogar, interpelar y censurar a los ministros de Estado. Esta es una función tradicional que debe permanecer.
- Aprobar tratados, presupuesto, cuenta general y empréstitos, conforme a la Constitución.
- Aprobar la amnistía.
- Investigar todo asunto de interés público a través de comisiones de investigación y emitir dictámenes para que el pleno del Congreso actúe según sus atribuciones.
- Autorizar el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la república.

Consiguientemente, las funciones que ya no ejercería el Congreso serían las siguientes:

- No aprobaría las modificaciones constitucionales porque sería una función asumida directamente por el pueblo.
- No aprobaría las leyes de desarrollo de los derechos humanos que serían aprobadas ad referendum por el pueblo.
- No aprobaría las leyes de organización política del territorio que serían también aprobadas ad referendum por el pueblo.
- No elegiría altos magistrados de la república como hace en la actualidad. Esa elección pasaría a manos del Senado.
- La investigación y sanción de la conducta de los congresistas pasaría al Senado, el que también podrá denunciarlos penalmente de ser el caso.

Este nuevo cuadro de distribución de funciones busca dos cosas a la vez, como ya se ha dicho antes. En primer lugar, recuperar la potestas del pueblo sobre la aprobación de la Constitución y de las leyes más importantes para la vida cotidiana de sus miembros. En segundo lugar,

retirar la investigación, sanción y denuncia de los congresistas a fin de evitar la falta de rigor para sancionarlos. Es una modificación significativa de las atribuciones del Congreso pero con la finalidad de retirarle las que ha demostrado no saber o no poder ejercer y, también, con el objetivo de introducir dentro de esta institución el sistema de separación de poderes de manera cabal, al hacer que la evaluación de la conducta de sus miembros no la lleve a cabo él mismo, perdonando más de lo que debe, como ha ocurrido en el pasado de manera reiterada.

Desde luego, las magistraturas romanas exigían trabajo (además de ser *ad honorem*). Especialmente a los congresistas, vale la pena recordar lo que dice Rousseau del Poder Ejecutivo, porque él no consideraba la existencia de un órgano legislativo. Rousseau decía que los gobernantes son «funcionarios» del pueblo.

Como hemos dicho antes, solo serán congresistas con poder en sesión del pleno o de comisión del Congreso. En todo otro momento son ciudadanos iguales a los demás, con el solo añadido de sus prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad por los actos que hayan realizado en ejercicio de su función.

Podríamos hacer una adaptación del criterio *ad honorem* de las magistraturas romanas y decir que los congresistas deberían cobrar sus dietas parlamentarias en proporción a su participación en las sesiones de pleno y comisión que les corresponden. El pago de la república a los congresistas no debe ser automático. Solo ellos cobran así de entre todos los servidores públicos. Los demás, para cobrar, tienen que trabajar y ser sometidos a control.

CAPÍTULO 5

EL TRIBUNADO DE LA PLEBE Y LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Hay algo en común entre la Defensoría del Pueblo contemporánea y el Tribunado de la Plebe de Roma: ambos tienen la función de defender al pueblo de los poderes establecidos. Pero el origen de cada uno, el poder que tienen y su manera de ubicarse en la sociedad política son completamente distintos¹. Esto hace, según nuestro criterio, que sean dos instituciones muy diferentes entre sí. Por ello, es interesante intentar una aproximación del Tribunado de la Plebe a la Defensoría actual y tratar de ver cómo podría colaborar a perfeccionarla.

5.1. EL TRIBUNADO DE LA PLEBE

La historia aceptada del Tribunado de la Plebe se inicia con la secesión de la plebe romana, realizada el año 494 a.C. Eran tiempos en los que se había dado inicio a la República (la finalización de la Monarquía fue

¹ «Los defensores actúan dentro del orden existente: exigen el funcionamiento correcto de las reglas jurídicas y buscan el ejercicio de una buena administración. Es decir, trabajan para el correcto funcionamiento del ordenamiento existente.

Los tribunos, por el contrario, podían impedir aún los actos que según el ordenamiento eran legítimos y, por ello mismo, tenían una carga potencial y perennemente revolucionaria porque, luego de su reconocimiento al interior de la ciudad, podían oponerse a cualquier órgano y a cualquier acto sin dar explicación alguna de su forma de ejercer el poder» (Tafaro, 2006, p. 1857).

el año 509 a.C.) y los patricios habían tomado el control del poder. Excluida de los derechos políticos, privada de tierras que pudiera recibir para laborarlas y acosada por deudas impagables que conducían a la pérdida de libertad del deudor, la plebe se reveló y decidió formar un núcleo urbano aparte de Roma en el Monte Sacro.

La Roma patricia notó pronto que la Plebe le hacía falta, no solo para los servicios propios de la vida diaria y la producción económica sino, más aún, para el servicio militar en las legiones². Esto último era especialmente grave porque dejaba sin ejército a Roma en circunstancias en las cuales estaba amenazada.

La historia cuenta que Agripa Menenio Lanato, el negociador que eligieron los patricios, se dirigió hasta el Monte Sacro y habló con los sublevados haciéndoles una ejemplificación antropomorfista de la sociedad, según la cual los plebeyos eran tan importantes como los patricios para Roma. Los convenció y, entonces, la plebe exigió una serie de condiciones para reintegrarse a la ciudad. Entre ellas, estuvieron la de buscar solución a las deudas exorbitantes y, ya que sus miembros tenían la ciudadanía³, exigir que se estableciera el derecho aplicable a todos mediante una ley escrita que, finalmente, fue la que conocemos como de las XII Tablas (dictada finalmente el año 451 a.C.). Por último, la plebe estableció a quienes conocemos como tribunus de la plebe.

Todo esto fue aceptado y, antes de retornar a Roma, la plebe se reunió en un concilio propio y exclusivo, y eligió sus primeros dos tribunus (uno de ellos Sicinio Beluto, líder de la secesión), para que la defiendan del

² «Es la primera “secesión” de la plebe, la primera huelga de la historia, a la que fue añadido el rechazo del servicio militar. Con este calculado acto de fuerza, la plebe puso colocó en seria crisis a los patricios, porque privaba a Roma de la defensa de la infantería hoplítica, al abandonar masivamente los rangos del ejército» (Poma, 2009, p. 57).

³ Coulanges dice que al iniciarse la República, los patricios reconocieron la ciudadanía a los plebeyos porque los necesitaban de soldados en las legiones: «Algo había, sin embargo, que servía como de lazo de unión entre ambos pueblos, y era la guerra. Con el propósito de no privarse de soldados, el patriciado había dejado a los plebeyos el título de ciudadanos, aunque no fuese más que para poder incorporarlos a las legiones» (2001, p. 280).

imperium de las magistraturas patricias⁴. La plebe elevó un «juramento sacrosanto»⁵ de defender con todas sus fuerzas y su vida las decisiones de sus tribunos.

De esta manera nació la institución de los tribunos de la plebe. Es interesante subrayar algunas cosas que serán importantes para nuestro trabajo.

En primer lugar, el Tribunado de la Plebe nace por decisión de una parte del pueblo romano: la plebe. Los patricios no intervienen ni son consultados para ello. Asimismo, se gesta no desde el orden constitucional de Roma sino desde fuera de él y, en realidad, contra él. Los tribunos de la plebe existen para enfrentarse al poder de las magistraturas republicanas

⁴ «Los tribunos, aparecen según la tradición en número de dos y a causa de la primera secesión plebeya en el año 494 a. de J.C. si bien pronto alcanzan la cifra de cuatro o cinco en el año 471 a. de J.C. y diez en el 457 a. de J.C.; elegidos por los concilios plebeyos sobre la base de las tribus desde el año 471 a. de J.C., son declarados sacrosancti y, por tanto, inviolables a la coercitio de los supremos magistrados de la civitas, en virtud del juramento de la plebe aceptado con la Lex Valeria Horatia del año 449 a. de J.C. por el ordenamiento ciudadano. Después de este reconocimiento por los comicios populares, se les consideró verdaderos magistrados ciudadanos, aunque privados de auspicios, de lictores, de insignias y de distinciones propias de las restantes magistraturas no plebeyas. Su función originaria fue la de auxilii latio adversus consules o sea la protección de los plebeyos frente al imperium de los supremos magistrados, del que deriva el poder de la intercessio, mediante el cual se puede oponer el veto a los actos de los órganos ciudadanos que puedan estar en contradicción con los intereses del orden plebeyo, incluso comprendidos también los actos de uno y de otro tribuno» (Burdese, 1972, p. 89).

⁵ «[...] acto unilateral y revolucionario de la plebe, considerado como lex sacrata, encaminado a reconocer, incluso frente a la civitas patricia, su organización y mandos propios, mediante el juramento solemne (sacramentum o iusiurando plebis) con el que se inviste a los tribuni con el carisma de sacrosancti, merced al que la santidad aplicable a las divinidades plebeyas se hace extensiva a estos magistrados, originando una sanción religiosa que se traduce en una condena a muerte o el abandono a la vindicta, incluidos los magistrados de la civitas, si han atentado contra la incolumidad de los tribunos» (Burdese, 1972, p. 44).

patricias y anular las decisiones perjudiciales para los plebeyos que ellas tomen⁶.

Frente a las magistraturas patricias, la plebe realiza un acto cívico de elección con la finalidad de dar legitimidad democrática a sus tribunos, de la misma manera que los patricios elegían cívicamente a los suyos. De esta manera, la plebe ejerce el derecho de elegir ella a sus tribunos en sus concilios de la plebe⁷, por períodos de un año y sin posible reelección inmediata⁸.

A su vez, frente a la autoridad sacra de las magistraturas patricias, que se logra a través de los auspicios, la Plebe establece otra legitimación sagrada para sus tribunos que es el «juramento sacrosanto» de defender sus decisiones. Se dice, entonces, que el Tribunado de la Plebe tiene un

⁶ Dice Lobrano, comparando la separación de poderes contemporánea con el Tribunado de la Plebe: «El equilibrio de poderes es, en realidad, un medio por el cual los poderes, todos y siempre siendo parte del “gobierno” (con lo que son concurrentes y funcionan por así decirlo “en paralelo”), se orientan hacia el mismo punto, son del mismo “polo”. Se limitan recíprocamente o bien establecen una forma “relativa” de limitación entre sí, sin que ocurra una limitación comprensiva (“absoluta”) de todos ellos como sistema integral.

Con el tribunado, por el contrario, se introduce un poder distinto dentro del mecanismo de poderes, que tiene una lógica de funcionamiento completamente diferente. La función específica y esencial del Tribunado consiste en limitar al conjunto de poderes, en sentido lato «de gobierno», con lo que en realidad se coloca frente a ellos como totalidad y como un “polo opuesto” (1983, parte I, p. 88).

⁷ «[...] una «conjura» (conjuratio) de todos los plebeyos, es decir, un juramento solemne dado por toda la plebe, de que se vengaría con la muerte cualquier agresión al tribuno, otorgaba a este la inviolabilidad (sacrosanctitas) mientras duraba su magistratura. La misión de acudir en ayuda del ciudadano particular, de protegerlo contra las opresiones e injusticias (auxilii latio), fue siempre la propia de los tribunos de la plebe» (Kunkel, 1973, p. 30).

⁸ «La elección de los Tribunos era directa y, como ocurría con las magistraturas, tenía una duración limitada: un año, con exclusión de la norma de reelección» (Tafaro, 2006, p. 1861).

sustento religioso romano en la sacrosanctitas, consecuencia del juramento plebeyo antedicho⁹.

Finalmente, el Tribunado de la Plebe originariamente tiene un poder negativo que consiste en vetar las decisiones de los magistrados romanos patricios, cuando los tribunos estimen que perjudican a la plebe, a una parte de ella o a sus individuos.

Por tanto, en sentido estricto, los tribunos de la plebe no son una magistratura en Roma. Son una institución propia de un sector del pueblo, que tiene poder de defender a quienes la eligen por decisión de estos. En este sentido cuenta con un fundamento democrático en su elección por los concilios de la plebe; tiene un respaldo sacro propio en la sacrosanctitas y ejerce un poder negativo que consiste en la capacidad de vetar las decisiones de las magistraturas patricias que afecten a la plebe, en todo o en parte.

Como se dice en cita anterior de Burdese (ver cita en la nota al pie 4 de este capítulo), el Tribunado de la Plebe fue colegiado desde el principio. Originalmente dos tribunos, su número creció varias veces a lo largo de la República. Desde luego, podían ejercer la *intercessio* entre ellos mismos.

También evolucionó a lo largo del tiempo¹⁰ y adquirió atribuciones importantes que ya no solo son calificadas como poder negativo sino,

⁹ «En positivo, sería correcta la hipótesis según la cual la naturaleza jurídica de la tribunicia potestas fue, por así decirlo, de igual valor que el *imperium* de los magistrados patricios, y por las mismas razones por las cuales ambos poderes se diferenciaban. De un lado está la sacrosanctitas, fundamento y capacidad del poder de los magistrados plebeyos que eran los tribunos de la plebe y, del otro, los *auspicia*, fundamento y capacidad del poder de los magistrados patricios. Y si los tribunos de la plebe nunca se crearon mediante *auspicia*; nunca los magistrados patricios fueron considerados *sacrosancti* [...]».

Más bien, se trata de una contraposición entre dos especificidades de un mismo patrimonio religioso-jurídico del pueblo romano: el *sacer-sanctus* y el *augurium-auspicium*. En este mismo sentido dan testimonio algunos notables elementos de conexión entre la organización plebeya y el colegio de pontífices» (Lobrano, 1983, parte I, pp. 124-126).

¹⁰ En una ponencia presentada por Leandro Polverini ante una reunión académica especializada, se dice lo siguiente sobre la larga evolución del Tribunado de la Plebe: «La constitución romana es un ejemplo clásico de constitución no escrita, en la que las instituciones son *perennes*, precisamente, por su propia renovada transformación.»

también, como «poder positivo». Una de ellas fue la de convocar a la Plebe a sus concilios para tomar decisiones que le interesaran. Según Coulanges, estas asambleas se conformaron, ya bajo la dirección de los tribunos de la plebe, bajo forma de comicios por tribus¹¹. Otra fue la de proponer a los mismos concilios unas normas denominadas «plebiscitos» que, una vez aprobadas se volvían normas de observancia obligatoria para

En particular, en la historia del tribunado de la plebe, se puede y debe distinguir al menos cuatro etapas profunda y sustancialmente distintas.

La primera cubre un par de siglos, desde el nacimiento de la institución (al inicio del siglo V a.C., poco después del comienzo de la república) y llega hasta la época en que los órdenes patricio y plebeyo fueron equiparados con la Ley Hortensia del 287 a.C.

Dentro de la nobilitas patricio-plebeya, la que había sustituido al patriciado como oligarquía de gobierno de la media y tarda república por efecto de la equiparación de los dos órdenes, los tribunos de la plebe constituyeron de facto (y luego también de iure) uno de los varios colegios de magistrados, fuertemente caracterizados por el mantenimiento —en esta segunda etapa— de los poderes extraordinarios que los tribunos de la plebe habían conquistado y ejercitado en el curso de la primera.

Precisamente la sobrevivencia de estos poderes extraordinarios hicieron del tribunado de la plebe, en la tercera etapa (del tribunado de Tiberio Graco, en el 133 a.C., hasta la fundación del principado), el motor de la así llamada “revolución romana”: si rememoro los nombres de los Graco, de Druso (padre e hijo), de Saturnino y Glaucia, de Clodio, etcétera, es solo para recordar, con el apoyo de registros históricos evidentes, la incisiva presencia de los tribunos de la plebe en el proceso de transformación de la república hacia el principado.

Augusto lo había entendido perfectamente cuando, en el 23 a.C. dio estructura casi definitiva a la constitución del principado. Hizo permanecer al tribunado de la plebe (y con ello hemos llegado a la cuarta etapa de su existencia) como un grado normal y formal del *cursus honorum senatorio*, pero le arrancó (por así decir) la tribunicia potestas que era su esencia político constitucional para que, anualmente renovada desde el 23 a.C. en adelante, constituyera una de las columnas en las que se fundamentó el poder del *princeps*, tanto el de Augusto como el de sus sucesores» (Polverini, 2007).

¹¹ «Así que tuvo la plebe sus jefes no tardó en montar también sus asambleas deliberantes, las cuales no se parecieron en nada a las de la ciudad patricia. La plebe estaba distribuida para sus comicios en tribus, sirviendo para designar el sitio de cada uno el domicilio y no la religión ni la riqueza. No comenzaba la sesión con un sacrificio, ni figuraba la religión en ella, ni había presagios, ni la voz de un augur o de un pontífice podía interrumpirla. Eran los verdaderos comicios de la plebe, y no conservaban nada de las antiguas reglas ni de la religión del patriciado» (Coulanges, 2001, p. 279).

la plebe. Posteriormente, según la Lex Hortensia del año 287 a.C. (Alföldy, 1987, p. 45), los plebiscitos adquirieron obligatoriedad normativa para todo el Pueblo romano, incluidos los patricios¹².

Cuando los plebeyos llegaron a la equiparación de derechos con los patricios y aquellos pudieron ser elegidos a todas las magistraturas de Roma el Tribunado de la Plebe pudo también participar en el Senado¹³ y aun presidirlo¹⁴.

También lograron la atribución de arrestar personas y de promover procesos contra los transgresores de los derechos que protegían¹⁵.

En esta misma época empezó a ocurrir que los tribunos defendieran también a los patricios del poder de los magistrados, fueran dichos magistrados patricios o plebeyos¹⁶ y, más aún, hubo tribunos que usaron

¹² «Va por tanto subrayada la complejidad y la variedad del poder tribunicio el que tuvo, incluso, facultades “positivas” de enorme relevancia como la de proponer leyes en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Con posterioridad a la equiparación de los plebiscitos a las leyes, lo que ocurrió a más tardar el 287 a.C., creció siempre el número de normas legislativas aprobadas a través de los plebiscitos y, muchos textos mencionados como “leyes”, en realidad eran plebiscitos adoptados en el concilio de la plebe convocado y presidido por los Tribunos, los que formulaban el texto base del plebiscito y tenían un amplio margen para influenciar a la asamblea» (Tafaro, 2006, pp. 1859-1860).

¹³ «Especialmente durante la censura de Appio Claudio Cieco del 312 a.C. fueron admitidos al senado muchos plebeyos, entre los cuales incluso hijos de libertos y, por tanto, también artesanos y comerciantes» (Alföldy, 1987, p 45).

¹⁴ «A esta amplia facultad de proponer, y en la práctica formular, las leyes, va unida la posibilidad de intervenir en la política romana a través de la participación en el Senado, y hasta con la posibilidad de presidirlo, porque los Tribunos obtuvieron el derecho de formar parte del Senado y de presidirlo (*ius senatus habendi*) ya durante el siglo III a.C.» (Tafaro, 2006, p. 1860).

¹⁵ «Además, los tribunos tuvieron al lado del *ius edicendi* (la facultad de exponer en público disposiciones y programas de su propia competencia) tuvieron también un amplio poder de coerción (*summa coercendi potestas*), la cual les confería la posibilidad de arrestar a la personas y de promover juicios, aún capitales, sea contra los ciudadanos, sea contra los exmagistrados» (2006, p. 1860).

¹⁶ «Al lograrse la parificación de la plebe con el patriciado, los tribunos de la plebe perdieron su originario carácter de órganos de clase para devenir expresión también ellos de la

esa posición para hacer transformaciones sociales, económicas y políticas significativas en las etapas finales de la República romana. Hay quienes dicen que, en esta última época, el Tribunado de la Plebe se había convertido, en la realidad no en lo formal, en una magistratura más de Roma. Sin embargo, Lobrano discrepa de esta afirmación por una razón fundamental: aun cuando el Tribunado de la Plebe ingresó a la legalidad pública romana con la Ley Valeria Horatia el año 449 a.C., los tribunos siguiendo siendo elegidos solo por la plebe, lo que indica con claridad que siempre fueron una magistratura plebeya¹⁷.

De todo ello, sin embargo, lo sustancial fue siempre el ejercicio del poder negativo contra las decisiones de las magistraturas que perjudicaran a la Plebe.

nobilitas patricio-plebeya en instrumentos del control senatorial acerca de la conducta de los magistrados. Se les reconoce el derecho de dirigirse al Senado y de entrar a formar parte de él una vez salidos del cargo, aparte de hacer convocar por el pretor las asambleas populares para promover delante de ellos procesos capitales contra los ex magistrados. La intercessio se ejercita frecuentemente también a favor de patricios y llega a tutelar las normas constitucionales emanadas de disposiciones senatoriales, y la coercitio, también se reconoce por el Senado para poderla ejercitar fuera del pomerio ciudadano» (Burdese, 1972, p. 90).

¹⁷ «Las teorías que sostienen que la potestas tribunicia fue absorbida dentro de un «ordenamiento público romano» monolítico (entre los poderes de los «magistrados del pueblo» o como poder a cargo del pueblo contra los demás magistrados) chocan significativamente contra el hecho que, aún después de la Ley Valeria Horatia del 449 a.C., generalmente tomada como el momento de ingreso del tribunado dentro de la legalidad pública, los tribunos continuaron siendo elegidos solamente por la plebe» (Lobrano, 1983, parte I, p. 130).

Cabe recordar que Lobrano elabora estas afirmaciones recordando que «pueblo» es el conjunto de «patricios» y «plebeyos». En Roma nunca hay que asimilar como equivalentes los conceptos de «pueblo» y «plebeyos»:

«A nivel ideológico e institucional, el enfrentamiento entre la plebe y los padres patricios, en cuyo ámbito nacen y se forman el instituto tribunicio y su poder, aparece mediado a través de la relación de las partes con el pueblo-todo.

Desde esta perspectiva, la importancia hermenéutica del nexo entre la potestas tribunicia y el grupo plebeyo, se halla en el ámbito de la relación de contraposición-unidad de la plebe, por un lado, en relación a los padres patricios y, por el otro, al pueblo» (1983, parte I, p. 155).

5.2. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo, tal como ha sido establecida en varios países de la América Latina, entre ellos el Perú, emerge de su plasmación original en la Constitución de España de 1978. No tiene propósito en este libro trazar detalladamente ese origen y su evolución en las constituciones latinoamericanas. Seguimos el modelo que se ha establecido en el Perú:

- Es una magistratura dentro del Estado contemporáneo que nace de la Constitución del Estado. No es, en ese sentido, una institución originada «fuera del sistema y contra él»; como hemos afirmado, fue el origen del Tribunalado de la Plebe.
- Tiene nombramiento del órgano legislativo, normalmente con una votación cualificada. No es, como lo era en Roma, fundada en el voto popular. Esto priva a la Defensoría del Pueblo de su carácter político y la convierte en un órgano de naturaleza funcionaria administrativa. Un órgano importante, pero no legitimado democráticamente en su origen.
- La Defensoría del Pueblo es una «magistratura de la persuasión». Es el eufemismo que se ha acuñado para negarle poder efectivo, hablando claramente, poder negativo como el que tuvo el Tribunalado de la Plebe en Roma. Las atribuciones centrales que tiene la Defensoría del Pueblo contemporánea son las de investigar cualquier suceso que afecte los derechos fundamentales o que signifique una actuación irregular de la Administración Pública frente al ciudadano, denunciarlo, ejercer las acciones jurisdiccionales del caso y, eventualmente, dirigirse a la entidad estatal correspondiente realizando recomendaciones. Al haber sido designada por el órgano legislativo, la Defensoría del Pueblo puede dirigirse a dicho órgano para presentarle informes y sugerir cursos de acción. La Defensoría es, entonces, una institución sin poderes positivos o negativos por sí misma. Todo lo que requiera

- o considere debe recomendarlo o informarlo a terceros para que, si lo tienen a bien, actúen.
- La única atribución positiva, por demás acertada, que se le ha dado es la de tener iniciativa en la proposición de leyes al Congreso (en el caso peruano es el artículo 162 de la Constitución). Es una atribución que debe permanecer para el adecuado ejercicio del cargo.

5.3. ELEMENTOS A TOMAR DE ROMA PARA LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO CONTEMPORÁNEA

Lo que hay que tomar como primer tema en este punto es el lugar que ocupa la Defensoría en el Estado actual. Se trata de un órgano sin atribuciones eficientes por sí mismas, pues todo debe hacerlo convenciendo a los demás de hacer o no hacer, y trabaja defendiendo a las personas en el agravio de sus derechos fundamentales o en la actuación irregular de la Administración Pública; es decir, actúa enfrentándose a órganos del Estado que tienen atribuciones positivas o negativas de poder. La Defensoría del Pueblo contemporánea es una invitada a la separación de poderes, sin poder alguno¹⁸.

El Tribunalado de la Plebe invita inmediatamente a hacer cuatro consideraciones centrales en relación con la Defensoría del Pueblo contemporánea: la primera es el procedimiento de advenimiento o elección de la persona que acceda al cargo, ya que en Roma los tribunos de la plebe eran elegidos por los concilios de la plebe; la segunda es la posibilidad de asignación del poder negativo del Tribunalado romano a la Defensoría del Pueblo; la tercera, explorar la vinculación que podría haber entre la Defensoría del Pueblo y el referéndum popular; y, la cuarta, examinar

¹⁸ Desde luego, hablamos aquí de que carece de poder efectivo asignado por la Constitución y las leyes. Es verdad que los y las defensoras del pueblo, personas de carne y hueso que han ejercido el cargo, han logrado tener «persuasión» por su presencia, honestidad y capacidades. Pero esos son atributos personales, no institucionales.

también la posible relación entre los derechos de resistencia e insurgencia constitucionalmente establecidos y la Defensoría.

5.3.1. La elección de la persona que ejerza la Defensoría del Pueblo

El actual sistema de elección parlamentaria tiene a nuestro juicio dos efectos perniciosos. El primero de ellos ya ha sido dicho y consiste en que convierte a la Defensoría en una institución funcionaria, administrativa. No toma en cuenta su esencia política de protección de la persona y del ciudadano. En la organización política contemporánea, quien ejerce funciones políticas debe tener legitimidad democrática en su origen y no depender, entre otros, de los organismos que lo eligen y a los que debe fiscalizar.

Desde este punto de vista, sería conveniente una forma de elección de la Defensoría independiente de la nominación del Congreso.

El segundo efecto pernicioso del actual sistema de elección es que el Congreso elige «negociando» las cuotas de votos en función de intereses subalternos de las bancadas existentes. No toma como primer elemento de juicio los atributos personales del candidato.

En el Perú hemos visto negociar «paquetes» de nombramientos del Congreso. En alguna elección se hizo una distribución de elegidos en un grupo de cargos públicos que incluían al Defensor del Pueblo, a los directores del Banco Central de Reserva y a los miembros del Tribunal Constitucional. Con varias personas por elegir, había posibilidad de negociar nombres afines a los votos necesitados. El Congreso del Perú ha dado una pésima imagen de lo que son sus elecciones de altos magistrados.

Un subefecto de estas conductas es que el Congreso demora innecesaria y antidemocráticamente la elección del defensor por falta de acuerdos políticos. En más de un caso, un defensor interino ha estado a cargo de la Defensoría prácticamente la duración de un mandato de defensor elegido: cinco años. Es muy difícil justificar este retraso.

Estas consideraciones hacen recomendable buscar una forma alternativa de elección de la Defensoría del Pueblo. Nosotros, en este libro,

consideramos que el Senado propuesto podría ser el órgano que elija a la persona que ejercerá la Defensoría. No creemos que el defensor deba ir a una elección popular en la cual se desfiguraría los necesarios elementos técnicos que debe tener el candidato.

En cambio, el Senado, que es un órgano de origen no electoral con auctoritas propia, podría darle la legitimidad y la independencia de los poderes políticos que debe ser consustancial al ejercicio de este cargo.

5.3.2. La asignación del poder negativo a la Defensoría del Pueblo

En segundo lugar, está la posibilidad de asignarle el ejercicio de poder negativo que tuvieron en Roma los tribunos de la plebe. Para ello hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico ya existe una forma de poder negativo legitimado y regulado: se trata de las «medidas cautelares» que dictan los tribunales de justicia y que se ponen en vigencia mientras se realiza el juicio, en casos en los que no tomar tal previsión puede hacer perder irremediablemente, por el transcurso del tiempo, el derecho que se busca defender en el proceso. De manera que el poder negativo no es desconocido en el mundo actual.

Lo que ocurre es que el poder negativo que tendría la Defensoría del Pueblo no se guía primariamente por argumentos de aplicación de las normas jurídicas —como es el caso de las medidas cautelares judiciales que acabamos de mencionar—, sino por consideraciones políticas porque la Defensoría del Pueblo es un órgano político de protección de la persona y del ciudadano, que usa las técnicas (entre otras las jurídicas) para lograr su cometido. Pero la Defensoría no es un órgano técnico, sino político. Esto hace pensar que podría excederse en el ejercicio del poder negativo.

Esta posibilidad es tan verosímil, como lo es que los jueces abusen de las medidas cautelares. Para ello, podría recurrirse a dos mecanismos que son importantes contemporáneamente:

- El primero es que, como todas las instituciones que estamos tratando aquí, la Defensoría del Pueblo sea un organismo colegiado

y solo colegialmente pueda ejercer el derecho de veto. Esto tiene inspiración en la intercessio que un tribuno podía ejercer sobre otro en Roma.

- El segundo es la posibilidad de que un órgano del Estado, que podría ser el Senado o una de sus comisiones, tuviera la atribución de recibir un reclamo por el ejercicio del veto defensorial y resolviera la situación en un plazo breve, mediante un procedimiento claro y predeterminado. Se podría establecer un silencio positivo o negativo, a favor o en contra del veto, en caso de que no hubiera decisión en el plazo establecido o, alternativamente, si no se produjera oportunamente el pronunciamiento, se lo podría encargar a algún otro órgano como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, desde luego, también con un plazo transcurrido el cual debería operar un silencio en cualquiera de los dos sentidos conocidos.

Con estas variantes, el ejercicio del poder negativo por la Defensoría del Pueblo podría ser un instrumento importante para la protección de las personas y los ciudadanos.

Hay que tomar en cuenta que la Defensoría del Pueblo tiene una estructura descentralizada en el país para atender debidamente a todas las personas. No cabría que las cabezas de las instituciones descentralizadas pudieran ejercer el poder negativo. Tendría que ser el cuerpo de defensores, colegial, elegido por el Senado. Las sedes descentralizadas podrían pedir a ese colectivo el ejercicio del veto en caso que lo consideraran conveniente.

Desde luego, la idea no es que todos los días se ejerzan varios vetos, sino que la institución se utilice en casos evidentes de violación, o amenaza de violación, de intereses sociales o colectivos y mientras tal violación o amenaza existiera con gravedad o inminencia. Esto debería ser regulado en las leyes de institucionalización del poder negativo.

5.3.3. La Defensoría del Pueblo y el referéndum

En Roma, los tribunos de la plebe tuvieron la atribución de convocar a los Concilios de la Plebe y a hacerlos emitir plebiscitos. En la actualidad tenemos el mecanismo de democracia directa que llamamos referéndum. Está considerado, cuando menos, en la Constitución política del Perú y en varias otras.

Un instrumento de poder político interesante para la Defensoría del Pueblo podría ser la de convocar a referéndum para que el pueblo se pronuncie sobre determinados asuntos que sean de importancia para la protección de la persona o del ciudadano. Sería una forma de interrogar la voluntad política del pueblo, independientemente de los poderes políticos de turno.

Esta posibilidad es interesante porque, tanto el poder ejecutivo como el legislativo, tienden a no convocar al pueblo a expresar su opinión, desde que ellos son competentes para dictar la inmensa mayoría de las normas jurídicas necesarias en el país, y desde que, teniendo el poder, prefieren ejercerlo directamente, antes que consultar el parecer popular para decisiones de naturaleza política.

También en este caso habría que utilizar la colegialidad de la magistratura y exigir que el pedido de referéndum sea aprobado colegiadamente, y no de forma individual, por cada defensor o defensora. Desde luego, como hemos dicho en casos anteriores, todo ello debería ser regulado en la legislación pertinente. De hecho, en la actualidad existe en el Perú la ley 26300 referida a los derechos de participación y control ciudadanos que se ocupa, entre otras formas de democracia directa, del referéndum popular.

Consideramos que esta atribución debería ser directa, a cargo de la Defensoría, sin la intermediación de los poderes del Estado. Debería ser entendida como la recurrencia al pueblo por sus defensores, frente a los poderes políticos establecidos, en protección de la persona o de los ciudadanos. Esto, entre otras cosas, permitiría romper el monopolio de

decisión que el Congreso de la República tiene sobre sus propios asuntos: hoy es esta la institución que modifica la Constitución e intermedia todos los pedidos de referéndum. Como bien sabemos, en estos asuntos, es un órgano no sujeto a la separación de poderes en aspectos de la modificación de sus propias reglas —solo existe como control el proceso de inconstitucionalidad, pero es esencialmente técnico y restrictivo, no de naturaleza política— y eso afecta fuertemente la democracia porque, según el artículo 46 de nuestra Constitución Política, es indispensable que todo el gobierno esté sujeto a la separación de poderes.

5.3.4. La Defensoría del Pueblo y los derechos de resistencia y de insurgencia

Los derechos de insurgencia y resistencia echan raíces en el pensamiento político durante la Edad Media. No hay en Roma una construcción conceptual relativa a ellos pero sí hay ciertos antecedentes que deben ser conectados a tales derechos como dice expresamente Pierangelo Catalano¹⁹.

En este libro no pretendemos discutir a profundidad la insurgencia y la resistencia porque su evolución, en el concepto y en la aplicación real, ocurre en épocas distintas a las que nos ocupan²⁰. Sin embargo, es útil dar una descripción aproximativa de ambas instituciones, buscando la posible conexión con la Defensoría del Pueblo.

¹⁹ «Los fenómenos (y los conceptos) relativos al exilio, a la secesión y a la resistencia (que puede alcanzar al tiranicidio) pueden ser considerados como existentes, ya para la antigüedad romana, desde el punto de vista de la libertad del ciudadano, entendida como la participación en el poder. Hoy podemos decir que en esos fenómenos se manifiesta el aspecto “negativo” del poder del ciudadano» (Catalano, 1971, p. 18). Este libro de Catalano revisa la relación entre el tribunado de origen romano y el derecho de resistencia a lo largo de hitos importantes de la historia occidental.

²⁰ Debemos hacer algunas salvedades: al instituirse la República romana, la aristocracia de entonces insurgió contra la monarquía según la tradición generalmente aceptada. Por su parte, la primera secesión plebeya del año 493 a.C. fue una manifestación evidente del derecho de resistencia. Sin embargo, son hechos tratados como tales para aquel momento, sin una fundamentación teórica que los sustentara. Ella se construye después.

La resistencia consiste en no obedecer a la autoridad por una discrepancia con ella, que lleva al pueblo o a un sector a rechazar el cumplimiento de sus normas o de sus decisiones políticas. La resistencia no cuestiona la existencia misma de la autoridad. Lo que se pretende es que siga gobernando pero corrija algo en sus proyectos o su praxis política.

La insurgencia consiste en la voluntad de quitar el poder a la autoridad que lo ejerce y entregarlo a otra que la sustituya en esa labor. Los motivos de la insurgencia pueden ser muchos y variados, justos o injustos, pero lo que la caracteriza es despojar del poder al que lo tiene.

La Defensoría del Pueblo tomada a imagen del Tribunalado de la Plebe romano sí está en condiciones de colaborar, mucho más que las otras instituciones del Estado contemporáneo, al ejercicio de la resistencia y de la insurgencia, especialmente si se la dota de poder negativo, porque puede enfrentar las decisiones de los órganos de gobierno rechazándolas.

El poder negativo de esta magistratura permitiría, por ejemplo, combatir la corrupción y la desidia del gobernante con un mecanismo que no tiene parangón en la actual organización política de la sociedad. También contribuiría a corregir alteraciones del orden público debidas a decisiones equivocadas o abiertamente ilegales de la autoridad en sus diversos niveles. No hay que olvidar que la Defensoría del Pueblo hecha a imagen del Tribunalado de la Plebe romano no es una magistratura que defiende «técnicamente» la vigencia de las leyes y de la Constitución. Eso corresponde a otros órganos —el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales, por ejemplo—. La Defensoría del Pueblo defiende, como «política de la República», los derechos del pueblo tomado integralmente o por sus diversos componentes —minorías, personas en peligro, etcétera—.

Hay que notar que los derechos de resistencia y de insurgencia no son puramente conceptuales. Están contenidos textualmente en la Constitución Política del Perú:

Artículo 46. Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.

Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.

El derecho a la desobediencia, que es la resistencia, tiene amplia significación en el artículo 46 pues no solo está dirigido contra el tirano que usurpa el poder, sino también contra el que gobierna violentando la Constitución y las leyes.

El derecho de insurgencia, que equívocamente se otorga a «la población» porque a quien corresponde darlo es al «pueblo» por ser este el conjunto de personas que participan de la vida política de la República, defiende el orden constitucional que, desde luego, no puede ser entendido solamente como el régimen electoral representativo, sino como el conjunto del ordenamiento político de la República, incluidos todos sus principios, derechos, deberes y reglas específicas.

Hay que notar que si bien la Constitución declara expresamente la insurgencia y se refiere bastante explícitamente a la resistencia, no establece una institucionalidad que las haga viables. Estimamos que, dentro del sistema actual, esto ocurre porque el mecanismo de control de los excesos de poder está construido «dentro» del sistema a través de la «separación de poderes». Cuando todos los poderes son copados por una sola fuerza política, o por una forma tiránica de poder, no queda espacio para resistir o para insurgir dentro de la organización política misma. Si la resistencia o la insurgencia ocurren, son fenómenos fuera del sistema, triunfen o no triunfen finalmente.

Naef da una pista histórica importante para tener una dimensión a profundidad, en Occidente, de esto que comentamos:

La doctrina de la resistencia hunde sus raíces en el mundo de ideas del Estado dualista, en la constelación jurídica del orden estamental. En su base se encuentra la idea de un contrato de soberanía concluido entre el pueblo, actuante y capaz de actuación a través de sus estamentos, y el príncipe. En virtud de este contrato, ambas partes quedan

vinculadas: el pueblo se obliga a la obediencia y a determinadas prestaciones, y el príncipe se obliga a respetar las barreras establecidas por el derecho, así como a reconocer la intervención en el gobierno del Estado de determinados cuerpos llamados a ello por derecho propio. También el pueblo, por tanto, demanda como parte contratante una posición jurídicamente asegurada en el Estado. Si el príncipe viola las obligaciones derivadas del contrato, nace para el pueblo el derecho a la no obediencia, a la resistencia. De cien maneras se refleja esta concepción en las instituciones jurídico-positivas de la época, lo mismo en la Joyeuse Entrée, es decir, el contrato de 1354 entre los estamentos brabantinos y su duque, que en el juramento condicionado de los estamentos de Aragón desde 1216, o en el derecho de los estamentos daneses —adquirido en 1466— a negar el reconocimiento al sucesor de la corona si no garantizaba las libertades del país. Más tarde, en el siglo XVI, asistimos a la constitución de la teoría del derecho de resistencia en sentido propio. La Institutio de Calvino significa un primer paso en esta dirección, mientras que la parte decisiva corre a cargo de los monarcómacos hugonotes.

[...]

Ahora bien: ¿qué entendían los teóricos del derecho de resistencia por el término «pueblo»? Nada en absoluto de lo que nosotros entendemos hoy con esta palabra; no el pueblo en el sentido democrático-individualista. El derecho de resistencia, el derecho de soberanía no es ejercido por el individuo aislado [...]. derecho de resistencia solo lo poseen los estamentos y las llamadas «autoridades inferiores», es decir, corporaciones municipales, autoridades políticas intermedias, instancias cuyos titulares se hallaban especialmente cualificados por el nacimiento, por la posición social o por privilegio.

En el Estado monista y absoluto, la doctrina del derecho de resistencia pierde significación en su forma originaria; se le priva de su fundamento, de su confirmación por el derecho positivo vigente, y el poder monárquico absoluto se impone definitivamente (1973, pp. 21-22).

Naef refiere el origen del derecho de resistencia a la Edad Media, al Estado dualista en el que las «autoridades inferiores» pueden conducir al pueblo en la lucha contra el tirano. Hace hincapié en que estos dirigentes de la resistencia «[...] se hallaban especialmente cualificados por el nacimiento, por la posición social o por privilegio». La referencia a un orden social aristocrático es evidente. El derecho de resistencia fue encabezado por las aristocracias de aquel entonces, seguidas del pueblo. Cuando este Estado dualista desaparece y es sustituido por la monarquía absoluta, «[...] la doctrina del derecho de resistencia pierde significación en su forma originaria». Es la situación que llega a nosotros.

También es preciso aclarar que Naef no habla solo del derecho de resistencia sino también del de insurgencia, como lo atestigua la referencia a los monarcómacos hugonotes.

La Defensoría del Pueblo que aquí proponemos puede ser una magistratura útil a la defensa y ejercicio de estos derechos en la organización política contemporánea. No hay otra que pueda hacer lo mismo en la estructura constitucional vigente porque en realidad, como hemos ya dicho, el lugar de la Defensoría del Pueblo, cuando es diseñada a semejanza de los tribunos de la plebe, no está dentro del sistema de poderes sino frente a él.

La trascendencia del Tribunado de la Plebe en Roma hace ver la importancia de estudiar estas modificaciones en la realidad constitucional contemporánea. Es probable que resulten medidas a favor de las personas y los ciudadanos frente a los poderes formales y fácticos que agravian sus derechos con poderes, a su vez formales y reales de considerable fuerza dentro de la sociedad. La Defensoría del Pueblo, construida a imagen del Tribunado de la Plebe tendría una significación muy importante en la lucha contra los poderes fácticos de la sociedad que agravian de diversas maneras la paz social porque su poder negativo, precisamente,

tiene una naturaleza de poder político de veto que es original e inédito en la organización institucional del Estado representativo con separación de poderes. En especial, su contribución a la lucha contra la corrupción podría ser especialmente significativa.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 6

EL PRETOR Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El pretor ejerció en Roma una magistratura de muy alto nivel y, si bien tuvo un imperium muy amplio y numerosas funciones de gobierno, la magistratura que lo caracterizó y nos interesa destacar es la de su participación en la administración de justicia. Ese será el énfasis puesto en este capítulo.

6.1. EL DERECHO ROMANO ANTES DEL PRETOR

Todas las fuentes coinciden en que el pretor es una antigua magistratura de la República romana. Se sabe que al inicio de la etapa republicana (509 a.C.) el cargo original de los más altos gobernantes de Roma se denominó precisamente pretor. Con el tiempo y las sucesivas modificaciones, la primera magistratura romana pasó a ser la de los cónsules y, durante un tiempo, las fuentes dejaron de poner énfasis en el pretor, hasta que fue restablecido en el año 367 a.C.

En su segunda existencia, el pretor fue destinado a realizar la actividad jurisdiccional¹. Para comprender su significación en la real dimensión,

¹ «[...] (27) Y como los cónsules fueran requeridos por las guerras con los vecinos y no había en la ciudad quien pudiera atender la jurisdicción, vino a nombrarse también un pretor, que se llamó urbano porque ejercía su jurisdicción en la ciudad. (28) Transcurridos algunos años, no siendo suficiente aquel pretor, porque acudía también a la ciudad gran

es preciso hacer una breve referencia a la forma en que se desenvolvía el derecho romano antes que él reapareciera en la vida política romana.

Sabemos que el derecho de Roma, desde la época monárquica (753 a 509 a.C.), pasando por los primeros años de la República, era no escrito, estaba fuertemente relacionado con la religión y tenía una identificación plena con el patriciado. Estas tres características conformaban una unidad que le daba definición y un modo particular de operar.

Que no fuera escrito significa que era definido en cada circunstancia por el poder político, quien lo expresaba y aplicaba según su criterio. Que tuviera vinculación con la religión no es una novedad en el mundo antiguo, pues la mayoría de los derechos originales se construyeron muy vinculados a la moral de la religión de que se trate. Y que fuera monopolio de los patricios también tiene explicación desde que ellos eran el grupo de poder, ellos los que tenían religión —no los plebeyos que se fueron formando desde tempranas épocas como un grupo humano en Roma— y, en definitiva, patricios eran los que decidían cuál debía ser el curso de la ciudad porque tenían entonces la preeminencia no solo política, sino también social y económica.

La forma que los romanos tenían de reclamar sus derechos en estas épocas era lo que se ha denominado «las acciones de la ley» o *legis actiones*². De ellas, Cannata nos da esta versión histórica, que transcribimos extensamente porque es útil para apreciarlas en su dimensión histórica más precisa posible:

multitud de extranjeros, se creó otro pretor, que se denominó peregrino, en atención a que ordinariamente ejercía la jurisdicción entre los extranjeros» (D.1.2.2).

² «11. Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban «acciones de la ley» (*legis actiones*) y esto ya porque eran creadas por las leyes (pues en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones, no estaban en uso) o ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes [...].

12. Por cinco modos se accionaba por la ley: por sacramentum, por iudicis postulatio, por condictio, por manus iniectio y por pignoris capio (Gayo, 1975, IV.11-12).

[...] tenemos conocimiento por la exposición, sumaria pero suficientemente precisa (aunque con notables lagunas), que se lee en las *Instituciones* de Gayo, obra escrita hacia la mitad del siglo II a.C., cuando tales procesos ya no eran practicados, ni lo podían ser sino en casos excepcionales. Gayo (y también las otras fuentes) llaman a estas formas procesales antiguas «legis acciones» (lo que literalmente quiere decir: acciones de la ley). Sobre el significado de la palabra «legis» trataremos más adelante: ahora nos basta notar que los romanos usaban el término «actio» para señalar a aquellas formas procesales. «Actio», en relación con esos procedimientos, era la forma ritual prevista en abstracto para el desarrollo de un proceso; se trataba de un número limitado de formas, cinco en total, que debían ser necesariamente adoptadas para realizar tales procesos, lo que equivale a decir que solo se podía llevar adelante un proceso utilizando una de estas formas: la «legis actio sacramento» con dos variantes, una «in rem» y otra «in personam»; la «legis actio per manus iniectioem», la «legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem» y la «legis actio per conductionem». «Actio», por tanto, en el sentido que la expresión «form of action» tiene en la historia del derecho anglosajón: forma de acción. Esto se comprende mejor si se piensa en el significado no jurídico, en el cual la acepción jurídica se inserta de un lado del vocablo «actio» y del otro de la estructura de las legis acciones. «Actio», tal como lo hace el verbo «actuar», se refería al actuar según ciertas reglas, o ciertos ritos o, por tanto, según modos y fórmulas predispuestas. Es probable que esta interpretación nos conduzca a uno de los significados característicos de «actio» y, tal vez, al más antiguo. Era un actuar que podía referirse a la gesticulación, al hablar, o a ambos a la vez. Es algo así como cumplir el rito de un sacrificio o actuar en el teatro. Como veremos, las legis acciones, y especialmente las más antiguas, estaban constituidas esencialmente por una especie de libreto que las partes y el magistrado debían escenificar con fidelidad absoluta a las formas.

Lo que intentamos mostrar es que tal libreto no tenía en sí mismo, literalmente, un significado preciso, sino más bien una simbolización con consistencia técnico-jurídica y, como consecuencia, una funcionalidad política precisa (s.f., I, pp. 10-11).

Las acciones de la ley se desarrollaron en Roma desde una fecha inicial no precisada por la historia, hasta el siglo III a.C. (s.f., I, pp. 10-11). Fueron el primer tipo de procedimiento existente en el derecho romano tal como lo conocemos hoy en día.

Sobre las acciones de la ley es importante, aunque no sencillo, dar una referencia temporal, porque eso influye en su modo de operar, sus alcances y sus significados. No sabemos cuándo se empezó a usarlas y tenemos noticias de ellas por la obra de Gayo citada antes, escrita hacia la mitad del siglo II d.C. El signo temporal más preciso que tenemos es que, probablemente, la segunda de las cinco acciones de la ley apareció un poco antes de la Ley de las XII tablas (p. 12). Por tanto, ello debió ocurrir con relativa cercanía al año 451 a.C. De aquí se deduce que la primera acción tiene que ser anterior a ella, pero no sabemos desde cuánto tiempo antes. Por otra parte, la última de las acciones de la ley apareció en el siglo III a.C. (p. 12). Por tanto, las acciones de la ley fueron creadas entre el siglo VI y el siglo III a.C. A partir de ello se puede apreciar que la referencia hecha por Gayo es bastante tardía: ocurre cinco siglos después. Esto requiere tener cierta prudencia al tomar los hechos como nos los cuenta pues existen muchos siglos entre los hechos y su relato.

Las acciones de la ley se llevaban adelante por medio de ritos y palabras que debían ser declaradas «al pie de la letra». Mediante ello, el demandante traía a juicio al demandado y por eso el nombre de «acciones de la ley» es adecuado: indica que el demandante actúa contra el demandado llevándolo al proceso.

El proceso tenía dos partes: *in iure* y *apud iudicem*. La primera de ellas, la denominada *in iure*, se realizaba ante el Tribunal del Rey. El demandante traía a juicio al demandado y entre ambos intercambiaban palabras y realizaban actos rituales predeterminados que debían ser dichas y actuados, respectivamente, de acuerdo a una rigurosa regla. Luego de este ejercicio, se determinaba el conflicto existente y se hacía un juramento por cada una de las partes, que tenía referencia a su pretensión y que era de naturaleza sacra. Aquí terminaba la primera fase (*in iure*) y se iniciaba

la segunda (*apud iudicem*) en la cual un pontífice analizaba los hechos y determinaba quien tenía la razón. Con ello emitía una sentencia. El pontífice participaba por razón del juramento sacro que se había realizado. Con posterioridad, los especialistas dicen que el pontífice fue sustituido por un juez laico.

A partir del texto de Gayo³, Cannata describe extensamente cómo ocurría la *legis actio sacramento in rem* para controversias en relación con la propiedad mueble —en este caso, la propiedad sobre un esclavo— usando los nombres de Tizio y Caio para nombrar al demandante y demandado respectivamente:

³ El texto de Gayo con el que Cannata trabaja es el siguiente:

«16. Si se accionaba «*in rem*», las cosas muebles y las semovientes, que de algún modo podían ser llevadas o conducidas ante la justicia, se vindicaban de este modo: aquel que hacía la «vindicatio» tenía la varita (*festuca*); luego aprehendía la cosa, por ejemplo el esclavo y decía así: «Yo digo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los quirites. Según su causa, como lo he dicho, he aquí que te he impuesto la vindicta», (*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*), y al mismo tiempo colocaba la varita sobre el esclavo. Su adversario decía y hacía lo mismo. Una vez que uno y otro hubiesen hecho la «vindicatio», el pretor decía: «Dejad libre ambos a este hombre» (*Mittite ambo hominem*). Ellos lo dejaban y aquel que primero había hecho la «vindicatio» decía: «Pido que digas en virtud de qué causa has hecho la vindicta» (*Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*) y el otro respondía: «Yo he hecho el derecho como yo he impuesto la vindicta» (*Ius feci sicut vindictam imposui*); entonces, el que primero había hecho la «vindicatio» decía: «Puesto que tú has hecho la vindicta contra el derecho te provocho al sacramentum de 500 ases» (*Quando tu iniuria vindicasti, D aeris sacramento te provocho*), y el adversario también decía de manera similar: «Y yo a ti» (*Et ego te*); o si se trataba de un asunto inferior a mil ases hablaban, por supuesto, del «sacramentum» de 50 ases. Luego el procedimiento continuaba igual que cuando se accionaba «*in personam*». Posteriormente, el pretor declaraba «vindiciae» en favor de uno de los dos, esto es lo establecía como poseedor interino obligándolo a dar al adversario seguridades (*praedes*) «*litis et vindiciarum*», es decir por la cosa y sus frutos. A su vez, el pretor recibía de ambas partes otras garantías (*praedes*) por causa del «sacramentum», ya que el monto iba a parar al tesoro del «*populus*». Se usaba una varita a modo de lanza, como signo de justo dominio, puesto que se consideraba que el dominio más justo era el de las cosas que se tomaban a los enemigos y es por esto que ante el tribunal de los centumvirovros está fijada una lanza» (Gayo, 1975, IV, p. 16).

a) Ticio, con una mano, agarra la cosa (en este caso un esclavo), mientras pone sobre la misma una vara («*festuca*») que empuña con la otra mano y dice: «*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*». Cayo dice después de Ticio: «*eadem similiter dicebat et faciebat*» (Gai. 4,16), hablaba y gesticulaba de la misma forma que Ticio. (Según Gayo, Cayo habla después de Ticio pero, tal vez, en la época antigua ambos lo hacían simultáneamente).

Antes de continuar, debemos valorar con precisión el sentido de estos actos iguales y opuestos de las partes. Las palabras «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam*» son difíciles de traducir literalmente («yo afirmo que este esclavo es mío por el derecho quirritario, de conformidad con su causa», es más o menos el sentido de la frase), porque importa notar no solo que las palabras contienen una afirmación de propiedad, [...] sino, en realidad, contienen una afirmación de propiedad hecha en modo absoluto: intento decir que cada una de las partes asevera que la cosa es suya («*meum esse aio*») jurídicamente («*ex iure Quiritium*»), no en confrontación con la otra parte sino cada una en sentido absoluto: en la confrontación [...] de cada uno con el otro, esta afirmación concreta es la que los romanos llamaban «*vindicatio*», afirmación solemne y formal de propiedad.

Pero con ella se va más allá aun porque la parte no solo afirma que es jurídicamente propietaria, sino que añade un fundamento para ello: «*secundum suam causam*».

La asociación de ambos elementos es funcional al proceso porque, tratándose de una discusión sobre propiedad, la contestación no puede centrarse en el derecho, sino en su fundamento: si Ticio y Cayo pretenden cada uno ser propietario, el juicio será posible transportando la discusión a la causa que fundamenta la afirmación de una y otra parte. Ticio, por ejemplo [...] dirá: la cosa es mía porque la he comprado a Sempronio hace más o menos tres años; Cayo replicará: pero te recae una nulidad porque Sempronio me la había robado cuando era mía porque la obtuve luchando en guerra. La propiedad

es un derecho absoluto y no tiene contraparte [...]; sin embargo el proceso es siempre relativo y se desarrolla entre dos partes: por ello, la aseveración del dominio, si bien procesal, debe poder ser puesta en dimensión relativa, debe hacer posible un juicio que ocurre por la confrontación de las partes [...]. Cuando Ticio y Cayo, después de la vindicatio con alusión a la causa prosiguen cada uno diciendo: «sicut dixi ecce tibi vindictam imposui» (cuyo significado es: cuando he dicho esto que dije te he confrontado con la vindicatio), cada una de las dos afirmaciones, de por sí absoluta en sí misma, adquiere una dimensión relativa en el ámbito de la, a su vez, relación procesal relativa. Gayo (en el pasaje citado) muestra entender «vindicatam imponere» como sinónimo de «festucam imponere» lo que, de ser correcto, presenta la situación plásticamente. Ticio dice: la cosa es mía y pone la varilla (un arma simbolizada) en defensa de la cosa frente a la agresión de Cayo y, simultáneamente, afirma tener una «causa» que lo legitima a defenderse de esa manera. De la misma forma, Cayo se contrapone a Ticio.

b) ya que Ticio y Cayo afirman y hacen lo mismo, producidas las dos «vindicaciones», ellas se colocan en situación de contención material: pasan a la vía de los hechos (defendiendo cada uno la cosa a mano armada frente al otro). El magistrado, protector de la paz pública detiene la situación pronunciando las palabras: «Mittite ambo hominem», que significa «dejen libre al esclavo. Las dos partes obedecen, pero

c) continúan las discusiones verbales que, como se comprende de lo dicho, hablan de la «causa» y no de la propiedad en sí. Ticio, quien primero había hecho la «vindicatio», interroga a Cayo con estas palabras, según afirma Gayo: «Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris». En sustancia, aquí Ticio demanda a Cayo hacer explícita la causa sobre la que ha fundado su vindicatio. Cayo responde que ha reivindicado conforme a derecho: «Ius feci sicut vindictam imposui». Ticio lo niega desafiándolo con un juramento particular («sacramentum»): «Quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco»: como tu vindicatio no está fundada jurídicamente,

te desafío con un juramento de quinientos ases. Esto equivale a decir que «juro que tu causa es infundada y te comprometo a pagar quinientos ases. A esto Cayo responde aceptando y repitiendo el desafío: «Et ego te»: «y de la misma manera te desafío».

d) El «sacramentum» era, como se puede ver, una suerte de compromiso jurado de que quien perdiera el proceso, pagaría además la «suma sacramenti» que Gayo contabiliza en cincuenta ases para las controversias sobre la propiedad de cosas de valor inferior a mil ases, y de quinientos para las demás. En las primeras épocas la cantidad debía ser depositada por las dos partes antes del juicio pero, después, una reforma democrática admitió que solo la parte vencida pagase una vez terminado el juicio (de otra manera, la parte pobre que hubiera tenido la razón, no habría podido accionar ni defenderse). Las sumas de quinientos y de cincuenta ases parecen corresponder al antiguo valor de cinco novillos y cinco ovejas respectivamente, lo que nos transporta a una época en la cual no existía el dinero para fijar en su valor la *summa sacramenti* y, por tanto, el compromiso se verificaba en referencia a animales de sacrificio. De cualquier modo, es importante notar que siendo el *sacramentum* un juramento, correspondía a los sacerdotes (Pontífices), tanto el juicio sobre el *sacramentum* mismo, como el cobro de la suma (o su conservación preventiva y, después, su restitución o adquisición según el sistema más antiguo).

e) Después que las partes se habían desafiado con el *sacramentum*, el magistrado proveía algunos asuntos necesarios para el proceso porque, como se ha visto en el apartado b), las partes habían soltado la cosa (en este caso el esclavo) y había que asegurar su conservación hasta la sentencia. El magistrado encargaba la cosa a alguna de las dos partes, siempre que diese garantía idónea de restitución en caso de ser vencida. La garantía consistía en presentar al adversario garantes que cubrieran el pago del valor de la cosa y sus frutos («*praedes litis et vindiciarum*»). La asignación del cuidado de la cosa a Ticio o a Cayo, presumiblemente, se hacía a discreción del magistrado y dependía de la valoración que este hiciera de las garantías ofrecidas.

A partir de la época en la que la *summa sacramenti* era pagada solo por el vencido, el magistrado asumía también las «*praedes sacramenti*» a cargo de cada una de las dos partes.

f) En este estado la controversia quedaba lista para ser definida pero, como ya se ha señalado en el apartado d) anterior, era necesario establecer la conformidad del juramento de las partes por el *sacramentum* que era de carácter religioso: correspondía, por tanto a los pontífices, realizar el juzgamiento «*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*», es decir, determinar cuál parte había hecho un juramento justo y cual uno injusto. Por ello, el magistrado reconducía a las partes al pontífice, luego que ellas hubieran pedido a los presentes hacer memoria futura de lo que había ocurrido en la etapa *in iure* («*testes estote*»).

Los Pontífices emitían la sentencia y, al ser esta finalmente declarada, por su mérito la parte que había hecho un «*juramentum iniustum*» debía pagar la *summa sacramenti* (en la antigüedad perdía la cosa o la suma depositada) y si había sido el *custodio interino* de la cosa, debía restituirla y pagar los frutos a la otra parte, con la eventual responsabilidad subsidiaria de *praedes* (garantías prestadas) en caso de incumplimiento de estas obligaciones (Cannata, s.f., I, pp. 14-18).

Fue un derecho procesal más bien arcaico y de base religiosa, lo que conllevaba algunas consecuencias que en el siglo XXI pueden no percibirse a cabalidad. Dice Poma, recurriendo a un conocido ejemplo:

Aún después de la publicación de la Ley de las XII Tablas, era necesario conocer tanto las fórmulas que debían ser utilizadas en los procesos, bajo sanción de ineficacia del acto jurídico, como el calendario judicial en el cual eran determinados los días en los cuales era lícito (*fas*) presentarse ante el magistrado. Cualquier palabra equivocada, cualquier gesto ritualmente incorrecto conllevaban la nulidad del acto respectivo y la pérdida del proceso. Así lo recuerda el jurista Gaio (Inst. IV, 11):

«Así, si alguien accionase por corte de vides y nombrase la palabra <vides> (*vites*) en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debería haber nombrado la palabra

<árboles> (arbores) ya que la Ley de las XII Tablas, sobre la cual reposa esta acción por corte de vides, habla de una manera general de árboles cortados» (Poma, 2009, p. 60)⁴.

El proceso podía tratar sobre viñas o sobre olivos. No obstante, tenían que pronunciarse las palabras solemnes que permitían llevar a cabo el proceso jurídico con acuerdo de los dioses y esta solemnidad exigía mencionar «los árboles» y no otro bien, aunque fuera una especie como lo es la vid: después de todo, lo religioso trata de dioses, de gestos y de textos sacros. Cuando el derecho está vinculado a la religión se vuelve tremendamente rígido en materia de procedimientos. Por ello, un error en los ritos acarrea la pérdida del proceso estructurado con una formalidad extrema.

Las acciones de la ley precedieron en sus formas iniciales a la Ley de las XII Tablas del año 451 a.C. y fueron, aún durante un siglo largo después de esta ley, la vía procesal para pedir que se cumpliera las normas existentes.

Las acciones de la ley son un primer hito importante para entender la significación del pretor en Roma. El segundo es la Ley de las XII Tablas, primera base escrita conocida contemporáneamente del derecho romano. Es interesante saber cómo nació.

Ya hemos dicho que, al establecerse la República, la plebe romana empezó a manifestar su poder fáctico con intensidad y, una de las cosas que exigió fue tener un derecho escrito, conocible y aplicable para todos los romanos. No olvidemos que la ciudadanía romana conllevaba el deber de prestar servicios militares y que el establecimiento de las centurias para servir en armas pasó a ser también la manera de organizar a los ciudadanos en los comicios por centurias. Esto fue así, ya lo hemos dicho antes, pero vale la pena recordarlo porque Roma necesitaba a los plebeyos en sus legiones y la manera de involucrarlos era darles la ciudadanía e incluirlos en las centurias.

⁴ Para la traducción del texto de Gayo que consta en el segundo párrafo de la cita, hemos tomado la versión en castellano del mismo autor (1975, IV.11).

Entonces, se explica mejor por qué los pedidos de la plebe tenían audiencia entre los patricios: si ellos no participaban, Roma no tenía la infantería necesaria para luchar por sus intereses. La fuerza militar necesaria obligaba a conceder derechos ciudadanos.

También todo esto contribuye a explicar por qué los patricios se vieron obligados a establecer un derecho escrito que conocieran y utilizaran todos los patricios y plebeyos.

La historia cuenta que, establecida la República, se decidió conformar una comisión de gobierno de diez personas (los Decemviri) que durante un tiempo gobernaron Roma republicana y tuvieron el encargo específico de elaborar la ley escrita que era requerida (ver la nota 9 en el primer capítulo de este libro). Según parece Appio Claudio, un respetado líder de una de las gens más importantes de Roma (la Claudia) hizo suyo el proyecto, presidió a los Decemviri y contribuyó decididamente a que esa ley, que hoy llamamos la Ley de las XII Tablas, fuera dada a luz en la República el año 451 a.C.

El texto de la Ley de las XII Tablas se aprobó en Roma y se dice que estaba expuesta al público en tablas de bronce⁵. Su texto completo se ha perdido para la historia. Quedan referencias a ella en otros escritos romanos y, a partir de estos fragmentos, se reconstruyó lo que fue posible. De tal manera, hoy tenemos al menos una idea de cuál fue su contenido.

Se sabe que los Decemviri buscaron conocer las leyes griegas: esa cultura había tenido ya un desarrollo significativo antes de Roma y hubo establecimientos griegos vecinos a Roma en la península itálica —ahora denominados históricamente como la Magna Grecia—. Pero, por sobre todo, se cree que los Decemviri escribieron en la ley los aspectos principales de la vida social tal como la recibía del pasado la Roma republicana.

⁵ «Las Leyes de las XII Tablas, que fueron escritas sobre tablas de bronce y expuestas en público, fueron siempre consideradas por los romanos como la base de su Derecho, aun cuando ya habían caído en desuso y quedaron en el olvido» (Poma, 2009, p. 60). Álvaro D'Ors en su traducción del *Digesto* dice que eran tablas de marfil, como ya citamos antes (D.1.2.2.4)

En ese sentido, trató de familia, de herencia, de propiedad, de obligaciones entre las personas, de daños y de las consecuencias de todo ello. También parece haber tenido algunas disposiciones relativas al gobierno de Roma, pero la textura de la Ley de las XII Tablas parece haber sido, sobre todo, de derecho privado —lo que hoy contiene, de manera evolucionada, un Código Civil de los derechos romano-germánicos contemporáneos—.

Promulgada la Ley de las XII Tablas, ya era escrita pero seguía siendo vinculada a la religión y profundamente patricia, desde que se había recogido el derecho previo y se lo había volcado a texto. Esto trajo un par de consecuencias, entre muchas otras, que es importante tener en cuenta para la evolución del derecho posterior y para la relevancia que luego adquirió el pretor en materia jurisdiccional.

En primer lugar, hubo una ley conocida para todo ciudadano, patricio o plebeyo. Esto fue un logro indiscutible de la plebe porque en adelante no hubo secreto sobre las normas aplicables a todos los romanos.

En segundo lugar, el derecho debía ser interpretado, pues toda ley tiene enunciados generales que tienen que ser vinculados a las características del caso concreto, que siempre muestra variantes en relación al enunciado genérico de la norma escrita. Como la Ley de las XII Tablas tenía contenidos sacros, el gran intérprete suyo fue el Colegio Romano de Pontífices⁶, conformado por sacerdotes que, en el origen eran todos patricios⁷. Finalmente, entre otras consideraciones, las antiguas costumbres

⁶ «[...] (6) Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes, así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados. Y el pueblo se atuvo a esta costumbre durante casi cien años» (D.1.2.2).

⁷ «En la época monárquica primitiva, el derecho estuvo estrechamente vinculado a la religión porque, al ser ella perteneciente a la comunidad y no solo a los individuos, penetraba toda la actividad social de la ciudad (nuestra autora cita aquí a Talamanca). Los pontífices son los primeros juristas en la esfera humana y sacra [...]: intervenían [...] como conocedores expertos de las costumbres y los ritos; tenían el monopolio del derecho privado—aquel que se refiere a las relaciones entre los individuos—y conservaban esos secretos en sus archivos. El único instrumento con el que daban noticia de su saber era, como se

excluían la igualdad entre todos los ciudadanos porque una cosa era tener tal condición y otra muy distinta era ser patricio o plebeyo. No olvidemos que los patricios tenían religión y ciudadanía, en tanto que los plebeyos solo esta última. En consecuencia, un campo evidente de conflicto jurídico fue la imposibilidad del matrimonio legítimo entre patricios y plebeyas (o viceversa). La lucha de la plebe por lograr el matrimonio entre estos sectores sociales fue larga y, finalmente, victoriosa. Como es evidente, favoreció preferentemente a los plebeyos enriquecidos que, así, pudieron enlazar a sus descendientes con los de las familias patricias, constituyendo luego lo que se llamó la *nobilitas*, grupo social que en el transcurso de la vida republicana se consolidó como la clase hegemónica de Roma.

Con el transcurso del tiempo y las transformaciones socioeconómicas de Roma, tanto la Ley de las XII Tablas como las acciones de la ley quedaron obsoletas. La Ciudad había crecido, su actividad comercial y productiva se había diversificado y hacía necesario un derecho más complejo porque el de la Ley de las XII Tablas tenía contenido sobre todo aplicable a una sociedad de naturaleza agraria. De otro lado, si bien muchos de los pobladores eran romanos, había un creciente número de extranjeros a los cuales no era aplicable el derecho romano por no ser ciudadanos. Tampoco los extranjeros podían proteger sus derechos con las acciones de la ley. No obstante, el tráfico comercial y la actividad productiva requerían, cada vez más, que los derechos de estos extranjeros recibieran alguna suerte de protección y estabilidad jurídica: ellos negociaban riqueza contratando permanentemente, compraban bienes inmuebles y, en general, requerían una cierta legitimidad jurídica para actuar que, por otra parte, era útil

ha dicho ya, la respuesta, es decir, los consejos técnicos pronunciados en forma sintética y a modo de oráculo. Esta función durará a lo largo del tiempo: los romanos, personas privadas, magistrados o jueces, cuando debían realizar cualquier acto (por ejemplo, una venta, la institución de un heredero, etcétera), o iniciar una acción judicial, debían recurrir a los pontífices porque su ayuda de expertos era absolutamente necesaria en un sistema jurídico como el romano que requería, bajo amenaza de fracaso definitivo, el recurso a actos y formas, ciertas y exactas» (Poma, 2009, p. 45).

a Roma si quería seguir desarrollando. Por último, con el transcurrir de los años y evolucionar la ciudad, es evidente que las viejas costumbres de ordenamiento social tuvieron que cambiar y debieron también reflejarse en las normas jurídicas que regulaban las conductas humanas.

Todo esto hizo necesario ampliar para los romanos las fronteras de lo que la Ley de las XII Tablas permitía proteger y, naturalmente, también requirió modernizar los procedimientos arcaicos de las acciones de la ley que ellos utilizaban. En paralelo, fue necesario dar una cierta protección jurídica a los extranjeros que tenían relaciones de derecho con romanos o, simplemente, entre extranjeros. A estos propósitos sirvieron los pretores y la progresiva introducción del proceso formulario que ellos promovieron⁸.

No se trató de una «modificación» legislativa de la Ley de las XII Tablas como ocurriría contemporáneamente. Sentido el problema de adecuación de las normas y los procedimientos, Roma decidió establecer los pretores para que ellos, con decisiones políticas referentes a la jurisdicción, ayudados como veremos por juristas estudiosos y creativos de nuevas realidades jurídicas, hicieran las modificaciones que el sistema jurídico romano requería. El medio para lograrlo consistió en intervenir en la etapa *in iure* del proceso, dando soluciones creativas trascendentales. Desde luego, tomó tiempo y esfuerzos. Con la existencia de los pretores no desapareció la Ley de las XII Tablas: fue sustituida progresivamente por otro derecho que

⁸ «El proceso formulario nacido y desarrollado paralelamente a la expansión mediterránea de Roma (hay que recordar que la primera guerra púnica ocurrió entre el 264 y el 241 a.C.) y también paralelamente a la aparición de los problemas del comercio internacional, fue destinado a corregir dos insuficiencias graves de las legis acciones. A una de ellas ya nos hemos referido: las legis acciones no podían tener como parte a quien no era ciudadano romano y no permitían nominar un juez extranjero ni un colegiado de pocos jueces (3 o 5, a los que luego se llamó «recuperadores»), que eran necesarios para los procesos de partes con ciudadanías diversas. Pero tenían también un segundo límite, gravísimo, que consistía en que en ninguna legis actio era posible tutelar una obligación de «*incertum*» y el contrato en el que se fundaba el tráfico comercial era la compraventa consensual, diseñada desde el principio de su historia dentro del derecho romano, como fuente de obligaciones de «*incertum*», cuyos surgir y consistencia se fundaron en la «*bona fides*» (Cannata, s.f., II, pp. 49-50).

se sobrepuso a ella y la hizo caer en el olvido. Al propio tiempo, sobre la base del procedimiento de las acciones de la ley, el pretor introdujo una variante procesal fundamental: el procedimiento formulario. Este le dio mayor margen de maniobra para tomar decisiones jurisdiccionales y, así, apareció el nuevo derecho que fue llamado «derecho honorario» porque los pretores eran, como los demás magistrados romanos, *ad honorem*.

6.2. EL PRETOR EN ROMA

El pretor fue establecido, o tal vez es más propio decir «restablecido», el año 367 a.C. y se le dio como tarea fundamental la jurisdiccional, aunque no fue la única⁹.

El pretor era elegido en los comicios por centurias, por el período de un año. Recibía el poder de *imperium*, que compartían las magistraturas mayores, pero en un grado inmediatamente inferior al de los cónsules.

⁹ «El praetor creado en el año 367 a. de J.C., como magistratura reservada para los patricios fue también posibilitada a los plebeyos a partir del año 337 a. de J.C. El praetor es *collega minor* de los cónsules que por tanto tienen *maior potestas* con respecto a él, habiéndosele atribuido como función específica el *ius dicere inter cives romanos*, que implicaba el reconocimiento de un *imperium*, al menos genéricamente subordinado, y comprendiendo también funciones militares, de gobierno y de administración que se atribuían a los cónsules. Como estos es, al menos en sus comienzos, epónimo, elegido por un año *iisdem auspiciis* y consiguientemente en los comicios centuriados presididos por un cónsul. A un tiempo puede ejercitar el mando militar y efectuar el reclutamiento. Tiene también el *ius agendi cum populo*, en virtud del cual preside los comicios por tribus para la designación de magistrados menores y puede presentar en ellos propuestas de ley con idéntica competencia que los cónsules. El *ius agendi cum patribus* pero tan solo a falta de los cónsules o a petición de ellos, el Senado o de los comicios. En ausencia de los cónsules y, con autorización de ellos o del Senado, puede llevar a cabo facultades de gobierno y de administración. Ejercita en la ciudad la *coercitio penal* por mandato del cónsul o a consecuencia de una deliberación del Senado. Tiene derecho a ser acompañado por 6 *lictors*, a la *sella curulis*, a la *toga pratexta*, a la púrpura en el triunfo y en general, a todas las distinciones consulares. Su competencia normal y específica permanece dentro de la jurisdicción civil, que antes de ser creados iba comprendida como función de los cónsules, *iudices-praetores*» (Burdese, 1972, cap. II, pp. 82-83).

Al tener imperium, el pretor podía sustituir al cónsul en asuntos de gobierno y de dirección del Ejército. Conforme creció y se volvió compleja, Roma dio más funciones de este tipo a los pretores¹⁰. Sin embargo, el aporte esencial del pretor fue realizado al derecho a través de su labor jurisdiccional. Hay que decir que el pretor no participaba en la etapa apud iudicem del procedimiento sino en la primera, la in iure, según la descripción resumida de las acciones de la ley que hemos realizado inmediatamente antes.

Lo primero que hay que destacar para entender el aporte jurídico del pretor en Roma es que no era, en términos actuales, un juez. Más bien, era un político elegido para fines jurisdiccionales. Por ello, antes que promover la sabiduría del pasado y su repetición, el pretor buscó transformar y modernizar el procedimiento y, con ello, el contenido del derecho.

También es importante destacar que, a partir del siglo III a.C., se forma en Roma un grupo de juristas que trabaja reformas sobre el derecho civil antiguo, basado en las mores o costumbres mayores previas a la Ley de las XII Tablas, en esta misma ley y en las opiniones del Colegio de Pontífices que, como vimos, era el órgano que la interpretaba. Son estos nuevos juristas los que crean las instituciones y procedimientos de modernización del derecho antiguo y, como veremos, trabajan cerca del pretor proponiendo sus nuevas ideas y viabilizándolas a través del imperium predominantemente jurisdiccional de este.

Normalmente, el pretor no era un especialista en derecho porque en esencia era un político. Al principio se apoya en el Colegio de Pontífices para la interpretación jurídica, pero, pronto, comienza a tomar en cuenta las opiniones de los nuevos juristas a quienes nos hemos referido.

¹⁰ «Cuando, a partir de la mitad del siglo III a.C., comenzaron a aumentar las tareas tanto en materia de administración como en lo militar y lo político, se crearon nuevos pretores que asumieron en parte la jurisdicción urbana y, en parte, la dirección de la guerra y administración de las posesiones transmarinas de Roma, mientras la importancia de estas misiones no exigiera el envío de un cónsul» (Kunkel, 1973, p. 25).

No olvidemos que el pretor, cuando iniciaba sus labores jurisdiccionales, trabajaba con las acciones de la ley tal como venían diseñadas desde antiguo. Por tanto, él incide en la labor de la etapa *in iure*. Allí podía ejercer su *imperium* de jurisdicción para tomar decisiones de política en la administración de justicia. En paralelo, los juristas inauguraban una nueva época «interpretando» el derecho civil antiguo pero, en verdad «renovándolo». Capogrossi dice, por ejemplo, que fueron ellos los que crearon los derechos de usufructo, servidumbre y posesión, así como sus medios de protección, a partir del derecho de propiedad: un ejercicio creativo y de abstracción que no tuvo parangón en su época ni en la precedente. Textualmente se refiere así a este esfuerzo de renovación jurídica llevada a cabo por la primera etapa de juristas¹¹: «Se trató, en suma, de una revolución grande y casi olvidada, completada ya a la mitad del siglo II a.C.» (2014, p. 139).

El político que era el pretor, debió notar que si se debía hacer cambios trascendentales en el derecho para adecuarlo a las nuevas realidades, la alianza entre él y los juristas tenía que ser sólida, creativa y mutuamente útil: sería importante para él porque le permitiría cumplir su cometido innovador y, para los juristas, porque daría efectividad práctica a su trabajo conceptual.

Así ocurrió: los juristas apoyaron al pretor con «interpretaciones» del derecho antiguo que él aplicaba, colaboraron en la elaboración del Edicto —del que hablamos luego— y dieron fundamento al nuevo procedimiento establecido por medio de la fórmula, precisamente en la época de los pretores.

¹¹ Es preciso no confundir a este primer grupo de juristas romanos con quienes elaboraron más tarde el llamado «derecho de los juristas romano». El primer grupo, como dice Capogrossi, completa su trabajo hacia mitad del siglo II a.C. En cambio los grandes juristas son todos de la era cristiana: Papiniano nació el año 142 d.C y murió el año 212; de Ulpiano se sabe que murió el año 220 d.C.; y de Paulo y Modestino se sabe que tuvieron cargos públicos en los años 226 y 228 d.C., respectivamente. Por consiguiente, entre los primeros juristas y estos últimos median aproximadamente cuatro siglos.

Un dato histórico complementario importante es que el año 242 a.C. apareció un segundo pretor con un encargo especial: el pretor que venía desde antes es ahora denominado como «pretor urbano» encargado de la jurisdicción en casos de romanos entre sí y, el nuevo, es el «pretor peregrino», que tiene jurisdicción en los casos en que una o todas las partes del proceso son peregrinos, es decir, extranjeros sin nacionalidad romana. Este pretor peregrino generó la incorporación al derecho de Roma de personas que no tenían su ciudadanía, una decisión nueva en aquel mundo en el que cada ser humano tenía el derecho de su propia ciudad y no tenía ningún derecho en la ciudad ajena a la que llegaba.

Resulta evidente que en el ejercicio de su jurisdicción, el pretor peregrino tuvo que innovar los aspectos procesales desde que ante él se presentaban extranjeros que no tenían la religión romana, ni conocían sus costumbres ni sus *mores maiorum* y que, además, tendrían sin duda problemas de expresión en latín. Estos extranjeros tenían relaciones comerciales en Roma con los romanos y entre sí y requerían estar dentro del derecho de la ciudad. Litigar para ellos dentro del sistema de las acciones de la ley era imposible porque estaba hecho solo para romanos y, además, requería los conocimientos antedichos que los extranjeros no tenían.

Es así probable, según De Martino, que las formas más libres de procedimiento se usaran por él en primer lugar: «[...] en el curso del tercer siglo (a.C.) fue necesario instituir un nuevo pretor que tuviera jurisdicción entre los peregrinos extranjeros. Esto ocurrió, probablemente, el 242 a.C. y desde aquel momento se distingue al pretor urbano que dice derecho entre ciudadanos, y el pretor peregrino que dice derecho entre peregrinos extranjeros. La institución de este nuevo pretor tuvo importancia considerable en la historia del proceso civil romano, porque es muy verosímil que en la práctica de su tribunal se usaran formas más libres por primera vez» (1972, II, pp. 230-231).

Una de las prácticas nuevas en uso fue la introducción del «formulario» que el pretor elaboraba en la etapa *in iure* del procedimiento¹²: «[...] el proceso formulario aparece ante nosotros como propio de la jurisprudencia romana laica, aquella misma que tendrá un método y un período que le valdrán la calificación de clásica. Así como las *legis actiones* fueron el fruto característico de la jurisprudencia pontifical, el proceso formulario nació unido a la jurisprudencia laica, maduró con ella durante los siglos de la república y cuando al fin de la república esta jurisprudencia perfeccionó definitivamente sus propios métodos haciéndose “clásica”, el proceso formulario se convirtió a su vez en el proceso común» (Cannata, s.f., II, pp. 1-2).

El formulario era un documento que hacía el pretor luego de haber escuchado a las partes, haber focalizado el tipo de problema que existía y haber precisado los términos en los que el juez debía resolverlo. El pretor no sentenciaba, pero creaba las condiciones dentro de las cuales luego el juez designado por él, en la segunda parte del proceso que, como sabemos era denominada *apud iudicem*, escuchaba los hechos, discernía sobre ellos y dictaba sentencia.

El proceso formulario permitió que el pretor, en la etapa *in iure*, asumiera un poder incomparablemente mayor que el que tenía el magistrado en la misma etapa del procedimiento de las acciones de la ley, con lo que pudo transformar diversos aspectos del derecho antiguo:

El magistrado jurisdiccional, que en las *legis actiones* estaba premunido de pocos poderes bien definidos y de escasa discrecionalidad, en el proceso formulario tiene vastos poderes discrecionales y cuenta con

¹² «Mediante el ejercicio del poder jurisdiccional que se amplía poco a poco y, sobre todo, después de la *Lex Aebutia* (de entre los años 150 y 120 a.C., nota nuestra añadida a la cita) con la posibilidad de emplear los formularios frente al pretor urbano, aparecieron nuevas posibilidades de desarrollo porque se pudieron modificar, sin derogarlas formalmente, las normas más rígidas del antiguo derecho civil y, también, introducir nuevas normas y hasta nuevas instituciones, las que se inspiraban en la equidad más que en una rigurosa y estrecha noción del derecho» (Martino, 1972, II, p. 236).

competencias de carácter técnico que exigen conocimientos de los que carece. Por ello, el magistrado jurisdiccional se ubica fácilmente como fiduciario de los juristas y actúa según las indicaciones que estos le suministran, sin las cuales no podría operar porque no sabría cómo hacerlo (Cannata, s.f., II, p. 2).

Como hemos repetido varias veces, el procedimiento de las acciones de la ley era ritual, con contenidos sacros, antiguo, aplicable solo a romanos litigando contra romanos, pleno de signos que debían ser repetidos exactamente bajo sanción de nulidad. Con este procedimiento comenzaron a actuar los pretores, asesorados por los juristas que empezaban a modernizar el derecho romano y, es posible, se dieron cuenta de que con las reglas procesales antiguas no podían transformar radicalmente la aplicación del derecho. Tal vez bajo la regla universal de «intentar y corregir», fueron llegando a la posibilidad de introducir la «fórmula» dentro del proceso que ya venía y, más precisamente, dentro de la fase *in iure* que ya hemos tratado antes. En ella participaba la magistratura de poder político y, si se abría a nuevas posibilidades, el pretor podía intercalar progresivamente nuevas formas de protección de los intereses de los litigantes. Así ocurrió.

Cannata nos describe clara y extensamente cómo ocurría el proceso en la etapa *in iure* con la aplicación de la fórmula:

El demandante y el demandado, debidamente llamado a juicio, ingresan a la etapa «*in ius*» ante el tribunal del magistrado. Allí, el actor indica al magistrado la acción que pretendía ejercer contra el demandado, lo que equivalía a declarar cuál era la relación jurídica concreta que pretendía hacer valer contra él (la propiedad del fondo Cornelianiano, la locación de tal inmueble, un crédito de tanto valor, y así sucesivamente) y consiguientemente, pedía que se le otorgara el proceso respectivo. El demandado podía, a su vez, indicar las circunstancias que deseaba que se tuvieran en cuenta en el juicio (el comportamiento doloso del demandante, el hecho de que fuera menor de edad a la fecha de realización del contrato y por consiguiente fuera engañado, etcétera). Frente a esto, el demandante podía replicar

pidiendo que se tuvieran en cuenta otras circunstancias. Todo ello debía ser alegado de modo expreso, pero sin formalidades establecidas ex ante.

El magistrado (cuando según su poder discrecional no consideraba denegar la acción) designaba (pero aún no nombraba) al juez —único o colegiado según el caso—, aceptando la propuesta concordada de las partes o, si este acuerdo no existía, utilizando procedimientos dirigidos a asegurar en el límite de lo posible, el acuerdo de las partes.

En este punto el magistrado elaboraba la «fórmula» mediante un acto formal (*decretum*), con el que se la adjudicaba al actor. La fórmula contenía el nombramiento del juez (individual o colegiado) y la orden dirigida directamente a él de juzgar según las circunstancias enumeradas en la fórmula (que eran las que habían deducido las partes o al menos, de entre estas, las que el magistrado con su poder discrecional había admitido como relevantes), de manera que condenara o, alternativamente, absolviera al demandado.

Obtenida la fórmula, el demandante la leía con claridad («*dictare*») al demandado el cual la aceptaba («*accipere*»): este acuerdo de las partes en relación a la fórmula, que tenía el nombre de «*litis contestatio*», determinaba el momento en el cual, sobre la base de los hechos enunciados en la fórmula («*res, qua de agitur*») se instauraba el proceso (la «*res*» era «*in iudicium deducta*»), el juez era investido de la decisión (prevista en la fórmula) y las partes sometidas a respetarla.

Con la *litis contestatio* se precluía la fase *in iure*. El proceso continuaba a cargo del juez (*in iudicio*), con la instrucción (etapa de prueba) y los alegatos de los abogados de las partes.

El juez, después de haber proveído asuntos preliminares eventuales (en particular, ciertas acciones prevenían un pronunciamiento autónomo de verificación de situaciones de hecho) dictaba la sentencia («*sententia*») de condena o de absolución, según la alternativa prevista en la fórmula. Con ello, la «*res qua de agitur*» (la controversia) que había estado «*in iudicium deducta*» (es decir, que «era objeto de proceso») se convertía en «*res iudicata*» (o «*iudicatum*»), es decir, cosa juzgada.

La sentencia del juez terminaba el proceso (s.f., II, pp. 3-4).

La descripción que Cannata hace de la etapa *in iure* del proceso formulario muestra diferencias sustantivas con la que antes transcribimos de la misma etapa en el proceso de las acciones de la ley (ver el apartado 6.1. de este capítulo): no hay formulismos, pues simplemente las partes exponen los hechos, sus pretensiones y argumentos de la forma más clara posible; no hay ritos que actuar, no hay juramentos de carácter sagrado y, sobre todo, el pretor tuvo una discrecionalidad muy grande para conceder protección procesal a través de la fórmula. En realidad, esta combinación de características del proceso formulario, y sobre todo lo último de todo ello, es lo que explica por qué este proceso fue sumamente innovador, si se toma como base que el pretor no era un funcionario sino un gobernante con poder de *imperium*. Capogrossi evalúa así la influencia del formulario:

Entre la segunda mitad del siglo III y la primera del siglo II a.C. fue gradualmente introducido un nuevo tipo de proceso, llamado «proceso formulario» porque estaba fundado en la «fórmula» o formulario preelaborado por el pretor al final de las discusiones preliminares entre las partes, realizadas delante de él. De esta manera, el formulario retomaba y clarificaba el contenido preciso de las pretensiones legales opuestas y daba al juez criterios vinculatorios a seguir en la decisión de la controvertida, evaluando la verdad material de los hechos aducidos por las partes. La estructura y el contenido prescriptivo del formulario podían variar infinitamente, adecuando de esta manera la rigidez y la abstracción de las reglas antiguas a la variedad de los casos prácticos y a la capacidad de progreso de la reflexión de los juristas. La riqueza de estas fórmulas aseguraba así al magistrado con jurisdicción una libertad enorme de establecer el proceso en modo adecuado a la sustancia del conflicto entre las partes y al contenido efectivo de sus pretensiones. Pero sobre todo, ahora el pretor podía atribuir un peso adecuado en las decisiones finales, a elementos de *facto* relevantes bajo el ámbito de la justicia sustancial, que la rigidez y el esquematismo de las *legis actiones* impedía de tomar en consideración dentro del debate procesal (2014, p. 142).

El carácter político del pretor en la estructura de la organización política es decisivo para producir este cambio. Esa es una de las enseñanzas más importantes de la introducción del pretor con jurisdicción en la República de Roma.

El juez que llevaba adelante la etapa del *apud iudicem* está descrito en la cita que a continuación transcribimos. Pertenecía a un estrato social alto de Roma y, a cambio de participar en la judicatura, se le exigía alejamiento del ejercicio directo del poder político:

En Roma, a partir del fin del siglo III a.C. divergen netamente dos categorías: la de las funciones jurisdiccionales y la de las funciones fiscales. De las primeras, los ciudadanos comunes están siempre excluidos (a la inversa de los ciudadanos atenienses, por ejemplo). A partir del 123 a.C. estas funciones jurisdiccionales devendrán, a través de un proceso irregular pero irresistible, privilegio y, eventualmente, monopolio de los caballeros ubicados en el censo equestre, pero a condición de que se alejen de las funciones propiamente políticas, en virtud de una suerte de doctrina de la «separación de poderes» ante *literam* (expresión latina que significa «antes de tiempo») (Nicolet, 1982, p. 9).

A través de este procedimiento y de las indicaciones del pretor, de seguro trabajadas con juristas, se podía innovar el antiguo derecho, porque frente al magistrado con *imperium* aquellas normas no podían prevalecer: las decisiones del pretor solo podían ser invalidadas por la *intercessio* de un cónsul, de los colegas pretores o por el poder negativo de un tribuno de la plebe¹³.

¹³ «El proceso formulario fue el instrumento fundamental que permitió al pretor explorar precozmente los grandes espacios que su *imperium/iurisdictio* le abría, donde él era el verdadero “soberano” solo sujeto a un control equitativo o político de parte de los ciudadanos y, por tanto, llamado a responder de sus acciones al terminar el año de ejercicio del cargo mientras que, durante el ejercicio de su magistratura, sus actos podían ser paralizados solamente por la *intercessio* de un cónsul, de un colega pretor o de un tribuno de la plebe. El pretor no era “esclavo de la ley” y, por tanto, podía evitar aplicarla

Se formaron, así, dos derechos paralelos: el derecho civil antiguo, fundado en las mores y la Ley de las XII Tablas, y el derecho honorario. Ambos cohabitaron en el sistema jurídico romano durante todo el resto de la historia de Roma. El derecho honorario tomó la preeminencia sobre el derecho civil antiguo y, en muchos aspectos, lo superó y lo hizo inaplicable por obsolescencia. Lo propio ocurrió con el procedimiento de las legis acciones. Estas dos transformaciones, según historiadores de peso, finalizaron en el siglo II a.C.

Un tema muy importante y complementario que hemos estado analizando es que el pretor romano, al postular para ser elegido por los comicios por centurias, ofrecía un proyecto de trabajo. Al ser elegido, emitía un edicto con ese proyecto. En cada elección de pretor, el nuevo añadía sus propuestas a las que ya había consagrado su predecesor y los cambios hechos por cada uno de los pretores se hicieron acumulativos a los de los sucesivos: cada año, el ciudadano elegido pretor recogía lo que habían contenido los edictos anteriores y añadía lo que él proponía¹⁴. Así, a través del edicto se conformó un derecho producido por los pretores, que se superpuso al derecho civil antiguo y lo modificó sustantivamente. Este derecho fue llamado «derecho honorario» y se constituyó en un conjunto de normas trascendentales para la evolución del derecho romano.

o podía intervenir condenando o absolviendo en caso que la ley no previera solución, si el sentido común de equidad y las exigencias materiales que enfrentaba aconsejaban tal solución. De hecho, a través de los nuevos instrumentos que el pretor venía forjando, y con los resultados obtenidos aunque solo en el plano procesal, se estaba produciendo un nuevo derecho que se sobreponía y corregía, integrándolo, al antiguo *ius civile*» (Capogrossi, 2014, p. 143).

¹⁴ «[...] una de las atribuciones propias de los magistrados superiores, con *imperium*, era la de producir edictos conteniendo prescripciones notificadas a toda la población. De esta manera vienen las nuevas formas de protección jurídica: primero el pretor único, y luego los dos pretores separadamente, cada uno con un edicto propio, daban a saber al inicio de su gestión cuáles situaciones recibirían protección de ellos y en qué modo eso sucedería» (Capogrossi, 2014, p. 143).

Es importante destacar que el proceso formulario nace a través de su aplicación progresiva y luego se entroniza como la vía adecuada para procesar las pretensiones de las partes. Las acciones de la ley no son «derogadas» nunca, pero pasan poco a poco al desuso, como fue usual en Roma (ver nota al pie 15 del primer capítulo):

a) El proceso formulario nace a partir del vigor de las legis acciones, como alternativa más moderna, menos formal, más ágil y funcional que ellas; b) el proceso formulario, al surgir, no tenía reconocimiento legislativo (era puramente «pretorio») y, por tanto, las sentencias pronunciadas por sus jueces no podían tener validez para el ius civile y, en particular, en los procesos entre ciudadanos romanos no podían ser equiparadas a las sentencias de los jueces que pronunciaran sentencia sobre la base de una legis actio; c) la «legitimación» del proceso formulario (es decir, la equiparación de sus efectos a los de las legis acciones) llega mediante las dos leyes mencionadas por Gayo: la Lex Aebutia y la Lex Iulia Iudiciorum privatorum (Cannata, s.f., I, pp. 47-48).

Este es un interesante ejemplo histórico de aporte político a la modernización del derecho para la sociedad occidental más importante de su tiempo.

Hay que notar que el pretor innova porque es un político que analiza la realidad jurisdiccional y, en función de ello, diseña soluciones que se viabilizan a través del otorgamiento de acciones. Esto muestra con claridad que la modernización del derecho es un fenómeno político y que pacificar la sociedad solucionando los conflictos existentes es el quehacer final de la labor jurisdiccional de la república.

Debemos, por tanto, analizar si nuestro sistema de administración de justicia tiene un componente político para pacificar la sociedad y para transformar el derecho.

6.3. GRANDES RASGOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE HOY

En el Perú la administración de justicia ordinaria no tiene una dimensión política en su trabajo cotidiano. El juez está sensiblemente apegado a las formalidades del procedimiento y la aplicación del derecho se hace de manera formalista y sin gran modernización. Por lo demás, la justicia ordinaria es impredecible porque no existe un sistema de precedentes que de seguridad a las personas sobre el sentido de la solución para los conflictos por resolver. Sin previsibilidad no hay una sociedad cabalmente organizada, se abre una puerta inmensa a la corrupción y, además, no se persigue teleológicamente la pacificación social.

El pináculo de la justicia ordinaria es la Corte Suprema de Justicia, que tiene un trabajo enfocado a la cantidad de expedientes por resolver y no al objetivo de dar prioridad a la pacificación de la sociedad mediante las garantías de la seguridad y la predictibilidad, a través de la aprobación de precedentes vinculatorios sobre los temas más importantes que llegan ante la jurisdicción.

Según la encuesta del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú para el año 2012, en relación al Poder Judicial, los peruanos decían tener mucha/alguna confianza, en el 23,2% de las respuestas dadas, y poca/ninguna, en el 72,8% (Cruz & Guibert, 2013, p. 2). Aunque ligeramente mejor que la opinión que recibía el Congreso de la República (ver el apartado 4.3 de este libro), la aceptación general del Poder Judicial es baja.

Un ejemplo de cómo trabajar en este sentido lo ha dado el Tribunal Constitucional, que ha adoptado formas de selección de las materias sobre las que sentencia y ha creado todo un cuerpo normativo y doctrinal a través de su jurisprudencia en general, y también a través de sus precedentes expresos de manera específica.

De manera simultánea, ha habido una modernización significativa en muchos ámbitos de la jurisdicción administrativa, en la que los propios tribunales han empezado a establecer precedentes.

Cuando se aprecia la realidad de la administración de justicia ordinaria en el Perú, se puede notar que hay necesidad de una nueva concepción política relativa tanto a la finalidad, como a la forma de trabajo que tiene. En este sentido, el ejemplo del pretor romano puede ser utilizado para aplicarlo a la actualidad de forma recreativa.

6.4. LÍNEAS GENERALES DE LA APLICACIÓN DE LA EXPERIENCIA DEL PRETOR ROMANO A LA REALIDAD ACTUAL

La idea central que proponemos es diseñar una magistratura política que conduzca a la administración de justicia hacia una verdadera y eficiente política de Estado dirigida a pacificar a la sociedad de sus conflictos sociales más significativos, en términos tanto cualitativos como cuantitativos.

La descripción académica de esta magistratura contemporánea del pretor, que luego habría que traducir a lenguaje de norma constitucional, podría ser la siguiente:

El pretor es el magistrado de la república que tiene la responsabilidad política de constituir a la administración de justicia en un instrumento efectivo y eficiente de la pacificación de la sociedad. Toma todas las decisiones políticas y administrativas destinadas a tal fin, ejercitando para ello el conjunto de sus atribuciones. El pretor no es un juez ni ejerce jurisdicción. Dirige a los órganos jurisdiccionales para que lo hagan, haciendo que se ocupen de los casos centrales para la vida social y exigiendo que establezcan precedentes vinculatorios que construyan el Estado de Derecho y den previsibilidad a las decisiones jurisdiccionales.

Debería tratarse de una magistratura unipersonal como lo fue originalmente el pretor romano (excepción al principio general de las magistraturas colegiadas). Sería un presidente del Poder Judicial que no sentencia sino que dirige y gobierna la administración de justicia en busca de la paz social. Tiene, en relación con esto último, un ejercicio propio de poder de imperium dirigido a la finalidad de pacificar la sociedad.

Su función se mide, de esta manera, no por la cantidad de expedientes judiciales que resuelva el aparato judicial, ni por la rapidez con que lo haga (aunque estos elementos de medición tienen importancia), sino por la pacificación que produzca en la sociedad el ejercicio de la función jurisdiccional. No olvidemos que el imperium romano no es un poder ejercitado dentro de competencias, sino un mando para lograr fines. Según nuestro criterio, este cambio de actitud en el ejercicio del poder público dentro de la estructura jurisdiccional de la república sería muy significativo y tendría trascendencia en la pacificación general.

¿Cómo podrían diseñarse las atribuciones del presidente del Poder Judicial propuesto separándolas de las funciones jurisdiccionales que deberían ser competencia exclusiva e independiente de la Corte Suprema? En un trabajo previo que tuvo finalidad distinta a este¹⁵ hicimos una clasificación de las atribuciones del Poder Judicial en la Constitución peruana que volveremos a utilizar ahora.

De acuerdo a esta clasificación, consideramos que las atribuciones políticas del Poder Judicial que debería realizar este pretor y presidente del mismo serían las que son en la siguiente lista extraída de la Ley Orgánica del Poder Judicial (se ha considerado únicamente las que estimamos como atribuciones de la mayor jerarquía):

- Ejercer su magistratura y su poder político constitucionalmente establecido para garantizar que la administración de justicia sea un eficaz instrumento de pacificación de la sociedad. Para ello toma todas las decisiones políticas y administrativas que le competen, dispone que los órganos de justicia se ocupen de los temas prioritarios para la paz social y les exige que establezcan precedentes vinculatorios que construyan Estado de Derecho y den previsibilidad en las decisiones jurisdiccionales de la república.
- Representar al Poder Judicial (artículo 76 inciso 1).

¹⁵ «La reforma del Poder Judicial debe tener una dimensión política de la que no se habla». *Derecho*, 2009, 62, 21-44.

- Aprobar el proyecto de Presupuesto del Poder Judicial (artículo 82 inciso 4) y ejercer la titularidad del Pliego del Presupuesto del Poder Judicial (artículo 76 inciso 4).
- Formular, aprobar y ejecutar la política general y el Plan de Desarrollo del Poder Judicial (artículos 80 inciso 1 y artículo 82 inciso 1).
- Velar por el respeto de las atribuciones y garantías del Poder Judicial (artículo 82 inciso 5).
- Fijar el número de vocales supremos titulares (artículo 82 inciso 2).
- Determinar el número de Salas Especializadas Permanentes y excepcionalmente el número de Salas Transitorias de la Corte Suprema (artículo 82 inciso 3).
- Designar a los vocales integrantes de las salas especializadas de la Corte Suprema (artículo 76 inciso 5).
- Crear y suprimir distritos judiciales, salas de cortes superiores y juzgados, cuando así se requiera, para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear salas superiores descentralizadas en ciudades diferentes de las sedes de los distritos judiciales, de acuerdo con las necesidades de estos (artículo 82 inciso 24).
- Reubicar salas de cortes superiores y juzgados a nivel nacional, así como aprobar la demarcación de los distritos judiciales y la modificación de sus ámbitos de competencia territorial, pudiendo excepcionalmente incorporar salas de cortes superiores especializadas y juzgados especializados o mixtos con competencia supraprovincial (artículo 82 inciso 25).
- Disponer, en forma excepcional, la distribución de causas entre las salas especializadas fijando su competencia a fin de descongestionar la carga judicial, pudiendo conformar salas transitorias por un término no mayor de tres (3) meses, en casos estrictamente necesarios (artículo 82 inciso 18).

- Decidir el horario del despacho judicial de la Corte Suprema (artículo 82 inciso 7).
- Nombrar al vocal supremo jefe de la Oficina de Control de la Magistratura y denunciar penalmente a los miembros del Poder Judicial que cometan delitos contra la administración de justicia, de acuerdo con la Constitución y la ley (artículo 80 inciso 6).
- En aplicación del artículo 154 inciso 3 de la Constitución política, solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura, en nombre y representación de la Corte Suprema, en un plazo no mayor de 15 días naturales, la aplicación de las medidas de separación o destitución propuestas por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. La remisión del expediente deberá comprender el incidente de suspensión provisional (artículo 76 inciso 8).
- Aprobar los reglamentos referidos al Poder Judicial (artículo 82 incisos 27 y 29).
- Fijar las cuantías y sus reajustes para determinar las competencias jerárquicas (artículo 82 inciso 13).
- Celebrar toda clase de convenios y cooperación e intercambio con entidades nacionales o extranjeras (artículo 82 inciso 21).
- Ejercer la iniciativa legislativa conforme a la Constitución (artículo 107).
- Resolver, conforme a su reglamento, los asuntos relativos a traslados de magistrados, funcionarios y demás servidores del Poder Judicial (artículo 82 inciso 12).
- Absolver las consultas de carácter administrativo que formulen los distritos judiciales (artículo 82 inciso 10).
- Designar al gerente general del Poder Judicial y a los demás funcionarios que señalen la ley y los reglamentos (artículo 82 inciso 15).
- Emitir los informes que le solicite el Congreso de la República, la Sala Plena de la Corte Suprema y el Fiscal de la Nación sobre los

- asuntos de su competencia y solicitar los que se relacionen con sus funciones (artículo 82 inciso 16).
- Coordinar con la Academia de la Magistratura para el desarrollo de actividades de capacitación para los magistrados (artículo 82 inciso 22).
 - Tomar las medidas necesarias para que las dependencias del Poder Judicial funcionen con celeridad y eficiencia y para que los magistrados y demás servidores del Poder Judicial se desempeñen con la mejor conducta funcional (artículo 82 inciso 26).
 - Aprobar el cuadro de Términos de la Distancia, así como revisar periódicamente el valor de los costos, multas y depósitos correspondientes y otros que se establezca en el futuro (artículo 82 inciso 8).
 - Resolver en última instancia las reclamaciones contra los acuerdos y resoluciones de la autoridad política de los distritos judiciales (artículo 82 inciso 6).

Por su parte, las funciones que corresponderían a la Corte Suprema como máximo órgano jurisdiccional del Estado serían:

- En aplicación del artículo 141 de la Constitución, conocer en casación las causas impugnadas ante ella y que elija resolver según convenga a la política jurisprudencial del Estado, de todas las cortes superiores y de los demás tribunales jurisdiccionales de la república, salvo los tribunales arbitrales siempre que obedezcan sus precedentes y salvo, también, el Tribunal Constitucional.
- Elegir a los representantes de la Corte Suprema ante diversos órganos del Estado.
- Supervisar en forma permanente y obligatoria la labor jurisdiccional de todos los órganos del Poder Judicial, mediante vocales visitadores elegidos de entre sus propios miembros y mediante la exigencia de los informes que considere pertinentes.

- Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las salas especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales (artículo 80 inciso 4).
- Denunciar directamente a los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público que incumplan sus precedentes jurisdiccionales.

Nuestra caracterización académica de la Corte Suprema en este proyecto sería la que contiene el párrafo siguiente, que es de elaboración nuestra, no tomado de otros autores (y que después debería redactarse con el estilo de un artículo constitucional):

La Corte Suprema es el órgano del Poder Judicial que dirige la actividad jurisdiccional del Estado mediante precedentes jurisdiccionales que vinculan la decisión de todos quienes ejercen la jurisdicción en el Perú, salvo el Tribunal Constitucional. La Corte Suprema podrá juzgar sobre todo proceso resuelto jurisdiccionalmente por las cortes superiores, por el Consejo Supremo de Justicia Militar y por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas dentro de su territorio, los que le serán comunicados bajo responsabilidad. También podrá conocer de oficio o a pedido de parte los laudos arbitrales que se aparten de sus precedentes jurisprudenciales. Elegirá los procesos por resolver para determinar precedentes jurisprudenciales vinculantes y su resolución tendrá efecto también entre las partes. Juzga en primera y segunda instancia los casos que determinan la Constitución y las leyes (en esencia, el juzgamiento de altos magistrados de la república). En su labor jurisdiccional la Corte Suprema es independiente de toda autoridad extraña, incluido el presidente del Poder Judicial. Los vocales de la Corte Suprema tienen inmunidad por los votos que emitan. Son responsables por no respetar sus fallos precedentes, pero la Corte Suprema podrá apartarse de ellos fundadamente y para futuro cuando así lo considere y motive.

Ni esta distribución de funciones ni el intento de caracterizar a la Corte Suprema que acabamos de hacer pretenden agotar toda la lista de competencias que deben ser ejercidas por el gobierno y la jurisdicción dentro del Poder Judicial. Más bien, intentan trazar la línea divisoria entre ambos aspectos al poner en manos del presidente del Poder Judicial las decisiones políticas y en manos de la Corte Suprema las máximas decisiones jurisdiccionales.

Desde luego, se entiende que, dentro de una estructura como esta, la Corte Suprema tiene como función dirigir la vida jurisprudencial de la república y no toma decisiones políticas o administrativas que no tengan que ver con ella. A la inversa, se supone que el presidente del Poder Judicial ejerce las atribuciones propias del gobierno del Poder Judicial, pero no tiene injerencia en el proceso ni en el contenido de la labor jurisdiccional.

Esta es una propuesta elaborada individualmente y, por consiguiente, contiene decisiones discutibles. En este sentido, no creemos que sea necesariamente la mejor propuesta, pero, eso sí, creemos que es una de las pocas que ha tratado de separar lo político de lo jurisdiccional en el Perú. Es una tarea que vale la pena hacer ante cualquier hipótesis de reforma de la administración de justicia ordinaria.

6.5. EL OTRO EXTREMO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: LA MUNICIPALIDAD

Hasta aquí hemos tratado de la administración de justicia en la ciudad de Roma republicana. Sin embargo, Roma eligió como una de las bases de su poder en el mundo, desarrollar ciudades¹⁶. Lo hizo de muchas maneras. También acogió en lo que sería su imperio a muchísimas ciudades de distintas culturas y diversos horizontes geográficos. Las ciudades fueron uno de los más potentes instrumentos de organización del imperio romano.

¹⁶ «Sabemos bien que la óptica romana se identificó con la ciudad, cuyo modelo buscó reproducir en todo el imperio, en cuanto fue posible» (Capogrossi, 2014, p. 287).

Y así hubo un desarrollo urbano en Roma que abarcó tanto las ciudades nuevas como las antiguas y, asimismo, los villorrios campesinos, que eran fundamentales para la adecuada relación entre ellos y el poder romano. Aunque la condición de las municipalidades no fue idéntica en todas las ciudades ni se mantuvo igual en la misma ciudad de manera permanente, sí es cierto que la municipalidad fue una parte importante del orden institucional romano, una vez que Roma salió de su ámbito a conquistar el mundo conocido de entonces.

Una de las funciones del municipio romano fue la administración de justicia y esta tuvo complicaciones importantes que es útil rescatar.

La primera de ellas consistía en que cada ciudad existente que se incorporaba de diversas formas al mundo romano había tenido sus propias normas, usos y costumbres e incluso religión, y con todo ello organizaba las conductas de sus habitantes. Este conjunto de normas era un derecho local que no podía ser borrado de un plumazo por el simple hecho de la conquista o el tratado con Roma, porque el derecho es una forma de vivir cotidianamente que es muy difícil desprender de la comprensión humana para cambiar de conducta merced a la aplicación de otro derecho y, sobre todo, de otros presupuestos fundantes del derecho. Por tanto, Roma dejó bastante libertad en las ciudades unidas a ella a lo largo de la historia, para que aplicaran su propio derecho. Por otra parte, ocurrió que la recepción del derecho en estas nuevas ciudades del Imperio se hizo con una interacción permanente entre las reglas romanas y las lugareñas, lo que flexibilizó el derecho romano aplicado a estos nuevos espacios urbanos¹⁷.

¹⁷ «[En las provincias orientales del Imperio romano] las formas propias del derecho romano se confrontaron con lógicas y tradiciones locales, recibidas de varias formas por la autoridad romana y que mantenían su vigor, no solo para la población local sino, como muestran los papiros provenientes de Egipto, también en las relaciones entre los pobladores de la provincia y los ciudadanos romanos. Ejemplo claro es el reflejo que sobre el ordenamiento romano —regido tradicionalmente por el criterio de la oralidad en los actos de las partes— tiene la importancia superior del documento escrito en las sociedades orientales, desde la gran civilización mesopotámica de los milenios III y II a.C.

Esto debe destacarse porque abre campo a la pluralidad y al sincretismo jurídico dentro de una misma organización política.

La segunda complicación consistía en que el derecho romano era un complejo sistema de normas escritas, costumbres, edictos, jurisprudencia, opiniones de juristas, etcétera. En Roma había publicaciones escritas de todo ello, pero los libros se escribían a mano; por tanto, sacar un número ingente de copias para todo el imperio estaba fuera de las posibilidades reales. En consecuencia, había un evidente problema para saber qué decía el derecho romano y ello se acentuaba conforme la ciudad estaba más apartada geográficamente de Roma¹⁸. Entonces, aplicar el derecho romano en provincias lejanas a Roma misma era un problema que incluía la grave necesidad de logística de fuentes escritas en relación a ese derecho. Consecuentemente, la administración de justicia municipal tuvo que aprovechar cuanto medio de información recibiera sobre el derecho, pero en mucho tuvo que suplir con su habilidad la falta de información jurídica.

En tercer lugar, en medio de muchos otros problemas, estaba el hecho de que para trabajar con el derecho romano era preciso saber latín y la población de muchas ciudades no lo hablaba.

No hace falta dar mayores detalles para caer en cuenta de que la administración de justicia municipal no solo fue una solución para no perder las normas de las propias ciudades y para poder aplicar las normas romanas, sino que además, fue una forma inteligente de solucionar el problema de cómo administrar justicia en lugares distantes, muy distantes debido a la tecnología de transmisión de información de entonces.

Bajo la presión de tales tradiciones, la escritura asume una nueva relevancia aún en la praxis negocial romana, sobre todo a nivel provincial» (Capogrossi, 2014, p. 293).

¹⁸ «He ya recordado como esta circulación, a través de la publicación de las obras de comentario o de reproducción de respuestas de parte de los juristas en los últimos dos siglos de la República, por lo que se refiere a la costosa reproducción manuscrita de los textos, seguramente llegaba de manera restringida, solamente a aquellos grupos sociales primariamente interesados en un adecuado conocimiento y utilización del derecho» (2014, p. 293).

Este tema sugiere la posibilidad de que determinado nivel de administración de justicia, el de paz, pueda residir en los municipios en vez de en el Poder Judicial. Es una justicia que no necesita ser letrada y que resuelve sobre la base de equidad y a la composición de intereses. Por lo demás, está el artículo 149 de la Constitución¹⁹ que, con criterios organizativos distintos, cumple semejante finalidad para las comunidades campesinas y nativas del Perú.

Sería bueno recordar a propósito de esto que la Constitución de Cádiz de 1812 estableció que el alcalde de cada pueblo era el conciliador de partes²⁰ previamente a la demanda y, asimismo, que se establecía en dicho texto constitucional un procedimiento simple y rápido para resolver los problemas en este plano²¹.

Por ende, sería conveniente evaluar la aplicabilidad de esta tradición romana recogida por la Constitución de Cádiz y dar lugar en el Concejo Municipal al juez de paz, de manera que sea un instrumento para la pacificación social en el plano elemental del municipio provincial o distrital. Allí podrá hacer uso del derecho de la república, pero también de las costumbres locales que pueden enriquecer la interpretación de aquel y adaptarlo a las circunstancias propias de cada lugar. Esta es una forma de pluralismo jurídico que vale la pena explorar en un país multicultural

¹⁹ «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial».

²⁰ «Artículo 282. El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias deberá presentarse a él con este objeto».

²¹ «Artículo 283. El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oírá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial».

como el Perú, precisamente, en el plano de la tarea municipal que es específica y esparcida en todo el territorio.

Desde luego, la experiencia municipal de Roma tiene muchos otros aspectos interesantes en materia de participación del pueblo en las decisiones, así como en la determinación de quiénes sean los que ocupen los cargos ediles, pero esto no atañe directamente al tema que tratamos aquí, que es el de la administración de justicia y, además, en el Perú, las municipalidades viven un largo proceso democrático de décadas que ya se ha instalado en los cerca de dos mil concejos municipales de toda la república. Por tanto, la experiencia democrática municipal se halla establecida.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 7

EL PODER MORAL

Roma tuvo un interés especial por salvaguardar la moralidad de la vida ciudadana. Desde luego, lo hizo según las costumbres de la época. El eje de tal esfuerzo fue la magistratura de la Censura. La describiremos brevemente y tomaremos de ella lo que pueda ser aplicable a nuestro mundo.

7.1. LA CENSURA EN ROMA

La Censura es descrita en el texto de la siguiente cita¹. La desarrollamos para dar algunas explicaciones que están supuestas en su texto. Estuvo

¹ «Los dos censores se crearon en el año 443 a. de J.C. a modo de magistratura también reservada para los patricios, pero a la que a partir del año 351 a. de J.C. llegan también los plebeyos. Son magistrados mayores pero sin imperium, ordinarios aunque no permanentes, cuya función es la de atender a la redacción del censo, que por costumbre inveterada se efectuaba cada cinco años y que finalizaba con una ceremonia religiosa de purificación (lustratio o lustrum, de donde procede la denominación de quinquenio). Elegidos cada cinco años por los comicios centuriados, están investidos formalmente de poder mediante una lex de potestate censoria, si bien permanecen en el cargo durante dieciocho meses, según dispuso la Lex Aemilia del año 434 a. de J.C. Por estar privados del imperium no tienen mando militar, ni ius agendi cum populo y cum patribus, ni tampoco la coercitio, por lo que para sancionar a los que dolosamente se sustraen del censo (incensus) deben recurrir a la cooperación del magistrado supremo, finalmente carecen también de acompañamiento de lictores. Por ser cotitulares en el cargo se rigen por el principio de colegialidad, basado en la colaboración recíproca a imagen de la

compuesta por dos censores y fue creada el año 443 a.C. Originalmente fue reservada a los patricios. Sin embargo, como sabemos, la lucha entre patricios y plebeyos tuvo como uno de sus elementos fundamentales de conflicto la demanda de participación plebeya en las magistraturas. Así, a partir del año 351 a.C., los plebeyos conquistaron tal derecho.

La Censura era elegida en los comicios por centurias cada cinco años porque al ser una magistratura debía tener elección popular. Como sabemos, desde el rey Servio Tulio, los aristocráticos comicios por curias habían sido sustituidos por los comicios por centurias.

Desde luego, además de la elección, los censores debían recibir auspicios positivos de los dioses para lo cual se hacía la ceremonia sacra correspondiente antes de la asunción del cargo. Los censores eran elegidos para un período de dieciocho meses, porque la finalidad inicial de su creación fue que se ocuparan del censo quinquenal de todos los ciudadanos romanos. Era, entonces, de existencia intermitente: había censores durante dieciocho meses y no los había durante cuarenta y dos.

Se trataba de una magistratura cuyas decisiones debían ser acordadas por ambos censores², aunque esta opinión choca con el principio general de que en toda magistratura colegiada podía haber la *intercessio* entre

magistratura consular, si bien de hecho apenas encuentra aplicación por el carácter tan especial de sus funciones, que reducen al mínimo la posibilidad de *intercessio* entre los colegas, al menos a partir del año 340 a. de J.C., en que la Censura se confía a un patricio y a un plebeyo. Sus actos están sometidos a la *intercessio* de los cónsules y de los pretores, y ello porque los auspicios son distintos, aunque hay duda de que también se pudiese ejercitar la *intercessio* por los tribunos contra todos los actos de los censores. Sus funciones progresivamente sufrieron una ampliación, tanto en extensión como en importancia, y ello por obra de la *nobilitas* patricio-plebeya, que hizo de esta magistratura el órgano típico de control de esta misma nobleza. Ello explica el que la censura prácticamente sea reservada a excónsules y que a los excensores se les reconozca precedencia en el Senado» (Burdese, 1972, p. 85).

² De Martino sostiene que «La Censura era una magistratura colegiada solamente en el sentido que estaba constituida por dos magistrados, los que debían actuar de consuno [...] las fuentes testimonian la necesidad del consenso entre ambos [...] más que de colegialidad convendría hablar de una atribución indivisa de poderes» (1972, I, p. 333).

colegas. La cita anterior de Burdese trata este tema diciendo que «por ser cotitulares en el cargo se rigen por el principio de colegialidad, basado en la colaboración recíproca a imagen de la magistratura consular, si bien de hecho apenas encuentra aplicación por el carácter tan especial de sus funciones, que reducen al mínimo la posibilidad de *intercessio* entre los colegas». Se ve que no hay acuerdo entre los dos maestros romanistas citados. Lo cierto es que las fuentes parecen indicar que los censores debían actuar de acuerdo.

No tenían *imperium* y, por tanto, carecían de atribuciones de mando militar o de gobierno. Incluso carecían de la posibilidad de ejecutar sus decisiones en relación a los ciudadanos y, si lo precisaban, tenían que pedir colaboración de los magistrados mayores.

Cabía, sin duda, que cónsules y pretores ejercieran la *intercessio* contra la Censura pues tenían auspicios sacros de mayor rango. Pero no es seguro que los Tribunos de la Plebe pudieran vetar las decisiones de los censores. El propio Burdese, en la cita que hacemos inmediatamente antes, dice que «[...] hay duda de que también se pudiese ejercitar la *intercessio* por los tribunos contra todos los actos de los censores». Por su parte, Capogrossi dice: «Es bastante incierto hasta qué punto, la *intercessio* de los tribunos de la plebe podría dirigirse contra la actividad de los censores» (2014, p. 90). Como regla general, los tribunos tenían la atribución de vetar a toda magistratura de la República pero la duda entre los especialistas está claramente expresada en este párrafo.

Con el tiempo, la Censura llegó a ser una magistratura tan respetada en Roma que, como regla casi absoluta, solo se admitió en ella a los excónsules. Los senadores censores tuvieron precedencia sobre sus pares en el Senado. Como dice Kunkel: «[...] la Censura se consideraba como la culminación de una brillante carrera política» (1973, p. 26).

La dedicación primera de los censores fue la elaboración del censo. Era esta una actividad que se realizaba en Roma cada cinco años y tenía importancia trascendental para la vida privada y pública. Antes había tenido un carácter predominantemente sacro pero en el siglo V a.C.

De Martino encuentra las razones siguientes para transformarla de sagrada en política con la intervención de los censores: «La historia de la Censura romana es la de la transformación de poderes religiosos vinculados al período lustral en poderes de naturaleza política. Una transformación que solo pudo encontrar lógica en la exigencia del ordenamiento de la ciudadanía en clases y centurias» (1972, I, p. 330).

Nombrados los censores había una etapa en la cual los padres de familia debían declarar ante ellos las características de su grupo familiar y los bienes de que eran propietarios³. Con la información recibida, los censores elaboraban el censo de todos los ciudadanos romanos, ordenándolos en las clases que correspondían a las centurias originadas en la época de Servio Tulio⁴. Esto quería decir que era atribución de los censores, en este proceso, el calificar a cada persona como ciudadano o no ciudadano de Roma⁵. Dentro del orden ciudadano, decidía a qué clase pertenecía y, según ello,

³ «Dentro del plazo prescrito, los ciudadanos deben dar personalmente su nombre con la información necesaria. Recibida tal declaración, los censores proceden a la formación de la lista, inscribiendo a cada uno en la tribu que se les asignara» (Martino, 1972, I, p. 331).

⁴ Recordemos que en los primeros tiempos de Roma la organización de los ciudadanos era por curias, que tenían un fundamento aristocrático. El rey Servio Tulio, penúltimo de los siete reyes que menciona la tradición romana, cambió este orden al de las centurias, que se basaban en la riqueza de cada padre de familia. Esto traía como consecuencia que perteneciera a una de las cinco clases en que se registraba censalmente a cada familia. Consecuencia de todo ello era el voto más o menos ponderado (alta ponderación en la primera clase y, en términos prácticos, prácticamente ningún valor en la quinta); tipo de servicio militar que debía hacer, con armamento pesado o liviano; impuestos a pagar, etcétera.

⁵ Como hemos dicho más descriptivamente en la nota al pie 3 del segundo capítulo de este libro, en Roma la condición jurídica de cada ser humano (su cabeza) tenía tres situaciones o posiciones (stata): libertad, ciudad y familia, en orden sucesivo. El romano que era retirado del censo solo mantenía la libertad y perdía la ciudad y la familia. Con este último quedaba sin derechos políticos, sin patrimonio jurídicamente protegido por el derecho romano y con los derechos de un extranjero. En aquellos tiempos todo esto era una gran pérdida personal y, eventualmente, familiar, en el contexto de la vida social y económica.

se determinaban varias de sus responsabilidades y derechos en el orden de la ciudad, tanto en el ámbito político, como tributario y militar⁶.

Como se puede apreciar, el poder de la Censura sobre la vida de los romanos a partir del censo y sus consecuencias era sumamente grande. Además está decir que el censo tenía no solo relevancia social y política sino también sacra, porque ese había sido su origen: las decisiones censales recibían una confirmación sacra mediante la ceremonia correspondiente, que convertía al censo en un hecho consumado.

En adición a la función de elaborar el censo, la Censura recibió otras complementarias: admitir en el Senado a los exmagistrados; conceder a los empresarios las obras públicas; arrendar las tierras de la República; y ejercer un control moral y jurídico de las conductas en relación a las costumbres de Roma⁷. Todo esto complementó su inmenso poder sobre las personas.

De todas estas competencias nos interesan la primera y la última para los efectos de este capítulo. La función de admitir al Senado a los exmagistrados le daba a la Censura el inmenso poder de determinar la composición de dicho órgano de la República. Podía colocar a quien estimase mejor dentro de los márgenes de discrecionalidad que podía utilizar⁸. Para ello era posible que se valiera, incluso, de la atribución

⁶ «El censo distinguía a los ciudadanos de los extranjeros y de los esclavos y, entre los ciudadanos, a los nacidos libres —los «ingenuos»— de los esclavos manumitidos: los «libertos». Cada ciudadano era asociado a su familia y vinculado a la propiedad predial que pertenecía a dicha familia. El censo definía incluso su colocación en una de las varias tribus territoriales y en una de las cinco clases existentes por razón de riqueza» (Capogrossi, 2014, p. 89).

⁷ «[...] tenían que comprobar y tener al corriente el censo de ciudadanos y, en especial, determinar la ordenación de estos en las clases de la constitución serviana [...] y en las tribus [...] y realizar la admisión formal de los ex magistrados en el senado (lectio senatus); además, concedían a empresarios las obras públicas y arrendaban el suelo estatal. Esta magistratura gozaba de un prestigio especial, sobre todo debido a que la clasificación de los ciudadanos y a la lectio senatus se unía una especie de control moral y jurídico» (Kunkel, 1973, p. 26).

⁸ «Con la lectio senatus (la redacción de la lista de senadores) se incluía nuevos nombres entre los miembros del Senado, para cubrir los lugares vacíos ocurridos en el quinquenio

de controlar el cumplimiento de las costumbres romanas. En este sentido, se tiene noticia no solo de exmagistrados postergados sino, incluso, de senadores retirados del Senado al aplicar las decisiones del censo:

Estaba entre los poderes de los censores también aquel de excluir de los rangos del Senado a alguno de sus miembros que fuera sujeto de comportamientos seriamente lesivos al prestigio de la institución. Se trataba de una grave decisión, que derivaba del poder general de control de las costumbres de los ciudadanos que se había entregado a los censores: la cura morum (Capogrossi, 2014, p. 90).

Por lo demás, la garantía de cumplimiento de las costumbres tradicionales romanas era algo que la Censura podía ejercitar contra cualquier ciudadano por sus acciones impropias⁹.

precedente por muertes u otros eventos. No sabemos bien como se utilizaba esta decisión al inicio (un problema, por lo demás, que existe también en la edad monárquica) y por tanto ignoramos cuales márgenes de libertad tenían los censores» (Capogrossi, 2014, pp. 89-90).

⁹ «El criterio de los censores era libre. Podían excluir a un ciudadano de la clase de los caballeros (vende equum) si lo consideraban indigno de formar parte de ella; podían inscribirlo en una clase inferior así como en una u otra tribu, lo que tenía relevancia política por el peso de las tribus urbanas en relación a las rústicas. También se podía excluir a un ciudadano de todas las tribus (inter aerarios referre) con lo que se le retiraba los derechos de elegir y ser elegido (ius sufragii et honorum), en tanto que permanecían los deberes del tributo y de las obras. Este régimen ocura morum tenía luego, mediante un juicio discrecional de los censores (iudicium arbitriumve de fama ac moribus), la posibilidad de hacer valer como obligatorias, normas y principios que no pertenecían al orden jurídico y que, eventualmente, eran opuestos al viejo derecho» (Martino, 1972, I, pp. 331-332).

Por su parte, Capogrossi dice: «En relación a todos los ciudadanos, los censores podían imponerles una sanción específica consistente en la nota censoria que significaba una condición genérica de ignominia dentro de la comunidad ciudadana (con consecuencias también en el plano estrictamente legal). Con dicha nota censoria se podía bajar el rango social del ciudadano indigno inscribiéndolo en una clase de centurias inferiores a aquella a la que tenía derecho sobre la base de su patrimonio o, también, se podía excluirlo de la clase de los caballeros o de los rangos senatoriales» (2014, p. 90).

En definitiva, las atribuciones de la Censura eran de mucha importancia para los ciudadanos porque podían elevarlos o rebajarlos en su ubicación dentro del orden social y eso se hacía en Roma por dos razones principales: la primera era por el cambio en la condición de riqueza de la familia y la segunda era por la aplicación de una sanción por actuar en contra de las costumbres romanas. Esto último es lo que se ha llamado la cura morum. Es preciso notar, a propósito de las costumbres antiguas, que ellas eran jurídicamente exigibles en el derecho romano. Dice el *Digesto*:

La costumbre inmemorial con razón se guarda como ley, y este es el derecho que se dice introducido por costumbre; porque como las mismas leyes por ninguna otra cosa nos obligan sino porque fueron recibidas por el consentimiento del Pueblo; también obligará con razón a todos, aquello que sin constar por escrito aprobó el Pueblo: porque ¿qué más tiene que conste por escrito la voluntad del Pueblo, declarada por votos, que el que la declare con hechos y costumbres? Por lo cual también está legítimamente recibido, que se deroguen las leyes, no solo por la voluntad del Legislador, sino también por el no uso por tácito consentimiento de todos (D.1.3.32.1).

Por consiguiente, en Roma la cura morum era la vigilancia de aplicación de normas de derecho. Esto será muy importante cuando, líneas más abajo, exploremos la aplicación de la censura a nuestra realidad política actual.

7.2. LA SITUACIÓN ACTUAL

Como resultará obvio, no nos interesa de la Censura romana la elaboración del Censo que, en el sentido laico que tenía en Roma, es el registro nacional de personas. Los censos se hacen ahora con varias otras finalidades y por órganos técnicos que no tienen que ver directamente con el objeto de este libro.

En cambio, es interesante la cura morum, no en el sentido de resguardar antiguas costumbres, sino en el de proteger la correcta aplicación del derecho en los diferentes aspectos de la vida social. Es importante recordar

lo que ya hemos transcrito del *Digesto* tres párrafos antes que este: en Roma, la costumbre era considerada regla jurídica obligatoria. Desde luego, por las características de la vida entonces, es posible que las antiguas costumbres duraran muchos años sin transformación. Pero en el mundo actual, la normatividad consuetudinaria tiene un significado distinto y no es a él al que nos referimos aquí.

Nos interesa que sea un problema político (y no solo «técnico») preocuparse de que el derecho tenga existencia concreta y real. En nuestro mundo las normas jurídicas regulan de manera amplia las conductas humanas en sus cuatro posibles ámbitos según Modestino: mandar, prohibir, permitir y castigar¹⁰. De lo que se trata es que todo ello pueda ser aplicado de la manera más precisa posible, de tal forma que la vida social sea pacífica y permita el progreso individual y social en todos los ámbitos.

Quien debe hacer tal tarea en nuestra realidad dentro del ámbito general de la vida social es el Ministerio Público, es decir, el conjunto de fiscales que existe en la República como un aparato estrechamente vinculado de un lado al actuar de la Policía y, del otro, al de los tribunales de justicia.

En efecto, el artículo 159 de la Constitución del Perú da como atribuciones al Ministerio Público promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, representar a la sociedad en los procesos judiciales y conducir desde su inicio la investigación del delito pudiendo ejercitar la acción penal de oficio. Existen otras funciones que no atañen a nuestro objeto de análisis.

Pero el Ministerio Público, que sin lugar a dudas trabaja esforzadamente en el Perú, no cumple la tarea «política» de defender la legalidad de la vida social para buscar la paz. Es entendido como un cuerpo de fiscales que trabaja técnicamente al lado de la Policía Nacional y de los jueces y tribunales, realizando multitud de diligencias, investigaciones e informes que sin duda son importantes, pero están demasiado burocratizados,

¹⁰ «La naturaleza o esencia de la ley es esta: mandar, vedar, permitir y castigar» (D.1.3.7).

mediatizados por los procedimientos judiciales interminables y dilatados, y recortados por una conducción institucional que no atiende tanto a las finalidades del Ministerio Público, como al cumplimiento de sus atribuciones puntuales.

Buena parte de la responsabilidad por todo esto la tienen los poderes políticos del Estado pues es su legislación, aprobada por leyes o por decretos legislativos, la que ata la labor del Ministerio Público a interminable cantidad de dictámenes en los procesos civiles y penales.

Pero también hay un error, estimamos nosotros, en la configuración constitucional del Ministerio Público, pues está dirigido por fiscales supremos que tienen, indudablemente, calidad de funcionarios y no de políticos. Consiguientemente, la conducción del Ministerio Público es «funcionaria» no «política».

La conducción funcionaria se orienta a cumplir las tareas encargadas. La política, por su parte, se orienta a lograr los fines para los que ha sido establecida la institución de que se trate. En Roma, los censores eran políticos, no funcionarios (en verdad, había muy pocos funcionarios, comparativamente con los que existen en los Estados contemporáneos). Consideramos que puede ser interesante configurar al Ministerio Público con una cabeza política.

Si la junta de fiscales supremos actual fuera elegida políticamente como una magistratura colegiada, nosotros proponemos que sea por el Senado propuesto en este libro. Creemos que la función de los fiscales supremos estaría orientada a cumplir los fines centrales de lograr la aplicación del derecho y de contribuir con ello a la pacificación de la sociedad. El Ministerio Público tendría una dimensión política que, de inmediato, exigiría mayor tiempo para lo importante, que no para lo rutinario como ocurre ahora.

De igual manera, es fácil presumir que la dedicación de los fiscales del país se orientaría más a la pacificación y el cumplimiento del derecho, que a cumplir labores de dictaminación que, en muchos casos, resultan innecesarias. Es posible que una junta de fiscales supremos políticos

podiera negociar con los poderes legislativo y ejecutivo, mejor que lo que puede hacerlo la junta actual, de naturaleza funcionaria.

Desde luego, y como hemos hecho en el caso del pretor vinculado a la administración de justicia, habría que diferenciar cuidadosamente las tareas políticas y administrativas, de las sustantivas del Ministerio Público, consistentes en investigar, evaluar, accionar y dictaminar, según los casos y circunstancias.

Es en este espíritu que, a continuación, hacemos las propuestas referentes al Ministerio Público, inspiradas en la Censura romana.

7.3. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO MAGISTRATURA PROTECTORA DEL ORDEN JURÍDICO

La junta de fiscales supremos debería ser una magistratura con las características romanas: un cuerpo colegiado en el que cada uno de los fiscales supremos tiene todo el imperium de representar a la sociedad y hacer cumplir el derecho, tomando para ello las medidas que corresponda. Su responsabilidad es cooperar a la pacificación de la sociedad a través de las labores especializadas que realiza: investigar, accionar, dictaminar, participar en diligencias. Pero debe privilegiar la tarea de hacer cumplir el derecho y pacificar, a las formas concretas de actuación a través de investigar, demandar o denunciar, dictaminar y realizar diligencias. Estas deben ser medios pero no fines. Los fines son aquellos otros.

La junta de fiscales supremos debe rendir cuenta al Senado y al pueblo de la forma en que contribuyó a la pacificación de la sociedad a través del cumplimiento del derecho por todos.

La configuración de la junta de fiscales supremos como una magistratura política requiere que su elección sea también política. En este sentido, consideramos como lo hemos hecho a lo largo de este libro para otras magistraturas, que lo conveniente es que todos los fiscales sean elegidos por el Senado, lo que desde luego requeriría de procedimientos seguros pero ágiles. Esto incluiría a los fiscales supremos, que tendrían la función de conducir la marcha de todo el Ministerio Público.

De esta manera, las funciones de esa magistratura serían las siguientes:

- Responsabilizarse del cumplimiento del derecho en la república para contribuir a la pacificación de la vida social y tener a tal función como la finalidad central del quehacer del Ministerio Público.
- Disponer la ubicación de los fiscales en todo el territorio de la república.
- Asignarles las funciones específicas a realizar, sobre la base de las que haya previsto la legislación correspondiente.
- Supervisar el cumplimiento de la finalidad y de las tareas del Ministerio Público en toda la república. Esta labor podrá dividirse entre los diversos fiscales supremos pero la responsabilidad será colegiada.
- Ejercer el derecho de iniciativa en la formación de las leyes.
- Ejercer la Acción de Inconstitucionalidad.
- Denunciar en la forma que la Constitución y las leyes establecen a todos los altos funcionarios de la República que transgreden la ley y tengan prerrogativa de antejuicio.
- Ejercitar la intercessio frente a las decisiones de las magistraturas y de los funcionarios de la República que sean incompatibles con la legalidad.

Por su parte, las funciones de los fiscales integrantes del Ministerio Público en las cuales no tiene injerencia alguna la junta de fiscales supremos serían las siguientes:

- Investigar autónomamente la legalidad en la actuación de los magistrados, los funcionarios y empleados de la República, los seres humanos y las personas jurídicas.
- Promover de oficio o a petición de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

- Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
- Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
- Conducir desde su inicio la investigación del delito.
- Ejercitar la acción penal.
- Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

Debe entenderse que la interferencia de la junta de fiscales supremos en las funciones de los fiscales integrantes del Ministerio Público es un delito de usurpación de autoridad, cuando no un delito contra la administración de justicia, según los casos. Esta interferencia debe ser impedida por ser una arbitrariedad en el uso del poder de la república.

7.4. SOBRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son dos órganos distintos y con funciones diferenciadas. Pero, también, confluyen en la necesaria aplicación de la ley para lograr la honestidad y la pacificación de la vida social. La Contraloría General de la República lo hace en el ámbito de la actuación de los funcionarios de la república, especial pero no únicamente referida al cumplimiento de las normas presupuestales, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a este tipo de control. Es de verse que la moralidad pública tiene como uno de sus pilares a la Contraloría General de la República.

Mencionamos a la Contraloría en este capítulo por esta vinculación que existe entre su trabajo y la moralidad en el uso de los recursos públicos y, desde luego, también porque la Censura en Roma se vinculó al uso de los recursos públicos, aunque de una manera distinta por las condiciones de administración del erario entonces. Sin embargo, es muy sugerente que la Censura recibiera también funciones de este tipo en Roma: señal

de la por demás evidente vinculación que existe entre la legalidad y la disposición de los bienes públicos.

Es muy significativa la declaración periodística que hizo el contralor Fuad Khoury al dejar el cargo en mayo de 2016. Las afirmaciones que más interesan a este libro son las siguientes:

–Durante su gestión, según el informe final que ha presentado en el Parlamento, se han detectado a 25 000 funcionarios con responsabilidades civiles y penales por corrupción, pero menos del 0,1% de estos está en la cárcel.

Nosotros tardamos entre seis u ocho meses para sancionar; la fiscalía, dos años y medio; el Poder Judicial, cinco años. Eso se llama impunidad. Si alguien busca la razón de ser de la corrupción, se llama impunidad. Pasan ocho años y la gente no va a la cárcel. Si algo hacemos mal en el Perú, es luchar contra la corrupción.

–Prácticamente no hay sentenciados por corrupción en el país.

Hay impunidad en la sanción. Ya qué más va a hacer la Contraloría. ¿Seguir llenando la canasta de denuncias? Honestamente, hemos llegado a la mitad de donde quisiera llegar como institución. Espero que el próximo contralor siga el plan estratégico que tenemos.

–Precisamente, las críticas a la Contraloría han sido, en su mayoría, por haber «llegado tarde».

El ministro de Estado no tiene a alguien que se llama contralor sentadito, mirándolo, para que tome buenas decisiones. Si eres titular de una entidad, tienes que asegurar que todo se haga bien. Pero insisten en insinuar que la Contraloría llega tarde. La Contraloría siempre, aquí y en la China, va a llegar tarde. La auditoría es posterior.

–Entonces la autocritica de estos siete años no es por haber sido poco eficiente.

¡A muchos casos nunca hemos llegado! Somos 1500 auditores. La autocritica va por la independencia de los órganos de control institucional (OCI), que son nuestro brazo armado.

–Solo la procuraduría de la Contraloría ha detectado 1754 millones de soles involucrados en los casos vistos. ¿Cuánto se pierde al año por corrupción?

Lamentablemente [la corrupción] está más efectiva. El estimado que suelo dar, usando parámetros internacionales, son diez mil millones de soles al año. Se pierde un montón de dinero en corrupción. Somos un país pobre y no podemos darnos el lujo de botar la plata (Castañeda, 2016).

La entrevista, a pesar de su tono periodístico, revela cosas muy importantes a partir de la experiencia del Contralor General de la República al dejar el cargo:

- Considera que la Contraloría General de la República «siempre va a llegar tarde» a controlar la corrupción porque hace un control posterior. Su objetivo parece haber sido que los órganos de control institucional, que están en cada institución que gasta, no sea independiente de la Contraloría sino, más bien, su «brazo armado». Esto no se ha logrado hasta ahora y es un problema institucional que genera ineficiencia. Según nuestro juicio, requiere una autoridad de naturaleza política que busque a través de medios de poder el corregir la situación. Un contralor funcionario tiene muchos más problemas y limitaciones para hacerlo.
- Estima en diez mil millones de soles al año el costo de la corrupción. Esto equivale, gruesamente, a algo menos de tres mil millones de dólares. Si este costo es razonablemente verosímil, a nuestro juicio la puesta en marcha de un mecanismo de control mayor y más moderno, tendría un costo que podría perfectamente ser absorbido por la mayor efectividad de la lucha contra la corrupción y, desde luego, traería el inestimable beneficio de la honestidad.
- En el Perú se lucha mal contra la corrupción: el proceso contra los imputados dura en promedio ocho años y, al final, los sancionados son muy pocos. La cooperación entre el Ministerio Público,

el Poder Judicial y la Contraloría no es fluida ni eficiente. El Perú no sabe luchar contra la corrupción. El sistema existente para ello es inoperante y genera impunidad. A nuestro juicio, si estas instituciones tuvieran responsables políticos al mando, tendrían condiciones para poder ser más eficientes: el plano de lo político busca caminos que la actividad funcionaria no puede utilizar.

Más precisamente en relación al Contralor de la República en el Perú, él es designado por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo (artículo 82 de la Constitución). Al margen de las calidades personales del contralor, lo cierto es que la Constitución lo pone bajo el temor reverencial de los dos poderes del Estado: el que lo propone y el que lo designa. El efecto práctico es que su capacidad de control sobre las altas esferas de estos poderes es muy reducida por la dependencia que crea el mecanismo de elección.

Nosotros estimamos que el Contralor General de la República es un magistrado político, no técnico, que se encarga de garantizar que los bienes públicos sean gestionados con honestidad y de acuerdo a ley. Su trabajo no es «administrativo» en el sentido que debe cumplir con determinadas rutinas y emitir los informes correspondientes, sino que debe tratar de que haya honestidad generalizada en el manejo de los recursos públicos. Si se ha cumplido todos los pasos necesarios de control pero se han producido peculados y malversaciones significativas, entonces la Contraloría General de la República no ha cumplido la función para la que existe. Nuevamente, el objetivo no es cumplir procedimientos sino conseguir resultados. Es político y no administrativo. Sin embargo, la Contraloría es más administrativa que política.

Nuestra propuesta es que la Contraloría sea una magistratura colectiva de contralores elegidos por el Senado de la República, que no tiene un origen directo en el voto político. De esta manera los contralores podrán tener mayor autonomía de los poderes políticos.

No es bueno que haya un solo contralor porque la tarea es inmensa. Sí deberían los contralores, entre sí, elegir a uno que los presida. Podría tratarse de un sistema de turnos. Para diseñar mejor la institución, es útil la caracterización de las magistraturas romanas.

Su finalidad sería obtener la honestidad en el manejo de los bienes públicos. No se trata de cumplir metas de actividades determinadas, conduzcan o no a ese fin. La tarea de la Contraloría se debería asemejar más a una labor de inteligencia que a un trabajo de revisión de cuentas. Es preciso priorizar el análisis de los casos de mayor peligro de corrupción y poder focalizar ágilmente el control sobre ellos. Todo esto requiere de una política finalista para lograr resultados y de una concentración de medios y esfuerzos operativamente eficiente para tal fin.

La Contraloría debe ser un agente que hace inteligencia y descubre en el Estado a los funcionarios, pocos o muchos, que hacen irregularidades con los fondos públicos y corrige drásticamente esa conducta.

Debe tener una organización nacional y, de ahí, la conveniencia de que sea un órgano colegiado, sujeto a las reglas de las magistraturas más avanzadas de Roma y que hemos revisado en páginas anteriores: órganos autónomos pero que son fiscalizados y a los que se les exige resultados en relación directa con los fines para los que fueron creados.

Por ello, dotaríamos a la Contraloría de independencia y manejo fluido de las situaciones que aparecen en el día a día. Su relación con la ética del uso de los recursos públicos es evidente.

CAPÍTULO 8

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA

En este capítulo hacemos una síntesis de las propuestas que una consideración del derecho público romano podría aportar al constitucionalismo contemporáneo. Tratamos de introducir las propuestas en el contexto de la Constitución peruana vigente de 1993.

El esquema general de organización de la república sigue siendo de tres planos: nacional, regional y local. Las propuestas que hemos trabajado en las páginas precedentes se refieren al plano nacional, salvo la de considerar que los jueces de paz sean magistrados de carácter municipal (lo que se apoya en antiguas tradiciones romanas y, aún, en las propuestas liberales de la Constitución de Cádiz de 1812).

Sin embargo, varias de las propuestas pueden también ser replicadas en los planos regional y local pues trabajan en todos los niveles de la organización de la república. Desde luego, hacer la réplica requeriría estudiar con más detalle las funciones y las interacciones con los niveles superiores pues, en todos los casos, debería tratarse de «sistemas» concatenados entre sí y no de entidades completamente autárquicas unas de otras. Desde el punto de vista histórico, la evolución del romanismo llevó a que las instituciones de Roma se replicaran de diversas maneras en los distintos planos. Pero este es un tema que debería tratarse con una investigación específica que no hemos desarrollado.

Por estas razones, nos concentraremos en los cambios en el plano nacional de la organización de la república.

Es muy importante recordar que todas las magistraturas son colegiadas, como regla general, y que cada miembro de ellas tiene el íntegro del poder que se asigna a la colegialidad. También es importante recordar que existe la *intercessio* entre colegas por la cual uno puede vetar las decisiones del otro.

Según nuestro criterio, es el Senado el que debe elegir a los magistrados más importantes de la república. Esto incluye al pretor, a los miembros del Ministerio Público, del Tribunal Constitucional, de los órganos del sistema electoral, al contralor y al defensor del pueblo. También a algunos otros que no tratamos en este capítulo síntesis y que por eso no mencionamos en esta enumeración.

A continuación, resumimos los principales cambios que proponemos en el modelo constitucional, dando la imagen global de todos ellos, planteando la manera en que se reconfigura su ubicación y, asimismo, en que se modifican sus funciones.

8.1. EL PUEBLO

La Constitución peruana dice en su artículo 45:

El poder del Estado emana del pueblo.

Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

[...].

Según nuestro criterio, el contenido de este artículo consiste en una afirmación ambigua y confusa por las siguientes razones:

- Dice que el poder «emana» del pueblo pero no dice que este también lo «ejerce» (a través de las votaciones y de mecanismos de democracia directa existentes en la constitución).
- Al separar por un lado al pueblo que es la «emanación» del poder y por otro a aquellos que «lo ejercen», deja la impresión errónea

de que la emanación y el ejercicio del poder pertenecen a sujetos políticos distintos: lo primero es para el pueblo lo primero y lo segundo para sus representantes.

Por ello, precisamente, sería mejor que la Constitución dijera: «El poder emana del pueblo quien lo ejerce directamente o a través de comisionados por él». La fórmula, como se puede apreciar, es rousseauiana y corresponde a lo que establece la Constitución vigente: el artículo 31 de la Carta da los derechos a referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, elegir y ser elegidos y, en el caso de los vecinos, se establece que «La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación».

En consecuencia, estimamos que, en adición a los derechos que el pueblo ya tiene en la Constitución y que hemos reseñado brevemente, cabría establecer para él los siguientes derechos de participación directa:

- La aprobación de la Constitución por referéndum, así como de sus modificaciones. Es una atribución que hay que retirar de entre las que caben al Congreso actualmente, entre otras razones, porque mientras la atribución pertenezca a los legisladores, el Congreso nunca se reformará a sí mismo sustancialmente y, sobre todo, no retirará los privilegios no admisibles con que cuentan los congresistas en la actualidad (cobro de remuneraciones no vinculadas al trabajo efectivo, poca o nula vigilancia del uso de los recursos públicos, sanción por inconductas no sujeta al régimen de separación de poderes, etcétera). El sistema debería suponer que un órgano del Estado con atribución para ello proponga la modificación y que el pueblo la apruebe o rechace. Esto permitirá mecanismos de control en el procedimiento respectivo.
- La aprobación de las leyes de desarrollo de los derechos humanos mediante referéndum. Esta atribución hay que retirarla de entre las que tiene actualmente el Congreso.

- La aprobación, mediante referéndum, de leyes de organización político-administrativa del territorio en regiones, departamentos, provincias y distritos. Es una atribución que debe retirarse de las actuales del Congreso. La propuesta tendría que venir de un órgano del Estado y aprobarse por el pueblo o la parte de él a la que le corresponda, para garantizar la existencia de mecanismos de control político.
- La consulta al pueblo o a parte de él de decisiones políticas, que deba resolverse ad referendum según las disposiciones vigentes.
- Votar ad referendum la posible renovación del Senado a propuesta de las magistraturas competentes para ello.

La idea detrás de estas propuestas consiste en que el pueblo tenga no solo la posibilidad de «emanar de sí» el poder sino también de ejercerlo sobre la base de su potestas suprema en la organización política.

Esto hace necesario abandonar el concepto de soberanía para efectos de ejercicio del poder interno de la república. El pueblo ejercería la potestas. Como veremos después, otros ejercerán el imperium u otras formas de poder. Si la soberanía sobrevive, debe ser solamente para efectos de la relación de las organizaciones políticas en el mundo internacional. No obstante, reconocemos que el tratamiento de la soberanía en las relaciones entre Estados es complejo y requiere de una elaboración específica, distinta de la que realizamos en este libro.

8.2. EL PODER EJECUTIVO

No consideramos conveniente dar al Poder Ejecutivo una estructura plural del tipo que fue propio al Consulado: las experiencias modernas no han tenido el resultado positivo esperado y han sido modificadas (en América Latina, el último caso fue el uruguayo con el Consejo Nacional de Gobierno que estuvo vigente entre 1952 y 1967). No lo modificamos en cuanto a su organización: tiene un presidente de la república y un

gabinete ministerial en el que hay un trabajo colectivo como grupo y un trabajo individual, responsabilidad de cada ministro. También hay un mecanismo de control político entre el presidente y sus ministros que tiene ida y vuelta. El control de los ministros hacia el presidente ha sido más formal que real en la experiencia política moderna. Sin embargo, hay que prever que el establecimiento de otras magistraturas pueda cambiar el balance de pesos y contrapesos y, consiguientemente, la exigencia de una mayor supervisión de los ministros y el gabinete frente al presidente de la república. Sería deseable que ocurriera así.

Lo que sí debería cambiar en el ejercicio de las atribuciones del Poder Ejecutivo es el concepto mismo de poder, añadiendo a las atribuciones que la Constitución le da, las características del poder de imperium que hemos desarrollado en el primer capítulo (apartado 1.5.4). Como entonces vimos, las características fundamentales del imperium son su imperatividad y su teleología: mandar dentro de las atribuciones recibidas, pero con la finalidad de conseguir los objetivos de gobierno. Este tipo de aproximación al poder está presente contemporáneamente en el sistema constitucional, por ejemplo, en los casos de estado de emergencia o de sitio (artículo 137 de la Constitución), que se aplican a los desórdenes sociales o políticos que alteran el orden público.

Pero no existe la misma concepción del poder teleológico, por ejemplo, en la lucha contra la corrupción, contra el narcotráfico o contra las mafias que, subrepticamente, alteran el orden social sin causar problemas de orden en calles y plazas.

Hay que notar que, cuando menos el estado de emergencia, podría perfectamente utilizarse en la lucha contra el crimen organizado o la corrupción, pues puede establecerse «en caso [...] de graves circunstancias que afecten la vida de la nación» (el inciso 1 del artículo 137 de la Constitución). Sin embargo no ocurre así y el narcotráfico, los otros grupos de poder fáctico y la misma corrupción, son difícilmente controlados. Hay la percepción de que, incluso, crecen con el transcurrir del tiempo.

Al Poder Ejecutivo habría que exigirle que actúe finalistamente, teleológicamente y que combine el conjunto de sus atribuciones con el propósito de eliminar estas alteraciones del orden público. Esto se puede hacer mejor con un concepto de imperium que con el tradicional de atribuciones y separación de poderes.

En el sistema constitucional contemporáneo existente, ocurre que quien podría tomar cuentas de estas fallas al Ejecutivo es el Legislativo pero, como es evidente, el Congreso tiene defectos de funcionamiento y de eficiencia mucho mayores que el Ejecutivo y, por consiguiente, no toma cuenta ninguna¹.

En un sistema de magistraturas con Senado, pretor y una defensoría mejor avituallada de poderes, es posible que esta situación cambie y que haya la posibilidad de exigir al ejecutivo una mayor eficiencia en el logro de los objetivos políticos de la sociedad. En este contexto, el Congreso también debe ser modificado con la finalidad de que logre mayor eficiencia y ejerza mejor el control político teleológico que debe a la ciudadanía.

Como hemos dicho antes, el poder de imperium solo debe ser ejercitado de manera colegiada. No puede, por tanto, utilizarlo por sí mismo el presidente de la república. Tendrá que hacerlo mediante acuerdo de la Presidencia y el Consejo de Ministros, o al menos con uno o algún ministro. El tema ya está regulado en el artículo 120 de la Constitución: «Son nulos los actos del presidente de la república que carecen de refrendación ministerial».

¹ Evidentemente, los congresistas expresan preocupaciones ante los medios de comunicación por estas circunstancias, pero el Congreso como tal, sus comisiones y su pleno, no tienen ninguna gravitación en la solución de los problemas de violencia social que emergen de los poderes fácticos o de los fenómenos de corrupción. El Congreso es casi absolutamente estéril en solucionar estos problemas o, aún, en contribuir a solucionarlos.

8.3. EL SENADO

Hemos planteado la existencia de un senado con auctoritas, cuyos miembros no sean elegidos sino designados según procedimientos predeterminados de entre los dirigentes políticos y sociales del país, con una estadía en el cargo de diez años. Puede haber otras alternativas de plazo de nominación. Una de las ideas dominantes consiste en que el Senado de continuidad a la vida política del país al ser un órgano de permanencia mayor que las otras magistraturas y no estar sujeto a la cambiante opinión del voto popular. Sería un órgano de estabilidad para el sistema en su conjunto.

El principio de gobierno de este Senado será su auctoritas, es decir, la autoridad de sus miembros, que han tenido cargos de importancia política y social en el pasado y que vuelcan su experiencia en la labor senatorial. No se trata de un órgano elegido popularmente.

Por todo lo dicho, debe tener funciones que sean, en términos contemporáneos, de «Estado» y no de «gobierno». Por lo mismo, tampoco debe tener atribuciones de ejecución directa. Lo que sea necesario hacer deberá solicitarlo a otros órganos de poder. Eso asegura que la democracia tenga, en última instancia, los instrumentos de realización de las decisiones. Desde luego, el Senado sí tendría intervención directa en las decisiones cuando realice las elecciones, sanciones y destituciones que se le encargue expresamente.

Las atribuciones que proponemos para este Senado son las siguientes:

- Discutir cualquier asunto de interés general.
- Hacer las recomendaciones pertinentes para la moralidad de la vida política y social.
- Nombrar y remover a los magistrados que se indique en las leyes. Entre ellos deberían estar: la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía de la Nación y los fiscales, la Contraloría General de la República, La Corte Suprema de Justicia y los jueces, los miembros del Tribunal Constitucional, los superintendentes de diversos sectores

de la vida social y económica. Esto daría rango de elección indirecta a estos magistrados y los desvincularía del nombramiento por los poderes políticos.

- Destituir a los magistrados que nombre cuando incurran en conductas que lo ameriten según la ley.
- Tomar cuenta de su actuación a los magistrados de la república.
- Denunciar ante el Ministerio Público a los funcionarios que hayan cometido delitos o infracciones contra la república.
- Encargarse de la evaluación de la ética en la conducta de los congresistas y sancionarlos o denunciarlos, según sea el caso, en aquellas circunstancias en las que incumplan la ley, la Constitución, o cometan delitos. Esta es una atribución que se retira del Congreso.
- Resolver los conflictos de poder que ocurran entre las magistraturas. Se retira esta función del Tribunal Constitucional.
- Proponer al pueblo la demarcación territorial de la república.
- Aprobar el régimen de suspensión de derechos (estados de emergencia y de sitio).
- Resolver los conflictos que se presenten entre los órganos de la república en el ejercicio de sus competencias.
- Resolver definitivamente la situación planteada por el veto ejercitado por la Defensoría del Pueblo frente a otros órganos o magistraturas.

El Senado deberá funcionar ágilmente para cumplir a cabalidad estas atribuciones y podrá tomar decisiones en comisiones de trabajo. Debería ser regulado por una ley orgánica que asegure el adecuado y oportuno cumplimiento de sus funciones.

Si estas fueran incumplidas, se debería prever una renovación del Senado ad referendum del pueblo, propuesta por magistrados autorizados expresamente a ello por las leyes.

8.4. EL CONGRESO

No hubo un Parlamento en Roma. El que tenemos evoluciona a partir del inglés, que se consolida a partir del siglo XVII y se traslada al continente europeo y más tarde a América.

El Parlamento contemporáneo está seriamente cuestionado porque no cumple sus funciones en el ordenamiento político del Estado-nación. Nosotros, sin embargo, hemos decidido mantenerlo, cambiando algunos asuntos que resultan de mucha importancia, tanto para que pueda funcionar adecuadamente, como para que sus eventuales ineficacias no estorben el funcionamiento global del sistema.

El Congreso (así se denomina en el Perú) sería un órgano electo por circunscripciones territoriales, conformado por congresistas que solo son tales cuando están participando colegiadamente en reuniones de pleno o de comisiones. En otra circunstancia, son ciudadanos simples sujetos a las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad que les garantiza la Constitución.

Los congresistas deben trabajar a tiempo completo en el Congreso y participar con presencia física e intervención en todas las sesiones de pleno y comisiones en las que les corresponda laborar. Deberán cobrar en función de la contabilización del trabajo que realizan dentro de las sesiones a las que deben asistir. En el mundo actual están creados los mecanismos cibernéticos que permiten contar la permanencia de los congresistas en sus lugares de trabajo.

Las funciones del Congreso serían las siguientes:

- Dictar la ley, excluyendo la que se aprueba mediante referéndum.
- Interrogar, interpelar y censurar a los ministros.
- Aprobar tratados, presupuesto, cuenta general y empréstitos.
- Aprobar la amnistía.
- Investigar a través de comisiones todo asunto de interés público.
- Autorizar el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la república.

Con estas atribuciones y esta forma de trabajar, pretendemos configurar al Congreso como un órgano cuyos miembros trabajan a tiempo completo en las actividades que les son propias y que se dedican fundamentalmente a las labores de legislación ordinaria, de representación (solo cuando trabajan en las reuniones del pleno o de las comisiones) y control político.

Al mismo tiempo, el Congreso ha mostrado una recurrente ineficacia o indolencia en varios temas fundamentales para la vida nacional y, por ello, se le retiran las siguientes atribuciones, que han pasado a la potestas del pueblo o a otras magistraturas:

- Aprobar y modificar la Constitución.
- Aprobar las leyes de desarrollo de los derechos humanos, las que deben ser debidamente identificadas ex ante.
- Aprobación de las leyes de organización política del territorio.
- Nombramiento de altos magistrados de la república.
- Procedimientos de investigación y sanción de la conducta de los congresistas.
- Procedimiento de antejuicio político.

Consideramos que, de esta manera, el Congreso queda más acotado para cumplir adecuadamente sus funciones y se le retiran aquellas que ha incumplido reiteradamente en perjuicio de la vida política cotidiana. Se pretende que sea un órgano de trabajo efectivo de sus miembros al servicio de la colectividad.

8.5. EL PRETOR

A diferencia de las otras propuestas que se incorpora, aquí se trata de una magistratura unipersonal, como lo fue en Roma. Es un presidente del Poder Judicial que no sentencia sino que dirige y gobierna la administración de justicia en busca teleológica de la paz social. Tiene, en este sentido, un imperium para lograr el propósito indicado. Por consiguiente, el pretor

no dirige políticamente el trabajo del Poder Judicial para resolver expedientes, sino para ejercer la función jurisdiccional buscando la pacificación de la sociedad con un espíritu teleológico claramente definido.

Para lograrlo tiene todas las atribuciones de mando y dirección del organismo de administración de justicia que le permiten organizar la labor y dar preferencia a ciertos temas sobre otros en función de la pacificación. La enumeración de funciones es extensa y puede ser consultada en el capítulo 6 de este libro.

El pretor no se inmiscuye en las decisiones de naturaleza jurisdiccional. Ellas son atribución exclusiva de los jueces de la república. Estos deben no solo resolver expedientes sino que también, deben establecer jurisprudencia vinculante que contribuya a construir una república de derecho, así como a dar predictibilidad a las decisiones jurisdiccionales.

Además, la Corte Suprema de Justicia deja de ser, en esencia y como es hoy en la práctica, una instancia de resolución de casos judiciales. Se convierte en un órgano que realiza las siguientes dos funciones importantes:

- Prioriza la solución de los principales problemas de la sociedad, dando jurisprudencia vinculante que asegure a la ciudadanía el sentido en que se resolverán los casos. La sanción al juez que no respete los precedentes jurisdiccionales debe ser ejemplar porque ese tipo de conducta desinstitucionaliza completamente el concepto de una república de derecho.
- Vigila la función jurisdiccional de todos los tribunales de la república para lo cual, sus vocales se encargan de determinados distritos judiciales. En este sentido, contribuye a la eficiencia y a la integridad de todos los administradores de justicia.

La administración de justicia se halla extendida por todo el territorio de la república. Por consiguiente, habría que desarrollar mecanismos institucionales de coordinación de la tarea jurisdiccional en los planos

nacional, regional y local. No sería absurdo colocar pretores regionales y, aún, de nivel inferior, integrados con el pretor nacional. Un análisis más preciso es necesario para establecer las líneas de colaboración y de independencia entre los diversos magistrados nacionales, regionales y locales en esta materia.

Como hemos anunciado antes, estimamos interesante analizar la posibilidad de que la justicia de paz se integre a las municipalidades de la república. Les daría un asiento institucional en cada distrito e incluso presencia en los concejos municipales para plantear los grandes problemas de la justicia pacificadora de base.

La estructura procesal que integra jerárquicamente a los juzgados y cortes en instancias de resolución debe mantenerse, pero los principios, los métodos y la extensión de los procesos, deben conducir a una administración de justicia más expeditiva y eficiente. El sistema de precedentes jurisdiccionales, sin duda, facilitará tal cosa.

8.6. EL MINISTERIO PÚBLICO

Tomada una parte de la Censura romana como inspiración, se trata de convertir al Ministerio Público en una magistratura que tenga como finalidad principal el logro del cumplimiento de las reglas jurídicas en la sociedad, buscando su pacificación. Sería una magistratura colegiada con imperium para hacer cumplir la finalidad indicada. Sus labores tendrían que ver con una política de cumplimiento del derecho y no pueden interferir en la labor profesional de los fiscales. En adición a su teleología ya mencionada, las principales tareas que tendría esta magistratura serían:

- Ubicar a los fiscales en el territorio y asignarlas funciones específicas según la ley.
- Supervisar el cumplimiento de la finalidad central de la magistratura.
- Denunciar a los altos magistrados que transgredan la ley y tengan la prerrogativa del antejuicio.

- Ejercer la iniciativa en la formación de las leyes y la acción de inconstitucionalidad.
- Ejercitar la intercessio frente a las decisiones de las magistraturas y de los funcionarios de la república que sean incompatibles con la legalidad.

Los fiscales tendrían las siguientes funciones:

- Investigar las conductas antijurídicas.
- Promover la acción judicial en defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados.
- Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
- Representar a la sociedad en los procesos judiciales.
- Conducir desde su inicio la investigación del delito y ejercer la acción penal.
- Dictaminar los casos que indique la ley.

En la actualidad se puede apreciar que el Ministerio Público está encadenado a una serie de actividades procesales que le son impuestas y que no puede dejar de lado. Con ello, muchas veces el esfuerzo del fiscal se concentra en hacer las gestiones que la ley le impone, muchas de las cuales podrían ser realizadas por terceros. En consecuencia se descuida otras tareas prioritarias para la paz social a través del cumplimiento del derecho.

La magistratura de fiscales supremos tendría, así, la tarea preferente de orientar el trabajo de los fiscales hacia la finalidad de lograr la paz a través de la aplicación del derecho.

El Ministerio Público está extendido en todo el territorio de la república. Consiguientemente, en esta magistratura hay una conexión directa con el tema de los planos de organización nacional, regional y local

del poder dentro de la república. Es algo que tendrá que profundizarse con estudios adicionales que permitan vislumbrar los mejores modelos para la articulación del trabajo del Ministerio Público en todos estos niveles.

Es bueno insistir, como en el caso del pretor, señalando que la magistratura tiene una finalidad de pacificación a la que sus acciones tienen que ser dirigidas preponderantemente.

8.7. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría debe ser una magistratura colegiada que tiene como finalidad obtener la honestidad en el manejo de los bienes públicos. Debe contar con poder de imperium para cumplir las finalidades indicadas.

No se trata de cumplir ritos de control sino de lograr la honestidad. Para ello observa y ejerce actividades de inteligencia con una organización en todo el país. Esto la vincula a los planos regional y local que también deberán ser conectados entre sí.

Sus funciones específicas serán las que realiza normalmente, con la actualización que corresponda según las técnicas más modernas.

8.8. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Creemos que algunos cambios inspirados en los tribunales de la plebe le darían mejor estructura a la Defensoría del Pueblo, institución ya existente en nuestro sistema constitucional.

Partimos del hecho que la Defensoría ejerce su función dentro del aparato de poder de la república. En este sentido, es paradójico que debiendo defender al pueblo, carezca de instrumentos de poder que le permitan tal cometido. La Defensoría del Pueblo ha sido caracterizada como una «magistratura de la persuasión» en el mundo contemporáneo.

Nosotros proponemos que sea una magistratura colegiada, carente de imperium pero dotada de poder negativo, esto es, con la capacidad de vetar decisiones de otros órganos o magistraturas que, en su criterio,

sean perjudiciales para el pueblo o para sus partes. Este veto debería tener formas de levantamiento. Pensamos que, dentro de la estructura que hemos propuesto, el órgano con mejor disposición para hacerlo será el Senado, que tiene en su seno personas experimentadas en la vida política y social, y que no responden a intereses políticos electorales directos por su forma de elección.

En Roma, los tribunos de la plebe podían proponer normas jurídicas y decisiones a aprobación de la plebe. Su versión moderna es el referéndum. Podrían ahora los defensores del pueblo convocar a referéndum a la ciudadanía para que se pronuncie sobre temas trascendentes para la defensa del pueblo o de sus partes, así como para la aprobación de las leyes que deben emerger de su potestas. Desde luego, esta debería ser una atribución directa de los defensores del pueblo, no tamizada por la intervención de otros órganos o magistraturas.

Provista de estos instrumentos, la Defensoría del Pueblo estaría, creemos nosotros, en condiciones de defender mejor los derechos que debe proteger, en el ambiente político general de la organización de la república.

8.9. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL SISTEMA ELECTORAL

No nos hemos referido a ellos en las modificaciones realizadas porque creemos que no deben ser modificados sustancialmente. Esto debido a que tanto el Tribunal Constitucional como el Jurado Nacional de Elecciones tienen un comportamiento fundamentalmente de cortes que ya está bien caracterizado. Sin embargo, consideramos que sus miembros deben ser elegidos por el Senado de la república para darles independencia completa, en su origen, de los poderes políticos establecidos.

Según nuestras propuestas, el Tribunal Constitucional ya no ejercería jurisdicción en el proceso competencial, porque las diferencias de criterio entre las entidades del Estado serían resueltas por el Senado de la República. Esto permitiría que no solo instituciones constitucionales se beneficien de esa solución sino también muchas otras que ahora no pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional. Adicionalmente, se tendría la ventaja

de que, cuando una institución de rango constitucional tuviera un conflicto con otra institución de rango inferior, también se pudiera dar curso al procedimiento y resolver las diferencias. Actualmente, el Tribunal Constitucional no admite que haya proceso competencial entre instituciones que no son del rango constitucional o entre una que lo tiene y otra que no.

Fondo Editorial PUCP

ANEXO

CRONOLOGÍA DE ROMA PARA GUIARSE EN ESTE LIBRO

Esta es una cronología que tiene como única finalidad poner en orden sucesivo la información histórica necesaria para ubicar en el tiempo las afirmaciones realizadas en este libro. No es exhaustiva y, por tanto, no contiene todos los hechos relevantes de la historia del período en Roma.

Las fuentes para la historia de los primeros siglos de Roma no son muchas. En el año 390 a.C. los galos atacaron e incendiaron Roma y se perdieron los documentos que podrían probar la historia. El relato del pasado de la ciudad se reconstruyó a partir de la segunda mitad del siglo III a.C. y se hicieron nuevos descubrimientos, fundamentalmente con base arqueológica. Por ello, existen dudas y contradicciones sobre los hechos que son fruto de estas limitaciones de la certeza de las fuentes a disposición.

	Año	Acontecimiento
1	753 a.C.	Roma fue fundada el año 753 a.C., según dijo Varrone al final de la República. Es la versión tradicional. Carandini, arqueólogo moderno, dice que Roma nació y existía entre los años 775 y 675 a.C. (2009, p. 9). Añade que «los historiadores contemporáneos sostienen, generalmente, que la ciudad no fue fundada por alguien sino que fue formada gradual y anónimamente. Según esas opiniones, hubo una ciudad-estado en el lugar de Roma no antes de la segunda mitad del siglo VII a.C., es decir, en la época asignada por la tradición a Anco Marcio y a Tarquino el Antiguo» (p. 13).
2	753 a.C.-534 a.C.	La tradición dice que hubo siete reyes en Roma. Mucho de lo que se cuenta corrientemente de ellos pertenece a tradiciones legendarias. Los datos históricos son pocos para aquella época. Sin embargo, existen algunos referidos a los tres últimos reyes. Los cuatro primeros, según la versión legendaria, comienzan a fundarse la ciudad y son: Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio. Los tres últimos son de origen etrusco: Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio. Tarquino el Antiguo comienza su reinado el 616 a.C. y Servio Tulio reina entre el año 578 a.C. y el año 534 a.C. (Capogrossi, 2014, cronología).
3	Circa 500 a.C.	Desde la fundación de la ciudad, su estructura social se centraba en la familia compuesta por el padre de familia y quienes estaban bajo su potestad (su cónyuge, sus hijos y sus descendientes, los clientes o allegados), y por los esclavos si los había, más el patrimonio familiar. Las familias así constituidas cuyos padres tenían un antecesor masculino común, formaban gens; las gens se incluían en curias (que la tradición señala que las curias fueron treinta, fundadas por el mismo Rómulo) y estas en tribus. El conjunto de estas personas devino en los patricios, que eran los ciudadanos romanos originarios. Al lado del patriciado se conformó progresivamente la plebe, que quedó perfilada hacia el año 500 a.C. como un grupo de gentes llegadas de fuera, o también romanos que habían perdido su condición de ciudadanos por diversas razones (Alföldy, 1987, p. 22). La plebe no tenía derechos ni prerrogativas en Roma durante los primeros tiempos, porque todo ello pertenecía exclusivamente a los patricios.
4	Circa 500 a.C.	Los tres últimos reyes trataron de atenuar las dificultades de la plebe y con ello se enfrentaron a los patricios. Servio Tulio hizo importantes reformas como la sustitución de las curias por las nuevas centurias. Con ello cambió la base de organización social dejando de lado el principio aristocrático y sustituyéndolo por el principio patrimonial. Esto incorporó a Roma a los plebeyos enriquecidos. La finalidad de Servio Tulio fue utilizar a los plebeyos ricos como elementos incorporados

	Año	Acontecimiento
4	Circa 500 a.C.	al ejército pues los necesitaba para las acciones militares de Roma: no todos los aristócratas podían pagar los altos costos de militar en el ejército y varios de los plebeyos sí podían hacerlo en la época de este rey reformador.
5	509 a.C.	Los patricios derrocaron a Tarquino el Soberbio y establecieron la República en Roma. Aparecen los cónsules como máxima instancia de gobierno romano republicano. Los etruscos trataron, sin éxito, de retomar el control de Roma. El año 474 a.C. los etruscos perdieron la supremacía naval de la región al ser derrotados por Siracusa en la batalla de Cuma y, con ello, quedaron militarmente imposibilitados de reconquistar Roma.
6	494-493 a.C.	Se produce la primera Secesión de la Plebe en Roma. Esta se retira al Monte Sacro. Luego de negociaciones con los patricios y antes de regresar a Roma, nombra a sus Tribunos de la Plebe que se convierten en una institución política sustancial para la vida republicana de Roma.
7	451-450 a.C.	Roma nombra a los Decenviros para que «trajesen de las ciudades de Grecia leyes y Roma se fundase en ellas» (D.1.2.2.4). Se promulga la Ley de las XII Tablas que, expuesta en tablas de mármol, se aplica a todos los romanos, patricios y plebeyos.
8	449 a.C.	El 449 a.C. se dicta las Leyes Valera Oratia (que se toman como que fueron más de una) y, con ellas, la tradición señala que se produce la equiparación de los plebiscitos a las leyes comiciales. Sin embargo, Capogrossi dice en una nota a pie de página que «Es más verosímil que este proceso haya sido hecho en un momento posterior, a través de dos deliberaciones comiciales: una de las Leyes Publiliae del año 339 a.C. y la Ley Hortensia del 286 a.C.» (2014, p. 96). Lobrano dice que «[...] después de la Ley Valeria Horatia del 449 a.C., generalmente tomada como el momento de ingreso del tribunado en la legalidad pública, los tribunos continuaron siendo elegidos solo por la plebe» (Lobrano, 1983, parte I, p. 130). Burdese sostiene que el juramento de la plebe de defender la inviolabilidad de los tribunos, fue aceptado por la Lex Valeria Oratia (1972, pp. 89-90).
9	445 a.C.	La Ley Canuleia reconoce jurídicamente en Roma el matrimonio entre patricios y plebeyos: se otorga el <i>connubium</i> a los plebeyos, cosa que estos habían reclamado insistentemente a lo largo de la República.

	Año	Acontecimiento
10	443 a.C.	Se establece la Censura como magistratura exclusivamente patricia. Se nombra a los primeros censores.
11	390 a.C.	Los galos atacan Roma. Los últimos defensores romanos luchan en el Campidoglio y resisten. La ciudad es incendiada y, en este evento, se pierden importantes fuentes escritas para conocer la historia de Roma hasta ese momento.
12	367 a.C.	Se dictan las Leyes Licinia-Sextiae propuestas por los tribunos de la plebe Cayo Licinio Calvo y Lucio Sextio Sextino. En el plano político establecieron que uno de los cónsules podía ser plebeyo, cosa que había reclamado la plebe. Desde el punto de vista económico, establecieron límites a la extensión de las tierras públicas que podía ocupar un ciudadano y controlaron los intereses usurarios por préstamos, también dos exigencias antiguas de la plebe.
13	367 a.C.	Se establece el pretor como magistrado encargado fundamentalmente de la administración de justicia en la fase <i>in iure</i> del procedimiento romano.
14	339 a.C.	El dictador Quinto Publilio Filón, de origen plebeyo, propone y hace aprobar las <i>leges Publiliae Philonis</i> , de cuya autenticidad no hay razón para dudar (Martino, 1972, II, p. 265), por las cuales se establece que uno de los censores necesariamente debía ser un plebeyo. También se supone que estas leyes establecieron que los plebiscitos no necesitaban la autorización del Senado para regir (ver la nota de Capogrossi en el numeral 8 de esta cronología).
15	336 a.C.	Se elige el primer pretor plebeyo.
16	Siglo III a.C.	A partir de este siglo se forma en Roma un grupo de juristas que trabaja sobre el derecho civil antiguo, basado en las <i>mores</i> o costumbres mayores previas a la Ley de las XII Tablas, en ella misma y en las opiniones del Colegio de Pontífices. Es un apoyo fundamental para el pretor y su renovación del derecho civil antiguo.
17	289 a.C.	La Lex Hortensia estableció la obligatoriedad de los plebiscitos con lo que estos, en adelante, ya no necesitarían la aprobación del Senado para regir, cosa que se les exigía con anterioridad.

	Año	Acontecimiento
18	Segunda mitad del siglo III a.C.	Durante esta segunda mitad se inició un movimiento al que se denomina la analística republicana, y que escribe la historia de Roma anterior. Fabio Pittore y Cicio Alimento escribieron los Anales, los primeros libros de la historia romana. No se sabe bien de dónde sacaron la información que vierten en su obra. Se puede intuir que la obtuvieron de crónicas de archivos públicos y privados, de tradiciones orales populares y familiares, de obras escritas por griegos y tal vez por etruscos, que trataron sobre Roma. Pero son más bien conjeturas. Hay excavaciones que también aportan datos, pero la información arqueológica es fragmentaria. Gabriella Poma, de quien hemos tomado estas consideraciones en las páginas que citamos a continuación, concluye lo siguiente: «Emerge con una cierta claridad que la historia arcaica de Roma fue releída por los analistas, con ojos contemporáneos a sí mismos y bajo la urgencia de las tensiones políticas y de los problemas económicos del momento» (Poma, 2009, p. 13).
19	242 a.C.	Se establece el Pretor Peregrino. En adelante el primer pretor establecido el año 367 a.C. es llamado Pretor Urbano.
20	Segunda mitad del siglo III a.C. - primera mitad del siglo II a.C.	«Entre la segunda mitad del siglo III y la primera del siglo II a.C. fue gradualmente introducido un nuevo tipo de proceso, llamado «proceso formulario» porque estaba fundado en la «fórmula» o formulario preelaborado por el pretor al final de las discusiones preliminares entre las partes, realizadas delante de él» (Capogrossi, 2014, p. 142).
21	27 a.C.	Octavio recibió del Senado el imperium <i>maius</i> y se le dio, casi simultáneamente, el título de Augustus. Se le conoce con el nombre de Cayo Julio César Augusto o, simplemente, el de Augusto. Él nunca se consideró un monarca. Más bien, un princeps (primer ciudadano) cuya razón de ser en el poder era restaurar la república luego de las guerras civiles del siglo previo. Siendo Princeps acumuló tantos títulos y poderes en sí que, en la práctica aunque no en la teoría, se volvió el primer emperador de Roma.
22	14 d.C.	Muere Augusto y empieza la larga lista de emperadores de Roma.
23	476 d.C.	Cae el último emperador Romano de Occidente, Rómulo Augústulo, al ser derrotado por Odoacro, rey de los Hérulos.

Fondo Editorial PUCP

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alföldy, Géza (1987). *Storia sociale dell'antica Roma*. Bolonia: Il Mulino.
- Asociación Civil Transparencia (2015). Propuestas de reforma institucional para el fortalecimiento democrático. [http://www.transparencia.org.pe/admin//ckfinder/userfiles/files/Propuestas%20de%20Reforma%20web\(1\).pdf](http://www.transparencia.org.pe/admin//ckfinder/userfiles/files/Propuestas%20de%20Reforma%20web(1).pdf)
- Barrow, Reginald H. (2008). *Los romanos*. México DF: Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Bodino (1973). *Los seis libros de la República*. Madrid: Aguilar.
- Braccesi, Lorenzo & Flavio Raviola (2008). *La Magna Grecia*. Bolonia: Il Mulino.
- Burdese, Alberto (1972). *Manual de derecho público romano*. Barcelona: Bosch.
- Cannata, Carlo Augusto (s.f.). *Profilo istituzionale del processo privato romano*. Turín: Giappichelli.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (2014). *Storia di Roma tra diritto e potere*. Bolonia: Il Mulino.
- Carandini, Andrea (2009). *Roma, il primo giorno*. Bari: Laterza.
- Carlin, John (2016). El mundo debe dar gracias a Reino Unido. *El País*, 27 de junio. http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/26/actualidad/1466928806_545463.html

- Castañeda, Giovanna (2016). La contraloría siempre, aquí y en la China, va a llegar tarde. *El Comercio*, 16 de mayo. http://elcomercio.pe/political/actualidad/contraloria-siempre-aqui-y-china-va-llegar-tarde-noticia-1901817?ref=flujo_tags_23469&ft=nota_1&e=titulo
- Catalano, Pierangelo (1971). *Tribunato e resistenza*. Turín: Paravia.
- Catalano, Pierangelo (1975). *Populus romanus quirites*. Turín: Giappichelli.
- Catalano, Pierangelo (2000). Derecho público romano y principios constitucionales bolivarianos. En Eduardo García de Enterría (ed.), *Constitución y constitucionalismo hoy: cincuentenario del «Derecho constitucional comparado» de Manuel García-Pelayo* (pp. 687-718). Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo.
- Constant, Benjamín (1970). *Principios de política*. Madrid: Aguilar.
- Coulanges, Fustel de (2001). *La ciudad antigua*. Madrid: EDAF.
- Cruz, Marylía & Yamilé Guibert (2013). *Determinantes de la confianza en el Congreso en el Perú*. Cuadernos de Investigación 2. Lima: Instituto de Opinión Pública de la PUCP.
- D'Ors, Álvaro y otros (trads.) (1968). *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Aranzadi.
- Gayo (1975). *Institutas*. Traducción, notas e introducción de Alfredo di Pietro. La Plata: Ediciones Librería Jurídica.
- Grosso, Giuseppe (1965). *Lezioni di storia del diritto romano*. Turín: Giappichelli.
- Hobbes, Thomas (2010). *Leviatán*. México DF: FCE.
- Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (1943). *El federalista*. México DF: FCE.
- Kunkel, Wolfgang (1973). *Historia del derecho romano*. Barcelona: Ariel.
- Lobrano, Giovanni (1983). *Il potere dei tribuni della plebe*. Milán: Giuffrè.
- Locke, John (1992). *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Maquiavelo, Nicolás (1989). *El príncipe*. Madrid: EDAF.
- Martino, Francesco de (1972). *Storia della costituzione romana*. Nápoles: Dott.
- Montesquieu (1972). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Naef, Werner (1973). *La idea del Estado en la edad moderna*. Madrid: Aguilar.
- Nicolet, Claude (1982). *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*. Roma: Riuniti.
- Novillo López, Miguel Ángel (2011). *Breve historia de Roma*. Madrid: Nowtilus.
- Orestano, Ricardo (1981). *Diritto: incontri e scontri*. Bologna: Il Mulino.
- Polverini, Leandro (2007). «Alius et idem. Il tribunato della plebe nel corso della storia romana» [texto mecanografiado]. Roma, Aventino Campidoglio Città Universitaria, 15, 17-18 de diciembre. <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Polverini-Tribunato-plebe-storia-romana.htm>
- Poma, Gabriella (2009). *Le istituzioni politiche del mondo romano*. Bologna: Il Mulino.
- Quaglioni, Diego (2004). *La sovranità*. Roma: Laterza.
- Rousseau, Juan Jacobo (1966). *El contrato social*. Madrid: Taurus.
- Sanctis, Gianluca de (2012). *La religione a Roma*. Roma: Carocci.
- Sieyès, Emmanuel Joseph (1973). *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Aguilar.
- Tafaro, Sebastiano (2006). L'eredità dei «tribuni plebis». En Luigi Labruna (dir.), *Tradizione romanistica e costituzione* (pp. 1841-1879). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Torrent, Armando (1982). *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Oviedo: Armando Torrent.
- Weber, Max (2002). *Economía y sociedad*. Madrid: FCE.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156, BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

TÉLEFONO: 332-3229 / FAX: 424-1582

SE UTILIZARON CARACTERES

ADOBE GARAMOND PRO EN 11 PUNTOS

PARA EL CUERPO DEL TEXTO

JUNIO 2017 LIMA - PERÚ

Fondo Editorial PUCP

En este libro buscamos el diálogo entre dos modos de gobierno, el Estado-nación y la República romana, pues creemos que desde hace algunos decenios el sistema institucional del primero ha empezado a mostrar sus límites históricos.

Muchos consideran que el Estado-nación es la única forma democrática de organizar el poder político, aunque, a su manera y con los criterios de su época, la República de Roma fue una organización democrática, eficiente y triunfadora, con un sistema institucional que tuvo vigencia en Europa hasta los siglos XVI y XVII de diversas maneras. En los últimos tiempos han resurgido algunos de sus elementos, entre ellos la figura del defensor del pueblo, cuya raíz se puede remontar a los tribunos del pueblo romano.

La intención de esta publicación es poner a «conversar» a los especialistas en el mundo antiguo con los constitucionalistas contemporáneos, acerca de un conjunto de temas en los que la República romana puede sugerir ideas constitucionales que pueden parecer novedosas aunque tengan 2500 años de antigüedad.



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

**FONDO
EDITORIAL**

ISBN: 978-612-317-257-2



9 786123 172572