

CONSULTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ROMANO

Bernard Manzano – Torres Vignol*

Introducción

Situaciones constitucionales romanas en referencia a los problemas de gobernabilidad y a las respuestas a esos problemas de acuerdo al Derecho Romano público y privado y su proyección al presente.

Ideas previas sobre el derecho romano: El Magistrado consulta a los ciudadanos reunidos en Comicios para aprobar LEYES:

La historia de Roma nos indica que las consultas al pueblo romano son parte del ejercicio de la democracia en los diferentes períodos de su historia, especialmente al inicio en la monarquía y, con mayor razón, en el período de la república.

Tales consultas son realizadas a las asambleas (*tributa, curiata o centuriata comitia*) comicios por Tribus, por Curias, por Centurias y (*Concilia Plebis*) comicio de la Plebe, para aprobar las leyes que los Magistrados investidos de *Potestas et Imperium* esto es: poder de ordenar desde el punto de vista administrativo y poder de mando político respectivamente y que tienen además el *lus agendi cum populo*¹ (derecho de convocar

* Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador, Doctor en Derecho, Fundador del Estudio Jurídico Manzano & Asociados; Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil desde 1.975. Experiencia de 36 años en las áreas de: Derecho Civil, Derecho Obligaciones, Derecho Laboral, Derecho Societario, Derecho Procesal (litigios y arbitraje), Derecho Administrativo. Catedrático de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, desde 1.975, en las materias de Derecho Romano, Pensamiento Jurídico Romano y Contratos en idioma Inglés. bmanzano@lexmanzano.com

¹ (Alfredo Di Pietro Derecho Privado Romano ediciones Depalma Buenos Aires 1996 pag7)

al pueblo a comicios y proponer leyes, facultad concedida a los consules, los pretores y los tribunos de la plebe).²

Para los Romanos la soberanía reside en el *populus* (patricios y plebeyos) y por lo tanto la ejercen directamente y sin intermediación de nadie.

Homo Sacer y Estado de Excepción, en la Roma histórica y en el Siglo XXI

Para solucionar problemas de vital importancia para la Nación, el derecho romano propone desde sus más remotos orígenes la figura de *Homo Sacer* entre otras, con la particularidad que esta última está ligada a la declaratoria del estado de excepción.

Homo Sacer.-

La constitución de la figura del *Homo Sacer* corresponde a la respuesta del Derecho Público ante situaciones de evidente peligro para la supervivencia de la sociedad (romana), cuando se ha cometido delitos contra la Nación y contra ciertas obligaciones puntualizadas en la Ley de las XII Tablas.

La pena consiste en consagrar o sacralizar al reo a los dioses infernales y por lo tanto abandonado a su suerte, convirtiéndose en un sujeto carente de todo derecho, por ello se denomina *Homo* y no *persona*, pues esta última denominación estaba reservada a los ciudadanos (*civites*) romanos (a quienes se los inmolaba antes de ajusticiarlos con unguentos conocidos como mola reservados a los dioses protectores); no se puede socializar de ningún modo con ese individuo, se lo ignora, y no obstante si un ciudadano llegare a ejercer violencia y/o muerte no existía sanción alguna por ese hecho, porque se estaba obrando de acuerdo a los sacrificios ofrecidos a los dioses infernales.

² “Ley es lo que el pueblo romano establecía interrogándolo un magistrado senador, como, por ejemplo, un cónsul. Plebiscito es lo que establecía la plebe interrogándola un magistrado plebeyo, es decir un tribuno.....” Justiniano Institutas L I, T II, IV.

“La ley es lo que el pueblo ordena y establece...” Gaius, Institutas I.3.

La dureza de la pena se basa en la traición a la Patria, por atentar contra la Nación y/o alianza con enemigos, asesinando a un Pater familia o a manera de castigo al patrono que incumple con sus obligaciones para con su cliente de acuerdo con el concepto de relaciones familiares de la familia romana ampliada en la *gens*³.

El objetivo es apartar al individuo y entregarlo a la vindicta privada pues al ser consagrado a los dioses infernales pertenece a esos Dioses y no a la sociedad.

En el Derecho Romano subsistirá esa figura especial manteniéndose la naturaleza y causa que la provoca pero su aplicación será para los delitos calificados de traición a la patria, es por lo tanto una pena extraordinaria.

Para una mejor comprensión de lo anterior citemos a Festo en su obra: Sobre la significación de las palabras: "Hombre sagrado es, empero, aquel a quien el pueblo ha juzgado por un delito, no es lícito sacrificarle, pero quien lo mate, no será condenado por homicidio. En efecto en la primera ley tribunicia se advierte que "si alguien mata a aquel que es sagrado por plebiscito, no será considerado homicida", de aquí viene que se suele llamar sagrado a un hombre malo e impuro"

Uso indebido de la declaratoria de Homo Sacer.-

Dirigida a alguien en concreto para imponerla vía procedimiento de excepción (Estado de Excepción y Consultas) cuando se presenta un estado de necesidad basado en la interpretación del gobernante, justa o injusta, o se invocan derechos especiales a través de la declaración del Estado de Excepción que permiten al Príncipe gobernar al margen del Derecho extinguiendo u otorgando derechos según criterios de dominación o apariencia de gobernabilidad, ausentes de toda noción y protección de una Norma; la declaratoria del Estado de Excepción (que contiene la de *homo sacer*) se realiza de acuerdo a los procedimientos considerados, paradójicamente, en los textos constitucionales; o, cuando no lo están, se recurre a las consultas, en la especie de plebiscitos o referéndum, esto es

³ Tabla VIII, 21, Lex Duodecim tabularum

abusando de la más notoria y justa manera de decidir porque el pueblo sigue siendo el detentador de la Soberanía; es el Soberano que se pronuncia aceptando estados de excepción y declaratorias posteriores “legales” de *Homo Sacer* y los Príncipes de todo tiempo se aprovechan de esos pronunciamientos para introducir vía leyes posteriores todos los elementos que consideran necesarios y que saben a ciencia cierta que no los podrían obtener si no fuese a través del mecanismo de consulta.

Con los antecedentes expuestos, corremos traslado al derecho romano, mediante el análisis del tema de fondo: la consulta que se divide en enmiendas y consultas en relación con la naturaleza y declaración del Estado de Excepción y de *Homo sacer* a segmentos de ciudadanos por causas diversas

Estado de Excepción: Incertidumbre del Concepto por la incertidumbre Terminológica.

El estado de excepción es incertudumbre porque se trata de una supuesta necesidad que nos coloca ante una realidad de proporciones y consecuencias imprevisibles; pues, estamos utilizando el derecho y la ley para declarar la ausencia de derecho y de ley; lo que significa la suspensión de los derechos del Pueblo para instaurar la voluntad del mandatario; el pueblo pierde la soberanía en lo concerniente a la ley y especialmente ante una constitución que, por mandato del Poder que declara el Estado de Excepción por voluntad popular (Consulta) en increíble paradoja, el pueblo se despoja de su Soberanía y la entrega al mandatario, repitiéndose el texto de *lex de Imperio Vespasiana*,⁴ cuyos efectos regularizan la verdadera intención del príncipe de apropiarse de la soberanía de la Nación.

⁴ Texto Original de la *Lex de Imperio Vespasiana*: “utique quae ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Vespasiano Aug(usto) iussu mandatuue eius a quoque sunt, ea *perinde iusta rataq(ue) sint, ac si populi plebisue iussu acta essent*”; Traducción en español: “Y que los actos ejecutados, los decretos dictados por el emperador César Vespasiano Augusto, sea por orden suya o por orden de uno de sus delegados antes de esta *lex rogata*, que sean tenidos conformes con el derecho y ratificados como si hubiesen sido realizados por orden del *populus* o la plebe”.

Es a todas luces evidente que el Estado de Excepción debería ser excepcionalmente propuesto y/o ordenado por ser, precisamente un modo de gobernar de complicada situación jurídica en la que se da la dualidad de ser un instrumento constitucional que despoja de sus los derechos al Pueblo. Aún en circunstancias gravísimas de estado de guerra o calamidad extrema, fuerza mayor o caso fortuito que paraliza el gobierno normal de la Nación, se concede un Estado de Excepción legal y jurídicamente limitado a las circunstancias que se generan en el *tumultus* que a su vez requiere del *consultum* y es causa del *iustitium* que significa la suspensión de todo el ordenamiento jurídico y como plenitud de los poderes, creándose un estado kenomático, vacío y detención del derecho y en ciertas circunstancias en anómico.⁵

El procedoimiento para obtener el estado de excepción y la declaratoria tácita de Homo Sacer es mediante consulta a los ciudadanos, quienes dependen completamente de la interpretación e intención de quién consulta. De los textos de las enmiendas y de las consultas, no se evidencia peligro alguno que pese sobre la nación, pues todos y cada uno de esos temas pueden ser tratados por la Asamblea vía leyes atendiendo la función legislativa qe le corresponde por mandato constitucional, en el evento de ser cuestiones constitucionales o permitidas por la Constitución.

La teoría jurídica divide la consulta a la Nación en Plebiscitos y Referéndum; el primero para reforma constitucional y el segundo para confirmar decisiones del Mandatario por causas obvias y se formula una sola pregunta clara, concisa y completa.

El estado de excepción debe ser un último recurso, no un adelanto a posiciones políticas futuras que en el caso de negativa serían fatal para la Nación misma.

⁵ Giorgio Agamben en su obra "Estado de Excepción Homo Sacer II,1" , Editorial Pretextos 2004 España, distingue el estado kenomático (vacío) anómico: sin ley, y el estado pleromático (lleno) y explica la relación entre el tumultus: acto que posibilita medidas excepcionales; el consultum como referido también al senatus consultum ultimus; y el iustitium que en la pluma de Maquiavelo era "romper el ordenamiento para salvarlo" (en su obra "Discorsi", Maquiavelo).

La consulta puesta a consideración por el Presidente de la República es la confirmación de un Estado de Excepción, pues no sigue los pasos que la Constitución prevee para las enmiendas o procedimiento para convertir las respuestas de las consultas en ley, punto principal de este tema.

El preguntante se reserva el “Derecho” de interpretar las respuestas para presentar leyes o reglamentos que serían inconstitucionales unos y otros contrarios a derecho, pues las preguntas les falta concreción objetiva; por lo tanto el pueblo contestaría afirmativamente a lo preguntado sin aprobar la ley que pondría en vigor cuestiones que jamás se precisaron en las enmiendas y en las consultas.

Otra consecuencia, sin justificativo jurídico alguno, es convertir a segmentos de la población en *Homo Sacer*, esto es en individuos sin derecho alguno que los protejan porque se convertirían en una excepción pues el preguntante-mandatario decide crear figuras delictivas cuya interpretación se deja al criterio del preguntante, sin embargo de ya existir en otras leyes de manera legítima y constitucional. La prisión por no afiliación al seguro social convierte una obligación en delito lo que atenta al derecho de libertad para contratar; y, el estado de enriquecimiento no-justificado (Debidamente tratado por el derecho tributario) coloca a cada individuo, que se ampara en el derecho privado, en sospechoso y sujeto a interpretaciones subjetivas colocando a toda la ciudadanía, con excepción de los funcionarios públicos, en una situación desprovista de derechos pues no es lo mismo un enriquecimiento injusto (fuera del derecho) que al enriquecimiento no-justificado que cae en el campo de la valoración subjetiva y a voluntad del poder, lo que equivale a carencia de derecho; así existiría una mayoría de individuos bajo la declaración tácita de *Homo Sacer*, esto es sin derechos y por lo tanto sujetos a las interpretaciones de quienes formulan tales consultas.

Resumen.-

El estado de Excepción conlleva la declaratoria tácita de *Homo Sacer*, pues al estar suspendidos los derechos constitucionales el *Princeps* gobierna y se justifica a sí mismo en el imperio de su voluntad.

Roma ideó el tema del estado de Excepción y la declaratoria de *Homo Sacer* para resolver crisis institucionales precisas y delitos de alta traición a la nación.

Paralelamente creó la magistratura extraordinaria de la dictadura en cabeza de un civite escogido por los cónsules ante el senado para darle solución a un problema en concreto durante máximo seis meses tiempo en el cual los magistrados suspendían su *imperium et potestas* hasta la solución de la crisis.

Por lo tanto Roma pone dos instancias de distinta naturaleza jurídica, prefiriendo aquella de la dictadura pues se hallaba dentro del ordenamiento jurídico y no era necesario crear vacíos mediante leyes por la aporadaja que presenta tal situación.

De igual modo se formó por una sola vez un cuerpo legislativo excepcional para dictarse la Ley de las Doce Tablas o Decemvirales al inicio del período de la república.

El derecho romano tiene las respuestas a las situaciones jurídicas más diversas y mediante su sistema constitucional no escrito delega poder y faculta el imperio del poder a varias personas que en forma colegiada ocupa anualmente y por elección de los comicios las distintas magistraturas que preveen el *cursus honorum* y que además tiene el derecho de veto entre ellos o ante la asamblea y el poder de convocar al pueblo entre otros instrumentos de gobierno. Tales magistrados forman parte del *Senatus* donde se dictan y emanan los *senatus consultum* que luego de ser promulgados requieren una ley pública que los confirme⁶ y acuden a las votaciones a las asambleas o *comitias* formando un co-gobierno entre las clases de los patricios y los plebeyos; y, sin embargo en situaciones de peligro para la vida de la nación se reservan el derecho de utilizar magistraturas extraordinarias como la dictadura y los decemviros y en forma muy excepcional, ante la aparición de los tumultus que causan el *iustitium* y se incorporan en el *consultum*, deciden suspender todos los efectos del derecho hasta la superación del problema a sabiendas que la única manera de preguntar a la nación (*populus romanus*) es mediante la presentación de leyes ante los comicios pertinentes porque se entiende

⁶ “ Lo favorisce in primo luogo il fatto che spesso al senatusconsultum segue una lex publica di conferma...” Lezioni di storia del Diritto Romano , pag. 322, quarta edizione G.Crifó, ed.Monduzzi, Bologna, 2005. “lo favorece en primer término que debe seguir al senatusconsultum una lex pública que lo confirma..”

perfectamente que la soberanía es de cada ciudadano y por lo tanto de la nación.

En los tiempos que corren parecería ser que se escucha la frase “*Sed et quod principi placuit*”⁷ en virtud de las leyes vespasianas de la modernidad bajo ropaje de consultas, referendum y plebiscitos. El problema principal sigue siendo la gobernabilidad, que al mandatario le parece limitante y al ciudadano ininteligible.

En memoria de mi Maestro y Amigo Profesor Doctor Don Giuliano Crifó, fallecido el 26 de Enero 2011 al terminar una conferencia Magistral en el Paraninfo de la Universidad de la Sapienza, Roma.

Prof. Bernard Manzano-Torres Vignol

⁷ Traducción en español “lo que le place al príncipe”.-