

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DEL CARGO PÚBLICO

La capacidad de obrar, la facultad de querer y de exteriorizar la voluntad, lo mismo que la de hacer valer ésta dentro de los límites del poder, son inherentes de un modo natural á la persona física. Los romanos trasladaban idealmente esta capacidad de obrar á la colectividad que hemos estudiado en el libro primero, á la ciudadanía, al *populus*, y subordinaban la voluntad individual de todas las personas físicas pertenecientes á la colectividad á esta voluntad común. Sobre estas dos bases estribaba el concepto que ellos tenían del Estado. La falta de independencia individual enfrente de la voluntad colectiva era el criterio distintivo de la comunidad política y lo que diferenciaba al Estado de las corporaciones, por ejemplo, de la curia y del Senado.

Si nos es permitido aplicar aquí una de las expresiones del derecho privado romano, diremos que la voluntad colectiva es una ficción política. En la realidad se necesitaba, para manifestar y ejecutar esa voluntad, una representación, de manera análoga á como sucede en el

derecho privado con respecto á los menores, incapaces de obrar. Y así como para éstos existe la tutela, así también, según el derecho político, vale como acto de voluntad de la colectividad el realizado por un varón que haya sido puesto para representar á ésta en el caso particular de que se trate. Pero la representación de la comunidad va más lejos que la tutelar, en cuanto el tutor suple á una persona con existencia física, pero que no tiene completa capacidad de obrar, mientras el representante de la comunidad obra en lugar de una persona que no existe físicamente. El acto de voluntad político es siempre el acto de un hombre singular, puesto que el querer y el obrar son indivisibles uno de otro; según la concepción romana, el obrar colectivo por medio de un acuerdo de la mayoría es una contradicción. El representante de la colectividad no podía ejecutar ciertos actos sino cuando para ello estuviera autorizado por la mayoría de las partes componentes de la ciudadanía ó por la mayoría de los Senadores; pero el acuerdo de la ciudadanía ó del Senado únicamente se convierten en actos de la comunidad cuando el representante de ésta los provoca y los ejecuta, y cuando así sucede, el acto realizado es lógica y prácticamente un acto del representante de la comunidad.

Aquella persona singular á quien por la constitución de la comunidad se confiere la representación de ésta, ora en general, ora dentro de ciertos límites, es un magistrado, y acciones de la comunidad son todas aquellas que se ejecutan por el representante mismo ó por encargo suyo dentro de los límites á tal efecto señalados. Regularmente, se exige para obrar en nombre de la comunidad una representación organizada de un modo fijo; sólo en ciertos casos, singularmente en los de perjuicios originados á la comunidad, es cuando la consti-

tución autoriza á todo ciudadano para representar á ésta y cuando por excepción tiene lugar una representación de la comunidad por quienes no son magistrados.

De donde resulta que la magistratura, la encarnación del concepto del Estado y la depositaria del poder de éste, no puede concebirse como basada jurídicamente sobre la voluntad colectiva de la ciudadanía, por cuanto esta voluntad no puede en general ejecutarse por sí sola; más bien, según la concepción romana, la magistratura es más antigua que la comunidad popular que la crea, y el mandato, sin el cual no puede ciertamente ser pensada representación alguna, se transmite desde el antecesor á los sucesores, los cuales van ocupando el puesto que dejan vacantes los otros, gracias al interregno, que ya estudiaremos. Y este estado de cosas subsistió realmente, sin interrupción, hasta los comienzos del Principado. Después que comenzó á realizarse el nombramiento del sucesor con intervención del antecesor en la forma de pregunta previa dirigida á los Comicios, éstos y la magistratura contribuyeron por igual á conferir la autoridad de que se trata al nombrado. Tal concepción de la magistratura y los Comicios, como depositarios igualmente independientes de la voluntad colectiva, es la que domina y penetra el derecho político de la época republicana; pero en los tiempos posteriores de ésta, los Comicios fueron poco á poco siendo considerados como los propios representantes de la comunidad, aun cuando nunca llegaron á serlo completamente, y entonces la cooperación de los magistrados en la manifestación de la voluntad de aquéllos perdió la forma anterior de acuerdo con los Comicios y quedó reducida á dirigir el acto.

La posesión de los cargos públicos de la comunidad era en sí tanto un derecho como una obligación de los

particulares ciudadanos, lo mismo que el servicio militar y que otras prestaciones públicas. En los primitivos tiempos hubo de emplearse coacción jurídica para obligar á ser magistrado, como puede demostrarse que ocurrió con el sacerdocio; á esto obedece el que en Roma no se conociera nada parecido á una declaración formal de aceptación hecha por el magistrado nombrado, y que, por regla general, entre el nombramiento y la toma de posesión no mediara tiempo alguno. Pero en los tiempos históricos de la libre República, ninguno de los cargos públicos, ni aun siquiera los no apetecibles é indirectamente más ó menos forzosos, fueron oficialmente obligatorios, ó por lo menos, no hay noticia de que lo fueran. Por lo mismo, tampoco se habla de motivos legales de exención á fin de ser nombrado para un cargo de la comunidad; por el contrario, á todo ciudadano le estaba permitido, sin limitación alguna, excusarse del cargo antes de admitirlo ó renunciar al que se estaba desempeñando antes de que transcurriera el tiempo de su duración. Había establecida una rigurosa línea de demarcación entre las prestaciones públicas obligatorias (*munera*) y los cargos, ó según la expresión romana, los «hombres» (*honores*); no era propio del orgulloso Estado libre de Roma el considerar el desempeño de sus asuntos como una prestación obligatoria. Durante el Principado, es cuando por vez primera aparece tal concepción, hija de la desaparición del sentimiento de la comunidad.

La representación de la comunidad por un miembro de ella exigía, en su más antigua y más pura forma, la existencia de un señor único de dicha comunidad, al cual le fuere concedida la eterna duración que requiere la eternidad de la comunidad misma, por medio de un orden de suceder regulado de un modo fijo. Esto fue la Monarquía, el *regnum*, forma la más antigua del Estado

romano. No vamos ahora á dilucidar si la comunidad representada y la persona que la representaba eran consideradas como un doble sujeto de derecho ó como un sujeto único; el hecho de que el Rey tuviera un alojamiento debido al cargo que desempeñaba, es un motivo que nos induce á suponer con bastante fundamento que su patrimonio y el de la comunidad no eran jurídicamente distintos. La representación de la comunidad por su Rey era perfecta; esta representación valía lo mismo para ante los dioses romanos y frente al extranjero, que frente á los ciudadanos del propio Estado; igualmente como sacerdocio supremo, que como jurisdicción judicial, como mando del ejército y como administración del patrimonio común. Pero ni de hecho ni de derecho era un poder ilimitado. A la comunidad ideal pertenecía, como lo demanda su derecho á dar leyes, un poder sin límites para dar disposiciones sobre la vida y el patrimonio de los ciudadanos; pero los actos de voluntad de su representante sólo podían considerarse como voluntad de la comunidad en tanto en cuanto cumplieran con los requisitos exigidos por las prescripciones de ésta, y singularmente en tanto en cuanto el Consejo de la misma y la ciudadanía hubieran prestado su consentimiento en aquellos casos en que éste era necesario por la constitución. Cuando el Rey no obrara como representante legítimo de la comunidad, su acto no era un acto de ésta.

Nuestra tradición no se remonta hasta la época de la Monarquía, y por tanto, no es posible hacer una exposición histórica de ella; pero las organizaciones que de la misma se derivaron, y que vemos en tiempos posteriores, nos remiten y conducen á la existencia de un poder originario perfectamente pleno. A la Monarquía sucedió lo que en nuestro modo de hablar llamamos

República; mas los romanos, para quienes *res publica*, que corresponde exactamente al *common wealth* inglés, era sencillamente el nombre con que se designaba la comunidad, parece que cuando cambió la constitución del Estado no tuvieron un nombre con qué designar la nueva constitución de una manera positiva, y la consideraban y designaban, negativamente, como la abolición de la unicidad y de la vitalidad del representante de la comunidad, igualmente que como la supresión del nombre que hasta el presente había llevado (1). La magistratura suprema republicana fue considerada como igual jurídicamente al Rey, como lo demuestra bien claramente el *interregnum*, que siguió existiendo. La concepción de la organización nueva como el comienzo de la soberanía del pueblo, de la omnipotencia, cuando menos teóricamente, de los Comicios, fue, como ya se ha notado, la concepción de la República que se democratiza (2). Menos exacto aún es concebir la abolición de la Monarquía como la fundación y establecimiento de la libertad de la *libertas*, pues la medida de la sujeción de los ciudadanos con respecto al Estado, no dependía del número de los representantes ni de la duración del cargo, y por otra parte, la ciudadanía de tiempo de Numa no parece haber sido ciertamente una reunión de esclavos puesta en parangón con la que hubo de venir á sucederla. La revolución que dió origen á la soberanía de los cónsules no se dirigió contra el poder real como tal.

(1) En Livio, 2, 1, se encuentra esta concepción traslativa exacta.

(2) Esta concepción la representa, v. gr., Cicerón, *De re publica*, 1, 31, 47. Por lo demás, los representantes de esta teoría no prescindieron en manera alguna de la época de los Reyes, por cuanto ellos hacen remontar aun á ésta la situación que posteriormente tuvieron los Comicios. (V. Hermes, 16, 147.)

sino contra el abuso del mismo, supuesto que depuso á los señores de la comunidad culpables y suprimió la unicidad y la vitalidad del cargo, que eran los motivos conocidos de tal abuso. El identificar la organización republicana con la «libertad» del pueblo, igualmente que el concebir al soberano vitalicio como *dominus*, esto es, como el «propietario» del Reino, fueron cosas debidas á la oposición de los tiempos cesarianos y á la de los del Imperio, al orden de ideas de los asesinos de César y de los admiradores y partidarios de éstos.

En este libro vamos á tratar de la magistratura de la República. No hay duda de que en los tiempos de ésta no existía ya la identidad jurídica entre la función y el funcionario, identidad vigente acaso durante la Monarquía, porque esa identificación no se compadece con el interregno, y es enteramente incompatible con la pluralidad de los magistrados. El alojamiento inherente al cargo únicamente perteneció durante la República á la mortecina sombra de Rey que hubo de seguir existiendo para los fines religiosos; en esta época los locales donde ejercían sus funciones los que ocupaban cargos eran de propiedad de la comunidad, y los individuos que desempeñaban tales funciones residían en su casa particular y seguían en su posición de meros individuos privados. En nuestro estudio vamos á ocuparnos, primeramente de la distribución del régimen sacral ó religioso entre los sacerdotes y la magistratura (capítulo II), y luego de la oposición entre el régimen ó gobierno de la ciudad y el de la guerra (cap. III). Después trataremos del nombramiento de los magistrados (cap. IV) y de las condiciones requeridas al efecto (capítulo V); de la colegialidad y la colisión de los magistrados (cap. VI); de la duración de la magistratura, toma de posesión y cesación en los cargos (cap. VII);

de los derechos honoríficos y emolumentos de los magistrados y servidumbre de los mismos (cap. VIII); finalmente, de los auxiliares, sustitutos ó suplentes y consejeros de los magistrados (cap. IX). En el libro III se hablará de las particulares magistraturas históricamente consideradas, y en el IV, de los particulares órdenes ó clases de asuntos encomendados á los funcionarios. Pero antes nos parece indispensable hacer una explicación de la terminología que vamos á emplear.

Con la palabra *imperium*, cuya etimología no explica suficientemente la idea á que se refiere, se designaba la declaración de la voluntad de la comunidad en la forma anteriormente dicha, es decir, el derecho de mandar en nombre de la comunidad. El *imperium* lo usaba exclusivamente el poder eminente del Estado sobre los ciudadanos, y sólo se atribuía á aquél á quien correspondiera plenamente este poder; de manera que en la palabra *imperium* parece encarnado el concepto primitivo del cargo público. A los representantes de la voluntad de la comunidad que no pertenecían á la organización romana primitiva, y á los cuales se les concedía una competencia limitada, se aplicaba una expresión análoga á la anterior, pero más general que ella y hasta de frecuente uso en el derecho privado: la *potestas*.

Los depositarios de esta absoluta voluntad de la comunidad no eran designados de otro modo que por el especial cargo que desempeñaban; no existía un nombre común aplicable á todos ellos, pues el de *imperator* tuvo bien pronto un sentido técnico y restringido, habiéndose permitido aplicar esta denominación á los individuos que poseían el *imperium*, solamente cuando su mandato en nombre de la comunidad hubiera conducido á la victoria en una batalla.

Magister, que posteriormente fue una calificación

aplicada á todo representante, sobre todo á los que funcionaban solos, y que más todavía que para las relaciones políticas se usó para las religiosas y para las de derecho privado, debió aplicarse también en los tiempos antiguos á los que poseían *imperium*, pues el abstracto *magistratus*, derivado del *magister*, y á cuya raíz hay por fuerza que referirlo, se aplicaba á todo el que poseía *imperium*, aun á aquellos que no estaban sometidos á elección popular, tales como el dictador, el *interrex*, el jefe de los caballeros y el vicario ó prefecto de la ciudad. Esta denominación derivada conservó el valor y la significación política que con el tiempo perdió la radical, y en ella es donde encontró su expresión adecuada la antítesis rigurosa entre el Estado y cualquiera otra comunidad; pues cuando se hablaba de magistrados plebeyos y de magistrados municipales, con la palabra *magistratus* no se quería decir más que la plebe pretendía ser un Estado dentro del Estado, y que la ciudad que pertenecía al Reino romano era dentro del mismo un Estado que en otro tiempo fue soberano y cuya existencia no se ha borrado completamente en el Reino de Roma. Ahora, la prueba de que en el proceso evolutivo de la comunidad romana el centro de gravedad del poder soberano pasó desde la magistratura suprema á la Asamblea de los ciudadanos, ó por lo menos aquella lo compartió con ésta, la tenemos en que si bien la denominación de *magistratus* se siguió aplicando á los cargos supremos que no eran de elección de los Comicios, y que anteriormente hemos nombrado, se hizo extensiva también á todos cuantos individuos recibían alguna comisión de la comunidad por medio de la elección de los Comicios, y por el contrario, no se daba á ningún individuo que hubiere recibido comisión ó encargo de una autoridad ó que hubiera sido instituí-

do exclusivamente por ésta; así que, por ejemplo, de los suplentes ó vicarios del pretor para la administración de justicia y de los jefes de legión, todos los cuales tenían igual competencia y título, sólo recibían el nombre de magistrados los nombrados en los Comicios. De igual modo, aunque en sentido menos técnico, se aplicaba el *honor*; designábase como tal el cargo público, en tanto en cuanto la colación del mismo por los Comicios era una distinción para el elegido. En el estudio que vamos á hacer de la magistratura emplearemos en general el concepto de ésta en el sentido que posteriormente se dió á la misma, no en el primitivo, si bien los límites trazados son puramente exteriores, y no es prácticamente factible el hacerse cargo en la exposición de los puestos que, á comenzar desde el momento dicho, van siendo, á medida que el tiempo corre, confiados al nombramiento de los Comicios.

Si atendemos á las clases ó categorías de magistrados, veremos que la oposición entre el *magistratus patricii* ó *populi romani* y el *magistratus plebeii* ó *plebis* no significa propiamente más sino que el representante de la plebe, en un principio de hecho y después también de derecho, no era considerado como magistrado efectivo de la comunidad. La rigurosa é importante contraposición entre la magistratura ordinaria y la extraordinaria no tenía una correspondiente terminología: llamamos magistrados ordinarios á aquellos cuya competencia se determina y regula de una vez para siempre y para los cuales hay una denominación fija; en tanto que son extraordinarios aquellos cuya competencia se determina en cada caso particular, ora se hiciera esta determinación al mismo tiempo que se les elegía, ora; y esto era lo regular, por medio de una ley especial anterior al nombramiento: estos magistrados no tenían denominación

alguna, ni general siquiera. A la primera categoría pertenecían, por ejemplo, el cónsul, el dictador, el censor; á la segunda, v. gr., los duunviros nombrados para cada particular proceso de alta traición, y los decenviros para dar una constitución á la comunidad. Los cargos públicos ordinarios podían ser permanentes, cuando, según la constitución, hubieran de estar siempre funcionando, y procedían regularmente de elecciones anuales (*magistratus annui*), y no permanentes, como sucedía con la dictadura, que sólo tenía lugar en especiales circunstancias, y con la censura, que según la constitución no funcionaba más que intermitentemente. La separación en magistrados mayores (*magistratus maiores*) y menores (*magistratus minores*), regularmente se refería sólo al mayor ó menor poder anejo á las distintas magistraturas; pero los poseedores del *imperium* y los censores que procedían de las elecciones iguales de las centurias se consideraban en posesión de los *auspicia maiora*, mientras que á los elegidos en los Comicios por tribus sólo les correspondían los *auspicia minora*, y en general eran menos considerados que los otros. La denominación de *magistratus curules*, tomada de la silla judicial que usaban, se aplicó á todos los cargos públicos que participaban del *imperium*, aun á los ediles de categoría superior, que no poseían sino una jurisdicción limitada; los censores no tenían este *imperium*, pero en los tiempos posteriores también se pudieron contar entre los que lo poseían.

La organización republicana no conoció cargos públicos sin potestad pública, ó á lo más los conoció con respecto á los magistrados que habiendo sido abolidos, continuaron encargados de las cosas religiosas, como sucedió con el *rex sacrorum* en la comunidad romana y con otras muchas instituciones semejantes en los Esta-

dos latinos que iban ingresando en la misma. Por el contrario, parece haber sido frecuente la existencia de potestad pública sin cargo. Esta potestad se expresaba por medio de la denominación general *pro magistratu*, ó por la especial correspondiente *pro consule*, *pro praetore*, etcétera, y por lo regular la usaban los particulares adornados de funciones públicas, y también los magistrados inferiores adornados de funciones superiores, sin que hubiera diferencia terminológica entre los particulares que, transcurrido el tiempo de la función que habían ejercido, la continuaban ejerciendo de derecho, y los lugartenientes que funcionaban como magistrados en virtud del mandato recibido (cap. IX). Sin embargo, por modo excepcional, aun después que se suprimieron las condiciones legales necesarias para el nombramiento de los magistrados, se conoció la promagistratura; por ejemplo, los tribunos militares, instituídos para prestar auxilio á la administración de la magistratura suprema, fueron considerados como promagistrados. La denominación de que se trata tuvo, pues, en el Derecho político un puro valor negativo, significando sólo la carencia de función en ciertos magistrados, y si queremos comprender también la categoría últimamente mencionada, la carencia de función ordinaria en algunos magistrados.

CAPITULO II

EL RÉGIMEN SACRAL

Si la tradición nos hubiera conservado una imagen de la más antigua organización de la comunidad, probablemente veríamos que su fundamento fue la penetración de las cosas divinas y las humanas; una jurisdicción igual é igualmente poderosa bajo ambos respetos, una jurisdicción unitaria, compuesta del sacerdocio y de la magistratura. Aquella organización que nosotros llamamos republicana, por contraposición á la anterior de la época de los reyes, representa lo contrario de esta, ó sea, una rigurosa separación entre el sacerdocio de la comunidad, *sacerdotes publici populi Romani*, y la magistratura de la comunidad, *magistratus publici populi Romani*, y una manera análoga de considerar ambos círculos ú órdenes; y no ya simplemente la exclusión completa del sacerdocio del manejo de los asuntos temporales, sino además la subordinación del mismo, en tanto en cuanto lo exigiera la organización unitaria de la comunidad, á la magistratura. Esta secularización, tan acentuada como fue posible, de la magistratura, fue acaso lo más