

El principio de división de poderes: antecedentes romanísticos

Por Patricia Silvina Mora⁵⁵³

I. Introducción

Desde su formulación solemne en el siglo XVIII, el principio de división de poderes se ha interpretado como un principio de separación de funciones que encierra la idea de que las distintas funciones estatales corresponden a conjuntos de órganos (poderes) separados, independientes y equilibrados entre sí.

Se ha considerado un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos del constitucionalismo, esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado en sus avances sobre las libertades privadas.

Según Loewenstein, resulta un integrante imprescindible del bagaje estándar del constitucionalismo, del dogma más sagrado de la teoría y práctica

⁵⁵³ Abogada (UBA). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Derecho (UBA). Profesora de Posgrado en Derecho Administrativo (Universidad Austral).

constitucionales. No obstante, este autor sostiene que lo que caracteriza al constitucionalismo moderno es la separación de funciones, y no así la separación de poderes, como una propuesta ideológica del liberalismo político al absolutismo monárquico, ya que afirma que en el constitucionalismo de la antigüedad no se desarrolló una separación de funciones y muchas veces el poder se ejerció en sentido contrapuesto a dicha separación.⁵⁵⁴

No obstante, cabe acotar si la división del poder como concepto contrapuesto a su concentración tuvo en sus orígenes, ciertamente, estos alcances.

La comprensión adecuada del principio requiere el análisis de al menos tres momentos:

- 1) La atención a su formación en los planos conceptual e institucional hasta la obra de Montesquieu y las Constituciones de 1787 y 1791.
- 2) La crítica doctrinal del principio en el plano del derecho constitucional y la ciencia política.
- 3) La supervivencia de ese principio en la realidad, es decir, en la organización actual de los sistemas constitucionales de nuestro tiempo.

El objeto de este trabajo es encontrar las raíces de este fenómeno. En la trayectoria histórica de la formación del principio de la separación de poderes los antecedentes de la república romana, resultan innegables.

II. Génesis romana del principio: sus alcances como idea de equilibrio y participación

Aunque la idea genuina de la separación de poderes, la proposición sobre la necesidad de la separación orgánica equilibrada de las diversas funciones estatales, solo es alcanzada, como veremos, por Montesquieu, anteriormente existen contribuciones, doctrinales e institucionales, sin las cuales

⁵⁵⁴ LOEWENSTEIN, K. (1986) *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, p. 56 ss.

aquella no hubiera sido posible. Estas ideas anteriores son las de la diversidad de funciones estatales, la del gobierno o constitución mixta y la de la constitución equilibrada.

Como es sabido, el prototipo de la constitución republicana de la Roma clásica se basaba en su carácter mixto: se conjugaba el equilibrio del *imperium* monárquico (los magistrados colegiados y temporales), el poder del pueblo (que elegía a los magistrados y votaba las *leges*) y la autoridad de una aristocracia experta y prestigiosa, reunida en el Senado.

Este prototipo también es resaltado por Cicerón, así como el rol de los tribunos de la plebe, los auténticos representantes del poder popular, no aparecen en el autor romano como una alternativa al gobierno de los cónsules, sino como un freno que permite reconducir el dominio consular a su justa medida.⁵⁵⁵

Se acepta la conveniencia de un gobierno equilibrado o mixto en el que los diversos sectores sociales tienen asegurada su participación, pues temen la posibilidades opresoras del gobierno ejercido por una sola clase social, alcanzándose la idea de que la garantía de la libertad frente a la opresión reside no en la confianza en la buena voluntad del gobernante, sino en la consecución de una estructura del poder tal que haga imposible el despotismo.

Entre los modelos políticos, la constitución mixta de Polibio se caracteriza por servir como recurso fundamental en la explicación de la victoria romana y la derrota cartaginesa en la guerra púnica, por lo que es importante entender esta función y este uso.

La idea se encuentra ya en Platón (democracia y monarquía) y Aristóteles (democracia y aristocracia), pero su expositor más claro será el griego, afincado en Roma, Polibio.⁵⁵⁶ En su examen destacan dos conceptos fundamentales: la anaciclosis y la constitución mixta.

⁵⁵⁵ Especialmente ver CICERÓN, *Rep.* II, 23, 42 y 43. Su obra *de re publicae* será una reacción contra la situación política del siglo I a. C. vivida directamente por él, de demagogia, corrupción electoral, relajación moral, invasión de costumbres extranjeras, especialmente helenísticas, y crisis institucional.

⁵⁵⁶ POLIBIO, *Historias*. Compuesta por cuarenta libros (de los que se conservan solamente los cinco primeros, junto con resúmenes y fragmentos de los restantes, aparte de testimonios

Así, plantea que en la historia hay una ley inevitable de crecimiento y decadencia que se explica y manifiesta en un ciclo, en todas aquellas formas no mixtas de gobierno, de monarquía a la tiranía, de la tiranía a la aristocracia, de la aristocracia a la oligarquía, de la oligarquía a la democracia y de la democracia a la demagogia. Mediante su conocimiento, Polibio sostiene que se puede analizar certeramente cada coyuntura, saber en qué momento histórico se está y prever hacia dónde se dirige un Estado cualquiera, aunque no se pueda determinar la fecha del cambio de un periodo histórico a otro.

Sostiene Dias Tejera:

El propósito básico y originario del libro VI de Las Historias lo revela el propio Polibio: comienza por decir que no ignora que algunos se extrañarán de que interrumpa aquí –en el inicio del libro VI– el hilo de la narración histórica para tratar de la constitución romana. “Es que para mí –cito textualmente– fue desde el principio una obligación y formó parte de mi plan general esto ...el conocer y aprender el cómo y mediante qué tipo de constitución casi todo el mundo habitado ... cayó bajo un único imperio, el de los romanos”. “Ante esta determinación –continúa el autor– no he encontrado un momento más oportuno que el presente para el conocimiento y apreciación de la constitución política de los romanos”.⁵⁵⁷

En Roma, los distintos elementos se encontraban ajustados y en equilibrio, lo que impedía que alguno de los estamentos representados institucionalmente sobrepasara sus funciones, ya que, debido a la composición mixta, se permitía un natural impedimento o frenos recíprocos, o bien

indirectos), la obra abarca los acontecimientos históricos desarrollados en el período que media entre el año 264-263 hasta el 146 a. C. (caída de Corinto), es decir, aquel azaroso e importantísimo período que vio afirmarse a Roma como “*caput mundi*”. En realidad, el tema central de la obra es el período 220-168, cincuenta y cuatro años en el transcurso de los cuales Roma sometió a todo el mundo conocido.

⁵⁵⁷ DÍAZ TEJERA, A. (1975). “Análisis del Libro VI de Las Historias de Polibio”. En *Habis*, 6, p. 23-34.

colaboración. Esto institucionalizado mediante la facultad de veto entre los magistrados o en el nombramiento de ciertas autoridades en los que debían concurrir el Senado y los cónsules.

Polibio reconoce que los elementos fundamentales de la constitución romana son tres: cónsules, Senado y pueblo, los cuales, a su vez, corresponden a las tres formas simples de gobierno que formaban el canon del pensamiento político griego: el reino, la aristocracia y la democracia.

Afirma que cada vez que una catástrofe acaba con la civilización y los hombres, por su debilidad, se vuelven a reunir en rebaños. El más fuerte, como sucede entre otros animales, es el que domina y gobierna. La degeneración de las formas de constitución, es descrita en su obra, como cíclica.

Sin embargo, según Polibio, Roma no se encuentra en ninguna de estas etapas, puesto que su constitución no es simple sino compleja, y en su historia las formas de gobierno no se fueron sustituyendo una por otra, sino que se combinaron y formaron una constitución mixta, compuesta de reino, aristocracia y democracia.⁵⁵⁸

De tal manera, Polibio pensaba que en el momento en que la tiranía, tal vez la de Tarquino el Soberbio, fue eliminada, el principio monárquico no fue desechado sino que siguió vigente y, a su vez, los elementos democráticos debieron haber sido incorporados antes de que la aristocracia degenerara, y en tal sentido solo corresponde tener presente los logros emergentes del conflicto patricio-plebeyo.

He aquí entonces una primera gran exposición del principio del equilibrio o del control recíproco, que se convertirá en uno de los fundamentos

⁵⁵⁸ POLIBIO, *Historias* (VI. 12-17). Para todas estas cuestiones, cf. Introducción de *Historias de Polibio*, Ed. Alma Mater, p. 111 y ss. Y para presentar la historia en términos dramáticos, seguir un método de exposición lo más convincente posible y hacer una demostración sensacional e inobjetable, Polibio interrumpe el curso de su narración después de la batalla de Cannas –el momento más difícil para Roma en todos los cincuenta y tres años que el historiador se ha propuesto abarcar (1. 1. 5)– con el objeto de describir la constitución romana y, al compararla con la cartaginesa y la espartana, hacer evidente que Roma ganó la segunda guerra púnica y el dominio universal después de ser casi totalmente derrotada, gracias a su constitución, que considera mejor que la púnica, y que todas las demás (VI.43-51).

del pensamiento político occidental. El campo de estudio no es otro que la *civitas* romana, donde el equilibrio se da desde sus propios orígenes, asentado sobre el binomio de la *auctoritas* y la *potestas*.

A Roma debe la humanidad la civilidad, como a Grecia la *Paideia*. Y esta civilidad se construye sobre la noción de lo público en un ejercicio equilibrado de poder, en el que el pueblo tiene un justo protagonismo, así por ejemplo no solo en la labor comicial, sino en las *contiones* como verdadero paradigma de la participación ciudadana. Así como ciertos mecanismos de control y rendición de cuentas de la mano de las *crimina* que encuentran en las instituciones actuales una innegable réplica.

Catón el Viejo, nombre experimentado y ducho en los avatares del gobierno de la República, solía decir que el gobierno de Roma era superior al de las demás naciones, porque éstas solamente habían tenido nombres aislados que constituyeron Estados a su manera, dándole leyes e instituciones particulares, que luego otros derogaban, como Creta a Minos, Lacedemonia a Licurgo, Atenas que tantas veces cambio de constitución a Dracón, a Solón, a Clístenes, etc. Pero el Estado romano no ha sido constituido por un ingenio solo, sino por el consenso de muchos; ni se consolidó por una sola edad, sino por el transcurso de muchas generaciones y bastantes siglos. No es posible encontrar un ingenio tan grande, que todo lo abarque, y el concurso de todos los varones esclarecidos de una época no conseguiría, en materia de previsión y prudencia, suplir las lecciones de la experiencia del tiempo.⁵⁵⁹

Por eso Cicerón expone con morosidad esta constitución romana formada por las aportaciones constantes y las correcciones oportunas en cada momento de las leyes, instituciones, senadoconsultos, decretos, interpretaciones de juristas, costumbres recibidas de los mayores, desde el tiempo de los reyes hasta su época.

Por su parte, escribe que si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y obligaciones, de tal manera que los magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo

⁵⁵⁹ CICERÓN, *De Rep.* 2. 2. citado por GUILLÉN, J. (1982). "La constitución romana según Cicerón". En *Humanitas*. Recuperado de: <https://www.uc.pt/humanitas33-34> › 07.

bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido.

Y de tal manera afirmará que la República es el Estado del pueblo, la patria, el bien y la herencia común de todos los ciudadanos; y pueblo no es cualquier reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino una asociación en torno a un interés común.

Cicerón reclama en sus obras la participación de todos los ciudadanos en la consolidación de la *respublicae*, por ello destaca la necesidad de consagrarse a las artes y a las ciencias, “pero faltaría al deber quien por estar dedicado a ellas, huyera de la actividad pública; porque toda la alabanza de la virtud consiste en la acción”.⁵⁶⁰

Corresponde reconocer que el modelo de derecho público romano articuló en su devenir histórico un conjunto de mecanismos dirigidos a garantizar la participación del *populus* en la toma de decisiones como derecho exclusivo de los *cives romani*.

Así, en la República romana la democracia era directa, participando el ciudadano en forma activa en la vida política, a través de las asambleas populares, siendo los *comitia tributa* los más democráticos y de mayor auge a finales de la República, dado que nacieron con carácter civil y no militar como los centuriados y por tener base territorial.⁵⁶¹

El carácter democrático de la República romana ha sido desarrollado, entre otros, por Fergus Millar, quien dio comienzo de manera más decisiva a esta línea de interpretación, cuyo origen, en realidad, podría ser reconocido desde antiguo, ya que una fuente sustancial para descubrir y sostener la existencia de nuevos matices en la constitución romana procede del análisis del libro VI de Polibio.⁵⁶²

⁵⁶⁰ Off. 1, 18-19.

⁵⁶¹ FERNANDEZ DE BUJÁN, A. (2002). *Derecho Público Romano*. Madrid: Civitas, p.104-106.

⁵⁶² Especialmente en su obra *The Crowd in Rome in the Late Republic*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998. Se establece como escenario principal el Foro, en cuanto centro neurálgico de los asuntos públicos. Los personajes concitados en torno al Foro son aquellos políticos pertenecientes a la clase gobernante tradicional –nobles incluso– y al *populus* en su representación más pública. Y la modalidad más destacada que cifra esta compleja relación son las *contiones* y, en menor medida, los *comitia*.

A su turno, en la Roma antigua el *populus* estaba compuesto por aquellos que se reunían para decidir lo que “concernía a todos”. Y aquí se encuentra el punto esencial de la discusión, pues si nosotros hacemos el ejercicio de modificar el concepto hacia la dirección indicada, incluso aquella definición de Ulpiano contenida en D. 1, 1, 1, 2 y referido al *ius publicum* cobra un sentido muy diferente: no se trata de buscar una vinculación con el “Estado romano”, por lo demás inexistente, ni referirse exclusivamente a las normas de lo que hoy denominaríamos organización política, sino de concebir un nexo con un elemento distinto que permitiría expresar este párrafo como: “*Ius publicum* es aquello que se refiere a la situación (*status*) de las cosas que conciernen a todos”.⁵⁶³

Afirma al respecto Fernández Bulté: “(...) tanto en Atenas como en Roma se articuló un modelo de organización política genuinamente democrático. (...) Por el contrario la burguesía liberal ni fijó jamás esos límites ni ha alcanzado jamás un mecanismo participativo de poder del nivel y pureza del que tuvieron los antiguos”; señalando que el poder político del pueblo romano era indiviso, indelegable e intransferible.⁵⁶⁴

De tal manera, la participación del pueblo resulta un eje fundamental en el equilibrio del poder, equilibrio que también se sustenta en la división de su ejercicio a través de un binomio que atraviesa por completo la constitución romana, esto es, el binomio *auctoritas- potestas*.

De *auctoritas* estaban revestidos los augures, que mediante la observación de los signos celestes interpretaban la voluntad de los dioses para la realización de actos de especial relevancia pública, y desde luego el Senado, que limitaba la potestad de los magistrados. Asimismo, este binomio estaba implícito en la bipartición del proceso clásico, en el que la fase *iusdicere* la ejercía el pretor, revestido de potestad, para dar o denegar la acción, un interdicto o cualquier otro recurso necesario para la buena marcha del proceso; mientras que la fase de *iudicare*, en cambio, era propia del *iudex* con autoridad, quien valoraba la prueba y dictaba la *sententiae* que dirimía el conflicto.

⁵⁶³ *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanum spectat.*

⁵⁶⁴ FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (1999). *Separata de Derecho Público Romano*. . La Habana: Editorial Félix Varela, p. 17.

El término *auctoritas* procede del verbo *augere*, que significa aumentar, auxiliar, robustecer, ampliar, completar, apoyar, dar plenitud a algo. Derivado de este verbo *augere* son también los términos *augur*, *augustus*, cuya relación ha sido brillantemente expuesta por Ovidio en los siguientes versos (Fasti, 1,609 ss.): “Llaman los antiguos a lo santo ‘augusto’. Llámense augustos los templos dedicados por mano sacerdotal. También viene del mismo origen de esta voz el ‘augurio’, y todo lo que con su ayuda aumenta Júpiter”.⁵⁶⁵

Distinta de la *auctoritas* es la *potestas*, de “*potis*”, cuya raíz indoeuropea significa la idea de poder. “*Despotés*”, en griego, es el amo de la casa. Esta palabra ha pasado al castellano con pocas modificaciones fonéticas: “*déspota*” o sus derivados, “*despótico*” o “*despotismo*”.

Señala Grosso que en el campo de lo público, *potestas* representa un poder inherente a la explicación de funciones del Estado, poder conferido especialmente a aquellas magistraturas desprovistas de *imperium*, y que a su vez servía de criterio para dirimir eventuales conflictos entre magistrados, en base a la *par maiore potestas*, como señala Cicerón, *de Legibus* 3, 4, 11.⁵⁶⁶

En sus “Claves Conceptuales”, Álvaro d’Ors define la autoridad y la potestad del siguiente modo: “autoridad es el saber socialmente reconocido” y “potestad es el poder socialmente reconocido”. Ambos conceptos llevan a continuación una nota explicativa en donde la autoridad se equipara con el “prestigio del saber”, que se manifiesta a través del “consejo”, y, elemento de primordial importancia, es la única instancia capaz de actuar como “límite de la potestad”.⁵⁶⁷

En definitiva, señala el autor, para que la potestad y la autoridad sirvan a la sociedad civil deben aceptar su puesto: la autoridad debe resistir la tentación de levantar todos los dedos y la potestad aceptar que resulta

⁵⁶⁵ *Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur / Templi sacerdotum rite dicata manu / Huius et augurium dependet origine verbi / Et quodcumque sua Juppiter auget ope.*

⁵⁶⁶ Citado por TORRENT RUIZ, A. (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza: Edisofer, p.161.

⁵⁶⁷ D’ORS, A. (1995). “Claves Conceptuales”, p. 509-521.

imposible mantener la palma abierta y a la vez los dedos indicadores de saber reconocido en alto.⁵⁶⁸

En opinión de Schulz, “autoridad” es el prestigio social de una persona o de una institución, de modo que el principio de autoridad encierra la idea de que la autoridad debe ser valorada en la vida social y, especialmente, en el derecho, pues la autoridad tiene la fuerza de persuadir a los demás que la reconocen.⁵⁶⁹

Catalano considera que la *auctoritas* expresa siempre el aumento dado a cualquier cosa que todavía tiene valor *per se* y subsiste sin ser absorbida. El carácter de consenso, aprobación, aparece claro tanto en la *auctoritas populi* como en la *auctoritas patrum* y también en la *auctoritas patris*.⁵⁷⁰

Por su parte, sería en la *auctoritas eius qui mancipio dat* en la que, a su juicio, se individualizarían los dos elementos del permiso o aprobación y del aumento o asistencia.⁵⁷¹

Fuenteseca, concibiendo a la *auctoritas* como principio constitucional de la constitución republicana, afirma:

⁵⁶⁸ D'ORS, A. (1973). “Escritos varios sobre el Derecho en crisis.” En *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, Nº 24.

⁵⁶⁹ SCHULZ, F. (2000). *Principios del Derecho romano*. Civitas: Madrid, 2ª ed., p. 187-188.

⁵⁷⁰ CATALANO, P. (1960). *Contributi allo studio del diritto augurale*. Tomo I. Torino: Giappichelli, p.150, nota 101.

⁵⁷¹ Algunas de las más antiguas manifestaciones de la noción de *auctoritas* se encuentran en la legislación decenviral. La *auctoritas fundi*, la *auctoritas adversus hostem* y la *auctoritas rei subruptae* constituyen algunos de los más antiguos testimonios del instituto de la *auctoritas* en el derecho arcaico, conforme con la información ciceroniana. Según nos transmite Cic. *top.* 4, 23; Cic. *De off.* 1, 12, 37 Tabla VI, 3, Tablas, VI, 4. En términos generales, los manuales de derecho privado romano identifican la *auctoritas* decenviral con la “garantía” que debe prestar el alienante. Entre los que se refieren a este sentido de “garantía”, en relación con el precepto sobre el llamado *usus auctoritas*, BONFANTE, P. (1968). *Corso di Diritto romano*, II, *La proprietà*, Parte II, Milano: Giuffrè, p. 275; BETTI, E. (1960). *Istituzioni di Diritto romano*, Volume Secondo, Parte Prima, Padova, p. 205; KASER, M. (1968). *Derecho Romano Privado*. Traducción de la 5a ed. alemana por José Santa Cruz Tejeiro. Madrid: Reus, p. 115.

La constitución romana aparece articulada, desde la monarquía, sobre el principio de dependencia o subordinación de toda actividad privada o pública al *auspicium*, que aseguraba el orden o legitimidad a efectos de la vida pública ciudadana. Consideramos que el *auspicium* es una de las técnicas para lograr el *augurium*, la técnica de observación de las aves (*avispicium*). Sin entrar ahora en esta cuestión polémica, queremos simplemente reafirmar que los *patres* del *senatus* eran los portadores de la *auctoritas* al más alto nivel constitucional, y que la *auctoritas patrum* puede considerarse como la cúpula de la ordenación augural y el mayor centro de poder en la concepción del *ius* augural. El retroceso de la *auctoritas patrum*, que pasó a ser preventiva perdiendo su verdadero efecto constitutivo frente a las decisiones del *populus*, señala un hito en el proceso de la crisis constitucional de la república. La *auctoritas* constituye un *prius* respecto al *imperium* magistratual que se concebía como *auspicium imperium* que hasta la crisis republicana.⁵⁷²

La *auctoritas*, prosigue el autor, sería la función pública de responsabilidad o garantía que presta un *auctor* o agente en cuanto miembro del *populus*. Opera como un principio legitimador procedente del derecho augural, un principio constitucional legitimador del poder, o bien un principio de ordenación augural primitiva del ámbito público y privado. Además, aporta la legitimidad augural, el respaldo y apoyo divino, cuyo monopolio tuvieron los *patres*. De allí que, en su opinión, el *imperium* se habría apoyado en una legitimidad augural, de remota raíz religiosa, que no era otra cosa que *auctoritas*.⁵⁷³

Desde los orígenes de las instituciones públicas va a encontrarse presente, de modo tal que no puede hablarse propiamente de un período monárquico sino de una ciudad quiritaria, en dónde el componente de la *auctoritas* del Senado se encuentra por demás presente, en contraste con el *imperium* del *rex*.

⁵⁷² FUENTESECA, P. (2004). "La auctoritas como principio constitucional romano." En *Libro Homenaje al prof. Manuel Albaladejo García*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Tomo I, p. 1763-1774.

⁵⁷³ FUENTESECA, P. (1987). *Historia del Derecho romano*. Madrid: P. Fuentesecca, p. 90-105.

El binomio autoridad-potestad permanecerá incluso con mayor solidez en el período republicano. La *respublicae* romana logró el equilibrio del poder que constituye la base fundamental de aquel concepto que luego pasó a llamarse, para simplificar, principio de división de poderes, pero que en realidad, y aún en una concepción teórica actual, solo logra sostenerse sobre la base de la exigencia de frenos y contrapesos, siendo la preponderancia de una función lo que caracteriza a los tres poderes del Estado y no así su separación o división.

Si todas las ciudades concibieron la potestad como necesaria para el gobierno de las mismas, Roma llegaría más lejos: la potestad es necesaria para el gobierno, pero para el “buen gobierno” (*optimum status*) se precisa también de la autoridad. La carencia en aquellas del equilibrio potestad-autoridad terminaba precipitándolas hacia el abuso, la involución y la caída en su homóloga degeneración.

Este reparto de funciones entre la *auctoritas* de los juristas, jueces, augures y senadores y la *potestas* de los magistrados, o del *pater familias* en el ámbito doméstico, se traduce por tanto en un justo equilibrio compatible con un principio que para los romanos era piedra angular: que el poder de suyo es indivisible (*imperium nullum nisi unum*, dirá Cicerón, *De re publica* 1, 38, 60).

La *auctoritas* en relación con Augusto supondría una nueva aplicación de esta noción con la que se designaría la posición moral y jurídicamente preeminente del individuo que representa la esencia del poder político y que la aproximaría a la idea de *maiestas* imperial. “La *auctoritas principis* o *auctoritas-maiestas* hará, sin embargo, evanescente la distinción entre autoridad y potestad en el ámbito político transformando en compleja la posibilidad de realizar una diagnosis satisfactoria de la naturaleza jurídico política del Principado”.⁵⁷⁴

Por lo demás, Augusto alteró el orden de producción del derecho al

⁵⁷⁴ El término *augustus* se encuentra emparentado etimológicamente con *augur* y *augurium*. Unos versos de Ovidio reflejan diáfamanamente ese origen: Ov., *Fast.* 1, 609 y ss.: *Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur Tempia sacerdotum rite dedicata manu Huius et augurium dependet origine verbi. Et quodcumque sua Iuppiter auget ope.*

otorgar labores legislativas, propias de los comicios, al Senado, por lo que las decisiones de los *patres*, revestidos de *auctoritas* y no de *potestas*, quedaron desnaturalizadas.

En el fondo este trasvase de la actividad legislativa del magistrado popular al emperador a través del Senado era una derivación congruente con la confusión introducida por Augusto entre autoridad y potestad. La pretensión del fundador del Principado había sido la de gobernar realmente la república, no con potestad, sino con autoridad. De este modo, la autoridad vino a convertirse, de hecho, en una potestad superior a la ordinaria; consecuentemente, la función legislativa que correspondía a la potestad de los magistrados populares pudo traspasarse a la autoridad del Senado, y luego, dada la sumisión de la autoridad senatorial a la del Príncipe, acabó por atribuirse de hecho a éste.⁵⁷⁵

A su turno, también introdujo el *ius respondendi*, por el cual solo determinados juristas, autorizados por el príncipe, podían actuar como prudentes del derecho. Respondían *ex auctoritas Principis*, es decir, que su autoridad ya no procedía de su saber, sino del permiso del príncipe: pasa a ser una autoridad funcional basada en la potestad.

Efectivamente, Tácito da testimonio de la ruptura de este binomio cuando, en relación a la situación política vivida en los momentos finales del período augusteo, lamenta la modificación del ordenamiento político que no había dejado nada de las, calificadas por él, antiguas y sanas tradiciones. De esta manera, refiere cómo los ciudadanos, “enajenados del sentimiento de igualdad, ya no esperaban otra cosa que obedecer los mandatos del Príncipe”.

A partir de entonces la jurisprudencia deja de ser libre y se agota su fuerza creadora al quedar ésta absorbida por la administración. Con el tiempo, la voluntad normativa del príncipe pasa a llamarse ley y, a partir de entonces, será la protagonista del derecho y su única fuente, dando origen a

⁵⁷⁵ D'ORS, A. (1980). “La ley romana, acto de magistrado”. En *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp, p. 312-329.

un régimen que barre con el equilibrio y silencia la participación popular, de allí que se asistía sin más a la muerte de aquello que había suscitado la admiración de Polibio, la *respublicae*.

III. Recepción del principio en la teoría moderna

La teoría posterior a la revolución inglesa es una reflexión acerca de las condiciones de la Constitución equilibrada. Se trata de una amalgama compleja del gobierno mixto, la supremacía del legislativo y la separación de poderes. Su expositor arquetípico fue Locke.

Sin embargo, antes de que Locke diera los primeros atisbos de la posterior teoría y práctica de la tripartición de poderes, la polémica sobre el gobierno mixto había recorrido un largo camino desde Aristóteles y Polibio hasta las críticas y oposiciones de Jean Bodin o Nicolás Maquiavelo.

Para Bodin era “imposible”, “incompatible” e “inimaginable” mezclar monarquía, democracia y aristocracia: “Si la soberanía es indivisible (...), ¿cómo se podría dividir entre un príncipe, los señores y el pueblo a un mismo tiempo? Si el principal atributo de la soberanía consiste en dar ley a los súbditos, ¿qué súbditos obedecerán, si también ellos tienen poder de hacer la ley?”⁵⁷⁶

En su teoría de la separación de los poderes del Estado, Montesquieu sostiene que la distribución jurídica de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial solo podrá limitar el uso arbitrario del poder y salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos, si se combina con otro principio basado en su distribución social. Por esta razón describe un modelo institucional en el que la diversidad propia de una sociedad estamental –la sociedad inglesa– se integra formalmente a los poderes del Estado.

Los debates posteriores que dieron vida a las constituciones modernas –debates reconocidamente deudores de la teoría de Montesquieu– se centraron exclusivamente en el principio de distribución jurídica, transformándolo

⁵⁷⁶ BODIN, J. (1992). *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Tecnos S. A., p. 89.

en un pilar fundamental en la organización de los Estados. Por más de dos siglos los expertos del derecho polemizaron sobre los alcances de este principio, en un debate en el que se enfrentaron los defensores de la autonomía absoluta de cada poder con aquellos que abogaban por su separación relativa.⁵⁷⁷

En uno y otro caso se trataba de interpretar adecuadamente lo que Madison llamó “El oráculo de Montesquieu”.⁵⁷⁸

Montesquieu se fijará en el pensamiento político británico, especialmente las obras de John Locke, como modelo para su sistema de separación de poderes. De ellos tomará la idea de una triple división, así como la primacía del legislativo. No obstante, en el *Espíritu de las leyes* se sustituye el poder federativo por el judicial.

El gran aporte de Montesquieu al pensamiento político no es, como suele entenderse, la división de poderes. Ésta ya existía desde un siglo antes en los escritos de varios teóricos británicos, y se venía aplicando en Inglaterra desde finales del XVII. El mérito de *El espíritu de las leyes* es de carácter sociológico: la búsqueda del equilibrio social a partir de la división de poderes.

Afirma Montesquieu que la opresión se evita dividiendo al poder, distribuyéndolo entre órganos independientes e iguales entre sí. “Todo estaría

⁵⁷⁷ EISENMANN, C. (1975). “El Espíritu de las Leyes y La Separación de poderes”. En *Anuario Jurídico N° 2 UNAM*, p. 429-453. Al primer grupo pertenecen la mayoría de los juristas de derecho público de la primera mitad del siglo XX, aunados en lo que se llamó interpretación separatista. Para estos juristas, el aparato descrito por Montesquieu estaría conformado por tres cuerpos absolutamente autónomos que tendrían el monopolio de una parte del poder, ninguno de los cuales contaría con los medios constitucionales para impedir a los otros el ejercicio de su actividad, o para obligarlos a ejercerla. Para el segundo grupo, en cambio, el modelo se basaría en una separación relativa de los poderes, porque si bien cada órgano parece especialmente abocado a una de las funciones señaladas, no es la única en la que interviene, ni le compete de manera exclusiva. Esta es la línea interpretativa que comparten los padres de la Constitución americana, Destut de Tracy y Benjamin Constant, entre otros.

⁵⁷⁸ MADISON, J. (1994). “Carta XLVII”. En *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 204-209.

perdido si el mismo hombre y el mismo cuerpo ejerciese los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutarlas y el de juzgar”.

La idea de la separación de poderes se enraíza en una preocupación filosófica por el equilibrio, como máxima de actuación que identifica con la felicidad y que trata en su obra *Causa de la Grandeza de los Romanos y de su Decadencia*, en la cual identifica la autodestrucción con el desmesuramiento, por lo que el correctivo para una vida feliz sería el equilibrio.

El esquema de Montesquieu se concreta en los antecedentes de Roma republicana, donde quienes ejercen cada cuota de poder se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos, porque el peor enemigo de la libertad es el poder y es necesario encontrar una disposición de las cosas para que el poder frene el poder.

Estas afirmaciones de la concepción del equilibrio en el ejercicio del poder como garantía de la libertad viene a estar reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma: “La libertad se vería amenazada si los poderes ejercieran facultades no concedidas; si hay algo que ha consagrado la Constitución, y no sin fervor, es la limitación del poder del gobierno. La Constitución ha establecido, inequívocamente, un sistema de poderes limitados” (Fallos 330: 3160).

Muchos autores contraponen el concepto de división de poderes y de constitución mixta, señalando que la división o separación de poderes establecida por las modernas constituciones liberales resulta algo muy diferente de la constitución mixta.

Así, el modelo de nuestra Constitución Nacional adopta el paradigma del equilibrio y no el de una división tajante del poder en funciones, como muchas veces pretendió entenderse, pues es más importante el control y los frenos interpoderees que el asignarles una función preponderante.

Ha sostenido nuestro máximo tribunal:

El accionar de los tres poderes es armónico y coordinado, y teniendo cada uno de ellos atribuciones exclusivas, tiene a su vez relaciones con los otros, a los que asiste, complementa y controla (Voto del Dr. Eduardo Moliné O’Connor en Fallos 316: 2940).

Dentro del sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución

Nacional el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado pues aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí, de lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales (Fallos 327: 46).

No obstante, resulta innegable que recepta el binomio *auctoritas-potestas*, en el reconocimiento de dos poderes abordados desde la periodicidad en su ejercicio, y un poder, intérprete último y reservorio de los alcances de los derechos, que puede predicarse como el único independiente al resguardo de la garantía de la inamovilidad.

Entender la estructura del concepto de *auctoritas* permite despejar toda duda acerca de los mecanismos de integración y nombramiento del Poder Judicial.

El concepto premoderno, que todavía se puede rastrear en un autor de transición como Montesquieu, se refiere a un gobierno en el que participan como sujetos activos, como gobernantes, las partes reales de la sociedad.

Los poderes del constitucionalismo en la modernidad no son, sin embargo, partes distintas del cuerpo social, sino representantes del mismo sujeto: el pueblo homogéneo compuesto por individuos que aspiran a la igualdad de oportunidades, que fuera de los momentos excepcionales cuando aparece dotado de poder constituyente se expresa ordinariamente a través de dichos mediadores. Esta es la razón por la cual la división de poderes no constituye un reflejo de la pluralidad social como sí lo es la constitución mixta.

Con ello puede afirmarse que la división de poderes concebida conjuntamente con el principio de representación alejaba la concreción de la idea de una sociedad heterogénea, bajo el lema de la prédica de una igualdad y de la garantía de la libertad que jamás pudo concretarse.

La soberanía del pueblo se expresaba a través de la ley, que no era otra cosa que la voluntad de un órgano político, sin participación directa alguna. Éste era el modelo de la constitución del liberalismo clásico.

Los principios así esbozados han sido desplazados por realidades de un mundo globalizado, donde lo importante es el reconocimiento de la desigualdad y la necesidad de los equilibrios, más que una tajante división de funciones, que nunca se ha dado en nuestro sistema constitucional que desde antaño reconoce una interpretación dinámica en la voz de la jurisprudencia.

IV. Conclusiones

El gran aporte de Roma ha sido el concepto de civilidad, así como la construcción desde sus mismos orígenes del equilibrio en el ejercicio del poder y la participación ciudadana.

Según Hannah Arendt, el jurista romano captó muy bien que la praxis política consistía fundamentalmente en custodiar la herencia de la fundación, la del primer *consensus iuris*.

Nos encontramos así ante una compleja política que, al admitir la participación de partes muy diversas, nos puede recordar a la constitución mixta. Ya no se trata de representar la totalidad, de dar forma a lo que por su naturaleza está ausente, el cuerpo colectivo e indivisible del pueblo, sino de representar en la totalidad, de favorecer la expresión política de fuerzas, necesidades e intereses. Y todo ello dentro de una realidad en la que las agrupaciones son sujetos activos y, por lo tanto, responsables de dar una solución al problema político.

Por otra parte y tomando en consideración la tradición romanista de nuestro derecho, puede afirmarse que su reconocimiento no resultaría extraño a sus sólidas bases, y de tal manera podría no solo reforzarse el principio de participación ciudadana y el derecho fundamental a un buen gobierno,⁵⁷⁹ sino la idea del compromiso con lo público que subyace en

⁵⁷⁹ Así, se destaca en el Preámbulo del Código Iberoamericano de Buen Gobierno, suscripto por la Argentina: "...En definitiva queremos que la actuación gubernamental consista en la práctica de la promoción del interés general, y se aleje del reprobable abuso de los recursos públicos para fines de interés partidista o particular. En conclusión, a partir del compromiso

toda república. En este sentido la reinstalación de la transparencia, el acceso a la información de los actos de gobierno y el buen manejo y preservación de los fondos públicos resultan instrumentos indispensables para la recuperación de la credibilidad pública.

En palabras de Riberi, “la esperanza cívica, en resumidas cuentas, es un antídoto moral que permite resistir la deshumanizante degradación que nos afecta”.⁵⁸⁰

Y en palabras de Virgilio, el legado de Roma también resulta innegable en los aspectos que nos convocan:

Otros habrá –lo creo– que con rasgos más mórbidos esculpan bronces que espiran hálitos de vida y que saquen del mármol rostros vivos, que sepan defender mejor las causas y acierten a trazar con su varilla los giros en el cielo y anuncien la salida de los astros. Tú, romano, recuerda tu misión: ir rigiendo los pueblos con tu mando. Estas serán tus artes: imponer leyes de paz, conceder tu favor a los humildes y abatir combatiendo a los soberbios. (Virgilio, Eneida VI, 846-853).⁵⁸¹

adquirido con la ciudadanía y los pueblos, y de nuestro apoyo a los valores del pluralismo democrático, manifestamos de forma explícita lo siguiente: Consideramos inaceptable: 1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción (...).”

⁵⁸⁰ RIBERI, P. (2014). *Teoría de la Representación Política*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

⁵⁸¹ Hasta el final de su vida, y durante más de diez años, Publio Virgilio Marón (70-19 a. C.) estuvo dedicado a la composición de la Eneida, unánimemente reconocida como el más perfecto exponente del clasicismo romano. Virgilio pretendió con ella ofrecer al público romano la gran epopeya de sus orígenes, que sirviera al tiempo como justificación y exaltación del nuevo régimen impuesto por el emperador Augusto. El resultado sería esta magistral combinación entre el pasado legendario de Roma y su historia reciente. Más allá de las evidentes funciones políticas y sus distintos niveles temáticos, la Eneida nos ofrece la gesta de un héroe exiliado de su patria. Tras la quema de Troya a manos de los griegos, Eneas parte hacia una tierra extraña, en la que habría de encontrar su nuevo hogar. En su viaje por mar, el hijo de Venus arrostrará numerosas dificultades hasta llegar a su destino en la costa italiana, e incluso allí se verá obligado a entablar una guerra contra los pueblos itálicos, para conseguir al fin fundar una ciudad llamada a convertirse en cabeza del mundo. VIRGILIO (2010). *La Eneida*. Traducción por Javier Echave Sustaeta. Madrid: Gredos.