

BIANCHI, ALBERTO B., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Editorial Cathedra Jurídica, 2019, 468 páginas

GERARDO E. VEGA¹

Alberto B. Bianchi, reconocido catedrático constitucional, presenta su nuevo libro, que se suma a la extensa y relevante bibliografía del autor, fruto de su docencia e investigaciones, en el que emprende un interesante análisis acerca de la teoría de la “separación de Poderes”. La obra propone una profunda indagación metódica y sistemática del tema y, al mismo tiempo, arriba a conclusiones que articulan las bases para futuros desarrollos.

El análisis inicia con un repaso histórico que, a modo propedéutico, relata los antecedentes relevantes en la evolución de las instituciones políticas. Los siguientes seis capítulos ofrecen un estudio analítico y comparativo de los modelos de la separación de Poderes en Gran Bretaña, Canadá, Francia, España, Estados Unidos y Argentina. Al final, se agregan varios índices de la abundante jurisprudencia y doctrina citada.

Para comenzar, el autor se remonta a los orígenes de la teoría de la división de poderes. Advierte (Capítulo I) que hasta el siglo XVIII resultaba indiferente si las funciones de gobierno se encontraban concentradas en una persona o no. Por entonces, la división de tareas se vinculaba con una necesidad práctica y no con elucubraciones teóricas. Apunta que, si bien algunas ideas de la separación de funciones se encontraban esbozadas en el pensamiento Platón, fue Aristóteles,

1. Contador Público, por la Universidad Nacional de La Plata (1975), Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado, Universidad Austral (2018); estudiante de Derecho Constitucional Especializado en la Universidad Austral. Coordinador del Posgrado de Derecho Procesal Tributario I, de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) (2017, a la fecha); correo electrónico: estudio@civega.com._

en la *Política*, quien mejor expuso la diferenciación entre tres funciones separadas en el Estado, con una formulación que “[...] parece haber sido escrita por un autor moderno”².

Sin embargo, por largos siglos, salvo Cicerón en la *República*, el tema no volvió a aparecer con nitidez. En la Edad Media los debates giraron en torno de la separación entre el poder espiritual y el temporal, pero la funcionalidad de los poderes no representaba un problema. Y si bien debe admitirse que hubo dispersos atisbos de diferenciación funcional –como con la Justicia de Aragón en España, o los *assize* (antecedente del juicio por jurados), en Inglaterra– la idea de la separación de Poderes recién fue receptada con toda su fuerza en la modernidad avanzada³.

Bianchi indica que recién a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII se forjó la idea de la separación de poderes, al menos como es concebida hoy. Fue Locke quien, producida la Revolución de 1688 en Inglaterra, formuló las bases, al describir los tres poderes que existían en la sociedad política: el Poder Legislativo, que hacía las leyes; el Ejecutivo, que las aplicaba, y el “Poder Federativo”, cuyos contornos no llega totalmente a definir. O sea que si bien estudió la dinámica entre Poder Legislativo y Ejecutivo, no llegó a diferenciar el Poder Judicial. En suma, la división de poderes en su pensamiento se redujo a dos (el Ejecutivo y el Legislativo, a cargo del Parlamento, en el que residía el “poder fuerte”). Fue Lord Bolingbroke, también inglés, quien puso el acento en la doctrina del equilibrio y control recíproco entre los poderes. En la misma línea, se recuerda la

2. BIANCHI A., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2019, p. 5.

3. Tampoco durante el Renacimiento puede hallarse “vestigio alguno de la separación de Poderes” (Bianchi, A., *op. cit.*, p. 14). Ciertamente es que en la época posterior al medioevo se consolidó el absolutismo monárquico, justificado con la doctrina de Filmer y Hobbes, en Inglaterra, y Bodin y Bossuet, en Francia, cuyas ideas fueron encarnadas en la figura de Luis XIV. Lo mismo en España, gobernada por los Austria y luego por los Borbones. En Italia, sucedía algo similar con los príncipes absolutistas de las “ciudades estado” (Florencia, Milán, Ferrara, etc.) o la aristocracia oligárquica veneciana. Con agudeza, Bianchi señala que Maquiavelo logró trascender a su época, aunque el *Príncipe* es sobre todo un tratado sobre cómo conquistar y retener el poder de modo unívoco, pero no sobre cómo separarlo.

obra de Blackstone, que se ocupó de la composición del Parlamento –conformado por el Rey, los Lores, tanto los espirituales como los temporales, que integran una Cámara y los Comunes, que integran la otra. Pero más allá de eso, se deja en claro que fue Montesquieu quien concretó la teoría sobre la división de poderes, como una forma de limitar el poder y de asegurar la libertad de los individuos. Montesquieu caracterizó al Poder Legislativo, compuesto por “dos partes”, como la voluntad general del Estado, mientras que asignó al Poder Ejecutivo la ejecución de dicha voluntad general. Y, a diferencia de sus predecesores, distinguió la función judicial. Y, aunque no reconoció la existencia de un Poder Judicial como un órgano estable, señaló que las sentencias debían seguir las expresas disposiciones de la ley⁴. Sus ideas quedaron consagradas con la Revolución Americana, en especial gracias a la defensa de Hamilton y Madison. El recorrido histórico culmina con un resumen de las posturas a favor de la separación de poderes (Hauriou, Vile, Barnett, entre otros) y en contra (Carré de Malberg, Jellinek, Burdeau, Loewenstein, entre otros).

Luego, el autor aborda la comparación entre los distintos sistemas mencionados abonando su investigación con un valioso cúmulo de citas jurisprudenciales, doctrinarias y normativas, que ayudan a esclarecer y comprender las diferencias entre unos y otros. Con ellas revela las particularidades de cada modelo: las específicas facultades y funcionalidades de los poderes; las competencias, las relaciones de subordinación y primacía, la delegación de facultades legislativas, judiciales y reglamentarias, según el poder otorgante o receptor. Esto permite al lector percibir en cada caso la incidencia en las instituciones de la cultura, costumbres y valores de cada sociedad; y a la vez comprender las motivaciones con que se diseñaron los instrumentos constitucionales respectivos.

Sobre el modelo británico (Capítulo II, con un apéndice sobre su aplicación en Canadá) sugiere que, en rigor, la separación de poderes en Inglaterra ha aparecido más nítida para quienes “lo miran de afuera” que para los propios ingleses y que solo recientemente “se ha hecho

4. BIANCHI, A., *op. cit.*, pp. 28-29.

más formal en el Reino Unido”⁵. Señala que la que caracteriza el sistema británico es la llamada soberanía parlamentaria [*parliamentary sovereignty*]. En efecto, es el parlamento quien sanciona las leyes constitucionales, pues no existe formalmente un “poder constituyente”, ni una constitución en sentido escrito, de lo cual se derivan otras consecuencias. La principal es que no hay estricta separación entre el Parlamento y el Poder Judicial, pues no existe en el Reino Unido una organización judicial unificada y común para todo el país. Tradicionalmente, la revisión de última instancia estaba a cargo de la *House of Lords* y el *Privy Council*, hasta que en 2009 se creó una Corte Suprema (cuyos miembros son designados por la Reina). Tampoco hay control de constitucionalidad sobre las leyes: los jueces no declaran su inconstitucionalidad, y siempre reconocen la supremacía del parlamento. No hay pues una separación tan marcada entre Poder Legislativo y Ejecutivo, ni se encuentran reguladas con exactitud las funciones que corresponden al Rey, al Primer Ministro (que también integra el Parlamento y es designado por el Rey), ni al propio Parlamento (cuya autoridad también reposa en el Rey). Y, sin embargo, Bianchi señala que el sistema funciona muy bien, y que la separación de Poderes en Inglaterra es fruto de una constitución flexible, fundada en la “convención”⁶. Destaca que la formalidad en la separación está ausente, y la compleja interrelación orgánica desdibuja el formalismo. En la formalidad resaltan dos poderes: Ejecutivo y Legislativo. En este mismo capítulo, en un apéndice se aborda modelo canadiense, en el que existen tres ramas de gobierno: la Ejecutiva y la Legislativa, que ejercen funciones distintas pero unidas, mientras que la tercera (la Judicial) sí está formalmente separada.

Al describir el modelo francés actual (Capítulo III), Bianchi marca tres particularidades: la gran inestabilidad política y constitucional que ha sufrido Francia; la clara primacía de la rama Ejecutiva (y cómo los intentos parlamentarios –que buscaron hacer menguar esa característica– ocasionaron serias crisis) y, más interesante aún, que la división de poderes francesa es una “hija dilecta e inescindible”⁷ del

5. BIANCHI, A., *op. cit.*, p. 49.

6. *Ibíd.*, p. 75.

7. *Ibíd.*, p. 95.

Derecho Público francés, y de la creación de la jurisdicción contencioso administrativa. El autor remarca que, en rigor, en Francia hay dos Poderes: Ejecutivo y Legislativo, con preponderancia del primero. La “rama Judicial”, por el contrario, “no es estrictamente un poder, sino un servicio público”⁸, que ejerce la competencia en dos jurisdicciones distintas: la contencioso administrativa y la judicial. Por su parte, el control de constitucionalidad está a cargo del Consejo Constitucional, que no es precisamente un órgano judicial. En suma, en el sistema francés funcionan los controles y equilibrios, pero no hay una división de poderes en sentido estricto.

A continuación trata el modelo español y recorre su historia institucional hasta llegar a la actualidad (Capítulo IV). Con la Constitución de 1978 las funciones del Estado pasaron a estar distribuidas entre cinco órganos de gobierno: la Corona, las Cortes Generales, el Gobierno, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Según indica, el sistema en España muestra una separación de poderes más nítida que los anteriores, pese a estar construido sobre la base de una monarquía constitucional. El control de la Administración Pública es ejercido a través de la jurisdicción contencioso administrativa; mientras que el control de constitucionalidad, como en gran parte de Europa continental, queda reservado exclusivamente al Tribunal Constitucional. A partir de ello, se deduce que la estructura constitucional es equilibrada, sin prevalencia de un Poder por sobre el otro.

En cuanto al modelo de Estados Unidos (Capítulo V), señala que es el más próximo al ideal institucional. En efecto, los norteamericanos establecieron la doctrina de la división de poderes “(...) casi con fe religiosa”⁹. La razón: la igualdad jerárquica entre los tres poderes, que actúan en coordinación y ejerciendo control recíproco, según la fórmula de los *checks and balances* (usualmente traducida como “equilibrio de frenos y contrapesos”). Tal vez por ese motivo, o quizás por su indudable influencia en nuestro sistema, Bianchi realiza un minucioso análisis del modelo norteamericano.

8. *Ibidem*, p. 131.

9. *Ibidem*, p. 190.

Advierte que en Estados Unidos cada poder tiene su propia función y –a la vez– ejerce control sobre los demás. De ese modo, el Congreso es el primer intérprete de la Constitución, pues dicta la legislación general. Una vez aprobada por el Poder Legislativo, la ley requiere para su vigencia de la promulgación por el Ejecutivo (integrado por el Presidente), que puede vetarla. El Ejecutivo ejerce la administración pero el Congreso habilita su presupuesto; y –al mismo tiempo– el Legislativo controla el accionar del Ejecutivo, y puede someterlo al juicio político. Los jueces, por su parte, tienen a su cargo la decisión de las controversias que se susciten por aplicación de leyes, y ejercen el control de constitucionalidad, creado a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el célebre *Marbury v. Madison*, U.S. 137 (1870). Así, el Poder Judicial, encabezado por la Corte Suprema, aun cuando es el menos representativo de los poderes, está a cargo de controlar la constitucionalidad de la tarea de los otros. El autor destaca la preocupación de los norteamericanos por tener un sistema de poderes iguales, y el rol que ha ocupado Corte Suprema de Justicia en esa tarea, sobre la cual “(...) descansa (...) la arquitectura constitucional del sistema (...)”¹⁰.

Por último, Bianchi se ocupa del modelo argentino (Capítulo VI). Para ello, realiza una exhaustiva comparación histórica y actual entre la Constitución Nacional y la de los Estados Unidos. Se detiene en sus semejanzas y en las diferencias, algunas –por cierto– muy importantes, como la relación con la Iglesia en el marco de la libertad de cultos, cfr. art. 2º de la Constitución Nacional; la uniformidad de la legislación de fondo del art. 75, inc. 12; la amplia facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, y la posibilidad de demandar a las provincias ante la Corte Suprema y los tribunales federales.

Seguidamente, se pregunta cuántos poderes existen en nuestro sistema y examina el rol del Ministerio Público, a partir de la reforma constitucional de 1994, y apunta que, hasta tanto se construya su propio poder, “(...) será un híbrido constitucional (...)”¹¹.

10. *Ibidem*, p. 263.

11. *Ibidem*, p. 282.

En cuanto a la relación jerárquica entre los poderes, detalla que estos son iguales desde el punto de vista constitucional, pero que, en la práctica, las circunstancias y en especial la jurisprudencia, contribuyeron a favorecer la primacía del Ejecutivo. Bianchi trata las normas constitucionales específicas que marcan la separación de Poderes: los artículos 29, el 36 (incorporado con la reforma de 1994) y el 109 de la Constitución Nacional. Distingue el rol institucional de la Corte Suprema de Justicia como “intérprete final de la Constitución” y “árbitro del equilibrio entre Poderes”. Analiza la flexibilidad del modelo de separación de poderes en nuestro país, favorecida por algunas cláusulas de la Constitución Nacional, y el fenómeno del “hiperpresidencialismo”. Se detiene en las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo: puntualmente, analiza la delegación legislativa y las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo, así como los DNU y los abusos que se han suscitado. Se ocupa de la separación entre el Poder Judicial y los otros Poderes: describe las funciones de los tribunales administrativos, las limitaciones de los entes reguladores, los tribunales militares, el indulto, las acciones ejecutivas fiscales con embargo de cuentas, el Consejo de la Magistratura, y la subrogancia de los Jueces.

Examina las distorsiones que la práctica ha producido en nuestro sistema, e incorpora datos de la historia política y constitucional reciente. Apunta, con buen criterio, que el Poder Ejecutivo ha preponderado en ciertas épocas, y ahonda en las razones de esa primacía: la necesidad de liderazgo, los motivos históricos, la intervención estatal en la economía, el populismo, el centralismo fiscal, la potestad reglamentaria, el sistema electoral, la “deferencia” de la Corte Suprema con la política presidencial, las crisis económicas. Con agudeza, afirma que en Argentina hay un “divorcio pronunciado entre la Constitución formal y la Constitución real”¹².

Para concluir (Capítulo VII), y con la rigurosidad científica que lo caracteriza, el autor regala algunas reflexiones sobre la separación de poderes y los distintos sistemas analizados. La comparativa le permite asegurar que “(...) la diferencia sustancial (...) no estriba en el diseño físico de la Administración, sino en el modo y grado de con-

12. *Ibídem*, p. 392.

trol al que está sometida cada una de ellas por los restantes poderes, pues ello permite verificar, en definitiva, la mayor o menor intensidad de la separación de poderes”¹³. Sobre esa base, observa que “(...) existe un sólida unanimidad en la persecución de un mismo fin [limitar el poder], pero existe también una gran diversidad en la selección de los medios para conseguirlo”¹⁴.

A fin de cuentas, la separación de poderes es una doctrina, que lejos está de ser universal, pero que en todas partes mantiene un “(...) tronco común: la asignación de las funciones principales del Estado a órganos separados e independientes”¹⁵. En palabras del autor: “[I]o esencial, entonces, no es adoptar, en abstracto y rígidamente, tal o cual modelo en particular, sino la firme y honesta voluntad de convertir al que se elige en un instrumento que permita vivir, razonablemente, bajo un gobierno de Poderes limitados”¹⁶.

Demás está decir que *La separación de poderes...* se asienta sobre una pluma clara, diáfana que evidencia la gran experiencia del autor (que ya ha publicado otros dieciséis libros e innumerables artículos). Como ya lo ha hecho antes, Bianchi conjuga y fusiona jurisprudencia, doctrina, normativa, de forma amena y ordenada. La lectura se torna placentera, ágil, y, sin dudas, logra atrapar al lector, y por su abundante información es una obra de infaltable consulta.

En este sentido, no puede soslayarse tampoco la importancia de la teoría de la división de poderes. Me atrevo a agregar que la separación de funciones hace a la esencia misma del constitucionalismo en occidente, que hoy necesita despojarse de la arbitrariedad, para cuidar del libre, pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos, el que debe siempre estar orientado a la protección de la dignidad humana. Pero vuelvo al tema *La separación de poderes...* es una obra imperdible: un análisis sistemático de datos y conceptos, amalgamados en una sola unidad cognoscitiva.

13. *Ibidem*, p. 395.

14. *Ibidem*, p. 397.

15. *Ibidem*, p. 399.

16. *Ibidem*, p. 399.