

LOS MODELOS DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU INFLUENCIA
EN EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA⁹¹

Por Alberto B. Bianchi

Sumario: I. Introducción. II. Una teoría sencilla y una realidad compleja; A. Orígenes y formulación; B. Las críticas; C. Los tres modelos de separación de poderes. III. El modelo británico; A. La soberanía del Parlamento; B. La separación entre los jueces y el Parlamento; C. La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes; D. La separación entre el Parlamento y la rama ejecutiva; IV. El modelo Francés; A. Inestabilidad constitucional y estabilidad administrativa; B. La noción francesa de separación de los poderes y el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa; C. La consolidación y evolución posterior del Consejo de Estado y la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa; D. La Constitución de la Quinta República. El diseño de poder; E. El control de constitucionalidad; V. El modelo norteamericano; A. Las bases del sistema y su evolución posterior; B. El rol institucional de la Corte Suprema; C. Dos teorías en competencia; D. La interpretación funcional, i. El control de constitucionalidad; ii. La delegación legislativa; iii. La "doctrina de la deferencia"; iv. Los acuerdos ejecutivos; v. Las tareas judiciales de la Administración. La llamada "jurisdicción primaria"; E. La interpretación formal, i. El veto legislativo y el caso "Chadha"; ii. La remoción de funcionarios ejecutivos por el Congreso; iii. El Steel seizure case; F. El llamado "Estado administrativo"; VI. ¿Tres modelos de Administración?; VII. Conclusiones.

I. Introducción.

Analizaré aquí los tres modelos principales de la separación de poderes que ofrece el Derecho Comparado: el británico, el francés y el de los Estados Unidos, con el propósito de verificar si cada uno de ellos ha gestado un modelo propio de Administración Pública y, en ese caso, cuáles son sus características más relevantes.

Podrá decirse que el tema de la separación de poderes ha sido abordado una y mil veces. Es cierto.

Recientemente ha sido estudiado por el Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne en su obra *Los Grandes Principios del Derecho Público*⁹² y antes de ello había despertado el interés de quien fuera su maestro, el Dr. Jorge Tristán Bosch, en un trabajo publicado en 1944.⁹³

⁹¹ Conferencia de incorporación del autor a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

⁹² CASSAGNE, Juan Carlos: *Los Grandes Principios del Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

⁹³ BOSCH, Jorge Tristán: *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944.

También Faustino J. Legón se había detenido en ella.⁹⁴

Aun así, tengamos siempre presente, que “*no hay cuestiones agotadas, sino hombres agotados en las cuestiones*”, como decía *Santiago Ramón y Cajal* al incorporarse a la Real Academia de Ciencias en 1897, instando a una España alicaída por la pérdida del Imperio a no abandonar la investigación.⁹⁵

II. Una teoría sencilla y una realidad compleja.

La separación de poderes es curiosa. Bajo la aparente sencillez de una teoría, según la cual debe haber tres poderes para que cada uno de ellos, separada, coordinada e independientemente, legisle, administre y juzgue, tienen cabida modelos tan diferentes, que muchos de sus críticos descreen de la validez de la teoría misma.

A. Orígenes y formulación.

Desde la Antigüedad hasta nuestros días, la filosofía política se ha ocupado del Estado pero, hasta mediados del siglo XVIII, fue indiferente si sus funciones estaban concentradas en una sola persona, o separadas entre varias.

El cambio cualitativo se produjo en esa época, cuando se advirtió la necesidad de alojar esas funciones en cuerpos o personas separadas e independientes entre sí, para limitar el poder del Estado y asegurar la libertad individual.

Lo que hasta ese momento era una mera descripción, se convirtió en teoría.

Tal como lo explicó en su momento William Bondy, esto tuvo lugar como una evolución natural del gobierno que, al ir perfeccionado paulatinamente sus funciones, las fue distinguiendo unas de otras, hasta descubrir la necesidad de separarlas formalmente, como piedra angular del gobierno limitado.⁹⁶

⁹⁴ LEGÓN, Faustino J.: *Distinción y jerarquía de poderes*, separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo X, nos. 40-41, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1932.

⁹⁵ RAMÓN Y CAJAL, Santiago: *Reglas y consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

⁹⁶ BONDY, William: *The Separation of Governmental Powers. In History, in Theory and in the Constitution*, Columbia College, New York, 1896, pp. 7-9.

Sin ella, ha dicho el Académico Dr. Gregorio Badeni “*no existen ... cauces institucionales para controlar el ejercicio del poder*”.⁹⁷

Anticipada embrionariamente por Platón en *Las Leyes*,⁹⁸ el último de sus diálogos, la existencia de las tres funciones estatales clásicas, fue expuesta por Aristóteles en el Libro IV de la *Política*, con una claridad digna de un autor moderno.⁹⁹

Alfred Whitehead, matemático y filósofo inglés, decía que toda la filosofía occidental no era más que notas a pie de página de la filosofía platónica.¹⁰⁰ Podría decirse, tal vez, que toda la filosofía política son apuntes tomados de la *Política* de Aristóteles, incluyendo la separación de poderes.

Luego de Aristóteles pasarían más de veinte siglos antes de que la separación de los poderes reapareciera con tanta nitidez.

Cicerón¹⁰¹ y Polibio¹⁰² describen las magistraturas romanas, pero no hay allí vestigio alguno de la separación de poderes.

En el medioevo los únicos poderes separables fueron el espiritual y el temporal, ardua discusión que produjo la “*Querrela de las Investiduras*”.¹⁰³

Menos aún existen rastros de la separación de poderes bajo el absolutismo monárquico, doctrinariamente alimentado por Robert Filmer en Inglaterra,¹⁰⁴ y

⁹⁷ BADENI, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, T. 1, p. 627.

⁹⁸ Libro III, párrafos 691(e) a 692(c). Vid. PLATÓN, *Diálogos*, Gredos, Madrid, 1982, vol. VII, pp. 324-327.

⁹⁹ ARISTÓTELES, *Política*, con una introducción, traducción y notas de Manuela García Valdéz, Gredos, Madrid, 2007, pp. 181-193. Ver también ARISTOTLE, *Politics*, with an english translation by H. Rackham, Harvard University Press, 1944, pp. 345-369.

¹⁰⁰ “*The safest general characterization of the European philosophical tradition is that it consists of a series of footnotes to Plato*”. WHITEHEAD, Alfred North: *Process and reality, an essay in cosmology*, Gifford lectures delivered in the University of Edinburgh during the session 1927-28.

¹⁰¹ Ver el Libro III de *Las Leyes (De Legibus)*. He consultado la edición española de Gredos, Madrid, 2016, traducida por Carmen Pabón de Acuña del texto latino de Álvaro D’Ors, pp. 230-232.

¹⁰² Ver el Libro VI de *Historias*. He consultado la edición la edición española de Gredos, Madrid, 2016, traducida por Manuel Balasch Recort, vol. II, pp. 169-170.

¹⁰³ Ver: LLORCA, Bernardino; GARCÍA VILLOSLADA, Ricardo y LABOA, Juan María: *Historia de la Iglesia Católica*, 6ª edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1999, T. II, pp. 346 y 353.

¹⁰⁴ El pensamiento de Robert Filmer (1588-1653) ha quedado reflejado en una obra escrita en 1640 pero publicada recién en 1680, denominada *Patriarcha or the Natural Power of Kings*, que luego fue criticada duramente por John Locke. Extractos de esta obra pueden verse en: *Patriarcha and other writings*, edited by Johann Sommerville, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1991 y en Sir Robert Filmer, *Patriarcha*, edited by Peter Laslett, Oxford, 1949

Jacques Bossuet en Francia,¹⁰⁵ cuyas enseñanzas Luis XIV condensó en sus *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, escritas para su hijo el Gran Delfín.¹⁰⁶

España e Italia, tampoco ofrecían en los albores de la modernidad un ambiente propicio para separar los poderes.

España, gobernada férreamente por los Austria y después por los Borbones, recién tuvo su primera experiencia constitucional con la Constitución de Cádiz de 1812, pero fue efímera, sin perjuicio de la influencia que ha tenido en Hispanoamérica, tal como ha señalado el Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en su obra “*El Principio de Legalidad y el Control Judicial sobre la Discrecionalidad Administrativa*”.¹⁰⁷

Italia, por su lado, se descomponía en una serie de ciudades-estado, dominadas por príncipes absolutistas como los Médici en Florencia, los Colonna y sus rivales los Orsini en Roma, los Este en Ferrara o los Sforza en Milán. Su mayor contribución a la ciencia política durante el Renacimiento es *El Príncipe*, donde Maquiavelo, queriendo recobrar el favor de Lorenzo de Medici, le indica como conquistar y retener el poder, no como separarlo.

Tampoco en la república veneciana, a pesar de su compleja organización, existía una separación de poderes. En todo caso, Venecia tenía un sistema aristocrático, donde los nobles (el 5 por ciento de la población) se elegían a sí mismos y ejercían todas las funciones públicas.¹⁰⁸

Recién a fines del siglo XVII, la separación de poderes empieza a cobrar forma, cuando *John Locke* escribe *An Essay Concerning the True Original Extent*,

¹⁰⁵ En su obra *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Bossuet dice que la autoridad real es sagrada y, al desarrollar esta idea (Artículo II, primera proposición) señala que “*el trono real no es el trono de un hombre, sino el trono de Dios mismo*” (le trône royal n'est pas le trône d'un homme, mais le trône de Dieu même).

¹⁰⁶ LUIS XIV: *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, versión española publicada por Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 59.

¹⁰⁷ CASSAGNE, Juan Carlos: *El Principio de Legalidad y el Control Judicial sobre la Discrecionalidad Administrativa*, Prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 57 y ss.

¹⁰⁸ Allí el Gran Consejo integrado por todos los nobles varones (mayores de 25 años) elegía al Dux que era vitalicio. El Gran Consejo elegía, también, al Senado -que tenía a su vez un órgano ejecutivo (el *Collegio*)- y a todos los funcionarios estatales. Ciertamente, entonces, que no había en Venecia una autoridad única, sino varias, que se controlaban recíprocamente de manera bastante confusa, entre las cuales existió, a partir del siglo XIV, el Consejo de los Diez (los *Dieci*) un tribunal que ejerció un poder inquisitorial y arbitrario. Es famoso el “puente de los suspiros” donde pasaban gimiendo los condenados desde la sala del tribunal a las mazmorras de la prisión. Vid: GORDON, Scott: *Controlling the State, Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Harvard University Press, 1999, Cap. 5: The Republic of Venice, pp. 129-165.

and End of Civil Government (Un Ensayo acerca de Verdadero y Original Alcance y Fin del Gobierno Civil),¹⁰⁹ bien que no llega a concretar allí una verdadera separación. En su opinión, el poder legislativo es superior a los otros, adelantando así una doctrina que Blackstone desarrollará seis décadas después en sus *Commentaries on the Law of England*¹¹⁰ y rige hasta el presente, como veremos.

Fue el *Barón de Montesquieu*, en el *Espíritu de las Leyes*,¹¹¹ quien produjo el cambio cualitativo con esta célebre advertencia: “*Todo estará perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares*”.¹¹²

Aun así, los jueces, en la conocida opinión de Montesquieu, no son “*sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*”.¹¹³

Así formulada, la teoría de la separación de poderes encontró terreno fértil en la Revolución Americana, donde fue defendida por *James Madison* en el N° 47 de El Federalista,¹¹⁴ sosteniendo: “*The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny*”.¹¹⁵

La Revolución Francesa, por su lado, la convirtió en principio universal en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 - nacida en las tumultuosas jornadas de julio y agosto de ese año- que decía: “*Toute*

¹⁰⁹ Publicado recién en 1690, el “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, como habitualmente se lo conoce en español, fue escrito probablemente mucho antes de la Revolución de 1688. Si bien es cierto que constituye un justificativo teórico de ésta, se cree que Locke comenzó a escribirlo hacia 1680, cuando regresó a Inglaterra proveniente de Francia, pero no se ha logrado establecer una fecha exacta. Vid.: LOCKE – POLITICAL ESSAYS, edited by Mark Goldie, Cambridge University Press, 1997.

¹¹⁰ BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765 (facsimile edition of The Chicago University Press, 1979).

¹¹¹ A los fines de este trabajo he consultado la siguiente edición: MONTESQUIEU: *El Espíritu de las Leyes*, versión española de Siro García del Mazo, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1906.

¹¹² Obra citada en nota anterior, pp. 227-228.

¹¹³ Ídem, p. 237.

¹¹⁴ He consultado para este trabajo “*The Gideon Edition*”, editada en 1818 por George W. Carey y James McClellan y reimpressa en 2001 por Liberty Fund, Indianapolis. Puede vérsela también electrónicamente en: <http://oll.libertyfund.org/titles/carey-the-federalist-gideon-ed>

¹¹⁵ “*La acumulación de todos los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, ya sea de uno, de unos pocos, o de muchos, hereditarios, auto designados o electivos, puede ser justamente designada como la definición exacta de la tiranía*”. Traducción del autor.

Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".¹¹⁶

También fue recibida con beneplácito en la Constitución de Cádiz, como lo pone de manifiesto el vibrante Discurso Preliminar de Agustín Argüelles,¹¹⁷ cuya lectura, coincido con el Dr. Juan Carlos Cassagne, no debe pasar desapercibida.

B. Las críticas

No obstante su aceptación, la doctrina de la separación de los poderes ha sido muy criticada.

Carré de Malberg, decía que era un principio "*erróneo e inaplicable*",¹¹⁸ a diferencia de Maurice Hauriou, que la consideraba un "*principio genial*".¹¹⁹

Tampoco se muestra partidario de ella Jellinek, en su Teoría General del Estado, escrita en 1900¹²⁰ y medio siglo más tarde Karl Loewenstein, dirá que es "*una perfecta ilustración del pensar mecanicista*".¹²¹ A juicio de *Loewenstein* las funciones estatales son: la decisión; la ejecución y el control.

Sin adherir por completo a esta idea, admito que el control es determinante para diferenciar los distintos tipos de Administración que surgen de cada modelo de separación de poderes.

En los Estados Unidos, Frank J. Goodnow, precursor del Derecho Administrativo en su país, también criticó a la teoría por motivos similares a los de Carré de Malberg.¹²²

Tampoco los británicos han ahorrado sus críticas. Geoffrey Marshall, decía que es un "confuso baúl" (*jumbled portmanteau*) de argumentos,¹²³ Hood Phillips la

¹¹⁶ "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución".

¹¹⁷ Puede verse el Discurso con una Introducción de Luis Sánchez Agesta en la publicación del Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 213, Madrid, 2012.

¹¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *Teoría General del Estado*, traducción al español de José Lion Depetre, 2^{da} edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 834

¹¹⁹ HAURIOU, Maurice: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción al español y estudio preliminar de Carlos Ruiz del Castillo, Editorial Reus Madrid, 1927, p. 377.

¹²⁰ JELLINEK, Georg: *Teoría General del Estado*, traducción de la 2^a edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1945, p. 407.

¹²¹ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, 2^{da} edición, traducción al español y estudio preliminar de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 54-55.

¹²² GOODNOW, Frank J.: *The Principles of the Administrative Law of the United States*, G.P. Putnam's Sons, New York-London, 1905, pp. 25-27.

¹²³ MARSHALL, Geoffrey: *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 124.

consideraba un “mito constitucional”,¹²⁴ y Stanley A. De Smith llegó a decir que ningún autor de reputación podría sostener que la separación de poderes es una figura central de la moderna Constitución británica.¹²⁵

Si bien estas críticas fueron formuladas mucho antes de ser establecida la Corte Suprema del Reino Unido, como tribunal independiente del Parlamento y la Corona, luego de la creación de este tribunal, Roger Masterman, profesor en Durham University, continúa criticando a la teoría con argumentos no muy diferentes a los que Carré de Malberg exponía cien años atrás.¹²⁶ También se escuchan críticas en Irlanda. Eoin Carolan, profesor del University College de Dublin, ha formulado una dura crítica a la separación de poderes, concluyendo que es “internamente incoherente”.¹²⁷

Parecería que en el mundo académico británico, el único defensor de la separación de poderes ha sido Vile, en la Universidad de Kent.¹²⁸ También Hilaire Barnett ofrece una opinión conciliadora¹²⁹.

C. Los tres modelos de la separación de poderes.

Veamos ahora los tres modelos básicos de la separación de poderes. El británico, el francés y el de los Estados Unidos. Todos ellos reconocen -en teoría- la existencia de poderes separados, pero difieren sustancialmente en su instrumentación.

En el Reino Unido rige todavía la llamada “soberanía o supremacía del Parlamento”.

En el modelo francés, en cambio, el poder fuerte es el Ejecutivo, característica especialmente visible en la Constitución de la Quinta República.

¹²⁴ HOOD PHILLIPS, O: *A constitutional myth: separation of powers* (1977) 93 Law Quarterly Review 11.

¹²⁵ DE SMITH, S.A.: *Constitutional and Administrative Law*, 3rd ed., Harmondsworth, Penguin Books, 1977, p. 36.

¹²⁶ MASTERMAN, Roger: *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge University Press, 2011, p. 11.

¹²⁷ CAROLAN, Eoin: *The New Separation of Powers, A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, pp. 253-254.

¹²⁸ VILE, M. J. C.: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2nd edition, Liberty Fund, Indianapolis, p. 8.

¹²⁹ BARNETT, Hilaire: *Constitutional & Administrative Law*, 3rd edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sidney, 2000, p. 126.

Solamente en los Estados Unidos ha tenido arraigo el “modelo puro” de la separación de los poderes. Allí -al menos en teoría- los tres poderes están equiparados, separados y actúan coordinadamente. La Constitución establece tres poderes separados, los cuales, tal como explicaba Madison en El Federalista, actúan coordinadamente y están constitucionalmente equiparados.¹³⁰ Y si bien los jueces son la “rama menos peligrosa”,¹³¹ pues no tienen el poder político del Presidente, ni el poder económico del Congreso,¹³² compensan ese déficit institucional con el control de constitucionalidad, que han ejercido sobre las leyes y los reglamentos desde *Marbury v. Madison*,¹³³ en adelante.

III. El modelo británico.

Comenzaré por el modelo británico, que presenta una paradoja. Montesquieu desarrolló su teoría observando a la constitución inglesa, pero, curiosamente, los ingleses sostienen que hasta el año 2009, no tuvieron separación de poderes.

En la inauguración de la Corte Suprema del Reino Unido, el 1 de octubre de 2009, su primer presidente, *Lord Phillips of Worth Matravers*, dijo: “[p]or primera vez tenemos una clara separación de poderes entre la legislatura, el poder judicial y el poder ejecutivo en el Reino Unido. Esto es importante. Enfatiza la independencia del poder judicial, separando claramente a quienes hacen la ley, de quienes la administran”.¹³⁴

¹³⁰ Según Madison: “The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers”. El Federalista Nº 49.

¹³¹ De acuerdo con Hamilton “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”. El Federalista Nº. 78.

¹³² “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”. Hamilton, El Federalista Nº 78.

¹³³ 5 U.S. 137 (1803).

¹³⁴ “For the first time, we have a clear separation of powers between the legislature, the judiciary and the executive in the United Kingdom. This is important. It emphasises the independence of the judiciary, clearly separating those who make the law from those who administer it”. Ver la gaceta de prensa publicada en https://www.supremecourt.uk/docs/pr_0109_2_.pdf

Así, mirada con ojos extranjeros, la separación de poderes en el Reino Unido aparenta ser más nítida que para los propios ingleses, lo que explica las críticas que recibe en el Reino Unido.

A. La soberanía del Parlamento

La nota más típica del sistema británico ha sido -y sigue siendo- la soberanía o supremacía del Parlamento, fuertemente destacada por Dicey en plena época victoriana.¹³⁵

Un Parlamento que Blackstone, un siglo antes, calificaba como “omnipotente”, capaz de hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible,¹³⁶ y que *Jean Louis De Lolme*, un autor ginebrino refugiado en Inglaterra a fines del siglo XVIII, describió con una frase que se hizo muy popular: *el Parlamento inglés puede hacer cualquier cosa, excepto convertir un hombre en una mujer*.¹³⁷ Una afirmación que ha sido superada por ciertas técnicas quirúrgicas actuales.

Cierto es que ya en el siglo XX el sistema constitucional del Reino Unido fue evolucionando hacia un “gobierno del gabinete”, merced en parte a la declinación del poder del *House of Lords* y del crecimiento del poder del Primer Ministro, tal como lo describió más tarde Sir Ivor Jennings¹³⁸ y luego John P. Mackintosh.¹³⁹ Pero aun así, no obstante estas transformaciones que son tan profundas al punto que hoy en día se habla de la “presidencia británica”,¹⁴⁰ en el Reino Unido el centro de la escena política recae en el Parlamento y la doctrina de la soberanía parlamentaria está vigente.¹⁴¹

¹³⁵ DICEY, A. V.: *Introduction to the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982 (reprint of the 8th edition of 1915) p. 3.

¹³⁶ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit. en nota 110, vol. 1, p. 156.

¹³⁷ “... it is a fundamental principle with the English Lawyers that Parliament can do everything, except making a Woman a Man or a Man a Woman” DE LOLME, Jean Louis: *The Constitution of England, Or an account of the English Government*, edición de Liberty Fund, Indianapolis, 2007, p. 101. La obra fue originalmente publicada en francés en 1771.

¹³⁸ En su estudio sobre el gabinete JENNINGS comenzaba diciendo “*El Gabinete es el núcleo (core) del sistema constitucional británico*”. JENNINGS, Ivor (Sir): *Cabinet Government*, 3rd edition, Cambridge, University Press, 1961, p. 1. La primera edición de esta obra fue publicada en 1936.

¹³⁹ MACKINTOSH, John P.: *The British Cabinet*, 3rd edition, London, Routledge, 1981.

¹⁴⁰ FOLEY, Michael: *The British Presidency. Tony Blair and the Politics of Public Leadership*, Manchester University Press, 2000.

¹⁴¹ Ver GOLDSWORTHY, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001. En el mismo sentido: WADE, H.W.R. and FORSYTH, C. F.: *Administrative Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2004, p. 26.

Lo primero que pone de manifiesto esta soberanía o supremacía es que el Parlamento ejerce el poder constituyente. En el Reino Unido no existe un órgano específica y formalmente investido de tal poder, como en la mayoría de los otros países.

Desde su instalación bajo el reinado de Eduardo I, en adelante, el Parlamento británico ha sancionado las leyes constitucionales, dando lugar a esa constitución dispersa que tienen los ingleses, completada con las llamadas “convenciones constitucionales”, acuerdos no escritos que han dado vida a instituciones tan importantes como el Primer Ministro, nacido como fruto de una evolución histórica y cuyas funciones, pese a su trascendencia dentro del gobierno inglés, no están previstas en texto legal alguno.

En una entrevista que se le hizo en octubre de 2001 el entonces Primer Ministro Tony Blair dijo: “*los roles del Primer Ministro como cabeza del gobierno de Su Majestad, su principal asesor y presidente del Gabinete no están ... definidos en la legislación. Estos roles, incluyendo el ejercicio de poderes bajo la prerrogativa real, han evolucionado a lo largo de muchos años, a partir de convenciones y prácticas y no es posible definirlos*”.¹⁴²

Si bien hay muchos ejemplos, entre las más típicas leyes constitucionales de los últimos cien años vale la pena mencionar la *Parliament Act* de 1911,¹⁴³ que disminuyó el poder de los lores al quitarles poder de veto sobre las leyes impositivas y económicas;¹⁴⁴ la *Parliament Act* 1949,¹⁴⁵ que redujo más aún el poder de veto del House of Lords; la *Life Peerages Act* de 1958,¹⁴⁶ que introdujo los lores vitalicios y admitió que las mujeres podían formar parte de la Cámara; la *House of Lords Act* de 1999,¹⁴⁷ que redujo el número de lores de 1.330 a 669 y eliminó -salvo algunas excepciones- los lores hereditarios; la *Constitutional Reform Act* de 2005,¹⁴⁸ por

¹⁴² Citado por: TURPIN, Colin and TOMKINS, Adam: *British Government and the Constitution*, 7th edition, Cambridge University Press, 2011, p. 408.

¹⁴³ 1 & 2 Geo. 5 c.13.

¹⁴⁴ Eran las llamadas “*money bills*”. La reforma tuvo como antecedente el veto impuesto por el House of Lords a la Ley de Presupuesto de 1909, en la cual Lloyd George, Ministro de Economía (*Chancellor of the Exchequer*) había aumentado los impuestos para nuevos programas sociales. El veto quebró una antigua convención constitucional según la cual la cámara alta no vetaba los *money bills*.

¹⁴⁵ 12, 13 & 14 Geo 6 c 103.

¹⁴⁶ 6 & 7 Eliz. 2 c. 21.

¹⁴⁷ 1999 c. 34.

¹⁴⁸ 2005 c. 4.

medio de la cual fue creada la Corte Suprema del Reino Unido; y la *Fixed-term Parliaments Act* de 2011¹⁴⁹.

B. La separación entre los jueces y el Parlamento.

Tampoco ha sido nítida la separación del Parlamento con el Poder Judicial.

Hasta que fue efectivamente instalada la Corte Suprema en 2009, creada por la *Constitutional Reform Act* de 2005, la última instancia judicial en el Reino Unido era ejercida por dos órganos diferentes: el *House of Lords* y el *Privy Council*.¹⁵⁰ La primera tenía competencia general y el segundo tenía solamente una jurisdicción especial.¹⁵¹

Si bien, en teoría, la revisión en última instancia le correspondía al *House of Lords* en pleno, en la práctica y por obvias razones de buen funcionamiento, la función estaba delegada, desde el siglo XIX, en un cuerpo o comisión de lores especialmente investidos de la función judicial, llamados *Lords of Appeal in Ordinary*, más comúnmente conocidos como *Law Lords*, que integraban el *Appellate Committee* del *House of Lords*.¹⁵²

Esta comisión o cuerpo, estaba integrada por un total de 12 miembros,¹⁵³ pero los casos eran resueltos por un panel de cinco jueces. La admisión de la apelación era

¹⁴⁹ 2011 c. 14.

¹⁵⁰ Hacia el siglo XIV el antiguo consejo real (*curia regis*) integrado por los nobles de mayor rango y más cercanos al Rey y que -entre otras- ejercía funciones judiciales, se dividió en dos cuerpos, el *House of Lords* y el *Privy Council*. Ambos retuvieron las funciones judiciales y han continuado ejerciéndolas hasta el presente como tribunales de última instancia.

¹⁵¹ Esta función es ejercida por el llamado *Judicial Committee*, cuerpo que fue creado por la *Judicial Committee Act* de 1833. La competencia del *privy Council* se refiere en general a casos de la llamada “*Devolution*”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido.

¹⁵² El conocimiento de los casos por el pleno del *House of Lords* ya había colapsado a principios del siglo XIX, pues las demoras en resolver las apelaciones eran extraordinarias. Por tal motivo, en 1824, se decidió delegar la tarea en un reducido grupo de lores integrado por todos los miembros de la Cámara en forma rotativa y presidido por el *Lord Chancellor*. Esta solución no fue enteramente satisfactoria y bajo el gobierno de Gladstone -por medio de las leyes de 1873 y 1875- se suprimieron las funciones judiciales de la Cámara con la intención de crear una Corte Suprema independiente. Sin embargo, poco después, en 1876, bajo el gobierno de Disraeli, se llegó a una solución intermedia. La *Appellate Jurisdiction Act* devolvió las funciones judiciales a la Cámara pero creó un cuerpo estable de lores vitalicios, versados en derecho, presididos por el *Lord Chancellor*, con la misión específica de resolver las apelaciones provenientes de los tribunales inferiores. Así, los *Law Lords* pasaron a ser una especie de Corte Suprema dentro del *House of Lords*. Conf. BARRETT, Maxwell: *The Law Lords*, The MacMillan Press, 2001, pp. 14-15

¹⁵³ Originariamente eran menos, pero su número se ha incrementado desde su creación. También son *law lords* los jueces de los tribunales superiores que a la vez son lores.

discrecional y se concedía solamente para asuntos de pública importancia. Estadísticamente no se aceptaban más de 70 casos por año.¹⁵⁴

Como resultado de ello el *Lord Chancellor*, que presidía el *House of Lords*, concentraba funciones legislativas, judiciales y administrativas, pues también era miembro del gabinete. Era un cargo de relevancia, que históricamente habían ejercido personalidades como Thomas Becket o Thomas More. Todo ello realmente ponía a prueba la existencia de una verdadera separación de poderes en el Reino Unido.

Desde octubre de 2009 está en funciones la Corte Suprema creada por la *Constitutional Reform Act* cuyo funcionamiento está regulado en la sección 23 y subsiguientes de la ley. La Corte se compone un total de 12 jueces designados por la Reina (23.2)¹⁵⁵ quien puede modificar dicho número (23.3).¹⁵⁶ El nombramiento debe estar precedido de un procedimiento de selección establecido en las secciones 26, 27 y en el anexo (*schedule*) 8 de la ley.¹⁵⁷

En líneas generales la Corte Suprema ejerce la misma competencia que tenían los *Law Lords* y los integrantes de la comisión judicial del *Privy Council* en casos de “Devolución”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido. De esta cuestión se ocupan la sección 40 y el *Schedule* (anexo) 9.

También cambiaron radicalmente con la *Constitutional Reform Act* las funciones del *Lord Chancellor*, que ha dejado de ser la principal autoridad judicial del país, función que ahora recae en el *Lord Chief Justice of England*.¹⁵⁸ En la actualidad sólo posee las funciones propias de un Ministro de Justicia y, de hecho, se

¹⁵⁴ Barrett, cit. en nota 152, p. 123. Se trata como puede verse de una jurisdicción similar a la que ejerce la Corte Suprema de los Estados Unidos por medio del *writ of certiorari*.

¹⁵⁵ La ley dice “*Her Majesty*”.

¹⁵⁶ La designación se hace por medio de una *letter patent*, esto es, por medio de un documento público.

¹⁵⁷ Básicamente se forma una comisión de selección integrada por el Presidente de la Corte el Vicepresidente y un miembro de la llamada Comisión Judicial de Designaciones, quienes elevan una propuesta o recomendación al Primer Ministro. Esta propuesta es vinculante. El proceso de selección incluye obligatoriamente una consulta a jueces de superiores tribunales que no estén interesados en ser designados, al *Lord Chancellor* y a funcionarios de Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Luego de la consulta la comisión eleva un informe al *Lord Chancellor* acerca de quién debe ser designado. Este puede (a) aceptar la propuesta; (b) rechazarla o (c) pedir una reconsideración sobre la misma. Si es aceptada el *Lord Chancellor* la notifica al interesado.

¹⁵⁸ El cargo implica, en lo administrativo, ser el presidente de las cortes de justicia y, como juez, integra la *Queen’s Bench Division* del *High Court*.

llama así: *Ministry of Justice*.¹⁵⁹ Si bien sus funciones se han reducido formalmente, sus tareas como miembro del Gabinete son extensas y comprenden un amplio personal y una abultada cuota en el Presupuesto¹⁶⁰.

C. La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes.

Tampoco existe en el Reino Unido el control de constitucionalidad sobre las leyes. Los jueces revisan solamente las decisiones administrativas por medio de la doctrina del *ultra vires*, reconocido como un principio central del derecho administrativo británico,¹⁶¹ consistente en que la autoridad administrativa no puede actuar fuera de los límites establecidos por el Parlamento, que se aplica particularmente en la delegación legislativa.

En este terreno, una vez más, el derecho inglés es paradójico. Los ingleses fueron los primeros en sostener que las leyes pueden ser inválidas por contrariar principios básicos del *Common Law*, pero esa teoría, incipiente en algunos fallos del siglo XVII, fue luego abandonada y ha triunfado desde entonces sobre ella la supremacía del Parlamento, que impide a los jueces declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sir Edward Coke, como *Chief Justice del Common Pleas*, sostuvo en el célebre caso Thomas Bonhan de 1610,¹⁶² que una ley era inválida si contrariaba los principios del *common law*,¹⁶³ dando así una de las primeras clarinadas del control de constitucionalidad, que luego cobraría fuerza definitiva en los tribunales de los Estados Unidos a partir de *Marbury v. Madison*.¹⁶⁴ La misma decisión puede verse

¹⁵⁹ Ver: <https://www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-justice> Ver: GIBSON, Bryan: *The New Ministry of Justice*, 2nd edition, Waterside Press, 2008.

¹⁶⁰ De acuerdo con lo informado en la página oficial, el Ministerio de Justicia es una de los más grandes departamentos de estado, con más de 70.000 empleados y un presupuesto anual de nueve mil millones de libras.

¹⁶¹ WADE, H.W.R. and FORSYTH, C.F.: *Administrative Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2004, p. 344 y ss.; DE SMITH, WOOLF & JOWELL'S *Principles of Judicial Review*, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 95 y ss.

¹⁶² [1610] 8 Coke Reports 114. Para un estudio más amplio del caso me remito a lo que digo en: BIANCHI, Alberto B.: *Control de Constitucionalidad*, Abaco, Buenos Aires 2002, T. I, p. 63 y ss. Puede verse también: PLUCKNETT, Theodore: *Bonham's case and judicial review*, Harvard Law Review, vol. 40, p. 30 (1926).

¹⁶³ En esencia la sentencia de Coke sostiene que el estatuto del Colegio era inválido pues le permitía ser juez y parte al mismo tiempo, en tanto, por un lado juzgaba si debía ser aplicada una multa y luego la percibía. Puede verse el texto de la sentencia en *The selected Writings of Sir Edward Coke*, edited by Steve Shepard, Liberty Fund, Indianapolis, 2003, vol I, pp. 264-283.

¹⁶⁴ 5 U.S. 137 (1803).

en dos casos resueltos por el *King's Bench*, en la misma época. Me refiero a *Darcy v. Allein*¹⁶⁵ y *Tailors of Ipswich*.¹⁶⁶ Pero la doctrina de Coke no tuvo continuidad. El Rey Jacobo I lo obligó a retractarse y, negándose a ello, Coke fue removido del *King's Bench* por su “*perpetual turbulent carriage*”¹⁶⁷.

Es cierto que la sanción, en 1998, de la *Humans Right Act*,¹⁶⁸ que incorporó al derecho inglés los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos ha producido algún cambio, pero es muy leve. De acuerdo con la sección 3(1) de esta ley “[e]n tanto sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída e interpretada de manera tal que sea compatible con los derechos [que otorga] la Convención”¹⁶⁹.

Se ha discutido, entonces, si la *Humans Right Act* otorga a los jueces la facultad de ejercer lo que entre nosotros llamaríamos el “control de convencionalidad” sobre las leyes del Parlamento, cuando éstas no respetan los derechos convencionales. La respuesta de la doctrina ha sido negativa. Vernon Bogdanor, uno de los principales constitucionalistas británicos en la actualidad,¹⁷⁰ sostiene que la citada ley no les ha dado a los jueces ingleses un poder similar al que tienen en los Estados Unidos. Si una ley es incompatible con la Convención, permanecerá vigente hasta que el Parlamento la derogue o modifique y deberá ser aplicada en el caso concreto en el cual se formula tal declaración de incompatibilidad.¹⁷¹ Roger Masterman opina en igual sentido¹⁷².

D. La separación entre el Parlamento y la rama ejecutiva.

Tampoco es simple establecer una separación entre el ejecutivo y el Parlamento. Si bien es claro que este último está compuesto por dos cámaras legislativas, el *House of Lords* y el *House of Commons*, los autores ingleses, fieles a

¹⁶⁵ [1602] 74 ER 1131. Fue invalidada aquí una ley que otorgaba un monopolio para la fabricación de cartas de juego.

¹⁶⁶ [1614] 11 Coke Reports 53. Este caso, en el cual Coke actuó como juez del *King's Bench*, se refería a un monopolio otorgado a los sastres en la ciudad de Ipswich, que fue declarado ilegal.

¹⁶⁷ Véase una muy detallada cronología de su vida en la obra citada en nota 163, pp. xxxiv-Ixv.

¹⁶⁸ 1998 c. 42.

¹⁶⁹ “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”

¹⁷⁰ Nacido en 1943, es Profesor Emérito de Politics and Government de la Universidad de Oxford y Research Professor en el *King's College* de Londres.

¹⁷¹ BOGDANOR, Vernon: *The New British Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 59.

¹⁷² Masterman, cit. en nota 126, pp. 49-50.

la tradición histórica, siguen admitiendo que es inadecuado sostener que el Parlamento está conformado tan solo por las dos cámaras, porque la autoridad legislativa soberana “*rests in the Queen in Parliament*” (descansa en la Reina en el Parlamento).¹⁷³

Más aún, se sostiene, incluso, que el Parlamento es una “criatura de la prerrogativa real”, en tanto la convocatoria, prórroga y disolución del mismo, proceden de la prerrogativa real¹⁷⁴ y que no se trata de un cuerpo que gobierna, sino de un foro de debates que asegura la discusión pública de todos los asuntos.¹⁷⁵

En este aspecto continúa vigente la doctrina de Dicey, en cuya opinión el Parlamento se compone del Rey, de la Cámara de Lores y de la Cámara de Comunes actuado conjuntamente.¹⁷⁶ Ello queda de manifiesto, por lo demás, en la fórmula empleada hasta el presente para sancionar las leyes, que dice: “*Be ENACTED by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows.*”¹⁷⁷

También difiere notablemente la relación del Parlamento con el Primer Ministro y los miembros del Gabinete en el Reino Unido, de la que tiene el órgano legislativo con los ministros del Poder Ejecutivo en la mayoría de los otros sistemas. En la Constitución de los Estados Unidos está prohibido que los legisladores ejerzan funciones ejecutivas¹⁷⁸ y lo mismo ocurre en el sistema argentino.¹⁷⁹ En ambas constituciones esta prohibición constituye una garantía de la separación de poderes.

¹⁷³ GRIFFITH, J.A.G. and RYLE, Michael: *Parliament, Functions, Practice and Procedure*, Sweet and Maxwell, London 1989, p. 3; Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, citado en nota 129, p. 127. En igual sentido Wade-Forsyth, *Administrative Law*, citados en nota 141, p. 26.

¹⁷⁴ DAWN, Oliver: *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, en *English Public Law*, edited by David Feldman and Peter Birks, Oxford University Press, London, 2004, pp. 97-112, esp. p. 98.

¹⁷⁵ Griffith-Ryle, citados en nota 173, p. 6.

¹⁷⁶ Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, cit. en nota 135, Introduction, p. xxxvi.

¹⁷⁷ “*Sea sancionado con fuerza de ley por su Majestad Excelentísima la Reina, por y con el consejo y consentimiento de los Lores Espirituales y Temporales y por los Comunes en el presente Parlamento reunido, lo siguiente: ...*”.

¹⁷⁸ Así lo dispone el Artículo I, secc. 6, que dice “*No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office.*”

¹⁷⁹ En nuestro caso, la Constitución Nacional dispone en el artículo 105, que los ministros del Poder Ejecutivo “[n]o pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos ...”.

En el Reino Unido, en cambio, ocurre todo lo contrario. De acuerdo con una convención constitucional, nadie puede ser Primer Ministro ni miembro del Gabinete si no es, al mismo tiempo, un miembro del Parlamento.¹⁸⁰ Como resultado de ello, el Primer Ministro y los restantes miembros del Gabinete rinden cuentas de su gestión ante el Parlamento.¹⁸¹

Téngase en cuenta que el primer Ministro es siempre el líder del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes y se mantiene en el cargo mientras su partido retenga la mayoría. Si la pierde, el Primer Ministro pasa a ser el líder del otro partido y si ninguno de los dos partidos obtiene la mayoría, es necesario formar un gobierno de coalición.¹⁸²

El Gabinete, a su vez, se integra con los miembros del Parlamento que pertenecen al partido en el gobierno. La oposición, por su lado, en la bancada al otro lado del pasillo central de la Cámara, forma el llamado *shadow cabinet*, que controla al gobierno mediante miembros especialmente elegidos para ser espejo de cada ministro. Ambos grupos forman los *frontbenchers*. Los restantes miembros de la Cámara, tanto el partido del gobierno como de la oposición, que no tienen una posición ministerial, ni integran el *shadow cabinet*, son los *backbenchers*.¹⁸³

¹⁸⁰ Dawn, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, citado en nota 174, p. 109; JAMES, Simon: *British Cabinet Government*, 2nd edition, Routledge, London and New York, p. 8.

¹⁸¹ WEIR, Stuart and BEETHAM, David: *Political Power and Democratic control in Britain. The democratic audit of the United Kingdom*, Routledge, London-New York, 1999, en especial cap. 12.

¹⁸² El Primer Ministro es designado por la Reina de acuerdo con lo siguiente: (a) si luego de una elección general el gobierno retiene la mayoría en la Cámara de Comunes, el Primer Ministro se mantiene en su cargo y la Reina nombrará ministros a aquellas personas que le recomiende el Primer Ministro; (b) si luego de una elección general otro partido obtiene la mayoría en la Cámara de Comunes, el Primer Ministro deberá renunciar y la Reina invitará al líder de la nueva mayoría a formar gobierno. Este líder, elegido anteriormente como tal por su partido, será designado Primer Ministro, sin que la Reina pueda elegir a otro y (c) si en la elección general no surge una mayoría, se produce el llamado "*hung Parliament*"; en ese caso, el Primer Ministro en funciones deberá formar un gobierno de colación con el otro partido, o bien acordar con éste que no votará por la caída del gobierno. En caso de no poder llegarse a un acuerdo, la Reina invitará al líder del partido que tenga más bancas en la Cámara de Comunes para que intente formar gobierno. Puede ocurrir también, que la Cámara de Comunes quiera que el Primer Ministro renuncie y para ello debe emitir un voto de falta de confianza. En ese caso el Primer Ministro renunciará o se disolverá el Parlamento y se llamará a una nueva elección, de la cual surgirá un nuevo Primer Ministro, tal como ocurrió, en 1979, cuando el gobierno laborista de James Callaghan perdió en la votación de confianza y en la nueva elección surgió Margaret Thatcher como Primer Ministro por los conservadores. Ver: Dawn, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, citado en nota 174, pp. 110 y 111.

¹⁸³ Ver: <http://www.parliament.uk/>

IV. El modelo francés.

A. Inestabilidad constitucional y estabilidad administrativa.

Si el modelo inglés tiene sus curiosidades, también las tiene el modelo francés. Una de sus notas más singulares, es que al lado de una gran inestabilidad constitucional, los franceses han tenido siempre una gran estabilidad administrativa.

A diferencia del Reino Unido en donde las instituciones políticas han evolucionado lenta y pausadamente, con excepción del período republicano de Oliver Cromwell, en Francia, desde 1789, ocurrió todo lo contrario.

Gobernada ininterrumpidamente desde tiempos de Hugo Capeto por tres dinastías emparentadas entre ellas: los Capeto, los Valois y los Borbones, Francia, hasta la revolución de 1789, tuvo una continuidad política inalterada, casi perfecta.

Mucho más estable, aún, que la de los ingleses, conquistados en el siglo XI por el Duque de Normandía, un príncipe francés que venció a Harold II en 1066 en la batalla de Hastings; envueltos luego en las constantes luchas dinásticas de los Lancaster y los York en el siglo XV y obligados, a comienzos del siglo XVIII, al extinguirse los Estuardo, a recurrir a un príncipe alemán del Sacro Imperio, el elector de Hannover, para encontrar un rey protestante que reuniera las exigencias impuestas por el *Act of Settlement* de 1701.

Para los franceses, en cambio, la turbulencia política comenzó con la Revolución y parecería que recién se ha apaciguado con la Quinta República.

Si bien bajo la Tercera República Francia vivió un período de gran florecimiento de su cultura y de sus instituciones republicanas, destacándose en ella grandes publicistas como Émile Boutmy, Raymond Carré de Malberg, Maurice Hauriou, Leon Duguit, Adhémar Esmein y Gaston Jèze,¹⁸⁴ por mencionar sólo algunos de ellos, este fue, no obstante, un período de inestabilidad política que comenzó con Adolphe Thiers y finalizó con Albert Lebrun.

Un breve *racconto* de los cambios políticos habidos en Francia prueba lo que digo.

¹⁸⁴ Asimismo bajo la Tercera República florecieron en las letras Émile Zola, Anatole France, Paul Verlaine, Guy de Maupassant, Victor Hugo, Arthur Rimbaud y Guillaume Apollinaire, y en la pintura toda la escuela impresionista.

Desde 1789 los franceses han tenido: la Primera República, el Directorio, el Consulado, el Imperio, la restauración de la monarquía, la revolución de 1830, la Revolución de 1848, la Segunda República, el Segundo Imperio y, desde la caída de Napoleón III, tres repúblicas más. La Tercera, que comenzó con Bismarck en 1870 y terminó con Hitler en 1940, la Cuarta de 1946 y la Quinta de 1958.

Nada de ello, sin embargo, ha opacado el brillo de lo que es un orgullo de Francia: su administración y, más especialmente, su figura estelar: el Consejo de Estado, una institución secular que, desde los elegantes salones del *Palais Royale*, antigua residencia del Cardenal Richelieu y luego de los Duques de Orleans y su famosa pinacoteca, ha visto pasar incólume un gobierno tras otro, fortaleciendo su influencia y su prestigio.¹⁸⁵ Una institución que ha despertado, incluso, la curiosidad de autores norteamericanos, como Bernard Schwartz quien, con ocasión del sesquicentenario de su creación, escribió un trabajo, prologado por Arthur Vanderbilt, comparando el derecho administrativo francés con el sistema del *common law*.¹⁸⁶

Esta relevancia institucional queda reflejada en las palabras de *Jean-Marc Sauvé*, su Vicepresidente desde 2006,¹⁸⁷ quien en una conferencia dada en Australia, en marzo de 2010, dijo: “*En mi país el Consejo de Estado es la médula espinal de todo el sistema de juzgamiento de la Administración*”.¹⁸⁸

B. La noción francesa de separación de los poderes y el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Veamos, entonces, en qué consiste en Francia la separación de poderes, donde aparece íntimamente vinculada con el nacimiento de la jurisdicción contencioso

¹⁸⁵ Basta recordar la conmemoración oficial del bicentenario del Consejo de Estado, que tuvo lugar en el solemne anfiteatro de la Sorbona entre los días 13 y 15 de diciembre de 1999, donde se celebró un gran coloquio internacional, con representantes de 40 países, inaugurado por el entonces Presidente de la República, Jacques Chirac y clausurado por el Primer Ministro, Lionel Jospin.

¹⁸⁶ SCHWARTZ, Bernard: *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954.

¹⁸⁷ Cabe anotar que la autoridad máxima del Consejo de Estado es el Vicepresidente. La denominación de “Vicepresidente” es un vestigio de la época en que el Consejo estaba presidido por el jefe del gobierno o por un ministro, secundado por un vicepresidente.

¹⁸⁸ Vid: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/The-French-administrative-jurisdictional-system>

administrativa, tal como lo demostró en su momento Jorge Tristán Bosch¹⁸⁹ en un artículo publicado en 1945.¹⁹⁰

La misma aparece en La Ley del 22 de diciembre de 1789 y en la Ley de Organización Judicial, de agosto de 1790, primeros peldaños en la construcción de la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 13 de esta segunda ley decía: "*Las funciones judiciales son y serán distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*".

Es interesante ver qué diferente es esta noción, según la cual los jueces no pueden interferir en la función administrativa, bajo pena de incurrir en prevaricato, a la que inspira el artículo 109 de nuestra Constitución, íntimamente relacionado con el artículo 29 y que en palabras de la Académica Dra. María Angélica Gelli "*asegura una especial y estricta división de poderes entre el judicial y el Ejecutivo*".¹⁹¹

En Francia la garantía consiste en que los jueces no administren. En nuestro sistema, por el contrario, consiste en que la Administración no juzgue.

Esta noción no ha variado con la Quinta República. Más aún, el artículo 64 de la Constitución de 1958 dice "*El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial*".

Esta noción de rígida separación entre jueces y Administración pública, fue volcada luego en el artículo 5 de la Constitución de 1791 y más tarde se reprodujo, en términos más enérgicos aún, en la Ley del 3 de septiembre de 1795, que decía: "*Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie*".

Estas leyes, que establecieron el llamado sistema del "ministro-juez", crearon un cierto descontento y por ello cuando Napoleón conquista el poder completo luego del golpe de estado del 18 de Brumario del Año VIII, es decir, de 1799, la

¹⁸⁹ BOSCH, Jorge Tristán: *El origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia y la separación de poderes*, Revista de Argentina de Estudios Políticos, Instituto Argentino de estudios Políticos, Buenos Aires, Año I, N° 1, pp. 91-109.

¹⁹⁰ Agradezco al Dr. Juan Carlos Cassagne que haya tenido la gentileza de facilitármelo.

¹⁹¹ GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, T. II, p. 450.

Constitución de diciembre de ese año, redactada por Napoleón a su medida, crea el Consejo de Estado, poniéndolo bajo la dirección del Consulado, o sea de Napoleón.

C. La consolidación y evolución posterior del Consejo de Estado y la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este nuevo órgano, establecido el día de Navidad de 1799,¹⁹² se le atribuyeron inicialmente funciones tan sólo consultivas, para redactar leyes y para resolver los recursos de los particulares y tal competencia se mantuvo durante los primeros setenta años de su existencia en los cuales rigió el sistema de la llamada “justicia retenida”.

Luego de la caída del Segundo Imperio, que lo había disuelto en 1870, una ley de 1872 le atribuyó formalmente al Consejo de Estado la facultad de resolver por sí las controversias entre la Administración y los particulares, lo que permitió el paso de la “justicia retenida” a la “justicia delegada” formalizándose el sistema de doble jurisdicción: la contencioso-administrativa encabezada por el Consejo de Estado y la judicial, es decir, los tribunales ordinarios, cuyo órgano superior era la Corte de Casación.

Algunos años después, en 1889, el Consejo de Estado fortaleció su jurisdicción al resolver el caso “Cadot”, del 13 de diciembre de 1899,¹⁹³ en el cual, respondiendo al clamor de que los reclamos y recursos contra la administración, siempre eran resueltas, al menos en primera instancia, a favor de aquella, admitió que un recurso administrativo podía ser interpuesto directamente ante el propio Consejo, sin necesidad de que interviniera previamente el ministro competente.

Luego de ochenta años de ejercer esta jurisdicción, el Consejo de Estado estaba sobrecargado de tareas. A comienzos de la década de 1950 tenía más de 25.000 casos pendientes de resolución. Muchos de ellos provenían de funcionarios que habían sido exonerados bajo la acusación de haber colaborado con los nazis durante la Guerra. Pero más importante aún, en cantidad y permanencia, eran los recursos que el

¹⁹² La evolución histórica del Consejo de Estado se ha escrito muchas veces. Entre los autores franceses puede verse, entre otros: ODENT, Raymond: *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, Tome i, p. 620 y ss; DEBBASCH, Charles e RICCI, Jean-Claude: *Contentieux administratif*, Dalloz, 1999, p. 168. En español: CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: *Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)*, Revista de Administración Pública, Nº 153, Sept-Dic 200, pp. 519-535.

¹⁹³ Recueil 1148, concl. Jagerschmidt.

Consejo debía resolver como resultado de la aplicación de los nuevos planes de regulación e intervención estatal en la economía.

Fue así que, en 1953, la jurisdicción del Consejo de Estado, hasta ese momento originaria y exclusiva, fue desconcentrada otorgándose una parte importante de ella a tribunales administrativos regionales, comúnmente llamados tribunales administrativos que, en la actualidad, suman en total 42.

Esta reforma produjo inicialmente sus beneficios pues descargó de tareas al Consejo de Estado pero, a mediados de la década de 1980, la carga de tareas se había incrementado nuevamente y fue necesario crear una nueva instancia intermedia entre el Consejo y los tribunales administrativos. Nacieron así, en 1987, la Cortes Administrativas de Apelación, divididas a su vez en salas, que en la actualidad son 8, distribuidas a lo largo del territorio francés.¹⁹⁴

Como vemos, para descargar de tareas a los tribunales superiores, el ingenio humano no ha inventado, hasta ahora, nada más creativo que agregar nuevas instancias intermedias y establecer recursos que pueden ser resueltos en forma discrecional.

Como fruto de esta evolución, que sólo puedo relatar aquí en forma muy parcial y probablemente insuficiente, el llamado “contencioso-administrativo” francés es hoy una dilatada y compleja organización, cuya cabeza es el Consejo de Estado, que con sus 300 miembros, tanto juzga a la administración, con apelación judicial limitada, como la asesora, produciendo cada día lo que alguna vez Prosper Weil llamó el “Milagro del Consejo de Estado”.

D. La Constitución de la Quinta República. El diseño de poder.

Veamos ahora cómo es el diseño de poder en la Constitución de la Quinta República.

Tal vez lo que más impresiona cuando uno lee esta Constitución, es que luego de referirse a la Soberanía en el Título I, el Título siguiente está referido al Presidente de la República. Usualmente las constituciones comienzan regulando al órgano legislativo, porque es a quien se le otorga mayor importancia representativa. La constitución francesa, en cambio, comienza por el Presidente. Obviamente,

¹⁹⁴ Están ubicadas en: Paris, Versailles, Douai, Nancy, Lyon, Marseille, Bordeaux y Nantes.

influyeron en ello circunstancias históricas relevantes como el fracaso de la Cuarta República y la Guerra de Argelia, que obligaron al *General de Gaulle* a consolidar su poder. Tampoco fue ajena a esta impronta la propia personalidad del héroe francés.

Como resultado de ello, los franceses han elaborado un sistema parlamentario pero con características propias, ya que en Francia el Presidente no está controlado por las cámaras legislativas, pero puede disolver la Asamblea Nacional.

Así, en el marco de un sistema parlamentario, la Constitución de 1958 estableció un sistema presidencialista, como en los Estados Unidos, pero en el cual el ejecutivo aprovecha para sí las ventajas de los dos sistemas. En síntesis, la supremacía es netamente ejecutiva.

Así la pensaron sus ideólogos. En una alocución de octubre de 1962 *De Gaulle* dijo que la Constitución “*hace realmente del Presidente de la República el jefe del Estado y el guía de Francia*”. Estaba presente en esta afirmación el espíritu de los dos discursos de Bayeux dados por *De Gaulle*, el primero, en 1944, luego del desembarco de los aliados en Normandía y el segundo en 1946, después de la Liberación.

Más tarde en una conferencia de prensa, en enero de 1964, *De Gaulle* sostuvo “*Alors le Président fait la répartition comme il le juge nécessaire. Mais s'il doit être entendu, et c'est vrai que l'autorité indivisible de l'Etat est déléguée toute entière au président par le peuple qui l'a élu, et qu'il n'y en a aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui. Et qu'il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dans lesquels il délègue l'action à d'autres, il serait foncièrement mauvais que dans les temps ordinaires, la fonction et le champ d'action du président de la République soient confondus avec ceux du Premier Ministre*”.¹⁹⁵

Mencionaré algunas de las potestades que hacen del Presidente de la República el eje del sistema constitucional francés. El artículo 5 dice que el Presidente vela por el respeto de la Constitución, garantiza y arbitra el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado y ampara la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados, como una suerte de padre de la Nación. Algunos comentaristas dicen que este artículo responde, sin duda, al deseo

¹⁹⁵ Ver: <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00382/conference-de-presse-du-31-janvier-1964.html>

de aportar una solución al problema de la legitimación de poder. En el espíritu del general de Gaulle, el Presidente de la República debía ser el continuador de los reyes que construyeron el Estado, y la Presidencia de la República, el símbolo de la unión de la Nación. En caso de peligro, es necesario que el que preside la Nación tiene el derecho y el deber de tomar las iniciativas para garantizar su supervivencia.¹⁹⁶

No menos importante, es la posibilidad de que el Presidente disuelva la Asamblea Nacional (artículo 12).¹⁹⁷ Además de ello el Presidente nombra al Primer Ministro y pone fin a sus funciones en el momento en que éste presenta la dimisión del Gobierno (artículo 8); se comunica con las dos Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que hace leer y que “no dan lugar a ningún debate” (artículo 18); nombra al Presidente del Consejo Constitucional (artículo 56); y preside el Consejo Superior de la Magistratura (artículo 65) y “garantiza la independencia de la autoridad judicial” (artículo 64).

No en vano Michel Debré, teórico del gaullismo uno de los principales redactores de la Constitución y Primer Ministro (1959-1962), decía en su discurso del 27 de agosto de 1958 ante el Consejo Constitucional, que el Presidente de la República es la *clef de voûte du système* (piedra angular del sistema).¹⁹⁸

E. El control de constitucionalidad.

¹⁹⁶ LUCHAIRE, François; CONAC, Gérard; PRETOT, Xavier: *La Constitution de la République Française*, 3^e édition, Economica, Paris, 2009, p. 230.

¹⁹⁷ El artículo 12 hace del derecho de disolución una prerrogativa personal y un poder propio del Presidente de la República que ha sido utilizado en cinco oportunidades: el 6 octubre de 1962, el 30 de mayo de 1968, el 18 de mayo de 1981, el 13 de mayo 1988 y el 21 de abril de 1991). Le corresponde entonces al Presidente decidir discrecionalmente si debe o no hacer uso de ese derecho. En cuanto a la forma, el Presidente de la República debe, antes de pronunciar la disolución, consultar el Primer Ministro, y a los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, pero no está obligado a seguir su opinión, que puede ser contraria. En cuanto al período de ejercicio, la disolución no puede intervenir: (1) en el año que sigue a las elecciones intervinientes después de una disolución (artículo 12.4); (2) durante el ejercicio para el Presidente de la República de los poderes excepcionales previstos por el artículo 16; (3) durante la interinidad asegurada al presidente del Senado en caso de vacancia de la Presidencia de la República (artículo 7). Tratándose de un poder propio del Presidente de la República, el decreto de disolución no debe ser avalado por el Primer Ministro. La disolución debe ser seguida de las elecciones generales en el plazo fijado por el artículo 12, y la nueva Asamblea Nacional se reúne de pleno derecho. Esta no tiene ningún efecto en el Senado. Tampoco lo tiene, en principio, en el Gobierno, que está obligado -sólo por una costumbre- a renunciar después de la elección de la Asamblea y que puede, algunas veces, no ser reconducido, como fue el caso, en 1968, después de las elecciones que, sin embargo, habían sido ganadas. Vid. CABANIS, A. y MARTIN, L. M.: *La dissolution parlementaire a la française*, Presses de Science Politique, 2001.

¹⁹⁸ “Si vous me permettez une image empruntée à l’architecture, je dirai qu’à ce régime parlementaire neuf, et à cette Communauté qui commence à s’ébaucher, il faut une clef de voûte. Cette clef de voûte, c’est le Président de la République”. <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>

Tampoco podría decirse que el sistema de control constitucional equilibra en Francia la separación de poderes, ya que los jueces no ejercen allí control de constitucionalidad.

En Francia el control constitucional lo ejerce el Consejo Constitucional en el cual, la influencia del Presidente es importante, pues elige a un tercio de sus miembros y designa al Presidente que tiene doble voto en caso de empate.¹⁹⁹

Originariamente el Consejo sólo era consultado sobre la constitucionalidad de las leyes antes de su sanción. Desde marzo de 2010, el sistema permite que también se ejerza el control luego de sancionada la ley, cuando ésta debe ser aplicada en casos concretos, por medio de la llamada “cuestión prioritaria de constitucionalidad”; pero ésta sólo se activa por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de casación.²⁰⁰

Así, la jurisdicción constitucional en Francia, no es una facultad propia de los jueces que, en cierto modo, siguen siendo “*la boca de la ley*”.

V. *El modelo norteamericano.*

A. *Las bases del sistema y su evolución posterior.*

A diferencia del Reino Unido y Francia, en los Estados Unidos ningún poder es superior al otro, todos son formal y jerárquicamente iguales. Deben actuar coordinadamente, ejerciendo controles recíprocos que tiendan al equilibrio entre ellos, generando lo que *Martin Redish* llamaba una superposición funcional (*functional overlap*) entre cada uno.²⁰¹

Así fue establecido inicialmente por Madison en los Nos. 48 y 49 de El Federalista y luego fue repetido por Story en sus *Commentaries on the Constitution*

¹⁹⁹ De acuerdo con el artículo 56 de la Constitución: “El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional. El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.”

²⁰⁰ Ver entre otros: CARCASSONNE, Guy y DUHAMEL, Olivier: *QPC – La Question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011.

²⁰¹ REDISH, Martin, *Federal Jurisdiction: tension in the allocation of Judicial Power*, 2nd edition, The Michie Company, Virginia, 1990.p. 13.

*of the United States.*²⁰² A su turno, la Corte Suprema la hizo suya en *Kilbourn v. Thompson*,²⁰³ sin perjuicio, naturalmente, de que en algunos casos se han adoptado decisiones más rígidas que en otros, como veremos en los párrafos que siguen.

B. El rol institucional de la Corte Suprema.

El dato más típico del sistema norteamericano, es el extraordinario rol constitucional y político que tiene la Corte Suprema.

Si la palanca de *Arquímedes* en el Reino Unido fue el Parlamento y en Francia el Consejo de Estado, en los Estados Unidos ha sido la Corte. Ella misma lo hizo posible cuando se adjudicó, desde el comienzo, el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, ^{una función} que han ejercido ininterrumpidamente desde *Marbury v. Madison*.²⁰⁴

Por ello, más de un siglo después de *Marbury*, *Charles Warren*, uno de los historiadores clásicos de la Corte Suprema, dijo “[l]a historia de los Estados Unidos ha sido escrita no solamente en las salas del Congreso, en las oficinas del Ejecutivo y en los campos de batalla, ha sido escrita también en los estrados de la Corte Suprema” quien, como fundamento de su opinión, cita una alocución dada por el Presidente Theodore Roosevelt en 1902 donde dijo: “[e]n ningún estudio serio acerca de la historia de los Estados Unidos, sería posible omitir el inmenso papel

²⁰² “... when we speak of a separation of the three great departments of government, and maintain, that that separation is indispensable to public liberty, we are to understand this maxim in a limited sense. It is not meant to affirm, that they must be kept wholly and entirely separate and distinct, and have no common link of connection or dependence, the one upon the other, in the slightest degree. The true meaning is, that the whole power of one of these departments should not be exercised by the same hands, which possess the whole power of either of the other departments and that such exercise of the whole would I subvert the principles of a free constitution. This has been shown with great clearness and accuracy by the authors of the *Federalist*”. STORY, Joseph: *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3rd edition, Little Brown, & Co., Boston, 1858 (reprint by The Law Book Exchange, 2001) vol. I, p. 368.

²⁰³ 103 U.S. 168, 190-191 (1881) “It is believed to be one of the chief merits of the American system of written constitutional law that all the powers intrusted to government, whether State or national, are divided into the three grand departments, the executive, the legislative, and the judicial. That the functions appropriate to each of these branches of government shall be vested in a separate body of public servants, and that the perfection of the system requires that the lines which separate and divide these departments shall be broadly and clearly defined. It is also essential to the successful working of this system that the persons intrusted with power in any one of these branches shall not be permitted to encroach upon the powers confided to the others, but that each shall, by the law of its creation, be limited to the exercise of the powers appropriate to its own department, and no other”.

²⁰⁴ 5 U.S. 137 (1803).

*jugado por la Corte Suprema, no sólo en la modificación, sino en la creación de las grandes políticas a través de las cuales el país ha llegado a su actual posición”.*²⁰⁵

Como resultado de ello, la Corte Suprema en los Estados Unidos ha sido un árbitro permanente -bien que no siempre acertado- en los conflictos institucionales más importantes llegando, incluso, a dirimir -con muy escasa mayoría- la elección presidencial del año 2000 entre George Bush y Albert Gore. Esta prolífica actividad dio lugar a que, en 1920, *Edouard Lambert* definiera, con sentido crítico, al gobierno norteamericano como “El Gobierno de los Jueces”.²⁰⁶

C. Dos teorías en competencia.

En los Estados Unidos compiten dos teorías sobre la separación de poderes: la funcional y la formal.

La primera, que es la más extendida, aboga por una interpretación flexible, mientras que la segunda tiene una visión más rígida de las competencias asignadas a cada poder.

D. La interpretación funcional.

La interpretación funcional puede verse en cinco ejemplos que paso a mencionar.

i. El control de constitucionalidad.

El primero de ellos ha sido como dije, el control de constitucionalidad, mediante el cual la Corte Suprema controla a los otros dos poderes, lo que no ocurre ni en el Reino Unido ni en Francia.

Con esta herramienta en la mano, la Corte Suprema ha sido artífice de verdaderas políticas de Estado:

- fortaleció al gobierno federal al permitirle tener un banco central en *McCulloch v. Maryland*²⁰⁷ y al reconocerle al Congreso autoridad para regular el comercio interestatal en *Gibbons v. Ogden*;²⁰⁸

²⁰⁵ WARREN, Charles, *The Supreme Court in the United States History*, Boston, Little Brown and Company, 1926, (reprint: Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1987), V. I, p. 1.

²⁰⁶ LAMBERT, Edouard: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, Marcel Giard, Paris, 1921.

²⁰⁷ 17 U.S. 316 (1819).

²⁰⁸ 22 U.S. 1 (1824).

- promovió la Guerra Civil al resolver el caso *Dred Scott v. Sandford*,²⁰⁹ por medio de una interpretación colonial de la esclavitud;
- impulsó la regulación económica en *Munn v. Illinois*,²¹⁰ al admitir la imposición de precios máximos;
- puso en jaque el *New Deal* del Presidente Roosevelt en *Panama Refining Co. v. Ryan*²¹¹ y *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*,²¹²
- modificó las estructuras sociales del país en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,²¹³ cuando ordenó la desegregación racial;
- ha sido una defensora acérrima de la libertad de expresión, tolerando la quema de la bandera, en *Texas v. Johnson*²¹⁴ (1989) y la pornografía por internet, en el caso *Reno v. American Civil Liberties Union*,²¹⁵
- se opuso a la aplicación de la ley marcial por comisiones militares especiales por considerarla violatoria de la convención de Ginebra en *Hamdan v. Rumsfeld*,²¹⁶
- apoyó el llamado “Obamacare” en *National Federation of Independent Business v. Sebelius*,²¹⁷
- y declaró constitucional el matrimonio de personas del mismo sexo en *Obergefell v. Hodges*.²¹⁸

ii. *La delegación legislativa.*

El segundo *test* para examinar la teoría funcional, es la delegación de facultades legislativas, un tema intensamente estudiado en el derecho argentino por el Académico Dr. Alfonso Santiago, pasión que compartimos.²¹⁹

En los Estados Unidos la delegación legislativa está permitida, incluso, a favor de los tribunales federales para dictar normas procesales, habilitación por medio de la

²⁰⁹ 60 U.S. 393 (1857).

²¹⁰ 94 U.S. 113 (1876).

²¹¹ 293 U.S. 388 (1935).

²¹² 295 U.S. 495 (1935).

²¹³ 347 U.S. 483 (1954).

²¹⁴ 491 U.S. 397 (1989).

²¹⁵ 521 U.S. 844 (1997).

²¹⁶ 548 U.S. 557 (2006).

²¹⁷ 567 U.S. 519 (2012).

²¹⁸ 576 U.S. (2015).

²¹⁹ SANTIAGO, Alfonso y THURY CORNEJO, Valentín: *Tratado sobre la Delegación Legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

cual la Corte Suprema sanciona verdaderos códigos procesales, si nos atenemos a su extensión y detalle. Así fue decidido en el caso *Wayman v. Southard*.²²⁰

Esta facultad es desconocida en el derecho argentino.

Solamente durante el *New Deal*, en los casos antes mencionados, la Corte declaró inconstitucionales algunas de las leyes integrantes del intenso programa del Presidente Roosevelt para poner remedio a la crisis económica.

Cierto es que dichas leyes habían delegado poderes muy amplios en el Presidente, superando los límites de todas las delegaciones conocidas hasta ese momento.

Pero tampoco olvidemos el enfrentamiento existente, por aquel entonces, entre Roosevelt y el ala conservadora de la Corte, a la que se sumó en esos casos* Charles Evans Hughes, el Presidente del tribunal, un experimentado político republicano que había sido gobernador de New York y candidato a Presidente.

Desde entonces no se registran precedentes en los cuales se haya objetado la delegación legislativa efectuada por leyes federales.

iii. La “doctrina de la deferencia.

Una consecuencia de lo anterior, útil también para robustecer la teoría funcional, es la llamada “*doctrina de la deferencia*”, según la cual los jueces son “deferentes” con la reglamentación de una ley, es decir, no la revisan, salvo casos de manifiesto error o irrazonabilidad.

La doctrina de la deferencia se desarrolló en la década de 1940 y los casos más célebres son: *Gray v. Powell*²²¹ *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*²²² y *Chevron v. Natural Resources Defense Council*²²³. Éste último fue un caso ambiental muy controvertido en el cual se alegaba que la Agencia de Protección Ambiental había excedido sus facultades al regular las cuotas de polución permitidas para ciertas industrias.

Como puede verse, salvo casos de manifiesta irrazonabilidad, la Corte no interviene en la relación que entablan el Congreso y la Administración por medio de la delegación legislativa.

²²⁰ 23 U.S. 1 (1825).

²²¹ 314 U.S. 402 (1941).

²²² 325 U.S. 410 (1945).

²²³ 467 U.S. 837 (1984).

iv. Los acuerdos ejecutivos.

Otro ejemplo que ilustra la teoría funcional es la celebración de acuerdos internacionales por el Presidente, sin intervención del Congreso. Se trata de los llamados “acuerdos ejecutivos”, materia que ha sido analizada por los Académicos Jorge Vanossi y Alberto Dalla Vía en su obra sobre los tratados internacionales.²²⁴

En los Estados Unidos los acuerdos ejecutivos han sido reconocidos por la Corte Suprema desde 1829, en el caso *Foster v. Nielson*²²⁵, luego en *United States v. Belmont*²²⁶ y poco después en *United States v. Pink*²²⁷, donde les reconoció igual validez que a los tratados.

En tiempos recientes el caso más importante en esta materia ha sido *Dames & Moore v. Reagan*,²²⁸ originado con la toma de rehenes en la embajada norteamericana en Irán. Como represalia por ese acto de fuerza, el Presidente Carter ordenó congelar todas las cuentas y depósitos del gobierno Iraní en los Estados Unidos, lo que permitió a Dame & Moore trabar un embargo sobre cuentas iraníes en bancos norteamericanos. Pero esta medida fue luego levantada por orden del Presidente Reagan cuando los rehenes fueron liberados, decisión que la Corte convalidó, sosteniendo que los fondos de gobiernos extranjeros podían ser utilizados como moneda de canje en casos de crisis con negociaciones hostiles.

v. Las tareas judiciales de la Administración. La llamada “jurisdicción primaria”.

Finalmente, menciono el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración.

En los Estados Unidos un ejemplo de ello es la doctrina de la *primary jurisdiction*, cuyos fundamentos han sido suficientemente explicados entre nosotros por el Académico Dr. Héctor Mairal.²²⁹ Esta doctrina fue inaugurada por la Corte Suprema en el caso *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Co.*,²³⁰ que avaló

²²⁴ VANOSI, Jorge y DALLA VÍA, Alberto: *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, cap. VI. Sobre el tema véase también SÈVE DE GASTÓN, Alberto: *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1970. Entre los autores de los Estados Unidos puede verse: JOHNSON, Loch K.: *The Making of the International Agreements, Congress Confronts the Executive*, New York University Press, 1984.

²²⁵ 27 U.S. 253 (1829).

²²⁶ 301 U.S. 324 (1937).

²²⁷ 315 U.S. 203 (1942).

²²⁸ 453 U.S. 654 (1981).

²²⁹ MAIRAL, Héctor A.: *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1982, T. II, pp. 714, 715, 717-722.

²³⁰ 204 U.S. 426 (1907).

la jurisdicción primaria atribuida a la Interstate Commerce Commission y se ha repetido en muchos otros casos.

La jurisdicción primaria tiene lugar cuando la ley acuerda a la Administración la facultad de resolver inicialmente -“primariamente”- un caso que, de otra manera, correspondería a los jueces.

E. La interpretación formal.

Veamos ahora tres casos de interpretación formal de la separación de poderes.

i. El veto legislativo y el caso “Chadha”.

El primero de ellos es el del llamado “veto legislativo”, mediante el cual el Congreso puede revocar una decisión administrativa. Esta prerrogativa, bastante habitual en las leyes norteamericanas, no existe en la Argentina.

La cuestión se planteó en el caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*.²³¹ Jagdish Rai Chadha, nativo de Kenya y residente en Estados Unidos con pasaporte británico y visa de estudiante, fue autorizado por la autoridad migratoria a permanecer en suelo norteamericano luego de expirada su visa.

Esta decisión fue revocada por el Congreso, que ordenó la deportación de Chadha con intervención de una sola cámara, pues así lo permitía la ley aplicable.

La Corte entendió que, en este caso, el veto legislativo violaba la separación de poderes, pues se revisaba una decisión administrativa sin intervención de ambas cámaras.

ii. La remoción de funcionarios ejecutivos por el Congreso.

Tampoco se le permitió al Congreso ejecutar las leyes o remover por sí a los funcionarios de la Administración, según lo decidido en *Bowsher v. Synar*.²³²

A fin de reducir el déficit fiscal y equilibrar el presupuesto, el Congreso había autorizado al *Comptroller General* a ejecutar recortes en el Presupuesto y reducir el personal de la Administración.

La Corte lo declaró inconstitucional en tanto el *Comptroller General*, un funcionario que actúa en jurisdicción del Congreso, equivalente al Auditor General de la Nación, no puede ejecutar una ley, ni reducir el personal de la Administración.

²³¹ 462 U.S. 919 (1983).

²³² 478 U.S. 714 (1986).

iii. El Steel seizure case.

Puede verse también una interpretación formal de la separación de poderes, en el caso *Youngstown Tube and Sheet Co. v. Sawyer*,²³³ cuando el Presidente Truman intervino las fábricas de acero durante la Guerra de Corea.

Aprovechando el conflicto, los gremios incrementaron sus demandas y, al no ser satisfechas, declararon una huelga general. Incapaz de resolver el problema por vía de una negociación, Truman intervino todas las compañías, que inmediatamente impugnaron judicialmente la intervención.

Pese a que el país estaba en guerra y la producción de acero era vital, la Corte negó que el Presidente tuviera facultades para intervenir una compañía privada.

F. El llamado “Estado administrativo”.

Voy a mencionar, por último el fenómeno del llamado “Estado Administrativo”, que hunde sus raíces en la intervención estatal en la economía, fenómeno que Juan Carlos Cassagne ha descripto en un artículo reciente diciendo: *“La lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y el Estado -dice Cassagne- no constituye un nuevo fenómeno sociopolítico, y la historia del mundo demuestra la ocurrencia de esta confrontación en diferentes épocas de la humanidad. Lo novedoso es que por primera vez el poder estatal se infiltró en el siglo XX de ideologías que pretendieron, como objetivo fundamental, la absorción de la sociedad por el Estado, intento este que no había sido preconizado antes, al menos en esa escala, ni siquiera por el absolutismo. Todo ello condujo a un mayor y acentuado intervencionismo estatal”*.²³⁴

Apareció así, el “Estado regulador” impulsado desde la ciencia económica por John Maynard Keynes y desde la ciencia política por Harlod Laski, entre otros.

En nuestro país este fenómeno ha dado lugar al Derecho Constitucional Económico, estudiado con detalle por el Académico Dr. Alberto Dalla Vía²³⁵ y, en una versión políticamente deformada, ha facilitado el desarrollo del llamado “Estado

²³³ 343 U.S. 579 (1952).

²³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos: *La teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de Gobierno en la República Argentina*, Revista el Derecho, 11 de septiembre de 2017.

²³⁵ DALLA VÍA, Alberto R.: *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Populista”, estudiado recientemente por el Dr. Juan Carlos Cassagne en su libro más reciente.²³⁶

Este fenómeno ha producido una hiperinflación de las oficinas estatales, incrementando de esta manera el poder de la rama ejecutiva.

Como resultado de ello, la preeminencia que otrora tenía el Congreso en la toma de decisión, se ha trasladado al órgano ejecutivo.

Si bien esto no es una novedad, lo que sí constituye una corriente nueva de pensamiento en los Estados Unidos, es el cuestionamiento constitucional de esta traslación.

En la actualidad algunos autores como Philip Hamburger²³⁷ y Joseph Postell²³⁸ sostienen que el “estado administrativo” es inconstitucional, pues la decisión política ya no recae en los representantes elegidos por el voto popular, sino en funcionarios ejecutivos que no son responsables ante el electorado.

Esta preocupación no se limita tan solo a los círculos académicos, sino que ha sido expresada también desde la Corte Suprema. En su voto en el caso *City of Arlington v. Federal Communications Commission*²³⁹ John Roberts, Presidente del tribunal, ha dicho “*el peligro que engendra el creciente poder del Estado administrativo no puede ser descartado*”.²⁴⁰

En síntesis, ya no se trata solamente de un nuevo modelo de separación de poderes. Podríamos estar ante una versión inconstitucional del mismo.

VI. ¿Tres modelos de Administración?

Pues bien, habiendo descripto los tres modelos de la separación de poderes, cabe preguntarme si cada uno de ellos ha gestado un modelo diferente de Administración.

²³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos: *El Estado Populista*, Julio César Faira Editor, Montevideo, 2017.

²³⁷ *Hamburger*: Philip: *The Administrative Threat*, Encounter Books, New York, 2017 y *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, 2014.

²³⁸ Postell, Joseph: *Bureacracy in America. The Administrative's State Challenge to Constitutional Government*, University of Missouri Press, 2017.

²³⁹ 569 U.S. (2013).

²⁴⁰ “*It would be a bit much to describe the result as ‘the very definition of tyranny,’ but the danger posed by the growing power of the administrative state cannot be dismissed*”.

La respuesta puede ser negativa o positiva, según el ángulo desde el cual se aborde la cuestión.

Será negativa si miramos a la Administración Pública tan sólo como un conjunto de entes y órganos que, bajo el Presidente o el Primer Ministro, según los casos, ejercen aquello que tan genéricamente se denomina la “función administrativa”.

Ahora bien, será muy difícil encontrar un sistema en el cual la Administración no tenga estas características. En cualquiera de ellas encontraremos una administración centralizada y descentralizada y ésta, a su vez, estará compuesta por una variada cantidad de entes con grados diversos de descentralización, al que se sumarán empresas públicas y semipúblicas.

Me parece, sin embargo, que esta observación puramente física de la Administración, peca por incompleta. Si nos limitáramos a este análisis, tampoco encontraríamos ninguna diferencia entre el Parlamento inglés, el Congreso de los Estados Unidos y el Senado y la Asamblea Nacional en Francia. Finalmente, todos ellos se componen de dos cámaras legislativas cuyos miembros ejercen la “función legislativa”. Algo similar podría decirse de la organización judicial.

Sin embargo, las diferencias entre la Administración inglesa, la francesa y la norteamericana son notables.

En la Administración inglesa su jefe, el Primer Ministro, es un miembro del Parlamento, que dimite cuando su partido pierde la mayoría legislativa y es llevada a juicio ante los mismos tribunales que juzgan a todos los ciudadanos.

La Administración francesa, en cambio, es casi un estado dentro del mismo Estado, que tanto juzga, como asesora al gobierno y cuyos actos son revisados por sus propios tribunales, con instancia final en el Consejo de Estado.

Enfrente de ellos están los Estados Unidos, donde Congreso y Administración se disputan, día a día, su cuota de poder, una rivalidad en la cual sus altibajos dependen, en buena medida, de la mayoría legislativa del partido del Presidente y cuyo árbitro final es la Corte Suprema, que decide, en cada caso, la medida de la separación de poderes.

Tengo para mí, entonces, que la diferencia sustancial entre cada uno de estos modelos, no pasa por el diseño físico de la Administración, sino por el modo y grado

de control 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.

Es aquí en donde hay que detenerse en la crítica que Karl Loewenstein hacía de la teoría clásica, sosteniendo que no tiene en cuenta la “función de control”.

Desde este punto de vista, tenemos tres administraciones diferentes.

En el mayor grado de separación o “aislamiento” de los otros poderes, en el sentido que le daba Prosper Weil, está la Administración francesa.

En Francia la Administración, salvo excepciones, se controla a sí misma por medio del sistema de tribunales contencioso-administrativos con vértice en el Consejo de Estado. Ya hemos visto que, desde el comienzo, los franceses adoptaron una separación rígida, que impide a los jueces controlar a la Administración porque ello implicaría administrar. Podría decirse que la Administración francesa es prácticamente autónoma de los otros poderes e inmune a los cambios constitucionales.

En el segundo grado de separación se ubica la Administración norteamericana. Si bien, tanto la Corte Suprema como el Congreso la controlan, esos controles tienen sus límites. No existe jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración está sujeta a los mismos jueces federales que los particulares, pero éstos son “deferentes” con la reglamentación de las leyes. Tampoco está permitido que el Congreso ejerza indiscriminadamente el veto legislativo o remueva por sí a los funcionarios administrativos. Asimismo, en el sistema norteamericano está prohibido que los ministros del Poder Ejecutivo sean, a la vez legisladores.

Como resultado de ello, en los Estados Unidos la separación entre los jueces ordinarios y la Administración es menos rígida que en el sistema francés y existe coordinación entre la Administración y los restantes poderes.

Por último, en el tercer grado de separación, se encuentra la Administración británica. En el Reino Unido, la Administración parecería ser una prolongación del Parlamento, ya que nadie puede ser Primer Ministro ni miembro del Gabinete si no es, al mismo tiempo, un miembro del Parlamento. A su vez, en el Reino Unido la actividad de la Administración está sometida al control de los jueces ordinarios, que lo ejercen con la amplitud que les otorga la difusa doctrina del *ultra vires*.

VII. Conclusiones.

En conclusión, bajo una misma teoría, cuyo propósito esencial es limitar el poder estatal en beneficio de la libertad individual, anidan muchas versiones de la misma a tal extremo que, por momentos, parecen opuestas.

Aun así, pese sus diferencias, lo que unifica a los tres sistemas mencionados, es el respeto que inspiran en cada una de ellas su principal institución: el Parlamento, el Consejo de Estado y la Corte Suprema.

Este respeto no es casual ni forzado; surge de la tradición histórica de cada país, de su particular idiosincrasia, a veces intransmisible a otras jurisdicciones, y de la capacidad de evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades y exigencias de cada época.

Como reflexión final para constituyentes y políticos, en ocasiones tan entregados a la tarea reescribir la Constitución, me atrevería a recordar que ni el Parlamento inglés, ni el Consejo de Estado en Francia, le deben su prestigio y respeto al texto escrito de una constitución.

Y si bien la Corte Suprema en los Estados Unidos es una criatura típicamente constitucional, su verdadero poder reside en el control constitucional, que la Constitución no le otorgó expresamente.

No es el texto de la Constitución lo esencial, sino el modo en que se la aplica diariamente, en pos de la construcción de un sistema republicano.

Lo esencial, entonces, no es adoptar tal o cual modelo de separación de poderes en particular, sino la voluntad de convertirlo en un instrumento útil, que permita vivir bajo un gobierno de poderes limitados.

Porque, al fin y al cabo, repitiendo una muy conocida frase de Winston Churchill, la democracia es el peor de todos los sistemas, después de todos los demás.²⁴¹

²⁴¹ “*Many forms of government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time*”. House of Commons, Noviembre 11 de 1947.