
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



5/2009

LA DIVISIÓN DE PODERES

Junta General del Principado de Asturias

LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA: PASADO Y PRESENTE*

George W. Carey

SUMARIO

- I. *El Federalista* y la separación de poderes
 1. La solución constitucional
 2. Una breve visión general
- II. Desarrollos políticos y cambio en las perspectivas teóricas
 1. El cambio de perspectivas constitucionales y el ascenso de la Presidencia
 2. El Congreso y el incremento de los poderes presidenciales
 3. El presidente: Poderes de prerrogativa y federativos
- III. El poder judicial: Problemas teóricos
- IV. Conclusión y consideración general

INTRODUCCIÓN

Los Fundadores de la Constitución norteamericana fueron conscientes del significado teórico y práctico de la doctrina de la separación de poderes, y de lo que supondría implantarla. En realidad, aunque apenas una minoría había logrado empaparse de los escritos políticos británicos de los siglos XVII y XVIII que se referían a los entresijos de dicha doctrina, la mayoría —si no todos— se hallaban familiarizados con la formulación realizada por Montesquieu, que incorporaba muchos elementos de aquella temprana doctrina, particularmente los procedentes de Locke.¹ Por otra parte, las primeras experiencias políticas norteamericanas sirvieron para tomar conciencia de algunos de los más admirables aspectos de la doctrina y de su aplicación. Así, por ejemplo, ya desde los primeros momentos del periodo colonial surgieron controversias en torno a la delimitación adecuada de las funciones y obligaciones de legislativo y ejecutivo.² Más aun, después de que se declarara la independencia, once de los trece Estados fijaron en sus nuevas Constituciones la separación de poderes³ y de hecho, en las

* Traducción de Ignacio Fernández Sarasola, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

¹ Véase Donald S. Lutz, «The Relative Influence of European Writers on Late Eighteenth Century Political Thought,» *78 American Political Science Review* (1984). En opinión de Lutz, Montesquieu fue el filósofo político más ampliamente citado en el periodo fundacional norteamericano. Su autoridad la invocaron tanto antifederalistas como federalistas durante los debates de ratificación constitucional. Véase, por ejemplo, los ensayos números 9 y 47 de *El Federalista*. Para un análisis excelente de las varias versiones de la doctrina de la separación de poderes y su evolución en la tradición política inglesa, véase W. B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers*, vol. IX, Tulane Studies in Political Science (New Orleans: Tulane University, 1965).

² Para un análisis espléndido de la doctrina de la separación de poderes, su desarrollo y aplicación en los Estados Unidos de Norteamérica, véase M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2.^a ed. (Indianapolis: Liberty Fund, 1998), capítulo. 6.

³ Las dos excepciones eran las cartas coloniales, Connecticut y Rhode Island, que seguían actuando bajo sus textos originales.

Constituciones de seis de ellos la doctrina incluso se declaró como principio inviolable de un gobierno libre.⁴

El hecho de que estos Estados alcanzasen escaso éxito a la hora de mantener la separación de poderes establecida en sus Constituciones no enerva la profundidad y la difusión de que disfrutó la doctrina.⁵ Las actas de las deliberaciones en la Convención Constitucional revelan que en ningún momento se cuestionó que la Constitución resultante fijaría una división de funciones entre tres departamentos de gobierno distintos.⁶ Los fracasos de los gobiernos estatales sólo sirvieron para extraer de ellos lecciones útiles a los delegados de la Convención sobre qué estipulaciones adicionales y qué precauciones deberían adoptarse para fijar un gobierno viable y duradero en el que los poderes se hallasen divididos.

Si bien la Convención Constitucional se enfrentó, y resolvió, muchas cuestiones íntimamente ligadas con la separación de poderes, es *El Federalista*⁷ el que proporciona un punto de partida más coherente para entender y apreciar el porqué de la mayor parte de las disposiciones relativas al reparto de autoridad en la Constitución. La idea de la separación de poderes que emana de *El Federalista* también sirve como referencia para identificar y evaluar los cambios que se produjeron en las relaciones entre los órganos y sus poderes respectivos en el transcurso del tiempo. Analizar estos cambios, uno tras otro, conduce a examinar problemas recurrentes y no resueltos

⁴ La más elaborada de estas declaraciones fue la de la Constitución de Massachusetts de 1780. El artículo 30 de su «declaración de derechos» establece que ningún órgano de gobierno —legislativo, ejecutivo o judicial— podrá ejercer poder que le corresponda a otro, «puesto que se trata de un gobierno de leyes y no de hombres». *The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, eds. Oscar and Mary Handlin (Cambridge: Harvard University Press, 1966), p. 327.

⁵ Para una visión general de los defectos de los gobiernos estatales establecidos después de la Declaración, véase Joseph M. Bessette, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government* (Chicago: University of Chicago Press, 1994).

⁶ Los dos planes principales establecidos antes de la Convención, el de Virginia y el de Connecticut, incorporaron la separación de poderes aunque de forma rudimentaria. Ningún plan estableció el «equilibrio» que resultó en el producto final. Véase el texto *infra*.

⁷ Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist: The Gideon Edition*, eds. George W. Carey and James McClellan (Indianapolis: Liberty Fund, 2000). Todas las citas sucesivas a *El Federalista* proceden de esta edición, indicándose el ensayo específico seguido del número de página.

El Federalista consiste en ochenta y cinco ensayos, sobre los que existe el consenso de que representan la principal fuente para entender la teoría subyacente a la Constitución. Los autores utilizaron el seudónimo de «Publius» para ocultar sus verdaderas identidades.

que surgieron en la práctica; problemas que obligaron a algunas autoridades a solicitar cambios constitucionales que implicarían también eliminar la separación de poderes misma.

I. *El Federalista* Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

Muchos de los ensayos de *El Federalista* versan sobre aspectos relativos a las funciones y poderes de las ramas de gobierno, así como sus relaciones recíprocas.⁸ Pero un grupo concreto de ensayos (desde el número 47 hasta la mayor parte del número 51) es el más relevante para entender los fundamentos teóricos de los artículos constitucionales sobre la separación de poderes. Madison, autor de estos ensayos, comienza el número 47 de *El Federalista* refiriéndose a la acusación proveniente de algunos antifederalistas de que el proyecto de Constitución confundía en exceso los poderes, de modo que «expone a algunas partes del edificio al peligro de derrumbarse por el desproporcionado peso de otras partes». En su refutación, Madison admitía que la separación entre las principales funciones del gobierno resultaba indispensable para garantizar la libertad y evitar la tiranía. Madison reconocía que, si lo que denunciaban los antifederalistas fuese cierto, «no serían necesarios más argumentos para inspirar una reprobación universal del sistema» ya que, como señalaba, «no existe una verdad política (...) de mayor valor intrínseco, o (...) fijada con la autoridad de unos patrones de libertad más prístinos» como aquella que afirmaba que «la acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos, ya sea de uno, unos pocos, o muchos, o ya sea hereditaria, autodecidida o electiva, puede considerarse como la definición más precisa de tiranía».⁹ Esta idea, ampliamente compartida en todo el espectro político de la etapa constituyente, refleja sin asomo de duda la influencia del pensamiento de Montesquieu. Más allá de señalar la necesidad imperiosa de poderes separados, estos ensayos proporcionan, además, el instrumental para comprender no sólo los propósitos de la separación —esto es, su papel para garantizar el republicanismo constitucional y la libertad—, sino también las dificultades halladas en el esfuerzo por lograr que la separación constitucional resultase longeva.

⁸ Comenzando con el ensayo número 52, Publius señala con bastante detalle las instituciones creadas por la Constitución. Comienza con la Cámara de Representantes, a continuación el Senado, dedicando el final a la Presidencia y los tribunales.

⁹ *The Federalist*, 47/249.

En primer lugar, lo que no siempre se tiene presente es que Madison consideraba que la concentración de poderes constituía una tiranía. Así pues, la tiranía no se define como el uso opresivo e injusto del poder, sino más bien como la mera concentración de los poderes. Esta idea deriva de la concepción que tenía Montesquieu sobre la libertad política, definida como «una tranquilidad de mente derivada de la opinión que cada persona posee de su seguridad» lo que, según su opinión, exigía que «el gobierno estuviese constituido de tal forma que ningún hombre se viese impelido a tener miedo de otro».¹⁰ Dicho en términos sencillos: un individuo no podía tener «tranquilidad de mente» (esto es, «libertad política») si los poderes se hallaban en unas mismas manos, porque entonces siempre estaría presente la amenaza de una actuación arbitraria y caprichosa. En este punto, Madison cita abundantemente a Montesquieu para demostrar hasta qué punto incluso la unión de dos poderes podría conducir a un gobierno arbitrario y voluble, en vez de a un gobierno de la ley. Por ejemplo, vincular los poderes legislativo y ejecutivo podría conducir a que se aprobasen con impunidad leyes parciales o injustas, de las que quedasen excluidos los propios miembros de esas ramas del gobierno, sus familiares o amigos. Otras combinaciones conducirían a resultados idénticos: si se uniesen el legislativo y el judicial «la vida y la libertad del sujeto quedarían expuestas a un control arbitrario, ya que *el juez sería el legislador*», en tanto que una unión de los poderes ejecutivo y judicial permitiría «*al juez comportarse con la violencia de un opresor*».¹¹

Esta lectura del significado de la tiranía se hallaba íntimamente ligada a la idea de que la separación de poderes resultaba esencial para la estabilidad y viabilidad de un gobierno republicano. Así se desprende, con toda claridad, de las observaciones de Hamilton en *El Federalista* relativas a las «pequeñas repúblicas» de la antigüedad, cuya agitación e inestabilidad, como decía, las mantuvo «oscilando perpetuamente entre los extremos de la tiranía y la anarquía».¹² Es más, sostiene que si «la ciencia de la política (...) no hubiese mejorado mucho», «el ilustrado amigo de la libertad» habría abandonado «la causa» del republicanismo.¹³ Las principales mejoras,

¹⁰ *The Spirit of the Laws*, trad. Thomas Nugent (New York: Hafner Publishing Co., 1949), bk. xi, sec. 6.

¹¹ *The Federalist*, 47/251-52.

¹² *Ibid.*, 9/37.

¹³ *Ibid.*, 9/38.

según decía, eran «la distribución del poder entre distintos departamentos; la introducción de controles y equilibrios en el legislativo» (esto es, el bicameralismo) y «el establecimiento de tribunales integrados por jueces» que desempeñarían su cargo «mientras adoptasen una buena conducta». En resumen, en estos pasajes reconoce que los elementos del constitucionalismo liberal —esto es, las instituciones y procesos asociados con la división de poderes— resultan esenciales para el Estado de Derecho (*rule of law*) y para la libertad, así como para la propia supervivencia de un gobierno popular o republicano.

En cuanto al problema de cómo mantener la separación constitucional, prevaleció el convencimiento de que el legislativo representaría la mayor amenaza, es decir, que sería el órgano más inclinado a usurpar los poderes y funciones del ejecutivo y judicial. Madison trae este asunto a colación en *El Federalista* número 48: «en una república representativa», en la que los poderes ejecutivos «se hallan cuidadosamente limitados, tanto en extensión como en duración», pero en la que «la asamblea representativa (...) inspirada por una presunta influencia sobre el pueblo» esté imbuida de

una arrogante confianza sobre su propia fuerza; [asamblea que, además,] sea lo suficientemente numerosa como para verse afectada por todas las pasiones propias de la multitud, pero sin embargo no sea tan amplia como para verse incapacitada de satisfacerlas a través de los medios que prescribe la razón; es contra la ambición de este departamento hacia donde el pueblo debe extremar todas sus sospechas y dirigir todas sus cautelas.¹⁴

Hamilton realiza la misma observación más adelante, al tratar del poder presidencial de veto, cuando escribe sobre una «tendencia (...) casi irresistible» por parte del legislativo a «absorber» a las otras ramas. «Los representantes del pueblo, reunidos en una asamblea popular», continúa, «parecen a veces imaginarse que son el pueblo mismo, y delatan fuertes síntomas de impaciencia y disgusto cuando se encuentran con el menor signo de oposición procedente de cualquier parte».¹⁵ Este temor a la usurpación del legislativo se hallaba sin duda motivado por las experiencias en los Estados miembros. Madison, por ejemplo, en el ensayo número 48 de *El Federalista* cita abun-

¹⁴ *Ibid.*, 48/257.

¹⁵ *Ibid.*, 71/371.

dantemente las «Notes on Virginia» de Jefferson, en las que éste se refiere a la usurpación por parte del legislativo de los poderes ejecutivo y judicial en dicho Estado. Además, la naturaleza más indefinida de los poderes y funciones legislativas en comparación con las ejecutivas y judiciales, unido con el hecho de que históricamente los fines políticos perseguidos con la separación implicaban un control legislativo más intenso y una merma de la autoridad ejecutiva o regia, llevaban a Madison a concluir que, para bien o para mal, «en el gobierno republicano, la autoridad legislativa predomina necesariamente».¹⁶

Que el legislativo podía convertirse fácilmente en un agresor al relacionarse con las ramas ejecutiva y judicial, fue una cuestión que Madison tuvo muy presente en los ensayos números 48, 49 y 50 de *El Federalista*, cuando abordó el problema de cómo mantener la necesaria separación constitucional. En muchos sentidos, estos ensayos son precisamente los que mejor reflejan las premisas sobre las que descansa todo el restante edificio constitucional. Madison se preguntaba en ellos si las «barreras de pergamino» —entendiendo como tales «los límites» de cada departamento previstos en la Constitución— servirían para contener el «espíritu usurpador de poder». En los ensayos referidos, entendía que tales barreras «han sido muy sobrevaloradas» por los autores de las constituciones estatales, y que no servían para evitar que el «departamento legislativo extendiese por todas partes su esfera de actividad, arrastrando todo el poder dentro de su impetuoso vórtice».¹⁷ ¿Servirían las apelaciones al pueblo para mantener la separación de poderes en aquellos casos en los que se hubiera producido una brecha evidente? Una vez más, Madison responde negativamente por varios motivos: al sugerir defectos en la Constitución, tales apelaciones socavarían el propio respeto popular por ella; despertarían las «pasiones políticas» y de ese modo «perturbarían» peligrosamente «la tranquilidad pública». «Pero la mayor objeción de todas», continúa, es que tales apelaciones serían vanas para conservar el equilibrio constitucional; dado el número, influencia y prestigio de los legisladores, el pueblo se pondría de su parte las más de las veces. Pero incluso en el supuesto de que no fuera así —observa— la decisión popular no «tendría presente el verdadero sentido de la cuestión», sino apenas las consideraciones partidistas. En consecuencia, concluye que

¹⁶ *Ibid.*, 51/269.

¹⁷ *Ibid.*, 48/256-57.

las «pasiones» y no la «razón» serían las que triunfasen.¹⁸ ¿Servirían al menos las apelaciones al pueblo en intervalos fijos para mantener la separación prescrita? También en este caso responde negativamente por varias razones. Si las transgresiones tuviesen lugar cuando se hallase próximo el momento de la consulta popular, las pasiones dominarían una vez más. Si las transgresiones se hubiesen producido distantes del momento de la apelación, concluye, sería posible que ya se hubiesen enraizado y «no serían extirpadas», o podrían haber alcanzado sus «perversos efectos» antes de que se pudiese aplicar remedio alguno. Además, añade, «la posibilidad de una censura pública distante» no serviría como elemento disuasorio contra las usurpaciones de una asamblea numerosa.¹⁹

1. *La solución constitucional*

En el número 51 de *El Federalista*, tomando claramente en consideración las reflexiones antedichas, Madison aporta su solución, que descansa en parte sobre una combinación de poderes. En el ensayo número 47, respondiendo a los críticos antifederalistas, apunta que un alto grado de mixtura es consustancial a la doctrina de la separación de poderes. En este sentido, señala que la Constitución británica, que había servido de modelo al «célebre Montesquieu», no establece «departamentos (...) totalmente separados y distintos entre sí».²⁰ De ahí Madison deduce que Montesquieu entendía que sólo cuando «la totalidad del poder de un departamento se halla en las mismas manos de quien pose la totalidad del poder de otro departamento» «se subvierten (...) los principios fundamentales de una Constitución libre».²¹ Está claro que Madison consideraba necesaria la combinación de poderes, puesto que al final del ensayo número 51 explica que la «única respuesta» para «mantener cada una» de las «partes constituyentes» «en su lugar adecuado» es «fijando la estructura interna del gobierno».²²

Madison también hace hincapié en que la modificación de la doctrina pura de la separación de poderes resulta imprescindible para garantizar un poder judicial competente e independiente. Los Fundadores aceptaron claramente la proposición de que «cada departamento debería tener una

¹⁸ *Ibid.*, 49/263-64.

¹⁹ *Ibid.*, 50/265.

²⁰ *Ibid.*, 47/250.

²¹ *Ibid.*, 47/251.

²² *Ibid.*, 51/267.

voluntad propia», y el corolario que de ello derivaba: «que los miembros de cada [departamento] deberían tener tan poca influencia como fuese posible en la designación de los miembros de los restantes». ²³ Además, como Madison señala, las «cualidades peculiares» del poder judicial obligaban a optar por una forma de seleccionar los jueces que las garantizase en la mayor medida posible. Por otra parte, plenamente consciente de que la independencia judicial se vería comprometida por el hecho de que la propuesta del nombramiento de jueces le correspondiese al presidente, con posterior confirmación del Senado, entendía necesario que el cargo de juez fuese «permanente», eliminando de este modo «todo tipo de dependencia» respecto de los restantes poderes. ²⁴ Asimismo, hallándose familiarizado con las prácticas que habían conducido a la quiebra de la separación de poderes en los Estados, los Fundadores también acordaron que el Congreso no podría reducir la remuneración de los jueces o del presidente.

La «gran seguridad» contra la concentración de poderes, como Madison la retrata, implica proporcionar a «quienes administran cada departamento, los medios constitucionales necesarios, y los motivos personales para resistir [las] usurpaciones de los demás». Los «medios constitucionales» implican básicamente debilitar al fuerte y fortalecer al débil. Toda vez que el legislativo aparece como la rama dominante, investido virtualmente con todos los poderes delegados al gobierno nacional,

el remedio (...) consiste en dividirlo en dos cuerpos distintos y asignarle a cada uno de ellos, según diferentes modos de elección y distintos principios de acción, tan escaso contacto entre sí como admitan la naturaleza de las funciones comunes y su dependencia sobre la sociedad. ²⁵

Obviamente, los Fundadores creían que el ejecutivo necesitaba fortalecerse o, como Madison indicó, que «debía vigorizarse» contra los ataques po-

²³ Esta exigencia causó serios problemas en la Convención Constitucional cuando se llegó al asunto del modo de elegir al presidente. Una cuestión principal era determinar cómo podría obtener el presidente otro periodo de mandato si tenía que ser elegido por el Congreso. Para obtener la reelección, ¿no tendría que ceder a las demandas parlamentarias? La solución eventual, el colegio electoral, eliminó esta dificultad.

²⁴ *The Federalist*, 51/268.

²⁵ Esta es la principal razón de la existencia de dos Cámaras, aunque el punto de vista actual popularmente aceptado (aunque erróneo) es que la principal razón fue que actuase como freno sobre la primera.

tenciales del legislativo. Este fortalecimiento adoptaría la forma de veto cualificado, que sólo podría superarse con dos tercios de los votos de ambas Cámaras. En relación con la doctrina de la separación de poderes, el propósito «primario» de este veto, como señaló Hamilton en el ensayo número 73, era permitir al ejecutivo repeler las ingerencias del legislativo; su cometido «secundario» pretendía asegurar el buen gobierno y neutralizar el exceso de gobierno popular, impidiendo que se aprobasen «leyes malas por precipitación, descuido o a propósito».²⁶

Las observaciones de Madison relativas al veto presidencial, aunque breves, son reveladoras. Reconoce que, «a primera vista», «un veto absoluto» parecería constituir «la defensa natural con la que debería armarse al ejecutivo». Es más, el veto absoluto habría sido conforme con el pensamiento de Montesquieu. Pero Madison, haciéndose eco de las preocupaciones que emergieron en el seno de la Convención Constitucional, señalaba que un poder de veto semejante podría resultar «inseguro e insuficiente»: «En ocasiones normales, podría no ejercerse con la firmeza requerida; y en situaciones extraordinarias, podría abusarse de él». Sin embargo, y a pesar de ello, aún parece considerar que la ausencia de un veto absoluto es inapropiada cuando escribe que «este defecto de un veto absoluto» puede posiblemente superarse «por alguna conexión cualificada entre este departamento más débil [el ejecutivo] y el brazo más débil del departamento más poderoso [el Senado]».²⁷ De estas palabras parece deducirse que consideraba preciso establecer un vínculo entre el ejecutivo y el Senado, ya que ambos tenían que cooperar para llevar a cabo importantes funciones y obligaciones, tales como la elección de cargos ejecutivos y judiciales o la celebración de tratados.

Estas previsiones constitucionales relativas a la separación de poderes no servirían de nada si faltaban los «motivos personales», el segundo pilar para mantener la partición constitucional. ¿De que serviría, por ejemplo, el poder de veto, si el ejecutivo no lo blandía cuando necesitaba proteger su

²⁶ El objetivo principal del veto no se encuentra totalmente olvidado en las obras actuales que tratan del sistema norteamericano. Sin embargo, se hace hincapié en la función secundaria que últimamente sirve para cuestionar el compromiso de los Fundadores con el gobierno popular. Lo mismo podría decirse en cuanto a las razones para establecer el bicameralismo (véase nota 25 *supra*).

²⁷ Hamilton elabora estas consideraciones en el ensayo número 73 de *El Federalista*. Veía ventajas en el veto cualificado sobre el absoluto en parte porque los ejecutivos podrían ser menos reacios a ejercer este último.

autoridad constitucional? En el comienzo de la discusión de Madison sobre los motivos personales se hallan los párrafos más frecuentemente citados de *El Federalista*. «La ambición debe servir para contener la ambición»; «Si fuésemos ángeles, no se necesitaría ningún gobierno»; o

al diseñar un gobierno que tiene que ser administrado por hombres sobre otros hombres, la gran dificultad que surge es ésta: primero debes habilitar al gobierno que controle a los gobernados, y a continuación obligarlo a controlarse a sí mismo.

Estas observaciones apuntan a una estrategia subyacente, cual es «suplir a través de intereses opuestos y rivales, el defecto de mejores motivaciones» de modo que las previsiones constitucionales sirvan para asegurar la separación constitucional.²⁸ Más específicamente, mantener la división requiere que «el interés del hombre» «se conecte con los derechos constitucionales del puesto».²⁹ Si se logra este nexo, entonces la separación se mantendrá no ya tanto por un sentimiento de responsabilidad cívica o autocontención, sino más bien por los motivos derivados de un interés institucional. De este modo, los instrumentos constitucionales son una condición necesaria, aunque no suficiente, para preservar la división constitucional del poder. Sin unas motivaciones personales apropiadas para mantener la integridad institucional y el poder, no servirían a sus objetivos.

En último término, el sistema norteamericano de separación de poderes descansa sobre el conocimiento que tenían los Fundadores de las inclinaciones humanas y, particularmente, en las de aquellas personas que buscan y obtienen un cargo público. Madison, sin embargo, es parco al informarnos del modo en el que se imbuiría a los funcionarios de las «motivaciones personales» requeridas para el cargo, o la manera en la que se les haría partícipes de «los intereses rivales y opuestos». Simplemente parece asumir que la mera creación de instituciones con poderes diferentes resultaría suficiente para proporcionar estos intereses y motivos personales; que la mera existencia de estas instituciones bastaría para crear los «intereses rivales y opuestos» que mantendrían el sistema estable. En expresión moderna, Madison consideraba que los políticos «defenderían su plaza».

²⁸ *The Federalist*, 51/269.

²⁹ *Ibid.*, 51/268.

2. *Una breve visión general*

La Convención de Filadelfia incluyó la separación de poderes en la Constitución. Las razones para hacerlo, y el modo en que la separación se asumió, resultan suficientemente claras. Los Fundadores buscaban un sistema que observarse y preservase el Estado de Derecho (*rule of law*) al que consideraban esencial para la estabilidad y la libertad ordenada. A fin de lograrlo, entendieron que el gobierno debía sujetarse a un control, de modo que quienes ejerciesen el poder no deberían ser capaces de situarse por encima de la ley. Estas perspectivas quedan reflejadas en la reflexión de Madison de que bajo la Constitución proyectada «las medidas opresivas» resultaban improbables, porque los representantes «están incapacitados para hacer una ley que no resulte plenamente operativa también sobre ellos y sus amigos, así como sobre la gran masa de la sociedad». Y, como advierte, si el pueblo «tolera una ley que no obligue al legislativo del mismo modo que lo hace con el pueblo, ese pueblo estará preparado para admitir cualquier cosa menos la libertad».³⁰

Si bien el objetivo principal de dividir los poderes perseguía asegurar el Estado de Derecho y los valores íntimamente ligados a él, los Fundadores eran conscientes por sus experiencias de que el departamento legislativo no podía quedar limitado por una mera demarcación de poderes diseñada sobre el papel. Para prevenir una concentración de poderes tiránica en el departamento legislativo era preciso adoptar precauciones, algunas de las cuales, teóricamente hablando, no se hallaban necesariamente conectadas con la doctrina de la separación de poderes, siendo las más notables el bicameralismo y el cargo vitalicio de jueces. También se consideraba esencial para prevenir la concentración tiránica de poderes el combinar los poderes, y muy en especial el contar con el veto presidencial. Precisamente debido a estas previsiones, dirigidas a mantener la separación y conservar los departamentos en equilibrio, es habitual referirse a la Constitución como «equilibrada». Los objetivos que pretendían los Fundadores a través de la separación de poderes —Estado de Derecho, libertad ordenada y estabilidad— sólo podría obtenerse a través de la combinación de poderes, la división de la autoridad legislativa y el fortalecimiento de las ramas ejecutiva y judicial.

Para entender correctamente el posterior desarrollo constitucional y político de la separación de poderes, así como el sentido moderno que se le

³⁰ *Ibid.*, 57/297.

atribuye, deberían tenerse en cuenta ciertos aspectos relativos a la interpretación que hicieron de ese principio los Fundadores. En primer lugar, frente a la creencia actual de que los Fundadores establecieron «tres ramas iguales y coordinadas» de gobierno, en realidad consideraron que el Congreso sería el poder predominante. Esta interpretación se desprende con claridad de las deliberaciones de la Convención de Filadelfia, de *El Federalista*, y de los debates de ratificación en algunas de las convenciones estatales.³¹ Es más, leyendo la Constitución de un modo imparcial, también en ella queda de relieve. Así, el Artículo I contiene una estipulación relativa al Congreso, en la que figuran virtualmente todos los poderes delegados al gobierno nacional. Por otra parte, y de forma muy significativa, el Congreso también posee la autoridad de fiscalizar y controlar a las otras ramas de poder. Por ejemplo, puede juzgar (*impeach*) y remover al presidente y a los jueces, superar los vetos presidenciales o controlar la jurisdicción apelativa de la Corte Suprema. Como garantía, casi siempre se exigen mayorías cualificadas en ambas Cámaras para realizar estas y otras acciones similares pero, aun así, ejecutivo y judicial carecen de unos poderes de control parejos sobre el Congreso.

Una segunda observación, que también permite poner en tela de juicio la interpretación actual de la separación de poderes, es que el término «frenos y contrapesos» (*checks and balances*) sólo resulta aplicable al sistema norteamericano en un sentido muy concreto. Por ejemplo, los «frenos y contrapesos» se han asociado tradicionalmente con los regímenes «mixtos» donde, como sucedía en el sistema británico en el momento fundacional norteamericano, las instituciones de gobierno representaban a las clases o intereses dominantes en la sociedad. Sin embargo, lo que los Fundadores hicieron fue ajustar la doctrina de la separación de poderes a los principios de republicanismo, que requerían que todos los departamentos fuesen directa o indirectamente responsables en última instancia ante el electorado. Más aún, esas provisiones constitucionales dirigidas a establecer una «Constitución equilibrada» se entienden mejor como medios para mantener la separación de poderes constitucional, en vez de, como sucede en el caso de los regímenes mixtos, entenderse como instrumentos para asegurar el equilibrio de

³¹ Quizás este punto se ilustra mejor examinando *El Federalista* y viendo la atención que dedica a cada uno de los órganos. El legislativo se analiza en quince ensayos (52-36); diez dedicados a la Cámara de Representantes y cinco al Senado; el ejecutivo en once ensayos (67-77); y el judicial en seis (78-83).

poder entre los principales intereses o clases sociales. Al menos ésta fue la perspectiva que adoptó Madison, también ampliamente compartida por otros miembros de la Convención Constitucional.

II. DESARROLLOS POLÍTICOS Y CAMBIO EN LAS PERSPECTIVAS TEÓRICAS

Tal y como se ha señalado, esta interpretación de la separación de poderes y, en particular, del estatus y papel del Congreso, ha cambiado profundamente desde el momento constituyente. El grueso de este cambio no responde a modificaciones de la Constitución, ni a interpretaciones judiciales que se refieran a los poderes respectivos del Congreso y el presidente. Es más, en los aspectos más importantes sobre la división de poderes, la Constitución no ha cambiado desde su aprobación. Aparte de ciertas regulaciones establecidas en la Declaración de Derechos, que integraron las primeras diez enmiendas de la Constitución adoptadas poco después de su ratificación, apenas se han introducido un par de enmiendas posteriores que parecerían incrementar los poderes del Congreso: la Enmienda Catorce, que establece en su sección quinta que «el Congreso tendrá el poder de aprobar, mediante la legislación apropiada, regulaciones» que incluyen garantizar a los individuos tanto la «igual protección de las leyes», como la protección contra la actuación de «cualquier Estado» que lesione «a los sujetos en su vida, libertad o propiedad sin el proceso legalmente establecido»;³² y la Enmienda Dieciséis, que confiere al Congreso el «poder de fijar y recaudar impuestos sobre ingresos, sea cual fuere la fuente de que deriven, sin prorrateo entre los distintos Estados, y sin atender a ningún censo o recuento».³³ A pesar de ello, los acontecimientos políticos a lo largo de las décadas, así como el cambio en las perspectivas teóricas relativas a la interpretación constitucional, han ocasionado que disminuya el estatus del Congreso en relación con las demás ramas del gobierno. Así puede verificarse si se señalan los principales factores que han conducido a expandir los poderes presidencial y judicial, a menudo a expensas del Congreso.

1. *El cambio de perspectivas constitucionales y el ascenso de la Presidencia*

En el intervalo de apenas unas décadas tras el momento de ratificación constitucional se produjeron dos acontecimientos relacionados que sirvie-

³² U.S. Const. amend XIV, sec. 5.

³³ U.S. Const. amend XVI.

ron de catalizadores para alterar las relaciones entre las ramas de poder, al menos en el sentido en que originariamente se habían concebido. El primero fue la emergencia de partidos políticos organizados que, aunque no totalmente idénticos a los actuales, fueron surgiendo en los diversos Estados; unos partidos que tenían en común su determinación para elegir un presidente de su preferencia. Desde la perspectiva de la división de poderes constitucional, la elección de Jefferson en 1800, y el ascenso de su Partido Republicano, resulta significativa, porque demostró hasta qué punto un partido político puede servir como puente o nexo entre los órganos legislativo y ejecutivo, actuando el presidente como el líder visible del partido. Es más, tal y como muestra la historia posterior, los intereses de los partidos políticos acaban pesando más que aquellos intereses institucionales que los Fundadores habían previsto para mantener la división de poderes.

El segundo acontecimiento implicó un cambio significativo en el modo de designar a los candidatos a la Presidencia y en la forma de elegirlos. En este aspecto, la elección de Jackson como presidente en 1828 supone un conocido punto de inflexión. Su designación quedó determinada por consultas populares, más que a través de una camarilla de un partido del Congreso, como había sido habitual hasta 1824, y su elección derivó fundamentalmente del voto popular, ya que la mayoría de los Estados en ese momento permitían al pueblo votar por electores comprometidos con candidatos de su preferencia. Esto significó, como Jackson sostuvo en diversos contextos, que el presidente poseía una legitimidad popular tan sólida como la del Congreso. Dicho en otros términos, los Fundadores creyeron, de acuerdo con las circunstancias históricas que hicieron emerger la doctrina de la separación de poderes, que la voluntad del pueblo se hallaba expresada por el Congreso, y en particular por la Cámara de los Representantes, de forma prácticamente auténtica, pero debido al incremento de su popularidad —merced a los partidos y el sistema de elección— el presidente podría afirmar que también él hablaba por el pueblo, con tanta autoridad, si no más, como lo hacía el Congreso. Las raíces de la moderna Presidencia tienen que buscarse en las declaraciones que Jackson vertiera en su día sobre el carácter representativo del presidente. Sus manifestaciones también pueden valorarse como el origen de las reiteradas y complejas controversias acerca de qué órgano, el ejecutivo o legislativo, es el más democrático y el que porta con mayor fidelidad los valores, aspiraciones, necesidades y voluntad

del pueblo.³⁴ La odisea intelectual de Woodrow Wilson sobre estos y otros asuntos relacionados quizá sea la que ilustra mejor el alcance de la controversia y los problemas que de ella se derivan. Sus análisis y observaciones sirven todavía como fundamento para aquellos que pretenden «reformular» el sistema norteamericano a través de una alteración drástica, o incluso una eliminación, de la separación de poderes constitucional.³⁵

El *Congressional Government* de Wilson, publicado en 1885, figura entre las primeras y más mordaces críticas a la obra de los Fundadores. Muchos estudiosos consideran importante tener presente la fecha en que se publicó, porque Wilson redactó el texto en el periodo de dominio del Congreso, posterior a la Guerra Civil. En esta obra, Wilson partía de la premisa de que, dado el carácter de la Constitución, el Congreso inevitablemente reinaría supremo en cualquier circunstancia. «Nuestra Constitución», escribía, «como cualquier otra que atribuya la autoridad legislativa y la obligación de controlar los gastos públicos a una asamblea popular, prácticamente otorga a esa asamblea el papel de dirigir los asuntos de la nación como amo supremo».³⁶ Tal premisa aparece, según su perspectiva, como «la inevitable tendencia de cualquier sistema de autogobierno» similar al establecido en la Constitución norteamericana. Pero Wilson no manifestó un especial rechazo a esta tendencia. Sus críticas se dirigieron sobre todo a las deficiencias del Congreso, que lo hacían incapaz de desarrollar sus funciones como institución a través de la cual el pueblo ejerciese la soberanía. Estas críticas eran diversas, algunas derivadas de la organización y actividad del Congreso, pero en su mayoría

³⁴ Algunos han argumentado, con razón, que el presidente está obligado a hablar en términos nobles y abstractos para evitar enemistarse con amplios sectores del electorado, mientras que los congresistas, procediendo de entornos más estructurados, representan intereses reales y continuados. En este sentido, añaden, el Congreso es más representativo que el presidente. Véase Willmoore Kendall, «The Two Majorities.» *Midwest Journal of Political Science*, 4 (1960), y James Burnham, *Congress and the American Tradition* (Chicago: Henry Regnery Co., 1959).

³⁵ Una excelente compilación de las principales reformas de la Constitución sugeridas puede hallarse en *Reforming American Government*, ed. Donald L. Robinson (Boulder, Colorado: Westview Press, 1985). La mayor parte de las reformas sugeridas implican abandonar el sistema de separación de poderes diseñado por los Fundadores, y son paralelas a la búsqueda de Wilson de emular el sistema parlamentario de gobierno. Véase también sobre este asunto *Toward A More Responsible Two-Party System*, Report of the Committee on Political Parties of the American Political Science Association, *American Political Science Review*, 44 (1950), Supplement. Este informe señala las potencialidades de acercarse al sistema parlamentario británico a través de la reforma de los partidos políticos.

³⁶ *Congressional Government*, p. 203.

se referían a las consecuencias de su separación respecto de la rama ejecutiva. A pesar de que Wilson podía entender las decisiones adoptadas por los Fundadores para asegurar la independencia del Congreso, consideraba que ésta «privaba» al Congreso «de la oportunidad y medios para hacer que su autoridad resulte completa y adecuada».³⁷ Sus reflexiones y críticas a la separación de poderes se referían en bloque a lo limitado de la autoridad del Congreso. Éste «dirige» y «controla», «emite la orden que otros obedecen», «pero —se lamentaba— no realiza la dura tarea de gobernar».³⁸ Desde esta perspectiva, «el único pueblo realmente autogobernado es aquél que discute y cuestiona su administración», funciones que el Congreso debe ejercer en nombre del pueblo soberano, pero que no puede llevar a cabo, debido a la división de poderes. Las responsabilidades del Congreso, por tanto, debían ir mucho más allá, articulando «la voluntad de la nación» para asumir «la dirección en todos los asuntos de gobierno».³⁹ En definitiva, el Congreso necesita la autoridad para dirigir el modo en el que se administran sus leyes y decisiones; una autoridad que tiene prohibida por la división de poderes constitucional. Tal y como sugieren estas críticas, y sus escritos tempranos ponen de manifiesto, Wilson prefería con creces un «gobierno de Gabinete» modelado según su comprensión del gobierno británico. Aunque nunca llegó a especificar plenamente los cambios constitucionales que se requerirían para instaurar tal sistema, el sentido de su argumento es evidente: deseaba situar los poderes y funciones ejecutivos bajo la supervisión del Congreso. Esto exigía, como el propio Wilson reconocía, una fusión o combinación de poderes que habría sido inaceptable para los Fundadores.

Con la publicación de su *Constitutional Government* en 1908, la idea de Wilson sobre el orden constitucional, su evolución y necesidades, había cambiado significativamente. En cierta medida, su nueva perspectiva simplemente refina y expande la concepción que Jackson había sustentado sobre la Presidencia y su relación con los otros órganos. Por su parte, Wilson había aparentemente llegado a concluir que un gobierno activo y responsable, capaz de lograr los fines asociados con el movimiento progresista de comienzos del siglo xx que él mismo suscribía, podría obtenerse de forma más eficiente y efectiva a través de un liderazgo presidencial. Si bien reconocía que los Fundadores apenas habían imaginado un presidente que asumiera

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, 197.

³⁹ *Ibid.*, 195.

tal papel positivo en el proceso de gobierno, consideraba que el cambio de las circunstancias y los acontecimientos extraconstitucionales —muy en especial la emergencia y crecimiento de los partidos políticos— habilitaba a los presidentes a asumir tal cometido sin la necesidad de afrontar ningún cambio constitucional básico. A este respecto, observa

[el presidente] se ha convertido en el líder de su partido y el guía de la nación en cuestiones políticas, y por tanto en la acción legal. La estructura constitucional del gobierno ha obstaculizado y limitado su acción en estos significativos papeles, pero no la ha evitado.⁴⁰

Esta idea, así como la historia del cargo, permite a Wilson concluir que la Presidencia es, en buena medida, lo que su titular, en cada momento, «tenga la sagacidad y fuerza para hacer de ella».⁴¹

En contraste con su primera postura, que apuntaba hacia la supremacía del Congreso, Wilson expone ahora una concepción de la separación de poderes en la que el presidente es la piedra clave, «la fuerza unificadora en nuestro complejo sistema, el líder al mismo tiempo de su partido y de la nación».⁴² Así, apunta las ventajas inherentes de que disfruta un presidente sobre el Congreso en el contexto de un gobierno popular, y pone de relieve con insistencia que el presidente es el único que representa «al pueblo en su conjunto», que «no representa a una circunscripción, sino a la totalidad del pueblo». La nación, continúa, «carece de otro interlocutor político», el presidente posee la «única voz nacional en los asuntos». A esto añade Wilson que cuando el presidente habla «en su verdadero carácter, habla sin atender a un interés especial». Aparte del hecho de que sólo el presidente, y no el Congreso, puede hablar por el pueblo en su conjunto, Wilson insiste en que otros factores y fuerzas apuntan a este dominio. El «instinto del país se dirige hacia la acción unificada, y ansía un líder individual», de modo que una vez que [el presidente] ha obtenido «la admiración y confianza del país (...) ninguna otra fuerza individual puede resistírsele; ninguna combinación de fuerzas podrá fácilmente dominarle». O, insiste, «si interpreta correctamente el pensamiento nacional y lo defiende con tenacidad, resulta irresistible».⁴³

⁴⁰ *Ibid.*, 60.

⁴¹ *Ibid.*, 69.

⁴² *Ibid.*, 60.

⁴³ *Ibid.*, 68.

Los puntos de vista de Wilson, tanto los expuestos en *Congressional Government* como más tarde en *Constitutional Government*, suponen un *continuum* al que pueden reconducirse las distintas concepciones de la autoridad presidencial y parlamentaria. Por ejemplo, la teoría «Stewardship» de Theodore Roosevelt sobre la autoridad presidencial, que sostiene que un presidente puede actuar a favor del bien común sin una explícita autorización parlamentaria o constitucional, excepto cuando el acto «se halle expresamente prohibido por una disposición constitucional o legislativa», se halla obviamente en la misma línea de la idea «presidencialmente orientada» de Wilson.⁴⁴ Del mismo modo, la opinión de William Howard Taft de que un presidente debe contar con una «específica habilitación de poder», o incluso que debe ponderarse qué es lo que «en concreto se presupone» como «propio y necesario» en tal habilitación, se halla más conforme con la idea tradicional que sitúa al órgano legislativo en el vértice.⁴⁵ Como las perspectivas de estos dos presidentes sugieren, el sistema puede describirse mejor a lo largo del tiempo como si se hallase en un continuo balanceo de avance y retroceso, por así decirlo, entre estos dos polos. Por ejemplo, el anuncio del *New Deal* por Franklin Roosevelt contiene todas las señas de identidad del modelo presidencial de Wilson, mientras que Calvin Coolidge se aproxima más bien al modelo de Taft. Y, desde luego, los denominados «presidentes fuertes» en la historia norteamericana son aquellos que se aproximan más a la imagen proporcionada por Wilson.⁴⁶

Una cuestión que preocupa a muchos investigadores interesados en el desarrollo y curso del sistema constitucional norteamericano es cuál de estos dos modelos en competencia parece ganar terreno. Dicho en otros términos, a pesar de estos avances y retrocesos, ¿existe una idea o concepción que prevalezca en las mentes de la elite política o del pueblo? O, por decirlo de otro modo: el orden constitucional, hablando en términos operativos, ¿se mueve permanentemente más hacia un polo que hacia al otro, esto es, hacia el sistema presidencial o hacia el «congresional»? La respuesta parecería bastante clara: durante el curso del siglo XX ha existido un movimiento hacia el sistema de dominio presidencial, en parte debido a acontecimientos de

⁴⁴ Citado en Joseph E. Kallenbach, *The American Chief Executive* (New York: Harper and Row, 1966), p. 246.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ En algunos casos la guerra contribuyó a formar un presidente «fuerte». La mayoría de los autores califican como «fuertes» a aquellos presidentes que ensancharon los poderes ejecutivos, defendieron la centralización de poder en el gobierno nacional, y aquéllos que han conducido o desafiado al Congreso.

naturaleza extra constitucional que han fortalecido el estatus del presidente como representante de todo el pueblo. A la luz del papel presidencial señalado por Wilson, las «reformas» en el proceso de designación presidencial entre los dos partidos principales después de la campaña presidencial de 1968 cobran un gran relieve. Mientras los partidos quedaron sujetos al control de sus elites, reunidas en las proverbiales «habitaciones llenas de humo» (*smoke-filled rooms*) para determinar sus candidatos presidenciales, los políticos locales y estatales todavía ejercieron una notable influencia en las convenciones nacionales de designación de candidatos. Desde 1972, los partidos democratizaron este proceso, de modo que los votantes pueden ahora expresar sus preferencias en las elecciones primarias presidenciales del Estado o en las camarillas políticas estatales. Es evidente que esta «reforma» sólo sirve para fortalecer la imagen que había difundido Jackson de que el presidente es el único representante auténtico de todo el pueblo. Al mismo tiempo, debido a su pérdida de poder en las políticas presidenciales, las organizaciones de partidos estatales y locales se han debilitado, lo que solidifica todavía más la posición del presidente como líder del partido. De hecho, el declive de los partidos a nivel local, con el correspondiente ascenso del liderazgo presidencial, se halla estrechamente unido al *New Deal* de Roosevelt y a la asunción por el gobierno nacional de funciones sociales que antaño habían hecho que las «máquinas» locales del partido resultasen tan eficaces. Por supuesto, más allá de esto, y al margen de su estatus dentro de su partido, el presidente, en buena medida porque habla con una sola voz, es mucho más efectivo que el Congreso a la hora de sacar provecho de los medios de comunicación. Estos nuevos derroteros han permitido a los presidentes «dirigir la opinión» y hablar en nombre «del verdadero sentimiento e interés del país»,⁴⁷ a unos niveles que incluso Wilson no pudo prever.

2. *El Congreso y el incremento de los poderes presidenciales*

Hamilton temía que los presidentes, intimidados por «el peso e influencia superiores del cuerpo legislativo», utilizasen sus poderes de veto con muy poca frecuencia. En su opinión «existiría un peligro mayor por no utilizar este poder cuando fuese necesario, que por utilizarlo muy a menudo o en demasía».⁴⁸ Por diversas razones, los primeros presidentes emplearon este

⁴⁷ *Congressional Government*, 68.

⁴⁸ *The Federalist*, 73/382.

poder en escasas ocasiones. Washington hizo uso de él en dos ocasiones, una de ellas por razones de inconstitucionalidad; ni Adams ni Jefferson utilizaron el veto; sin embargo, Madison lo empleó en siete ocasiones, citando objeciones constitucionales en cuatro de ellas. Incluso Jackson vetó apenas doce leyes. Es más, antes de la Guerra Civil, el veto se había empleado en total sólo cincuenta y dos veces. Después de Jackson, sin embargo, los vetos se incrementaron, basándose no ya en motivos de inconstitucionalidad, sino en razones políticas y de conveniencia.⁴⁹ A partir de la Guerra Civil, la mayoría de los presidentes han utilizado el veto con mayor frecuencia por razones que casi siempre son claramente políticas.⁵⁰ El incremento del papel del presidente en el proceso legislativo también se evidencia por los escasos vetos que se han levantado, y que representan aproximadamente el cuatro por ciento. Lo que ha sucedido a lo largo del tiempo es que se ha alterado la moralidad constitucional en relación al uso adecuado del veto; una moralidad asentada en la convicción de que el presidente es un portavoz del pueblo tan auténtico, si no más, que el Congreso.

Si bien es cierto que el poder de veto atribuye al presidente un mayor papel en el procedimiento legislativo, este papel es, en su mayor parte, de carácter negativo. Sin embargo, los presidentes modernos han asumido un papel mucho más positivo en el íter legislativo, hasta el punto de que muchos comentaristas lo han definido como «chief legislator». Aunque los presidentes en el siglo XIX, en particular los presidentes «fuertes» como Jefferson o Jackson, impulsaron algunas leyes, normalmente lo hicieron de forma indirecta. La iniciativa legislativa se incrementó significativamente bajo Theodore Roosevelt, pero estas medidas, siguiendo la tradición, emanaban oficialmente de departamentos y agencias dentro de su Administración. Wilson secundó el activismo de Roosevelt y fue incluso más allá para proporcionar un modelo a los presidentes modernos como líderes legislativos, utilizando su mensaje sobre el Estado de la Unión —que, rompiendo el precedente, él realizaba personalmente— para subrayar sus principales

⁴⁹ Véase Edward Corwin, *The President Office and Powers: 1787-1957* (New York: New York University Press, 1957), p. 279.

⁵⁰ Franklin Roosevelt utilizó el veto más que ningún otro presidente: 635 veces en algo más de tres mandatos. Cleveland lo empleó en 584 ocasiones en sus dos mandatos. Las cifras sobre el uso del poder de veto pueden consultarse en: <http://www.infoplease.com/A0801767.html>. Los números citados en este texto incluyen también los vetos de bolsillo (*pocket vetoes*). Véase la Constitución, artículo I, Sección 7, párrafos 2 y 3 en relación con los poderes presidenciales de veto.

objetivos políticos, acompañándolos con mensajes especiales al Congreso en los que detallaba los medios para lograrlos. De este modo, vinculaba la Presidencia a un tiempo a la legislación específica y a las amplias iniciativas legislativas. En muchos aspectos, Wilson puso por escrito el camino seguido por Franklin Roosevelt al anunciar sus programas del *New Deal*. En épocas más recientes, constituye un proceder habitual en los presidentes el enunciar su agenda legislativa, a la que luego se le concede preferencia en el procedimiento legislativo.

La relación entre el Congreso, el presidente y la burocracia es extremadamente complicada, en buena medida debido, entre otras razones, a consideraciones políticas, a la distribución de poder en el Congreso y a cuestiones electorales; aspectos todos ellos que tangencialmente se relacionan en la práctica con la separación de poderes. En general, la figura del presidente como «chief legislator» no ha despertado mucha preocupación, en parte porque ninguna Cámara del Congreso resulta apropiada para asumir un mayor papel en la iniciativa legislativa.⁵¹ Más bien, el aspecto que más ha preocupado a raíz de la eclosión de un gobierno positivo, es el de cómo vigilar y controlar la actuación administrativa y la ejecución de políticas autorizadas por el Congreso. Desde esta perspectiva, una máxima procedente de las enseñanzas de Locke —*delegata potestas non potest delegari*— entra en juego. Esta doctrina, medular para el constitucionalismo y el Estado de Derecho, implica que los poderes legislativos, constitucionalmente delegados por el pueblo al Parlamento, no pueden luego delegarse a otro órgano. Aunque fácilmente comprensible en teoría, en la práctica ello implica una compleja cuestión en torno a qué significa una delegación inconstitucional de poder legislativo al órgano ejecutivo. La más temprana disputa relativa a la validez de una delegación parlamentaria tuvo lugar en relación a la facultad del presidente para imponer un embargo cuando se consideraba autorizado por el Congreso.⁵² Mucho después, a finales del siglo XIX, surgieron nuevas cues-

⁵¹ En el siglo XX, lo que John Stuart Mill afirmaba en su *Considerations on Representative Government* que estaba «empezando a conocerse lentamente» se había convertido finalmente en un conocimiento común, concretamente, el que «una asamblea numerosa no se encuentra diseñada para dirigir los asuntos de legislación, del mismo modo que no lo está para hacerlos con los de la administración». No cabe duda de que esta comprensión sirve para aceptar el papel del presidente como «chief legislator». *John Stuart Mill, Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, ed. A. D. Lindsay (New York: E. F. Dutton, 1950), p. 315.

⁵² *United States v. The Brig Aurora*, 7 Cranch 383 (1813).

tiones referidas a las concesiones de autoridad discrecional al presidente para incrementar o disminuir las tasas.⁵³ En todos estos casos, la Corte Suprema concluyó que las autorizaciones discrecionales del Congreso para imponer o levantar el embargo eran suficientemente definidas y claras.

En 1935 surgieron dos asuntos de particular interés, relativos a la delegación parlamentaria de autoridad al presidente, a través de la *National Industrial Recovery Act* (1933), una ley diseñada para estimular la economía promoviendo la competencia leal en varios sectores. Un artículo de la ley confería autoridad discrecional al presidente para prohibir el transporte interestatal de «aceite caliente», esto es, aceite producido en exceso respecto de la cantidad permitida por ley estatal. Puesto que esta concesión de autoridad no contenía guías referentes a cuándo debía el presidente prohibir o permitir tales transportes, la Corte Suprema, por vez primera en la historia de Estados Unidos, declaró que esta delegación resultaba inconstitucional.⁵⁴ Poco después, la Corte también declaró inconstitucional el *Live Poultry Code* (Código de aves de corral vivas) de la ley, argumentando que la definición que hacía el Código de «competencia limpia», el objetivo fijado por el Congreso, resultaba demasiado vago para suponer una transferencia de la función legislativa al ejecutivo.⁵⁵ Sin embargo, desde 1935 la Corte Suprema no ha declarado que ley alguna viole la máxima de Locke, aunque el asunto se planteó en 1997, cuando la Corte invalidó una ley que investía al presidente con un poder de veto concreto (*line item veto*), es decir, el poder de vetar previsiones específicas de una medida de asignación presupuestaria.⁵⁶

La doctrina *delegata potestas non potest delegari* parece haberse convertido en mera letra muerta. La Corte ha considerado válidas delegaciones de poder a favor del ejecutivo extremadamente amplias. Así, por ejemplo, cuando el Congreso creó la Agencia para la Seguridad y Salud en el Trabajo (Occupational Safety and Health Agency [OSHA]) invistió a la agencia con un mandato amplio al permitirle «asegurar en la medida de lo posible que cada trabajador y trabajadora en la nación se hallen en condiciones laborales de seguridad y salubridad, y para preservar los recursos humanos».⁵⁷ Del mismo modo, el Congreso ha delegado una amplia autoridad a comisiones

⁵³ Véase *Field v. Clark*, 143 U.S. p. 644 (1891) y *Hampton and Co. v. U.S.*, p. 276 U.S. 394.

⁵⁴ *Panama Refining Co. v. Ryan*, p. 293 U.S. p. 388 (1935).

⁵⁵ *Schechter Poultry Corporation v. U.S.*, p. 295 U.S. p. 495 (1935).

⁵⁶ *Clinton v. City of New York*, p. 524 U.S. p. 417 (1998).

⁵⁷ OSH Act of 1970, p. 29 USC p. 651.

reguladoras independientes. A la Comisión para la Seguridad de Productos de Consumo (Consumer Product Safety Comisión), por ejemplo, se le ha asignado la responsabilidad de proteger al público «contra riesgos irrazonables de daños asociados con productos de consumo».⁵⁸ Con la enorme expansión de los programas y regulaciones gubernamentales, que ha continuado con ajustes y avances desde el *New Deal*, el Congreso ha delegado amplio poder discrecional a numerosas agencias y comisiones. En la primera década del siglo XXI, el Registro Federal, que contiene las normas y regulaciones expedidas por estos órganos en el ejercicio de sus competencias, había crecido hasta los setenta volúmenes, con más de setenta mil páginas. Sólo la OSHA ha expedido en torno a cuatro mil detalladas reglas y disposiciones.⁵⁹

A partir de esta circunstancia han surgido varias cuestiones. Las regulaciones promulgadas por estas múltiples agencias y comisiones tienen, en efecto, fuerza de ley, en la medida en que conllevan sanciones en caso de incumplimiento, y también imputan gastos de ejecución sobre varios aspectos en el sector privado. Sobre todo, el número de tales regulaciones deja que la selectiva y, en ocasiones, arbitraria creación de normas socave uno de los mayores objetivos perseguidos a través de la separación de poderes, cual es el Estado de Derecho. El Congreso, a través del veto de una o ambas Cámaras sobre reglamentos y actos administrativos, debería asegurarse de que las leyes que elabora se interpretan y ejecutan de acuerdo con sus intenciones. Las regulaciones relativas al veto del Congreso sobre la acción ejecutiva —ya provenga de una o de ambas Cámaras— se insertaron desde 1932 en una legislación muy variada que abarcaba, entre otras, la reorganización ejecutiva, la regulación del comercio o la política energética. En 1983, sin embargo, estos vetos pasaron a considerarse como una violación de la separación de poderes constitucional, esto es, como una intromisión inconstitucional del Congreso en el dominio del ejecutivo.⁶⁰ En esta decisión, la Corte Suprema reflejaba su idea de que la Constitución requiere una separación de funciones estricta.⁶¹

⁵⁸ Consumer Products Safety Act (1972), 15 U.S.C. 2051, Sec. 2, parágrafo 3.

⁵⁹ Philip K. Howard, *The Death of Common Sense* (New York: Random House, 1994), 12.

⁶⁰ *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Esto no quiere decir que el Congreso esté impedido para ejercer algún control sobre cómo se ejecutan sus leyes, pero ahora lo hace generalmente a través de un «pacto entre caballeros» entre las agencias y los comités de control relevantes.

⁶¹ La noción de una separación de función estricta se reforzó en la sentencia *Bowsher v. Synar* [478 U.S. 714 (1986)], en la que la Corte consideró que el interventor general, en la

Otro acontecimiento todavía más reciente ha contribuido a extender el poder presidencial, a saber, la emergencia de una teoría extender del «ejecutivo unitario» que cambia la comprensión tradicional de la separación de poderes en lo que se refiere no sólo a las relaciones entre el Congreso y el presidente, sino también con los tribunales. Expuesto de forma sucinta, la teoría considera que «todo el poder ejecutivo de la Federación corresponde por la Constitución al presidente».⁶² Por supuesto, esta formulación puede entenderse que significa, en un sentido coherente con la perspectiva de dividir el poder que ha prevalecido desde el comienzo de la República, que el presidente puede elegir, destituir y además dirigir a los subordinados dentro del departamento ejecutivo; en definitiva, que él responde de la correcta ejecución de las leyes. Pero existe otra versión más expansiva y sumamente controvertida de la teoría que va mucho más allá a la hora de fijar los poderes que corresponden al ejecutivo; en concreto, esta versión afirmaría que existe un corpus de poderes ejecutivos inherentes, críticamente importantes en momentos de guerra o emergencia nacional, derivados del Artículo II, Sección 1 («El poder ejecutivo recaerá en un presidente de los Estados Unidos»), que otorga todos los poderes ejecutivos a un sujeto y, principalmente, el Artículo II, Sección 2 («El presidente será comandante en jefe de la Armada y Marina de los Estados Unidos»). Sobre la base del Artículo II, Sección 1, la teoría considera que los poderes inherentes comprendidos en la cláusula de comandante en jefe pertenecen en exclusividad al presidente, y que estos poderes no pueden modificarse, alterarse o limitarse de ninguna forma por el Congreso o los jueces. De este modo, los poderes ejecutivos inherentes o implícitos están protegidos respecto de los otros órganos, siendo su naturaleza y extensión algo que tiene que determinar en exclusividad el presidente, siguiendo la lógica de la teoría del ejecutivo unitario.⁶³

medida que no podía ser destituido por el Congreso, estaba impedido para ejercer ninguna función ejecutiva relativa al control presupuestario.

⁶² Esta es la definición realizada por uno de sus proponentes, Samuel Alito, recientemente designado como magistrado de la Corte Suprema, en «Presidential Oversight and the Administrative State,» reimpresso en *Engage* 11, 12 (November, 2001). <http://en.wikipedia.org/wiki/Unitary_Executive_theory>.

⁶³ Para una enérgica defensa de la versión expansiva de la teoría del ejecutivo unitario, véase: John Yoo, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs after 9/11* (Chicago: University of Chicago Press, 2005) y su más reciente, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror* (New York: Atlantic Monthly Press, 2006).

Dicha teoría adquiere gran relevancia para la doctrina de la separación de poderes cuando se vincula con declaraciones presidenciales firmadas (*presidential signing statements*) por medio de las cuales puede llegar a realizarse.⁶⁴ Aunque éstas sólo se han convertido en habituales desde hace apenas unas décadas, tienen en realidad un largo linaje, retrotrayéndose hasta el presidente Monroe. A lo largo del tiempo han servido a varios propósitos, siendo los menos controvertidos aquellos casos en los que las declaraciones tienen por objeto poner de relieve los efectos que los partidos esperan obtener con una ley, o el sentido en el que departamentos y agencias tendrán que interpretar las normas jurídicas.⁶⁵ Por el contrario, estas declaraciones sí han levantado polémica cuando se emplean para poner de manifiesto qué aplicaciones de la ley, en la opinión del presidente, violarían la Constitución y/o qué artículos de la ley son, desde su punto de vista, inconstitucionales.⁶⁶ Tales declaraciones son comprensiblemente controvertidas al menos por dos razones. En primer lugar, el presidente, al señalar los artículos de una ley que considera inconstitucionales y, en consecuencia, al señalar qué parte de la ley aplica selectivamente, está en realidad ejerciendo un veto parcial (*item veto*), esto es, anulando partes de la ley. Los críticos con este procedimiento señalan que el veto parcial no está previsto en la Constitución, y que si una ley contiene artículos inconstitucionales, el único recurso que le cabe al presidente es vetar la totalidad del texto. En segundo lugar, la extensión y

⁶⁴ Christopher Kelley, *The Unitary Executive and the Presidential Signing Statement*, Miami University (Ohio), Ph.D. dissertation (2003). Disponible en <OhioLINK ETD: Kelley, Christopher>. Véase también: Phillip J. Cooper, *By Order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action* (Lawrence: University of Kansas Press, 2002).

⁶⁵ Véase «Legal Significance of Presidential Signing Statements,» memorandum preparado por Bernard N. Nussbaum, Counsel to the President, November 3, 1993, by Walter Dellinger, Assistant Attorney General. Disponible en <<http://www.usdoj.gov/olc/signing.htm>>. Véase también: «CRS Report for Congress, Presidential Signing Statements and Constitutional Implications,» 20 September 2006, en <<http://www.fasorg/sgp/crs/natsec/RL33667.pdf>>.

⁶⁶ El 5 de junio de 2006, se formó un grupo de trabajo de la *American Bar Association* encaminado a investigar las «implicaciones de las declaraciones presidenciales firmadas en la doctrina constitucional de la separación de poderes». <<http://www.abanews.org/releases/news/060506.html>> Esta investigación fue la respuesta a la controversia que rodeó al uso del presidente George W. Bush de declaraciones presidenciales firmadas que a lo largo de cinco años excedieron de largo la suma total de las de sus antecesores. En este punto véase: «Bush Challenges Hundreds of Laws,» por Charles Savage, *Boston Globe*, 30 April, 2006. El informe del grupo de trabajo de la *American Bar Association* fue muy crítico con el uso de esos recursos, viéndolos ante todo como una seria amenaza a la separación de poderes constitucional. <<http://www.abavideo.org/ABA373>>.

el carácter de los poderes inherentes o implícitos del presidente encierran numerosas preguntas y controversias. Es evidente que cuanto más lata sea la concepción que tenga el ejecutivo de sus poderes, más probable será que sus declaraciones firmadas limiten al Congreso, particularmente en áreas relativas a la seguridad nacional, el uso de las fuerzas armadas o la responsabilidad de los departamentos ejecutivos ante el Congreso. Más en concreto, un presidente que declare que aplicará una ley de una forma «coherente con la Constitución» se encontrará libre para fusionar su idea de Constitución (incluido su idea sobre el poder presidencial) con la ley, pudiendo entonces anular artículos específicos de esta última o limitar su aplicación.

3. *El presidente: poderes de prerrogativa y federativos*

La concepción de John Locke en torno a los poderes federativo y de prerrogativa forman un telón de fondo adecuado para comprender las que quizás sean las más complejas y controvertidas dimensiones de la división de poderes en los Estados Unidos de Norteamérica. El poder federativo, según lo describe Locke, conlleva «el poder de declarar la guerra y la paz, tratados y alianzas, y las negociaciones con todas las personas y comunidades fuera de la República». Con esta naturaleza, Locke razona que resulta «mucho menos capaz» de «regirse por Leyes positivas, previas y establecidas», que el poder ejecutivo, un poder, este último, que se referiría al orden y bienestar internos del Estado.⁶⁷ De esta manera, debe confiarse más en la «prudencia y sabiduría» de aquéllos que ejercen este poder federativo. Por su parte, el poder de prerrogativa comparte alguna de las características del federativo. La prerrogativa, como Locke la define, es el «poder para actuar» cuando surgen circunstancias o emergencias imprevistas que amenazan el bienestar del pueblo, con la necesaria consignación de actuar «discrecionalmente por el bien público, sin la prescripción de la ley y en ocasiones incluso contra ella».⁶⁸ De este modo, su mismo ejercicio depende de la prudencia, sensibilidad e inteligencia de aquéllos que la ejercen. Y como el poder federativo, el reconocimiento de su necesidad hace que se planteen serias dudas, aunque sólo sea porque sus operaciones se hallan en buena medida más allá de los confines del Estado de Derecho, el principal fin perseguido por la separación de poderes.

⁶⁷ John Locke, *Two Treatises of Government*, con una introducción de Peter Laslett, rev. ed. (New York: New American Library, 1963), cap. XII, secs. 146, 147.

⁶⁸ *Ibid.*, cap. XIV, sec. 160.

A la luz de la experiencia norteamericana, los poderes federativo y de prerrogativa no son fáciles de separar. Quizás el debate «más puro» sobre qué rama debería asumir el núcleo del poder federativo, el de fijar los anchos contornos de la política exterior de la nación, tuvo lugar poco después de la proclamación de neutralidad realizada por el presidente Washington en 1793. El efecto de esta proclamación fue derogar el tratado de alianza de 1778 firmado con la Francia monárquica, declarando que los Estados Unidos asumirían una posición de neutralidad en la guerra en curso entre Francia e Inglaterra. Los opositores a este movimiento sostuvieron que Washington había cometido una injerencia en el poder legislativo al derogar el tratado y que el presidente carecía de autoridad para hacer tal cosa unilateralmente. Hamilton, escribiendo bajo el seudónimo de Pacificus, intentó responder a estas controversias en una serie de ensayos. Por su parte, Madison tomó su pluma como Helvidius y replicó punto por punto a los argumentos de Hamilton. Aunque el asunto resultaba muy concreto, Hamilton aprovechó la oportunidad para argumentar a favor de poderes ejecutivos extensos en las relaciones exteriores. Específicamente, arguyó que el presidente poseía todos los poderes ejecutivos, salvo en aquellas excepciones fijadas en la propia Constitución como, por ejemplo, el poder de declarar la guerra. Tal y como señaló, «La doctrina general (...) de nuestra Constitución es que el PODER EJECUTIVO de la nación reside en el presidente, sujeto sólo a las *excepciones* y *requisitos* que en ella se expresan».⁶⁹ Madison contestó a la idea de poder ejecutivo difundida por Hamilton. En esta línea, escribió

decir (...) que el poder de hacer tratados, que son claramente leyes, pertenece naturalmente al órgano que ejecuta la ley es decir que el órgano ejecutivo conlleva naturalmente el poder legislativo. En teoría esto es un absurdo, en la práctica una tiranía.⁷⁰

Madison siguió manteniendo que el Congreso debería asumir el cometido principal a la hora de formular la política exterior, y que el papel del presidente debería ser fundamentalmente instrumental, esto es, confinado ante todo a ejecutar las políticas fijadas por el Congreso.

⁶⁹ Pacificus [Alexander Hamilton], essay n.º 1, en: *The Founders Constitution*, eds. Philip B. Kurland and Ralph Lerner, 5 vols. (Chicago: University of Chicago Press, 1787), 4, p. 64.

⁷⁰ Helvidius [James Madison], essay n.º 1, en: *The Founders Constitution*, 4, p. 67.

Puede decirse que Madison «ganó» la batalla al señalar que el poder legislativo de declarar la guerra se refiere lógicamente «al derecho de juzgar si la nación se halla o no bajo obligaciones de declarar la guerra».⁷¹ Por consiguiente, hablando técnicamente, el Congreso, y no el ejecutivo, posee el poder constitucional para declarar la neutralidad. Sin embargo, al margen de este caso particular, en realidad ha triunfado la posición de Hamilton sobre el presidente como líder en la iniciativa y realización de la política exterior de la nación. Es más, la Corte Suprema incluso ha establecido que el presidente posee una autoridad discrecional mayor en la ejecución de política exterior que en la interior, en la medida en que posee poderes inherentes que afectan a la soberanía.⁷² Más aun, incluso la limitada victoria de Madison se ha borrado en la práctica. En conjunción con otros poderes del artículo II, principalmente su función como «comandante en jefe» de las fuerzas armadas, el presidente ha asumido un papel dominante a la hora de decidir si el país se alza o no en armas. La forma en que los presidentes han llevado a la nación a la guerra, dejando al Congreso sin alternativa para expresar una declaración oficial, es demasiado compleja para examinarla aquí. Pero un reputado profesor que escribió a mediados del siglo xx, concluyó que sólo la Guerra de 1812 y la Guerra hispano-norteamericana se fundamentaron sobre «políticas y perspectivas decididas» en el Congreso; que otros compromisos —la guerra mexicana, la Guerra Civil y «nuestra participación en la primera y segunda guerras mundiales (...) surgieron de la dirección de las políticas presidenciales, en cuya elaboración el Congreso representó un papel claramente secundario».⁷³ El poder presidencial se ha incrementado sustancialmente desde que se realizara esta afirmación: a partir de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos han participado sin declaración de guerra alguna por parte del Congreso en los mayores y más prolongados conflictos militares de Corea, Vietnam e Irak —conflictos popularmente llamados «guerras»—, todos ellos iniciados por el presidente.

⁷¹ *Ibid.*, 4, p.65.

⁷² Al defender una delegación de poder en el presidente para suspender el envío de armas a países en guerra cuando sirviese para pacificarlos, una delegación que la Corte reconoció que no sería admisible en el ámbito doméstico, sostuvo que el presidente, «como órgano único» de la nación «en el ámbito internacional» poseía un «pleno poder ejecutivo»; un poder que, aunque sometido a «los artículos aplicables de la Constitución», «no requiere para su ejercicio de ninguna ley del Congreso» *U.S. v. Curtiss-Wright Export Company*, 29 U.S. p. 304, 320 (1936).

⁷³ Corwin, *The President: Office and Powers*, p. 204.

Algunos han sugerido incluso que una declaración parlamentaria formal de guerra es apenas una reliquia del pasado y ciertamente no supone un obstáculo para el ejercicio de los poderes presidenciales.⁷⁴

A pesar de las experiencias obtenidas con dichas hostilidades, la controversia sobre los poderes presidenciales durante la guerra o momentos de emergencia todavía perdura. Mientras Hamilton concebía que el papel del presidente como comandante en jefe se hallaba de alguna manera limitado, confinado principalmente a «comandar y dirigir» las fuerzas armadas,⁷⁵ ahora ese poder se ha convertido en algo mucho más amplio. Para entender este desarrollo, puede tomarse como adecuado referente el uso que hizo Lincoln del poder de prerrogativa durante la Guerra Civil. Suspendió el hábeas corpus, estableció nuevas regulaciones sobre pasaportes, ordenó el bloqueo de los puertos del sur, incrementó el ejército y la marina, gastó fondos no aprobados, expidió la Proclamación de Emancipación, «cerró la oficina postal a correspondencia traidora» y, entre otros, estableció un proyecto de milicia sin ningún tipo de autorización por parte del Congreso.⁷⁶ Estas prerrogativas fueron sin duda adoptadas cuando en el Congreso no se hallaba en sesiones y, cuando resultó apropiado, Lincoln buscó una aprobación parlamentaria retroactiva. Pero el efecto de las iniciativas de Lincoln fue poner en claro que mediante la combinación del mandato constitucional de ejecutar fielmente las leyes con la autoridad de «comandante en jefe» que les correspondía durante la guerra y las emergencias, los presidentes podían ejercer poderes extremadamente amplios que incluían fines y funciones que normalmente se consideraban pertenecientes al ámbito legislativo.

El Congreso no se olvidó de las lecciones aprendidas con la Guerra Civil. En la Primera Guerra Mundial, delegó amplios poderes al presidente relacionados con cualquier sector importante para la economía que estuviese conectado con el esfuerzo militar —industria, agricultura, comunicaciones, transporte, minería, alimentación y obtención y almacenamiento de com-

⁷⁴ Véase: Interview with John Yoo en <<http://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/960315in.html>>. Yoo argumenta que la idea tradicional del poder de declarar la guerra se halla infundada y que, más aun, este poder posee una utilidad muy limitada. Véase también: Testimony of Donald Rumsfeld, Secretary of Defense before the House Armed Services Committee, 18 September 2002, at <<http://www.dod.gov/speeches/2002/s20020918-secdef2.html>>. Rumsfeld sugiere que el poder del Congreso es, en efecto, obsoleto.

⁷⁵ Véase *The Federalist*, 69/357-58; 74/384-85.

⁷⁶ Corwin, *The President: Office and Powers*, 231. Aquí Corwin clasifica los tipos de acción adoptados por Lincoln que permitieron o no incrementar los poderes presidenciales.

bustible— mediante el expediente de anticipar sus necesidades y reemplazar el uso de los poderes de prerrogativa. El mismo procedimiento se empleó en la Segunda Guerra Mundial. En ambos casos, muchos de los poderes delegados al presidente fueron transferidos por éste a su vez a consejos y comisiones, parte de los cuales, aunque investidos con poderes normativos que implicaban sanciones legales, eran criaturas del ejecutivo, no del Congreso. Este proceso ha implicado cambios constitucionales sobre la delegación y el «proceso legalmente establecido» (*due process*) rechazados por una Corte Suprema fiel a su estado normal de animación suspendida durante el periodo de guerra.⁷⁷

Aunque la Corte Suprema ha respondido a importantes cuestiones relativas a los poderes presidenciales en tiempos de guerra, todavía existen algunos aspectos de la teoría constitucional que afectan directamente a la doctrina de la separación de poderes. La primera es: ¿qué sucedería si el presidente, durante una emergencia o guerra, ejerce un poder que el Congreso ha denegado al presidente de forma expresa o deducible? La Corte Suprema había tenido ocasión de responder a esta pregunta, pero sus miembros discreparon (6-3), y siete magistrados formularon votos particulares, dando pie de este modo a las conjeturas en torno a los límites de los poderes presidenciales. La decisión de la Corte se expidió con ocasión de la incautación realizada por el presidente Truman de las siderurgias durante la Guerra de Corea.⁷⁸ Obviamente, la incautación se había justificado por los graves daños que podrían resultar para la fuerza armada norteamericana en Corea si la producción de acero se redujese durante un periodo de tiempo prolongado. En la base de sus opiniones, aparecía que una mayoría de los magistrados se sumaba a alguna de las nociones de los poderes presidenciales extraconstitucionales, más en concreto hacia el tradicional poder de prerrogativa. Más exactamente, sus opiniones indican que en ausencia de cualquier legislación relativa a esta circunstancia, los magistrados defendían la acción presidencial. Lo que pareció ser el factor determinante en la mayoría para declarar que la confiscación era una expansión inconstitucional del poder ejecutivo fue que el Congreso había denegado al presidente en tres ocasiones —una expresamente y dos veces de forma implícita— el poder para confiscar unilateralmente propiedad privada en casos de emergencia y que, adicional-

⁷⁷ *Yakus v. United States*, 321 U.S.414 (1944).

⁷⁸ *Youngstown Sheet and Tube Company v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

mente, el Congreso había regulado cómo resolver los conflictos laborales que habían derivado de esta crisis particular.

En años recientes, se han apuntado nociones más expansivas de los poderes presidenciales durante los tiempos de guerra, particularmente desde el 11 de septiembre, que permitirían al presidente actuar en tales situaciones de forma opuesta a la expresa voluntad del Congreso. En el futuro, ello supone que las cuestiones donde las condiciones sean parecidas o similares a las que tuvieron lugar en el caso de la confiscación de siderurgias, podría obtenerse una resolución distinta, a partir de una comprensión nueva de los poderes presidenciales implícitos, derivados de la «teoría del ejecutivo unitario» que ya hemos referido. El presidente Truman, por ejemplo, reconoció la autoridad del Congreso para rechazar su decisión confiscatoria y para proporcionar los medios que requería para solucionar las dificultades que atravesaba. Esta posición se ajusta con la naturaleza y propósito del poder presidencial de prerrogativa, al menos en la medida en que se derivaba de Locke; esto es, el legislativo puede actuar sobre el asunto en cuestión cuando sea capaz de hacerlo. Sin embargo, la lógica de la perspectiva más expansiva para los poderes presidenciales consideraría tal acción presidencial como un poder ejecutivo inherente, no sujeto a derogación o modificación alguna por parte de la autoridad legislativa.⁷⁹ Adicionalmente, y también es de suponer que de acuerdo con elementos de la doctrina de la separación de poderes, el presidente en exclusividad, no el legislativo o el judicial, sería quien determinase la extensión de los poderes ejecutivos implícitos. Bajo esta nueva perspectiva expansiva del poder presidencial, muchas de las prerrogativas que ejerció Lincoln en realidad no eran tales, sino elementos del poder constitucional inherente al presidente durante momentos de emergencia o guerra. Esta concepción de los poderes presidenciales gana peso cuando los poderes se consideran dirigidos a proteger al pueblo norteamericano o a la nación de amenazas externas. Pero para muchos, esta justificación de los poderes presidenciales conduce directamente a una «Presidencia imperial» y a la quiebra de la separación de poderes constitucional.⁸⁰

⁷⁹ Véase por ejemplo «Legal Authorities Supporting the Activities of the National Security Agency Described by the President», Office of the Attorney General, 19 January 2006, disponible en <<http://www.fas.org/irp/agency/doj/fias>>.

⁸⁰ George W. Bush ha sido criticado por políticas y actividades asumidas en la «Guerra del Terror». Los críticos, tanto de la Derecha como de la Izquierda, consideran que la suya es una «Presidencia imperial» que ha socavado la separación de poderes y el Estado de De-

Parece pacífico asumir, como Madison anticipó, que habrá algo semejante a una contienda perpetua entre el presidente y el Congreso sobre los límites de sus poderes respectivos en ambos momentos de paz y guerra. Sin embargo, si el pasado sirve de guía, se trata de una contienda que el Congreso parece estar perdiendo poco a poco.⁸¹

III. EL PODER JUDICIAL: PROBLEMAS TEÓRICOS

Como se ha visto, la Corte Suprema ha representado un papel crucial en el sistema norteamericano de separación de poderes. Este papel deriva de circunstancias de algún modo exclusivas a la experiencia política norteamericana. Poco después de la Declaración de Independencia, la mayoría de los Estados, concediendo a su reciente independencia estatus político, se vieron obligados a escribir nuevas Constituciones. Pronto se alcanzó la idea de que las Constituciones deberían derivar del consentimiento del pueblo, más que de la mera sanción de los parlamentos que las habían proyectado. La Constitución de Massachusetts de 1780, todavía vigente, fue la primera de las Constituciones posteriores a la Declaración de Independencia adoptadas con el consentimiento del pueblo; los ciudadanos no sólo tomaron parte en la elección de los delegados para la convención constitucional que elaboró la Constitución, sino también en su ratificación. Que este espíritu prevaleció durante la Convención de Filadelfia se confirma por los términos en los que se halla redactado el artículo VII, que exige la ratificación por convenciones especiales dentro de los Estados; una previsión que aseguraba que la Constitución nacional descansaría sobre el consentimiento del pueblo dentro de los Estados, y no en la ratificación de los parlamentos estatales.

Las constituciones escritas, por tanto, llegaron a considerarse como una especie de contratos que especificaban las reglas básicas a través de las cuales una sociedad había consentido gobernarse. En este contexto, la atención se dirigió de forma natural al estatuto de los poderes del legislativo, puesto que el pueblo había investido a éste con la mayor parte de

recho. Para una extensa perspectiva de esta postura, véase: Gene Healy and Timothy Lynch, *The Constitutional Record of George W. Bush* (Washington, D.C.: The Cato Institute, 2006).

Una decisión reciente adoptada por la Corte [*Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006)] rechazó la teoría del ejecutivo unitario declarando que el presidente no puede actuar unilateralmente para constituir tribunales militares a fin de juzgar presos de la incursión militar norteamericana en Afganistán después del 11 de septiembre.

⁸¹ Como señaló Corwin, escribiendo a mediados del siglo XX: «la historia de la Presidencia es una historia de agrandamiento», *The President: Office and Powers*, 29-30.

los poderes gubernamentales. Hablando teóricamente, había una proposición que parecía inatacable: «Los poderes del legislativo (...) derivan de la totalidad del pueblo, son fiduciarios y subordinados a la asociación que los ha formado».⁸² O, como diría James Iredale, uno de los abogados más prominentes durante la era fundacional: «El pueblo ha elegido gobernarse por tales principios» al adoptar una Constitución. «No han elegido gobernarse, ni prometió someterse, a ningún otro»; consecuentemente, el cuerpo legislativo es él mismo una «criatura de la Constitución» que «no tiene más derecho a la obediencia que el que tiene cualquier otro diferente poder sobre la tierra a gobernarnos».⁸³ Esta idea dio origen a la teoría de la ley fundamental y al principio de control de constitucionalidad (*judicial review*). Sobre este punto, existía un acuerdo sustancial de que, tal y como Hamilton había mantenido en el ensayo número 78 de *El Federalista*, «la interpretación de las leyes es la esfera propia y peculiar de los tribunales». Esto, y la proposición generalmente aceptada de que «una Constitución es de hecho la ley fundamental, y así deben considerarla los jueces», proporciona su conclusión casi inevitable:

por consiguiente, les pertenece [a los tribunales] establecer su significado así como el significado de cualquier acto particular que derive del órgano legislativo. Si existiese una contradicción irreconciliable entre ambas, obviamente debería preferirse aquélla que generase la obligación y validez superior; o, en otras palabras, la Constitución debería preferirse a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes.⁸⁴

La doctrina de la separación de poderes no requiere ni exige el control de constitucionalidad. Sin embargo, en el contexto norteamericano, el poder ha venido a desempeñar un cometido tan distintivo en relación a la separación constitucional, que no puede ignorarse. Desde los primeros momentos de la historia de la República, la Corte Suprema ha asumido como algo normal la función de resolver las disputas que surgen entre los poderes que corresponden a cada una de las ramas de gobierno. Tal y como

⁸² James Varnum, citado en Charles G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (New York: Russell and Russell, 1939), p. 106.

⁸³ James Iredale, citado en Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, p. 115.

⁸⁴ *The Federalist*, 78/404.

la anterior discusión indica con claridad, la Corte ha intentado señalar las líneas fronterizas entre los órganos ejecutivo y legislativo. Su cometido en este ámbito no ha sufrido virtualmente cambio alguno, y sigue siendo generalmente considerado como el proceso constitucionalmente establecido para resolver los conflictos derivados de la separación de poderes. Es más, el desafío del presidente o del Congreso a cualquier resolución de la Corte Suprema probablemente no se toleraría, puesto que arrastraría consigo una intensa reacción pública negativa.⁸⁵

Sin embargo, teniendo presente cuanto acaba de mencionarse, es preciso indicar que el poder de control de constitucionalidad de los tribunales apunta hacia algunos de los más interesantes y controvertidos asuntos propios de la separación de poderes y el Estado de Derecho. Durante el proceso de ratificación constitucional, el antifederalista Brutus se refirió al poder de la Corte para interpretar la Constitución de forma autorizada. Si bien la cuestión concreta era que la Corte, un brazo del gobierno nacional, utilizaría su poder para expandir la jurisdicción del gobierno nacional a expensas de los Estados, el aspecto más general que emerge de sus ensayos, se refiere a que la Corte se convertiría en la institución predominante. Con el tiempo, según el punto de vista de Brutus, la Corte establecería líneas relativamente claras que fijarían unos límites del poder legislativo que éste no podría rebasar. «Y —continuaba— existen pocas dudas de que [el legislativo] excederá de esos límites, tan a menudo como surja la ocasión», con el resultado de que el poder judicial fijará «la regla para guiar al legislativo en el ejercicio de sus poderes».⁸⁶ Brutus creía además que la Corte no se limitaría a interpretar la Constitución «de acuerdo con su letra», sino también «de conformidad con su espíritu e intención».⁸⁷ Descubrir el espíritu de la Constitución, razonaba, permitirá a la Corte Suprema otorgar significado a los fines establecidos en

⁸⁵ La autoridad de la Corte Suprema en este punto resulta difícil de exagerarse. Durante el escándalo *Watergate* a comienzos de 1970, la Corte rechazó la pretensión del presidente Nixon de privilegio ejecutivo y decretó que debía entregar al Ministerio Fiscal una concreta grabación magnetofónica de sus conversaciones en el despacho oval [*United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974)]. Las cintas, una vez entregadas, revelaron la implicación de Nixon en la «coartada». A pesar de esto, Nixon cumplió con la decisión de la Corte de entregar las cintas. No hay duda de que su colaboración estaba motivada porque se consideraba que, de lo contrario, existirían motivos para un procedimiento de *impeachment*.

⁸⁶ *The Anti-Federalist: Writings by the Opponents of the Constitution*, An Abridgment, by Murray Dry, of the Complete Anti-Federalist edited by Herbert J. Storing (Chicago: University of Chicago Press, 1985), pp. 168-69.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 167.

el preámbulo, canalizando de esta forma la actividad legislativa con el objeto de centralizar el poder a un nivel nacional.

Al defender el control de constitucionalidad, Hamilton era consciente de este esquema de razonamiento. En *El Federalista* número 81 intenta minimizar la posibilidad de que las Cortes federales usurpen los poderes legislativos, calificando tales temores de infundados. Hamilton apunta como último remedio al poder de que dispone el Congreso para enjuiciar (*impeach*) y remover a los jueces que pudieran persistir en tal comportamiento.⁸⁸ En un sentido más general, Hamilton consideraba que el poder judicial era «el más débil de los tres brazos de gobierno», y el «menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución», ya que «no posee ni FUERZA ni VOLUNTAD, sino simplemente enjuiciamiento».⁸⁹ Expuso una moralidad constitucional en relación con el uso del poder de control de constitucionalidad; concretamente, este poder debía usarse sólo cuando los tribunales hallasen una «contradicción irreconciliable» entre la ley y la Constitución. Más aun, debían tener cuidado de ejercer ENJUICIAMIENTO, y NO VOLUNTAD, que constituía una prerrogativa del legislativo.⁹⁰

La idea expuesta por Hamilton de que el poder judicial se reduce al ejercicio de enjuiciamiento, no de voluntad, proporciona un marco para entender controversias pasadas y presentes relativas al cometido de la Corte Suprema. Por ejemplo, la frustración sufrida por el presidente Franklin Roosevelt con las decisiones de la Corte en relación con la constitucionalidad de los elementos de su programa de *New Deal* a mediados de 1930, que derivaron en su famosa propuesta de la *Court packing*,⁹¹ pueden entenderse mejor en el marco de las ideas de Hamilton, concretamente, en la de que la Corte estaba ejerciendo «voluntad», sustituyendo «las intenciones constitucionales del legislativo con su propia preferencia».⁹² Igualmente, en varias ocasiones a lo largo de la historia norteamericana, los opositores han criticado el uso por parte de la Corte de un «proceso legal sustantivo»,

⁸⁸ *The Federalist*, 81/420. Consideraba que «degradar [a los jueces] de sus puestos» «debería remover todas las aprehensiones» sobre este punto.

⁸⁹ *Ibid.*, 78/402.

⁹⁰ *Ibid.*, 78/404.

⁹¹ El plan de Roosevelt consistía en elegir un nuevo magistrado por cada uno en el cargo con una edad superior a setenta años. Que un Senado con amplia mayoría demócrata rechazase este plan, propuesto por un popular presidente demócrata, da la medida del prestigio de que disfrutaba la Corte Suprema entre el pueblo.

⁹² *The Federalist*, 78/405.

a través del cual dicho tribunal anula leyes porque considera que su sustancia es objetable.⁹³ En décadas recientes, los críticos también han señalado que la Corte ha alcanzado incluso una nueva cuota de poder a través de la legislación judicial, esto es, yendo más allá de la simple anulación de las leyes, para realmente legislar, mandando cambiar judicialmente determinadas líneas.⁹⁴ Es más, lo mismo reconocen los abogados de la escuela de pensamiento judicial activista o no interpretativa, quienes consideran que los tribunales asumen especiales responsabilidades para plasmar los ideales y derechos implícitos en la Constitución, o para corregir los fallos políticos derivados del «atasco» en los procesos políticos. Sin embargo, «originalistas» y «textualistas» ponen en tela de juicio estas posturas, suscribiendo la lectura de Hamilton sobre el cometido de la Corte.

Podrían escribirse volúmenes sobre los pormenores del debate que rodea a la Corte Suprema y su adecuado cometido en el sistema norteamericano. Las cuestiones derivadas de este asunto son ahora medulares en las disputas intelectuales que se mantienen sobre la naturaleza de la Constitución y la tradición política norteamericana. Basta con señalar aquí que la Corte Suprema ya no es el enclenque descrito por Hamilton. Dos acontecimientos, ambos reveladores de la experiencia norteamericana con la separación de poderes, contribuyen al crecimiento del poder judicial. Como la mayoría de los estudiosos del sistema norteamericano reconocerían, el primer acontecimiento afecta a la Enmienda Decimocuarta, añadida a la Constitución después de la Guerra Civil y cuyo propósito, por todas las evidencias, era proteger los derechos civiles de los recientemente liberados esclavos. A la

⁹³ Quizás el ejemplo más notorio de proceso debido sustantivo es *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857). Aquí la Corte determinó que los esclavos podían ser propietarios, anulando por tanto la legislación del Congreso (el Compromiso de Missouri) por violación de la cláusula de «proceso debido» establecida en la Quinta Enmienda al limitar los derechos de propiedad. Por su parte, la sentencia *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), en la que la Corte empleó la cláusula «libertad» del «proceso debido» establecida en la Enmienda Decimocuarta para anular la regulación estatal relativa a las horas laborales de los panaderos considerándolas irrazonables, se considera generalmente ilustrativa de la extralimitación del poder judicial.

⁹⁴ Para un detenido y pionero trabajo relativo a las ramificaciones de este asunto, véase Charles S. Hyneman, *The Supreme Court on Trial* (New York: Atherton Press, 1963). Las obras dedicadas a uno o más aspectos de esta cuestión son demasiado numerosas para citarlas. Una buena introducción con bibliografía puede consultarse en *Modern Constitutional Theory: A Reader*, 5th ed., eds. John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff (St. Paul, Minnesota: West Group, 2004).

luz de los que sucedió en los momentos posteriores, parece que la parte más significativa de esta enmienda se halla en la Sección 1, donde se establece que «ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, ni tampoco denegará a nadie dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes». El Congreso parece representar un papel principal a la hora de definir y garantizar las disposiciones de la enmienda, toda vez que la sección 5 dice: «El Congreso tendrá el poder de garantizar, mediante legislación apropiada, las disposiciones de este artículo». A lo largo de décadas, sin embargo, la Corte Suprema se ha convertido en el principal garante de las cláusulas de «proceso debido» y de la «igual protección». Usando principalmente la «libertad» del proceso debido, ha «nacionalizado» la mayoría de las estipulaciones de la Declaración de Derechos, obligando a su aplicación uniforme en los Estados. Es más, la Corte ha empleado la enmienda decimocuarta para sustentar algunas de las decisiones que se han considerado más controvertidas a la hora de determinar el carácter de la sociedad norteamericana.⁹⁵ Sus resoluciones en torno al aborto, los rezos en los colegios, la ayuda gubernamental a escuelas religiosas, la redistribución de representantes, la pornografía y obscenidad, la pena de muerte, las injurias y calumnias, la discriminación inversa, el transporte escolar y, entre otras, los derechos de los penalmente acusados, han generado una enorme controversia. Los críticos de la Corte Suprema sostienen que en muchos casos ha interferido en el ámbito legislativo y, lo que resulta peor, sus decisiones en estos y otros asuntos similares, basados también en aspectos constitucionales, ha eliminado efectivamente del ámbito legislativo cuestiones que se resuelven mejor a través de procesos políticos, ya sea en cada Estado, ya a nivel nacional. El remedio sugerido por los críticos es la autorrestricción judicial, una contención que conecta con la moralidad señalada por Hamilton.

El segundo acontecimiento, diseñado para situar las decisiones de la Corte fuera del reino de los procesos políticos normales, es la afirmación que realiza la Corte de que su interpretación constitucional es conclusiva, autorizada y que obliga a las demás ramas de gobierno.⁹⁶ Este pronunciamiento apenas causó revuelo, principalmente porque sólo reafirmaba lo

⁹⁵ Para una típica y contundente crítica relativa a éste y los siguientes puntos, véase Lino Graglia, «How the Constitution Disappeared», en *Interpreting the Constitution*, Jack N. Rakove, ed. (Boston: Northeastern University Press, 1990).

⁹⁶ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

que, como se ha indicado previamente, ya habían asumido las otras ramas de gobierno a lo largo del siglo xx. Sin embargo, esta posición se halla en discrepancia con la sustentada por los presidentes «fuertes» del pasado, incluyendo a Jefferson, Jackson y Lincoln.⁹⁷ Más aun, la postura de la Corte encuentra una seria dificultad teórica derivada de la teoría de la ley fundamental, la auténtica teoría utilizada originariamente para justificar el control de constitucionalidad: la Corte es una «criatura de la Constitución», limitada por sus términos en una medida no menor que el propio Congreso. Así, la lógica de esta teoría de la ley fundamental admite la posibilidad de que la Corte Suprema pueda también actuar inconstitucionalmente. Esto es precisamente lo que afirman los críticos de las Cortes Supremas activistas cuando argumentan que la Corte, contrariando a la ley fundamental (las normas con las que el pueblo mismo ha consentido gobernarse) ha quebrantando ella misma con la separación de poderes constitucional al asumir poderes legislativos.

Obviamente, las controversias sobre el papel de la Corte no van a resolverse por la afirmación que hace ese mismo tribunal de que él es el único juez sobre la extensión de sus poderes. Tampoco la doctrina de la separación de poderes tal cual se ha desarrollado en la práctica en los Estados Unidos proporciona una respuesta clara a la cuestión de cómo mantener a los tribunales dentro de sus lindes. La creencia de Hamilton de que la remoción de los jueces a través del proceso de *impeachment* serviría para mantenerlos a raya se ha visto suplantada por una nueva moralidad constitucional que ha prevalecido desde la época del juicio de *impeachment* a Samuel Chase, a saber, que los jueces no deberían ser destituidos por sus decisiones o por orientaciones políticas impopulares.⁹⁸ El Congreso tiene

⁹⁷ Tanto Jackson como Jefferson mantendrían que un presidente no se halla constitucionalmente obligado a cumplir las decisiones de la Corte Suprema. La postura de Lincoln era más matizada. No aceptaba la proposición de que la Constitución necesariamente era aquello que la Corte dice, y que, en consecuencia, cuando los tribunales se equivocan, resulta legítimo utilizar una variedad de mecanismos políticos para forzar la reconsideración y el cambio de perspectiva de la Corte.

⁹⁸ Sobre el significado del asunto Chase véase: William H. Rehnquist, *Grand Inquests: The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson* (New York: Morrow, 1992). Sólo un magistrado de la Corte Suprema fue objeto de *impeachment*, Samuel Chase, que no fue destituido por el Senado. Desde 1789 once jueces federales han quedado sujetos al proceso de *impeachment*, siete de los cuales fueron removidos de su puesto. En todos los casos excepto en uno los cargos contra los jueces se referían a delitos susceptibles de ocasionar procesamiento. Véase: <http://www.infoplease.com/spot/impeach.html>.

otras armas a su disposición, como reducir la jurisdicción apelativa de la Corte Suprema a lo que, por razones políticas y prácticas, han recurrido con escasa frecuencia. Hoy en día, como sucediera en el pasado, el recurso a los procesos políticos ha supuesto el principal instrumento para dirigir y controlar a la Corte Suprema. De este modo, en décadas recientes, una de las principales cuestiones en las campañas presidenciales se ha centrado en las diferencias que existen entre los candidatos sobre el cometido de la Corte Suprema y las orientaciones ideológicas de los jueces que podrían designar. Esto ha generado una alarma, puesto que la composición de la Corte Suprema ahora implica consideraciones partidistas en una extensión sin precedentes, minando de este modo su imagen como cuerpo imparcial que ejerce enjuiciamiento, y no voluntad.⁹⁹

IV. CONCLUSIÓN Y CONSIDERACIÓN GENERAL

La comprensión de la separación de poderes constitucional —las funciones de las ramas de gobierno y su relación recíproca— ha cambiado significativamente desde que se aprobara la Constitución en la Convención de Filadelfia. Quizás el cambio más notable se refiere a la posición del Congreso. Si bien había sido diseñado como el órgano predominante, su estatus en relación con los otros órganos ha ido disminuyendo claramente a lo largo de las décadas. Como señalamos al principio, aún retiene todos sus poderes constitucionales originales y más, particularmente un poder comercial expansivo. Sin embargo, tanto el presidente como los tribunales se han fortalecido hasta un grado que muchos consideran que ha invadido el campo legislativo del Congreso. Ciertamente, en la práctica no existen dudas de que han adquirido poderes que han reducido el alcance de la autoridad congresual.

El Congreso ha tomado represalias en un esfuerzo por recuperar los poderes perdidos o por hacer valer su predominio. Después de la Guerra Civil, el Congreso reafirmó su preeminencia iniciando y dirigiendo políticas para la denominada «reconstrucción» de los derrotados Estados de la Confederación. Pero, en los anales de la historia norteamericana, los Congresos de Reconstrucción son únicos. La práctica más común, ejem-

⁹⁹ Robert H. Bork, cuya designación para la Corte Suprema fue rechazada por el Senado después de una intensa y muy emocional batalla política, ha escrito sobre los costes y peligros potenciales de esta situación. Véase: *The Tempting of America* (New York: The Free Press, 1990).

plificada cuando el presidente Nixon resultó políticamente enervado a raíz del escándalo Watergate, es legislar en áreas concretas, aunque cruciales. De esta manera, en 1973 el Congreso consiguió aprobar la Resolución sobre Poderes de Guerra (*War Powers Resolution*) por encima del poder de veto de Nixon. Esta resolución estaba diseñada para contener los poderes de que disponía el presidente para destinar tropas unilateralmente «en hostilidades o situaciones en las que la inminente implicación en hostilidades se encuentra claramente indicada por las circunstancias».¹⁰⁰ Dando marcha atrás respecto de lo acaecido con la larga y fracasada guerra en Vietnam, cuya autorización se redujo a una resolución parlamentaria aprobada poco después de un presunto ataque contra las fuerzas navales norteamericanas, cuando las pasiones se hallaban en su punto álgido,¹⁰¹ el Congreso deseaba claramente poner freno al poder de que disponía el presidente como comandante en jefe para implicar a la nación unilateralmente en hostilidades sostenidas en el extranjero. Asimismo, con la Ley de Presupuestos y Confiscación (*Budget and Impoundment Act*) de 1974,¹⁰² el Congreso pretendía recuperar el control sobre el proceso presupuestario que, a lo largo de las décadas —comenzando con la aprobación de la *Budget and Accounting Act* en 1921—, se había convertido principalmente en una responsabilidad del ejecutivo. La *Budget and Impoundment Act* dificultó también al ejecutivo el poder embargar fondos adecuados —esto es, retrasar, a veces de forma indefinida, el desembolso de fondos apropiados por razones generalmente relacionadas con cuestiones de eficiencia y de índole presupuestaria—, una prerrogativa que databa de la época de la administración de Jefferson.¹⁰³

Estos esfuerzos parlamentarios relativamente recientes para frenar la capacidad del presidente para implicar unilateralmente a la nación en guerras, y para recuperar el control efectivo sobre el procedimiento presupuestario, dos poderes de gran envergadura, son dignos de mención, no por su efecti-

¹⁰⁰ War Powers Resolution, 7 November 1973, Public Law 93-148, Section 2 (a). Puede consultarse en: <http://www.policyalmanac.org/world/archive/war_powers_resolution.shtml>.

¹⁰¹ Ésta fue la famosa *Gulf of Tonkin Resolution*. Véase: <<http://www.vietnamwar.com/gulftonkinresolution.htm>>. Hoy en día se duda mucho si los barcos de la marina norteamericana fueron realmente atacados.

¹⁰² The Budget and Impoundment Act, July 12, 1974, Public Law 93-344; 88 Stat. 297-339. Disponible en <<http://law.enotes.com/major-acts-congress/congressional-budget-impoundment-control-act>>.

¹⁰³ La ley estableció que ambas Cámaras deben aprobar toda incautación en el plazo de 45 días. Si no, los fondos deben invertirse.

vidad, sino porque ilustran las dificultades para intentar domar al ejecutivo. Todos los presidentes desde Nixon han considerado la *War Powers Resolution* como una infracción del poder presidencial que le concede la Constitución como comandante en jefe y como agente en jefe de la nación en los asuntos exteriores. Esta perspectiva se ha extendido considerablemente con la decisión de la Corte Suprema declarando inconstitucionales vetos del Congreso, ya procediesen de una o de ambas Cámaras (ver *supra*). En la práctica, los presidentes simplemente han sorteado las estipulaciones de la *War Powers Act*, normalmente evitando declarar que las fuerzas norteamericanas se envían a situaciones de hostilidad, sorteando así la aplicación de los artículos relativos a la necesidad de la aprobación parlamentaria. Por razones diferentes, el presupuesto y las medidas de incautación no se han resuelto como era de prever. No han aparecido en la práctica los beneficios que se presumían a partir de una visión comprensiva del presupuesto, principalmente los topes presupuestarios y límites al gasto deficitario. En parte por esta razón, el Congreso se ha percatado poco a poco de las virtudes de las incautaciones discrecionales del presidente que, infructuosamente, trataba de enmendar a través de un veto parcial (ver *supra*).¹⁰⁴

El crecimiento de los poderes ejecutivo y judicial, a menudo a expensas del Congreso, se puede atribuir en buena medida a la emergencia de partidos políticos. Debe recordarse que Madison contaba con la presencia de «intereses opuestos y rivales» para preservar la división de poderes que establecía la Constitución; más específicamente, una unión o mezcla de los intereses del titular del cargo público con «los derechos constitucionales del lugar». De este modo, anticipó que una intrusión del Congreso en aquello que el ejecutivo sintiese como su legítimo dominio se encontraría con un veto. De igual forma, el Congreso podría adoptar medidas para anular o repeler acciones procedentes del presidente o de los tribunales que estimase invasoras del dominio legislativo. Sin embargo, con la emergencia de los partidos políticos y su afán por controlar el gobierno —lo que, con su gran crecimiento en el siglo xx, implica la asignación de recursos de una magnitud inimaginable en el momento fundacional—, han empezado a dominar intereses partidistas por encima de intereses institucionales. Esto significa que los senadores y representantes del partido político del presidente, salvo

¹⁰⁴ Aunque la Corte declaró inconstitucional el primer esfuerzo en esta dirección, el Congreso sigue intentando formular un proceso que resulte constitucionalmente aceptable y que le conceda al presidente este poder.

en caso de una evidente conducta delictiva o malintencionada, apoyarán la acción política de su presidente, incluso cuando suponga una intrusión en el poder legislativo.¹⁰⁵ Hacer lo contrario, es decir, actuar conforme al interés institucional, significaría minar el partido y sus posibilidades de retener la Presidencia, el único cargo nacional y el precio por el cual ambos partidos viven. Aunque en un sentido distinto, el partidismo es también un factor importante cuando se produce una reacción del Congreso a la expansión de poder de la Corte Suprema. Aparte de la estima de que disfruta como institución, es poco probable que la Corte expida una decisión controvertida en un asunto que no halle suficiente apoyo político en el Congreso para prevenir represalias. Debe considerarse como una proposición general el que en los pasillos del Congreso cualquier asunto relativo a las disputas sobre la separación de poderes, no importa lo genuino que resulta, se reducirá antes o después a una controversia partidista.

Sin embargo, el partidismo no ha eclipsado completamente los intereses institucionales. Los Presidentes casi siempre han buscado adelantar intereses puramente institucionales, en gran medida motivados por su deseo de asegurar una «legalidad» que se vea favorablemente en las generaciones futuras. Los historiadores norteamericanos y los estudiosos de ciencia política, por ejemplo, casi invariablemente sitúan a los Presidentes «fuertes» (aquellos que protegen y expanden los poderes ejecutivos) entre los «principales» o «bastante relevantes». Por otra parte, no cabe esperar que entre los miembros de cuerpos legislativos numerosos se mantenga el mismo grado de interés institucional y de implicación sobre la «legalidad», puesto que las recompensas se hallan más difuminadas. Estos factores, tomados en conjunto, permiten explicar el crecimiento de los poderes ejecutivos, especialmente cuando un partido controla tanto el legislativo como el ejecutivo. Bajo estas circunstancias, cualquier resistencia a las intrusiones presidenciales en el dominio legislativo sobre terrenos constitucionales es probable que se caracterice sólo como «políticas de partido».

Mirando con perspectiva el trabajo de los Fundadores después de dos siglos de aplicarse, se pueden obtener ciertas conclusiones. La más importante

¹⁰⁵ Con toda claridad, Nixon iba a ser objeto de un proceso de *impeachment* y a ser destituido de su cargo cuando decidió dimitir. Pero el asunto duró en su totalidad varios meses y supuso la pérdida de apoyo del partido en el Congreso debido a las evidencias de acciones punibles. En ausencia de tal evidencia, el partido se pondrá de parte del presidente, como quedó claro en el *impeachment* y juicio a Clinton.

es que no tenían posibilidad de prever el papel que los partidos políticos iban a desempeñar en la evolución del diseño. El «equilibrio» que buscaban resulta inoperante debido al crecimiento de los partidos, y específicamente por el crecimiento de los poderes ejecutivo y judicial. Desde esta perspectiva, también resulta evidente que mientras se ocupaban en prevenir la extralimitación del Congreso, parecieron considerar —quizás debido a la cultura política de aquel momento— que el judicial no supondría peligro alguno para la separación constitucional. Por estas razones, no resulta sorprendente que en los tiempos modernos los dos asuntos más debatidos en los círculos intelectuales y políticos sobre la separación de poderes, sea el del cometido propio de los tribunales y si el ejecutivo ha acumulado excesivo poder.

En el sistema norteamericano de separación de poderes actual, cada órgano por sí mismo puede dirigir los recursos de la sociedad o fijar valores con autoridad, poderes en buena medida delegados por la Constitución al Congreso. Las expectativas de conducta se han desarrollado a lo largo del tiempo examinando el dominio general de cada poder, de modo que, a menos que se produzcan tensiones muy evidentes, el sistema funciona tolerablemente bien, tanto en la teoría como en la práctica.¹⁰⁶ Sin embargo, por debajo subyace una cuestión básica: ¿Puede cualquier sistema de poderes separados enfrentarse a los peligros reales del autogobierno y del Estado de Derecho apoyado en la necesidad de delegar poderes en el Estado nacional moderno?

¹⁰⁶ Muchos de los críticos del sistema estarían en desacuerdo con esta afirmación citando lo que ahora se denomina «atasco», principalmente la incapacidad del Congreso y del presidente para ponerse de acuerdo en prioridades y remedios legislativos específicos a reconocidos problemas económicos y sociales. La mayoría de quienes buscan una reforma constitucional básica atribuyen este atasco a la separación de poderes que establece la Constitución. Para una formulación variada de esta perspectiva, véase: *Reforming American Government*, ed. Donald L. Robinson.