

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Mendieta, D. y Tobón, M.L. (2018). La separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en Estados Unidos: del sueño de Hamilton, Madison y Marshall a la amenaza de la presidencia imperial. *Revista Jurídicas*, 15 (2), 36-52.

DOI: 10.17151/jurid.2018.15.2.3.

Recibido el 17 de abril de 2017

Aprobado el 20 de enero de 2018

LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS EN ESTADOS UNIDOS: DEL SUEÑO DE HAMILTON, MADISON Y MARSHALL A LA AMENAZA DE LA PRESIDENCIA IMPERIAL*

DAVID MENDIETA**

MARY LUZ TOBÓN-TOBÓN***

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es determinar si pasados 230 años de la Constitución de los EE. UU. se conservan los pilares de la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos que autores como Hamilton, Madison y Marshall ayudaron a diseñar o en caso contrario si se ha implementado lo que algunos autores llaman “la presidencia imperial”. La metodología utilizada es de carácter histórico dogmática. La conclusión es que la personalidad del presidente de la Unión Americana se ha convertido en un límite no institucionalizado, lo que es sumamente peligroso y contradice la idea misma del Estado de derecho. Frente a la amenaza del “presidente emperador”, hoy se hace ineludible recordar los principios que inspiraron la Constitución de los EE. UU. y los límites que impone a los diferentes poderes, incluyendo el ejecutivo.

PALABRAS CLAVE: Estados Unidos, Constitución, presidencia imperial, control de constitucionalidad, sistema de pesos y contrapesos, Trump.

* El presente trabajo hace parte del proyecto de investigación denominado “La Constitución como límite al poder del Estado” realizado de manera conjunta por los dos docentes de las facultades de derecho de la Universidad de Medellín y de la Universidad Autónoma Latinoamericana.

** Abogado, Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Medellín-Colombia. E-mail: dmendieta@udem.edu.co. **Google Scholar.** ORCID: 0000-0002-6944-6815.

*** Abogada, Doctora en Estudios Superiores de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. E-mail: marytobon@unaula.edu.co. **Google Scholar.** ORCID: 0000-0002-1713-5820.



THE SEPARATION OF POWERS AND THE SYSTEM OF CHECKS AND BALANCES IN THE UNITED STATES: FROM HAMILTON, MADISON AND MARSHALL'S DREAM TO THE THREAT OF THE IMPERIAL PRESIDENCY

ABSTRACT

The objective of this paper is to determine whether, after 230 years of the Constitution of the United States of America, the pillars of the separation of powers and the system of checks and balances that authors like Hamilton, Madison and Marshall helped design or, otherwise, whether what some authors call "the imperial presidency" has been implemented. The methodology used is of a dogmatic historical nature. The conclusion is that the personality of the president of the American Union has become a non-institutionalized limit which is extremely dangerous and contradicts the very idea of the Rule of Law. Facing the threat of the "president emperor", today it is unavoidable to remember the principles that inspired the Constitution of the United States and the limits it imposes on the different powers, including the executive.

KEY WORDS: United States, constitution, imperial presidency, constitutionality control, system of checks and balances, Trump.

INTRODUCCIÓN

Los estadounidenses no son los primeros en tener *Constitución*. Frente al concepto, autores como Maurizio Fioravanti (2001), sitúan las primeras doctrinas constitucionales en el mundo griego del siglo IV a. C. y su noción de *politeia*, a propósito de la cual se señala que:

‘Politeia’ no es más que el instrumento conceptual del que se sirve el pensamiento político del siglo IV para enuclear su problema fundamental: la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, tal que refuerce la unidad de la *polis*, amenazada y en crisis desde distintos frentes. (Fioravanti, 2001, p. 19)

Así entonces, la idea de *politeia* como ideal de forma de gobierno en Grecia, dará paso luego a la *res publica* de los romanos y a la *Constitución mixta* de la edad media, que se construyó con el paso de los siglos y le permitió a los diferentes estamentos medievales coexistir e interactuar en la esfera de lo público. A este respecto, Fioravanti (2001) señala que:

En esencia, la constitución mixta sirve en este tiempo para defender el carácter del hecho plural y compositivo de la sociedad y de los poderes que ella expresa, y lo que se teme es el nacimiento de un poder público que rompa este equilibrio, que se sienta legitimado para alimentar sin mediar pretensiones de dominio. En pocas palabras, la constitución mixta de los antiguos se dirige a legitimar fuertes poderes públicos, comúnmente reconocidos, la constitución mixta medieval se dirige a limitar esos mismos poderes. (p. 56)

La evolución del concepto *Constitución* continuó durante la modernidad, uno de los primeros casos de control de actos del parlamento por ser contrarios a una disposición suprallegal y garantista se da en la Inglaterra del siglo XVII. En el *Bonham's case*, el juez Edward Coke declaró que ningún acto del parlamento que vaya contra el derecho común y la razón podrá ser aplicado, pues son estos los que le dan sentido a la existencia de las normas estatales, introduciendo así la idea de una *fundamental law*. Este juez sostuvo que el *common law* gozaba de supremacía sobre los actos del rey y aun sobre las leyes del parlamento, siendo este uno de los precedentes más importantes de la supremacía constitucional en el mundo (Fioravanti, 2001).

Uno de los aportes de los norteamericanos al constitucionalismo moderno es la idea del *higher law*, un derecho fundamental o más alto, superior a cualquier mandato real o parlamentario, este es el derecho que inspira la rebelión de los colonos americanos en su lucha contra la corona inglesa.

En los estados constitucionales y democráticos de derecho, la validez de las normas está sujeta a la Constitución. Pero la supremacía constitucional no debe

fundamentarse solo en que es el escalón más alto de la pirámide kelseniana (Kelsen, 1981), sino complementarse con el hecho de que es un compendio de principios y derechos de contenido deontológico que reflejan las necesidades de un pueblo, y además sirven de límite al ejercicio del poder estatal y garantía inherente e intransferible de cada uno de los individuos que integran el Estado.

Montesquieu (1777) en *El espíritu de las leyes* (Libro XI), no había concebido al poder judicial como un verdadero límite para el ejecutivo y el legislativo, con el fallo de John Marshall, los jueces, se convirtieron en un verdadero tercer poder, es lo que muchos han llamado *judiciocracia* o “el gobierno de los jueces” (Lambert, 2010).

Aunque los constitucionalismos norteamericano y europeo de finales del siglo XVIII beben de las mismas fuentes teóricas y están influenciados por las ideas liberales y su reivindicación de la libertad, la moderación y la separación de poderes, en la práctica no se desarrollan de la misma manera, pues no reflejaban sociedades iguales, las viejas castas en Europa impiden que se consolide la soberanía popular y en cambio dan paso a la soberanía nacional excluyente (Pérez, 2014).

Los franceses, con la manifiesta desconfianza en el órgano judicial y la influencia del concepto montesquiano de división del poder público alrededor de la ley, entregan la facultad de canalizarlo para evitar su abuso y garantizar los derechos civiles y políticos al legislador, convirtiéndose este en el depositario de la voluntad general y la ley en la materialización de dicha voluntad. La supremacía de la Constitución en Francia, gran parte de Europa y América Latina da lugar durante el siglo XIX a la supremacía de la ley (Díaz, 2016).

En cambio la independencia de los Estados Unidos nace recelosa con el poder legislativo, pues es el parlamento inglés quien autoriza el incremento de impuestos que llevará a las trece colonias norteamericanas a declarar su emancipación de la metrópoli, herederos del *common law*, son respetuosos del poder judicial al considerarlo una casta de hombres que debían ser inteligentes y honestos, encargados de hacer cumplir la ley y seguir un sistema de precedentes que le daría unidad al modelo jurídico y evitaría la discrecionalidad judicial. Frente al ejecutivo en cabeza del presidente, la Constitución fue tímida en su regulación, primero, porque este poder ya estaría limitado por la ley y, segundo, porque se creyó que el primer presidente de los Estados Unidos le daría forma y contenido a la figura.

Influenciadas por los hechos ocurridos en el siglo XVII en la Gran Bretaña, el establecimiento de la República inglesa y la necesaria separación de funciones entre el rey y el parlamento, las colonias inglesas de Norteamérica consagraron en sus constituciones autoridades con distintos nombres, encargadas de cumplir las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, pero sometidas a la metrópoli (González, 2010). Cuando alcanzan la independencia, los nacientes Estados

ven la necesidad de tener un ejecutivo, un legislativo y un judicial en común sin que esto significara renunciar a todas las funciones estatales. Surge el problema competencial entre los estados y la Unión y la solución que encontraron fue el establecimiento de una federación¹.

LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Cuando los padres de la Unión Americana conciben su Constitución escrita, quieren una forma de gobierno moderada que ellos llamarán '*República*', temen a la anarquía que puede originar el vacío dejado por los ingleses, pero también al despotismo que puede surgir para llenar este vacío. Rechazan el autoritarismo, incluso del pueblo y sus mayorías, de ahí la necesidad de crear un sistema donde los diferentes órganos interactúen entre sí, pero al mismo tiempo se limiten, los *checks and balances*.

Los tres primeros artículos de la Constitución de los Estados Unidos se ocupan de los tres poderes públicos clásicos, el primero el legislativo; el segundo el ejecutivo y el tercero el judicial, siendo el más extenso y regulado el primero, pues, es en el legislativo donde recae mayor desconfianza. El texto constitucional de 1787 es muy cuidadoso en limitar al Congreso de los Estados Unidos, que hace la ley; pero no tanto al presidente de la Unión, pues este está limitado por la Constitución, pero también por la ley y en principio no se pensó en el presidente legislador. Ni el artículo primero ni el segundo de la Constitución de los Estados Unidos prevén un ejecutivo competente para hacer leyes, recuérdese que el artículo I, sección 1 expresa que "todos los poderes legislativos otorgados por esta Constitución residirán en un Congreso de los Estados Unidos", si la Constitución dice que son 'todos' no hay lugar a dudas que no se pensó en la posibilidad de que el presidente de los Estados Unidos pudiera hacer normas con fuerza de ley.

Lo anterior es de suma importancia pues con posterioridad cuando el presidente de los Estados Unidos se haga cuasi legislador al expedir "órdenes ejecutivas"², las normas que de él emanen con fuerza de ley tendrán controles venidos de los Tribunales Federales, de la Corte Suprema de Justicia y del Congreso de los Estados Unidos, los primeros haciendo uso del *judicial review* y el último de la ley como

¹ La fórmula para separar las competencias de la Unión frente a las de los Estados se encuentra en la décima enmienda, así: "Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo".

² Las órdenes ejecutivas son documentos oficiales, numerados consecutivamente, a través de los cuales el Presidente de los Estados Unidos administra las operaciones del Gobierno Federal. Las órdenes ejecutivas no son una competencia expresa de la Constitución de 1787, pero su sustento proviene del artículo 2, sección 1ª que confía el poder ejecutivo en el presidente de los Estados Unidos. Véase: <https://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/disposition.html>.

instrumento de corrección de los excesos, requiriendo la puesta en práctica del sistema de pesos y contrapesos.

A pesar de que el ejecutivo legislador no es una figura que hayan establecido los padres de la Unión en el texto de la Constitución, los presidentes estadounidenses, argumentando la defensa de la libertad y la democracia y justificando la “amenaza externa”, se fueron apropiando de esta y otras competencias, acrecentaron su protagonismo, rompieron el equilibrio entre los poderes públicos, menoscabaron el sistema de pesos y contrapesos originario y establecieron lo que algunos han llamado “presidencia imperial” (Bacevich, 2008). Pero este no era el deseo de los padres fundadores de la Unión, que con la Constitución de los EE. UU. buscaban la implementación de un sistema de poderes equilibrado, un soberano moderado y la existencia de mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes públicos que evitaran caer en el autoritarismo. A continuación, se expondrán algunas de las bases de este sistema desde la manera como la concibieron algunos de sus ideólogos y cómo estos límites están llamados a ser efectivos a pesar del paso de más de 230 años.

LA DEFENSA DE HAMILTON Y MADISON DE LA CONSTITUCIÓN DE 1787

Los norteamericanos son quienes establecen la idea de supremacía constitucional a partir de un texto codificado y es en la segunda parte del artículo VI de la Constitución de 1787, donde expresamente se plasma tal criterio, más como una herramienta de unidad y coerción, que como una declaración de derechos humanos, que solo ingresarán al texto constitucional a través de las 10 primeras enmiendas. El artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 señala:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Por su parte, el artículo III, secciones 1 y 2 del texto constitucional sitúa el poder judicial en la Corte Suprema de Justicia, y demás tribunales, pero entendido este poder como el de decir el derecho en general e interpretar la ley en particular:

Sección 1.

Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen

buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo.

Sección 2.

El Poder Judicial se extenderá a todos los Casos que en Derecho y Equidad surjan bajo esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos y los Tratados celebrados o que se vayan a celebrar bajo su Autoridad...

Nada dijo el texto constitucional acerca de quién debía ser el encargado de salvaguardar que todos los órganos del Estado cumplieran con la Constitución, pero desde antes de que entrase en vigencia la Carta de 1787, Hamilton ya había expresado la conveniencia de que fueran los jueces los encargados de velar por la Constitución. La posibilidad de los jueces en Norteamérica de inaplicar normas en aquellos casos en los que contradicen la Constitución fue establecida por Hamilton en *El Federalista*, en estos términos:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y así ocurriere entre las dos una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambas y que donde la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes se halla en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última, de preferencia a las primeras. (Hamilton, 1943, p. 340)

Madison también se pronunció en el sentido de ser el poder judicial el encargado de hacer valer los derechos consagrados en la Constitución, frente al intento del legislativo o del ejecutivo de desconocer las garantías constitucionales:

Una vez que la Declaración de Derechos fuera incorporada a la Constitución, los Tribunales de justicia independientes se considerarían a sí mismos los guardianes de dichos derechos. Las Cortes se transformarían en un bastión impenetrable contra cualquier abuso por parte de alguna de las otras ramas del Estado Federal, Legislativo y Ejecutivo, y sería llevado naturalmente a resistir cada usurpación sobre los derechos estipulados expresamente en la Constitución por dicha declaración de Derechos. (Padover, 1953, p. 344)

Hamilton dejará clara la idea de la supremacía constitucional y el deber de los poderes constituidos de acatar la norma fundamental en los siguientes términos:

No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no solo lo que este no permite, sino incluso lo que prohíbe. (p. 342)

Como ya se ha dicho, la supremacía de la Constitución sobre la ley, y el deber de los jueces de salvaguardar dicha primacía, son una constante en el pensamiento de Hamilton del que queda constancia en *El Federalista* No. 78, pero existe otra gran preocupación para quien es considerado uno de los padres de la Unión Americana y es la defensa de las minorías que pueden estar en peligro frente a las mayorías políticas, religiosas o económicas y de nuevo delega en los jueces el deber de evitar tales injusticias:

Pero no es solo como vía para prevenir las infracciones de la Constitución como la independencia judicial puede constituir una salvaguarda contra los efectos de los malos humores que pueden producirse ocasionalmente en la sociedad. En algunos casos, estos no se extienden más allá de perjudicar en sus derechos a determinadas clases de ciudadanos particulares, por medio de leyes injustas y parciales. También aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes. (p. 334)

Hamilton también consideró que una manera de limitar el poder del presidente era establecerle un periodo de mandato fijo, que para los Estados Unidos es de cuatro años, y que existiera la posibilidad de hacerle un juicio político o *impeachment*:

El Presidente de los Estados Unidos sería un funcionario elegido por el pueblo para un periodo de cuatro años; el rey de Inglaterra es un príncipe perpetuo y hereditario. El uno sería susceptible de castigo personal y de caer en desgracia (mediante el *impeachment*); la persona del otro es... inviolable. (Hamilton *et al*, 2001, p. 296)

Pero no todos los contemporáneos a Hamilton estaban de acuerdo con el modelo federal, pues temían que los Estados hasta entonces confederados perdieran libertades y autonomía en favor de un gobierno central fuerte (Ketcham, 2003). Los llamados anti-federalistas solo aceptarán el modelo federal y la nueva Constitución a cambio de un catálogo de derechos y garantías o *bills of rights* que ingresarán a la Constitución en 1791 a través de las 10 primeras enmiendas.

MARSHALL EL HEREDERO DE HAMILTON Y MADISON

El Federalista y especialmente Hamilton, había establecido las bases de una Constitución fuerte y de un poder judicial competente para hacerla cumplir y será el juez Marshall, heredero de esta concepción, quien en 1803 dejará claro y de manera definitiva que la autoridad encargada de velar por la Constitución de los Estados Unidos son los jueces, consolidando en la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, el *judicial review* o control judicial de constitucionalidad, en aras de preservar la supremacía de la Constitución sobre todas las leyes estatales y federales³.

Al igual que Hamilton, Marshall tendrá que argumentar la supremacía de la Constitución sobre la ley y por qué los jueces son los llamados a velar porque esta supremacía se conserve, pero plantea otro problema no menos importante y es el de la imposibilidad de que un poder limitado como lo es el legislador pueda reformar por mecanismos ordinarios la norma escrita que lo limitó, es decir la Constitución. Tampoco está de acuerdo con aquellos que pretendían ignorar la Constitución en aquellos casos donde colisionase con la ley y que los jueces prefiriesen esta última, pues esto significaba que el poder legislativo era desmedido, se caería en el absurdo de establecer en la Constitución límites para los poderes públicos y al mismo tiempo la posibilidad de transgredirlos a voluntad.

Marshall justificará porqué los jueces son los garantes de la Constitución a pesar del silencio sobre el tema del texto constitucional y para tal fin hará uso del citado artículo III, sección 1, al interpretar la frase: “se deposita el poder judicial de los Estados Unidos...” como “lo que los jueces han hecho tradicionalmente en el pasado”, es decir la competencia de los jueces de desentrañar el sentido de las leyes, pero irá más allá al hacerlos competentes para declararlas nulas cuando son contrarias a la Carta Fundamental y su fórmula es sencilla; la Constitución es una ley emanada de un poder constituyente y la ley cuestionada emana de un poder constituido, corresponderá a los jueces a la hora de tener dos leyes aplicables a un mismo caso, pero de diferente nivel jerárquico, preferir la de mayor jerarquía.

O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda,

³ La sentencia *Madison vs. Marbury* no es la primera en establecer la Supremacía Constitucional en los EE. UU., antes hubo otras decisiones en el mismo sentido, tales como: caso *Commonwealth vs. Caton* (Virginia, 1782); caso *Bayard vs. Singleton* (Carolina del Norte, 1787); caso *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance* (Pennsylvania, 1795); Caso *Hylton vs. United States* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1796). Para un análisis del contenido de las anteriores sentencias ver González Quintero (2011).

entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. (Marbury vs. Madison, 1803)

Para Marshall, cuando un juez encuentre que a un mismo caso son aplicables la Constitución y la ley, pero plantean soluciones opuestas, el juez debe preferir la norma constitucional, por ser jerárquicamente superior a la ley ordinaria. Lo anterior es una de las premisas más importantes para el constitucionalismo moderno y ya había sido planteada por Hamilton, aunque, con otras palabras.

Mientras el poder judicial se hacía protagonista, el ejecutivo no se conformó con ser espectador, sino que en un juego político de mutua conveniencia respaldó a la Corte Suprema de Justicia en su papel de máximo garante de la Constitución (Whittington, 2009) y acrecentó su poder gracias a las órdenes ejecutivas y su injerencia en las agencias administrativas federales (AAF) (Breger & Edles, 2000)⁴.

LA AMENAZA DE LA PRESIDENCIA IMPERIAL

A pesar de que los padres fundadores de la Unión redactaron la Constitución de 1787, estaban pensando en un sistema de gobierno moderado —influenciados por Locke y Montesquieu— en el que los tres poderes públicos interactuaran pero al mismo tiempo se limitaran unos a otros, con el paso del tiempo la manera vaga como se reguló la figura del poder ejecutivo ha sido aprovechada por algunos presidentes estadounidenses para ir acumulando competencias, con lo que se ha roto el equilibrio y ha surgido lo que varios autores (Bacevich, 2008; Fabbrini, 2009; Ortiz, 2004; Chomsky, 2005; Schlesinger, 2004) han llamado “la presidencia imperial”. En este modelo de gobierno, el equilibrio de los poderes públicos se rompe en favor del presidente, quien acumula competencias y menoscaba las de los otros poderes y aumentando con su figura el protagonismo del poder ejecutivo. El sistema presidencial de los Estados Unidos, que durante mucho tiempo se ha mostrado al mundo como ejemplo de democracia, separación de poderes y respeto por las instituciones, como un referente de pesos y contrapesos eficiente, realmente es una hipertrofia presidencial, donde la figura del presidente es tan influyente que hoy asustaría a los padres fundadores de la Unión.

⁴ Las AAF surgen de la necesidad de diseñar e implementar normas que regulen actividades productivas, económicas, científicas, de seguridad, entre otras y que requieren un altísimo conocimiento técnico, más allá del alcance de los instrumentos ordinarios de la administración convencional, se clasifican en agencias administrativas regulares (AAR) y agencias administrativas independientes (AAI). Las primeras con una clarísima dependencia del presidente y las segundas concebidas inicialmente como entes autónomos de la figura presidencial, pero que con el paso del tiempo han caído bajo su influjo. De ellas se cuestiona que, a pesar de pertenecer al poder ejecutivo en su papel de vigilancia y control, terminan cumpliendo además funciones legislativas y jurisdiccionales. Las AAF no serán abordadas en la presente investigación, pero no significa que no sean importantes en el proceso de consolidación de la presidencia imperial.

Durante 230 años, el gran factor determinante de la presidencia de los Estados Unidos es la personalidad del mandatario de turno, si la medida es una de sus cualidades entonces estaremos frente a un mandato moderado, pero si lo suyo es el carácter fuerte, osado y beligerante, estaremos frente a una figura dominante que podrá poner en riesgo la institucionalidad. En el siglo XIX Jackson (gobernó entre 1829 y 1837) y Lincoln (gobernó entre 1861 y 1865) son ejemplos de presidentes imperiales. El primero aprovechó su popularidad para ampliar el poder de la presidencia, se enfrentó al Congreso de los Estados Unidos haciendo constantemente uso de su derecho de veto sobre las leyes, competencia que hasta ese entonces había sido poco usada (Gregg, 1997).

El segundo, Lincoln, quien es considerado el mejor presidente de todos los tiempos, tuvo que enfrentarse a dos situaciones extraordinarias: la abolición de la esclavitud, la cual se llevó a cabo inicialmente por una orden ejecutiva y la Guerra Civil, lo que lo llevó a tener poderes que ningún otro presidente había tenido, en ese sentido nos dice Ortiz (2004):

Lincoln presidió un —Estado ejecutivo— asumiendo unos —poderes de guerra— enormes, de una manera que excedió la de cualquier otra presidencia anterior. Más tarde, sin embargo, su presidencia serviría como modelo a las de Woodrow Wilson (1913-1921), Franklin D. Roosevelt (1933-1945), Harry S. Truman (1945-1953), Lyndon B. Johnson (1963-1969) y Richard Nixon (1969-1974). (p. 34)

En el siglo XX, llegarán a la Casa Blanca varios individuos con personalidades dominantes y que con su carácter ayudarán a construir un ‘imperio’, empezando por el presidente del cambio de siglo, William McKinley (gobernó entre 1897 y 1901), fue quien llevó a la victoria de Estados Unidos sobre España, arrebatándole Cuba, Puerto Rico y las Filipinas al moribundo imperio español. Theodore Roosevelt (gobernó entre 1901 y 1909), aprovechó su popularidad para aumentar los poderes del ejecutivo, invadió República Dominicana (1904-1905), firmó un tratado internacional con Santo Domingo y al no ser ratificado por el Senado, él lo ratificó con una orden ejecutiva, alegando que la Constitución no le concede expresamente esa competencia al presidente, pero tampoco se la prohíbe y no hay que olvidar, en palabras del mismo Roosevelt —Yo me tomé Panamá— lo que facilitó el comercio de Estados Unidos con Europa y el Lejano Oriente.

Otro Roosevelt, Franklin Delano (su mandato se extendió entre 1933 y 1945), deberá enfrentarse a dos situaciones catastróficas, una es la gran depresión y la otra es la Segunda Guerra Mundial. Es la persona que más veces ocupó la presidencia de los Estados Unidos —fue elegido cuatro veces para el cargo— y de lejos es el presidente que más órdenes ejecutivas expidió, en promedio 310 por año, remplazando en gran parte el papel del Congreso de los Estados Unidos, ampliando las competencias presidenciales más que sus antecesores —que ya de por sí lo habían hecho—

y allanando el camino para que sus sucesores sean considerados hiper-presidentes. Pero también creó campos de concentración para japoneses a través de una orden ejecutiva. A pesar de lo anterior, Roosevelt es considerado como el mejor presidente de los Estados Unidos en el siglo XX y uno de los mejores en todos los tiempos.

En el siglo XXI tenemos a Donald Trump, quien en el tiempo que lleva en la Casa Blanca, le ha mostrado al mundo su personalidad narcisista, inestable, insensible, que no tolera la crítica y desprecia las instituciones cuando no están de su lado, pero aún su papel en la historia como presidente, está por escribirse.

Según la Constitución de los EE. UU. es competencia del Congreso declarar la guerra a otro Estado, pero son muchos los ejemplos de presidentes de los Estados Unidos que ha enviado tropas al extranjero o han atacado otros Estados sin autorización previa del Congreso, respaldados por órdenes ejecutivas, es el caso de Truman a Corea, Johnson a Vietnam, Nixon a Camboya, Reagan a Granada, Bush (padre) a Panamá, Clinton a Somalia y Haití, Bush (hijo) a Irak y Afganistán y Trump a Siria. Luego del 11 de septiembre de 2001, George W. Bush expidió dos órdenes ejecutivas (una el 24 de septiembre y otra el 9 de noviembre del 2001), las cuales permitieron la creación de tribunales militares competentes para juzgar civiles extranjeros sospechosos de terrorismo, dichas atribuciones acrecentaron el poder del ejecutivo y de las agencias administrativas de seguridad a un nivel que no se veía desde el gobierno de Franklin D. Roosevelt. Lo anterior justificado en el ideal del patriotismo. Las competencias surgidas del USA PATRIOT Act le han valido a Trump para justificar jurídicamente el ataque a Siria en 2018.

Los presidentes de los Estados Unidos han sido determinantes para que el país se haya convertido en la gran potencia que es hoy. Ellos han llevado a la Unión a ganar guerras, a expandir territorios y a superar crisis económicas. El presidente de la Unión Americana es el individuo más poderoso de la tierra, concentra mucho poder en su figura y, como se ha mostrado en el presente escrito, este poder se manifiesta conforme a la personalidad del mismo presidente. Lo que significa que las características personales del presidente son el primero de los frenos que recae sobre el ejecutivo. Hasta ahora la fórmula ha sido efectiva, pero es peligroso que tanto poder recaiga en la personalidad equivocada. No podemos olvidar que Roma tuvo emperadores que trajeron al imperio prosperidad, riqueza y reconocimiento, como Augusto, Adriano y Marco Aurelio, pero también los tuvo con personalidades inestables, erráticas y fuera de control como Calígula, Nerón y Cómodo. Es ahí donde se hace necesario recordar a los padres fundadores y su deseo de unidad, pero también de moderación.

Uno de los efectos más evidentes de la presidencia imperial es el uso, o abuso, de las órdenes ejecutivas, que en la práctica tienen fuerza de ley y sustituyen al Congreso y su competencia legislativa, sin tener que sustentarse en la anomalía

como sucede en otros modelos jurídicos que consagran los estados de excepción (Tobón y Mendieta, 2017). Como se ha dicho antes, no son una competencia entregada directamente por la Constitución de los Estados Unidos a los presidentes, sino que estos se han ido apropiando de este poder. A continuación, se muestra en un cuadro comparativo el número de órdenes ejecutivas expedidas por jefes de Estado estadounidenses a partir de Franklin D. Roosevelt hasta Trump:

Nombre	Periodo	Número de órdenes ejecutivas	Promedio de órdenes ejecutivas por año
Donald Trump	2017-2018	81	54
Barack Obama	2009- 2017	276	34.5
George W. Bush	2001- 2009	291	36.4
William J. Clinton	1993- 2001	364	45.5
George Bush	1989- 1993	166	41.5
Ronald Reagan	1981- 1989	381	47.6
Jimmy Carter	1977- 1981	320	80
Gerald R. Ford	1974- 1977	169	42.3
Richard Nixon	1969- 1974	346	57.7
Lyndon Johnson	1963- 1969	324	46.2
John F. Kennedy	1961- 1963	124	41.3
Dwight Eisenhower	1953- 1961	486	60.8
Harry Truman	1945- 1953	896	112
Franklin D. Roosevelt	1933- 1945	3.728	310.6

Fuente: Archivo Nacional de los Estados Unidos.

Como se puede ver en el cuadro anterior, las órdenes ejecutivas han sido una constante durante los mandatos de los presidentes de los Estados Unidos. Así, la amenaza externa, defenderse del comunismo, el terrorismo islámico, la inmigración ilegal, etc., han servido de excusa para su expedición, pero son una clara muestra de concentración de poder, además de muy criticadas porque implican una evasión del trámite de regulación ordinario que es el legislativo, lo que deja en entredicho el sistema de pesos y contrapesos propuesto por los padres fundadores y entrega un gran poder a quien ocupe la presidencia. El cuadro también nos permite observar como el mayor número de órdenes ejecutivas por año se expide en el gobierno de

Roosevelt (310), pero desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta el gobierno de Obama se nota un descenso (exceptuando el gobierno de Carter), para luego pasar a un notable repunte en el gobierno Trump (54)⁵.

Frente al incremento de las competencias del ejecutivo y el establecimiento de la presidencia imperial, se hace necesario restablecer el sistema de pesos y contrapesos, por ejemplo, los mecanismos de control del legislativo sobre el ejecutivo. Puede el Congreso de los Estados Unidos derogar las órdenes ejecutivas expidiendo leyes, pero este control suele ser ineficaz cuando el partido del presidente tiene las mayorías, además el trámite de la ley es complejo y demorado, lo que dificulta aún más la eficacia de este. También es posible que se le impida al presidente culminar su mandato en dos situaciones: la primera, porque el Senado de los Estados Unidos le realice un juicio político al presidente en aras de la destitución, lo anterior a petición de la Cámara de Representantes (control del legislativo sobre el ejecutivo). En 230 años a solo tres presidentes se les ha iniciado un *impeachment* y son ellos: Andrew Johnson, William Clinton y Richard Nixon. A los dos primeros se les adelantó el juicio, pero la petición de destitución no alcanzó las mayorías necesarias (dos terceras partes), Nixon renunció al saber que su destitución era inminente. La segunda, porque el Vicepresidente de la Unión, y con el respaldo de la mayoría de directores de departamentos ejecutivos (control del ejecutivo sobre el ejecutivo), le pidan a los presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes la suspensión del presidente, quien a su vez podrá escribirle a la misma corporación negando que esté incapacitado, entonces será el Congreso de los Estados Unidos quien decidirá definitivamente por una mayoría de dos terceras partes quién tiene la razón, lo anterior conforme a la enmienda XXV, sección 4a.

Los estadounidenses llevan 230 años construyendo un modelo jurídico y político que se sustenta en la supremacía constitucional, en la separación de poderes y en la existencia de pesos y contrapesos que eviten que uno de los poderes se exceda y pretenda ocupar el lugar de los otros dos. En la práctica el equilibrio se ha roto en favor del ejecutivo, con lo que ha surgido como ya se dijo antes, la llamada presidencia imperial, la cual se evidencia, más que por falta de controles, por el tipo de personalidad que poseen los presidentes de la Unión. No puede la personalidad del presidente ser el primer freno de su poder, tiene que ser la Constitución, recuérdese el juramento presidencial al asumir el cargo: "Juro solemnemente que serviré fielmente el cargo de Presidente de los Estados Unidos, y que haré todo lo posible por preservar, proteger y defender la Constitución de los Estados Unidos".

La ley como límite del ejecutivo pierde eficacia cuando el presidente se hace legislador o cuando su partido tiene las mayorías en el Congreso, acá es donde

⁵ En el caso de Donald Trump se tomó el número de órdenes ejecutivas expedidas desde su posesión (20 de enero de 2017) hasta el momento de revisión final del artículo.

el judicial es llamado a enfrentar los excesos del ejecutivo a la hora de expedir órdenes ejecutivas (control del poder judicial sobre el ejecutivo) lo anterior gracias al *judicial review*, podría pensarse que este es el más garante de los controles, pero recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró constitucionales las órdenes ejecutivas 9066 de Roosevelt que creó los campos de concentración y otros tratos discriminatorios contra japoneses durante la Segunda Guerra Mundial⁶ y más recientemente la 13780 de Trump que estableció un veto claramente por razones religiosas, para personas de varios países de mayoría musulmana que quieran ingresar a los EE. UU.

Hace 230 años, Madison expresaba un miedo constante a lo que él llamaba “facción”, que no era otra cosa que un grupo de ciudadanos que, llevados por la pasión o intereses personales, pretendía vulnerar derechos de otros ciudadanos o de la comunidad en conjunto. El sistema de pesos y contrapesos debe ir encaminado no solo a efectivizar la separación de poderes y equilibrio entre los diferentes poderes públicos, sino también a garantizar derechos de las personas, de las minorías, de la sociedad. Los *checks and balances* están llamados a asegurar el pluralismo en todas sus manifestaciones, perseguir la diversidad es perseguir la democracia. Pero no pueden olvidarse los controles verticales, siempre será importante recordar cómo empieza el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos (“Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos- ni la importancia de la Primera Enmienda de la Constitución y su prohibición de menoscabar las libertades, entre ellas la de culto, expresión y prensa”).

Recordando una famosa frase de Madison, expresada en la parte final de *El Federalista X*, en defensa del sistema federal, refleja el problema del caudillismo en el ejercicio del poder: “La influencia de los líderes facciosos puede prender una llama en su propio Estado, pero no logrará propagar una conflagración general en los restantes”.

¿Pero, qué puede pasar cuando el líder faccioso llegue a ocupar la presidencia de los Estados Unidos? El sistema político de los Estados Unidos no puede seguir dependiendo de la personalidad de sus presidentes. La presidencia imperial debe darle paso a la República moderada tan anhelada por los padres fundadores de la Unión. Los frenos horizontales deben ser más efectivos que nunca, pero también estar acompañados de los frenos verticales mediante los cuales el pueblo y los medios de comunicación sirvan para evitar la tiranía a la que tanto temían Hamilton, Madison y Marshall.

⁶ Los casos que llegaron hasta la Corte Suprema de Justicia fueron *Hirabayashi vs. United States*, *Yasui vs. United States* y *Korematsu vs. United States*.

CONCLUSIONES

Autores como Hamilton, Madison y Marshall, cuando pensaron en el modelo político estadounidense, concibieron un sistema moderado, con separación de poderes y la existencia de pesos y contrapesos, capaces de evitar la tiranía. Con el paso del tiempo y la llegada de presidentes con personalidades fuertes y expansionistas, el equilibrio se rompió en favor del ejecutivo, surgiendo la llamada “presidencia imperial”.

Aunque la Constitución de los Estados Unidos ha sido un referente teórico de democracia, eficacia de controles horizontales e institucionalidad durante sus más 230 años vigencia, hoy podemos afirmar que es un sistema hiperpresidencial en el que las características personales del presidente son las determinantes a la hora de medir el protagonismo del ejecutivo dentro de la estructura de los poderes públicos y que tanto se inclinará la balanza en su favor. Existen muchos ejemplos de presidentes que rompieron con el equilibrio de poderes e implementaron estados ejecutivos (donde el presidente reemplaza en gran medida el poder legislativo del Congreso a través de órdenes ejecutivas) lo anterior se justificó para que la Unión se pudiese modernizar, enfrentar guerras o crisis económicas, pero la concentración de tantas competencias es peligrosa, especialmente si quien ocupa la Casa Blanca llegase a tener una personalidad inestable.

El camino por seguir es regresar a un modelo moderado, equilibrado, donde la figura del presidente esté limitada no por su personalidad sino por un sistema de pesos y contrapesos efectivo, de lo contrario la democracia estadounidense podría estar en peligro, pues el ejecutivo, justificándose en la amenaza externa o interna, podría estar tentado a pasar por encima de la institucionalidad y convertirse en un tirano, que era lo que tanto temían Hamilton, Madison y Marshall.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango, P. (2012). La paradoja de la democracia liberal. *Revista Jurídicas*, 9 (2), 46- 57.
- Bacevich, A. (2008). *The Limits of Power: The End of American Exceptionalism*. New York: Metropolitan Books.
- Breger, M. & Edles, G. (2000). *Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies*. 52 *ADMIN. L. REV.* 1111.
- Chomsky, N. (2005). *La presidencia imperial y sus consecuencias*. Recuperado de <http://www.voltairenet.org/article123439.html>.
- Constitución de los EE. UU. de 1787.
- Díaz, E. (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (30), 25-46.
- Fabbrini, S. (2009). *El ascenso del príncipe democrático: quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Fernández, F. (2009). *Justicia constitucional. Tomo I: Una visión de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.
- Ferrajoli, L. (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- García, J. (2003). El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre. *Revista Chilena de Derecho*, 30 (3), 491-514.
- García De Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta.
- González, R. (2010). Poder y constitución: una aproximación al constitucionalismo de los primeros tiempos republicanos en Norteamérica y en la Nueva Granada. *Revista Ambiente Jurídico*, 33-59.
- González, R. (2011). Ley fundamental, supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad: una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. *Revista Jurídicas*, 8 (2), 13-29.
- Gregg, G. (1997). *The Presidential Republic*. Boston: Rowman & Littlefield.
- Hamilton, A., Madison, J, y Jay, J. (2001). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría pura del derecho*. México: Editora Nacional.
- Ketcham, R. (Ed.). (2003). *The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates*, Turtleback School & Library Binding Edition.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Martínez, I. (2011). El frenesí legislativo después del 11- S: ¿Derechos humanos vs. seguridad nacional?. *Revista Aequitas*, 1 (1), 71-78.
- Mendieta, D. (2012). *Derecho constitucional general*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Montesquieu. (1977). *El espíritu de las leyes*. México: Porrúa.
- Ortiz, D. (2004). *La presidencia de los Estados Unidos: ¿un modelo de poder ejecutivo?* Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:ETFSerieV-03AC5328-5A86-03F6-999E-11B0ACB3F852/Documento.pdf>.
- Padover, S. (1953). *The complete Madison*. Nueva York: Harper and Brothers.
- Pérez, J. (2014). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Ridings, W. & McIver, S. (2000). *Rating the Presidents: A Ranking of U.S. Leaders, from the Great and Honorable to the Dishonest and Incompetent*. New York: Citadel press.
- Schlesinger, A. (2004). *War and American Presidency*. Nueva York: Norton.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. (1803). *Sentencia Marbury vs. Madison*. Juez Marshall, 24 de febrero de 1803.
- Shafiro, M. (1993). Revisión Judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericano y europeo. *Revista Chilena de Derecho*, 20 (475-479).
- The U.S. National Archives and Records Administration. Recuperado de <https://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/disposition.html>
- Tobón, M. y Mendieta, D. (2017). Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, (31), 67-88.
- Tocqueville, A. (2010). *La democracia en América*. Madrid: Trotta.
- Whittington, K. (2009). *Political Foundations of Judicial Supremacy*. Princeton University express.