

¿ES EL SISTEMA DE SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS INEFICAZ? *EL FEDERALISTA* FRENTE AL EMPODERAMIENTO DEL EJECUTIVO

Andrea Pozas Loyo*

Introducción

A diferencia de lo que ocurre con otros escritos considerados clásicos del pensamiento, la continua trascendencia política y jurídica de *El Federalista* es incuestionable. Muestra de ello, el reiterado recurso de la Suprema Corte Norteamericana a este texto como fuente para interpretar su Constitución.¹ *El Federalista* es también una fuente esencial para el estudio histórico no sólo del periodo constituyente de los Estados Unidos de Norteamérica (e.g., Rakove, 1996), sino también de la historia del pensamiento político y jurídico (e.g., Vile, 1967). Es así evidente que las potenciales res-

*Agradezco los comentarios de Juan Bertomeu, Carlos Bravo, Claudio López-Guerra, Gabriel Negretto, y Rodolfo Vásquez.

¹ La literatura sobre *El Federalista* como fuente para la jurisprudencia constitucional norteamericana es muy larga. Algunos títulos que no dejan duda a la centralidad del texto son: *The Most Sacred Text: The Supreme Court's Use of The Federalist Papers*, (Wilson, 1985) y *Should the Supreme Court Read The Federalist but Not Statutory Legislative History* (Eskridge, 1998), véase también (Pierson, 1924, Lupu, 1998, y Durchslag, 2005).

puestas a “¿por qué leer *El Federalista* hoy?” son múltiples y heterogéneas.

Aquí ofrezco una respuesta a esta pregunta desde la ciencia política y la teoría constitucional. Argumento que hay que leer los artículos que componen *El Federalista* porque, a casi doscientos treinta años de su publicación, siguen siendo una referencia obligada para la reflexión jurídica y política sobre cómo puede y debe organizarse un gobierno representativo que busque corporeizar los principios del constitucionalismo tanto positivo como negativo (Holmes, 1995). Es decir, un gobierno con poder para llevar a cabo sus tareas, pero que no haga uso arbitrario de ese poder; en palabras de Madison, un sistema que resuelva “la gran dificultad... [a saber] organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres” (*El Federalista* 51).

Cuando afirmo que *El Federalista* es una referencia obligada para quien esté interesado en el constitucionalismo, no quiero decir que exista un acuerdo generalizado respecto a la corrección de las tesis más importantes defendidas en estos artículos. Por el contrario, dichas tesis son altamente debatidas. Lo que sostengo es que *El Federalista* es un texto imprescindible porque parte importante del debate constitucional contemporáneo se sigue dando entorno a la teoría, la lógica institucional, y la psicología política articuladas en estos ensayos. Importantes debates constitucionales contemporáneos podrían estructurarse, y de hecho algunos explícitamente se estructuran, en términos de los detractores y los defensores de las tesis de *El Federalista*.

En este capítulo me centraré en uno de estos debates contemporáneos: la discusión entorno a la eficacia del sistema de frenos y contrapesos que se defiende en *El Federalista* de cara a la primacía que hoy, *de facto*, tiene la rama ejecutiva en los Estados Unidos de Norteamérica. Lo que discuto no son los detalles del debate constitucional norteamericano, sino el peso teórico que los argumentos de *El Federalista* siguen teniendo respecto a cuáles son y deben ser las funciones del Poder Ejecutivo y cuáles son los mecanismos factibles y deseables para limitarlo. Ésta es una cuestión de considerable disenso y de gran trascendencia para la teoría constitucional; es un debate en el que algunos de los constitucionalistas

y politólogos contemporáneos más importantes tienen perspectivas contrapuestas. La importancia de esta discusión va más allá de las fronteras estadounidenses porque analiza el papel político y constitucional de una de las aportaciones más trascendentes del constituyente americano: la figura de un ejecutivo independiente de la rama legislativa, que caracteriza a los sistemas presidenciales y que es prevalente en América Latina. Más aún, esta discusión es relevante porque el empoderamiento de los ejecutivos *vis-a-vis* los legisladores es un fenómeno global que comparte características en los países en los que ocurre.

Antes de dar cuenta de la polémica, partamos del único punto de acuerdo entre las partes de este debate: el hecho irrefutable del empoderamiento de la rama ejecutiva y su creciente preponderancia en el sistema político norteamericano. La expansión del Poder Ejecutivo es ampliamente reconocida (Pildes, 2012) y ha sido documentada por una extensa literatura en ciencia política (e.g., Moe y Howell, 1999; Posner y Vermeule, 2010; Mayer 2009; Howell, 2005). Un síntoma de dicho empoderamiento es el creciente uso de las llamadas “acciones unilaterales”. Por acciones unilaterales, los americanistas se refieren a los poderes *de facto* que el presidente tiene para hacer reglamentos y lineamientos de políticas públicas por sí mismo y cambiar el *statu quo* (Moe y Howell 1999, 133) “sin la cooperación y algunas veces sobre las objeciones del Congreso” (Mayer, 2009, 427).

Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene este hecho para la eficacia del sistema de frenos y contrapesos defendido en *El Federalista*? ¿Podemos concluir que este sistema es parcialmente o totalmente ineficaz? ¿Si sí, cuál es la fuente de la ineficacia: podemos atribuir la a un error en la teoría, en el diseño institucional o en la psicología política expuestos en *El Federalista*? ¿O la ineficacia se debe a factores exógenos? Dado el diagnóstico de la fuente de la ineficacia, ¿puede recuperarse el sistema de frenos y contrapesos; cómo? Si por el contrario se afirma que el sistema constitucionalista defendido por *El Federalista* es eficaz, ¿cómo podemos dar cuenta manera coherente del empoderamiento del ejecutivo?

Este capítulo está dividido en siete apartados. En el segundo doy cuenta de manera breve de las partes de *El Federalista* que son re-

levantes para esta discusión, y del debate posterior que Madison y Hamilton sostuvieron entorno al Poder Ejecutivo, bajo los seudónimos de *Pacificus* y *Helvidius*. Cada una de las cuatro siguientes secciones las dedico una respuesta distinta a las preguntas que planteé en el párrafo anterior. Así, estas cuatro partes presentan diferentes perspectivas respecto a las consecuencias que tiene el empoderamiento del ejecutivo para la eficacia del sistema madisoniano de frenos y contrapesos. Finalmente, en el séptimo apartado concluyo.

1. El ejecutivo en *El Federalista* y Hamilton versus Madison

La rama ejecutiva propuesta en la Constitución norteamericana es descrita y defendida en *El Federalista* 67-75. Estos artículos fueron escritos por Alexander Hamilton, quien pasaría a la historia como un ferviente defensor de la necesidad de un ejecutivo federal fuerte, unitario e independiente. El poder del presidente dentro del sistema político norteamericano superó con creces al que Madison parece haber previsto en su caracterización y defensa del sistema de frenos y contrapesos, e incluso al que Hamilton describe en estos artículos. Además de la tensión entre la realidad del poder político del presidente y la versión que del mismo encontramos en *El Federalista*, hubo un fuerte desacuerdo entre la interpretación de Madison y la de Hamilton respecto al ejecutivo que la Constitución estadounidense prescribía. Como veremos al final de este apartado, dicho desacuerdo quedaría evidenciado menos de una década después de la publicación de *El Federalista*, cuando estos dos políticos y pensadores sostuvieran un acalorado debate sobre los límites constitucionales de los poderes presidenciales.

A continuación presento algunos de los puntos centrales de la descripción y defensa del ejecutivo que Hamilton hace en *El Federalista*. Éste no es un resumen ya que se enfoca únicamente a las cuestiones que son sustanciales para la discusión sobre el debate contemporáneo entorno a la eficacia del sistema de frenos y contrapesos de cara al empoderamiento del ejecutivo, que abordaremos más adelante.

Uno de los principales objetivos de Hamilton en *El Federalista* 70 es argumentar contra la supuesta inconsistencia entre un ejecutivo fuerte y una república. Contra esta idea Hamilton sostiene que un ejecutivo débil podría en riesgo los principios republicanos y las funciones que se le han encomendado al presidente. Así, un ejecutivo “energético” es necesario para: la protección de la comunidad contra ataques extranjeros (*i.e.*, para llevar a cabo la función de jefe de las fuerzas armadas), la administración las leyes, la protección de la propiedad, la impartición de la justicia en las ocasiones en que ésta injustamente sobrepenaliza a un individuo (*i.e.*, para garantizar indultos justos), la prevención de la anarquía y para poder bloquear los asaltos de la ambición y la parcialidad de grupos políticos dentro del legislativo (*i.e.*, ser eficaz en el sistema de frenos y contrapesos).

Ahora bien, nos dice Hamilton, si un ejecutivo energético es necesario para un gobierno republicano eficaz, seguro y estable, surgen varias preguntas: ¿cuáles son los ingredientes que constituyen dicha energía? y ¿cómo se armonizan con “la seguridad en sentido republicano” (*i.e.*, con la garantía del uso no arbitrario del poder)? La respuesta de Hamilton es la siguiente: los ingredientes que constituyen la energía del ejecutivo son: unidad, duración suficiente en el cargo, salario adecuado y poderes competentes, mientras que la protección contra el abuso del poder está garantizada por la dependencia del presidente con pueblo, la responsabilidad que los ciudadanos le adscriben y la posibilidad de ser sometido a juicio político. Detengámonos en los elementos más importantes.

Ejecutivo unitario y los problemas de acción colectiva

Para fines de este capítulo, un punto fundamental es el argumento a favor de que la cabeza del ejecutivo esté habitada por un solo individuo, mientras que el legislativo esté compuesto por una colectividad. De acuerdo con Hamilton, mientras que el legislativo requiere “la sabiduría y la deliberación” propia de los grupos, el ejecutivo requiere unidad a la cabeza. Para respaldar la unicidad de la presidencia como elemento necesario para su energía, Hamilton

argumenta que la capacidad de decisión y de acción, la secrecía y la eficacia caracterizan mucho más el comportamiento de un solo individuo, que el de un gran número de ellos, y que “en la proporción en que el número aumente estas características disminuirán” (*El Federalista* 70).

Este punto muestra que Hamilton poseía una comprensión intuitiva de los problemas de acción colectiva que enfrentan los grupos grandes. Ello es crucial para nuestra discusión debido a que una de las principales explicaciones sobre la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos es que Madison no poseía dicha comprensión, lo que lo llevó a asumir que el legislativo sería capaz de actuar de manera energética (y arbitraria) si no se le oponían suficientes límites. De esta forma, la consecuencia de no incorporar los problemas de acción colectiva en el sistema de frenos y contrapesos fue un excesivo énfasis en el legislativo que terminaría por impedirle reaccionar frente a los embates del ejecutivo.

En contraste, Hamilton argumenta que el carácter colectivo bloquea la acción eficaz y promueve las divisiones. Él parece estar consciente de las consecuencias de diseñar a una agencia gubernamental plural, pero sostiene que lo que es vicio en el ejecutivo es virtud en el legislativo. En la legislatura, la disposición y la capacidad de acción es más comúnmente un mal que un beneficio, las trabas al actuar establecidas por la colectividad promueven la deliberación y limitan a la mayoría. En suma, Hamilton parece haber tendido claras las dificultades que el legislativo enfrentaría para actuar debido a su carácter grupal, aunque no pudo haber previsto las dimensiones que este problema de acción colectiva cobraría porque en esa época un país de más de trescientos millones de personas con un Congreso compuesto por cientos de representantes era inimaginable. Tal vez por ello, a pesar de comprender los problemas de coordinación que enfrentan las colectividades, en *El Federalista* 73 Hamilton hace suya la tesis de que el legislativo será la rama más peligrosa para justificar el veto parcial.

El presidente como último responsable

Un segundo punto que quiero resaltar es el argumento que vincula la unidad del ejecutivo con la asignación de responsabilidad, por parte de los ciudadanos, a quien ocupa este puesto. Esta tesis es importante porque, como se expondrá en las siguientes secciones, de acuerdo con algunos especialistas contemporáneos del ejecutivo, una motivación que empuja a los presidentes a estirar los límites de sus poderes es el conocimiento de que su unicidad les hace fácilmente identificables y por tanto responsables frente al pueblo del estado del gobierno (véase Howell, 2005).

La asignación de responsabilidad está estrechamente vinculada con la unicidad del ejecutivo. La pluralidad del Congreso diluye la agencia. Para los ciudadanos es difícil saber quién hizo qué cuando un cuerpo colegiado toma una decisión, por lo que se complejiza determinar la responsabilidad individual. En oposición, la unicidad del ejecutivo le da prominencia a quien ocupa este puesto, por ello la asignación de responsabilidad es sencilla, aunque no necesariamente certera.

En resumen, el diseño constitucional hace del presidente la figura en quien se centra la atención de “la opinión pública” (*El Federalista* 70). Si bien Hamilton parece haber tenido plena conciencia de este efecto, no pudo haber previsto el grado de prominencia que el presidente tendría en el sistema político contemporáneo, ya que ésta se ha nutrido de factores tan impredecibles como el desarrollo de los medios masivos de comunicación y la creación y florecimiento del sistema de partidos.

El ejecutivo y los tratados internacionales

Finalmente, me gustaría hacer notar un tercer punto: Hamilton, de manera clara, defiende que el poder para hacer tratados internacionales pertenece al presidente con concurrencia de dos terceras partes del Senado (*El Federalista* 75). En particular, en *El Federalista* 75 Hamilton argumenta que sería pernicioso que, como un monarca, el presidente pudiera establecer tratados internacionales.

es eficaz o no. Pero sin esta base la discusión entorno a la eficacia puede confundirse con el debate interpretativo. En otras palabras, es importante primero tener claro cuál es el contenido del texto constitucional para poder después establecer si éste *de facto* se sanciona. Como veremos en el debate contemporáneo sobre la eficacia del sistema madisoniano de frenos y contrapesos no existe un consenso ni sobre el contenido de la Constitución norteamericana, ni sobre lo que significa que un artículo sea eficaz.

Esta discusión claramente trasciende el estudio del sistema madisoniano y nos ubica en temas centrales de la teoría constitucional y de la ciencia política. Vayamos ahora a las posiciones que derivan la total o parcial ineficacia del sistema de frenos y contrapesos del empoderamiento del ejecutivo. Comencemos con la más radical.

2. El Estado administrativo y la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos

Eric Posner y Adrian Vermule, ambos reconocidos catedráticos de las escuelas de derecho de Chicago y Harvard, respectivamente, defienden en su libro *The Executive Unbound* que “[v]ivimos en un régimen de gobierno centrado en el ejecutivo, en una era posterior a la separación de poderes, y el ejecutivo legalmente restringido es ahora una curiosidad histórica” (Posner y Vermule 2010, 4).⁴ Así, de acuerdo con estos autores, el sistema de frenos y contrapesos madisoniano es totalmente ineficaz, no juega en la política contemporánea norteamericana papel alguno.

Ahora bien, ¿cuál es, de acuerdo con Posner y Vermule, la fuente de esta ineficacia? Si bien incorporan en su texto varias fuentes de ineficacia, incluyendo fuentes endógenas al diseño constitucional, la fuente necesaria y (desde su perspectiva) suficiente para sus conclusiones es la realidad política del Estado administrativo y el orden global. La nuestra es una economía capitalista inserta en un

⁴ Traducción propia. El original en inglés es: “We live in a regime of executive-centered government, in an age after the separation of powers, and the legally constrained executive is now a historical curiosity.”

orden internacional que requiere formas de intervención gubernamental rápidas y cambiantes para responder a los retos económicos y políticos que constantemente emergen. Así, nos dicen Posner y Vermeule, al más puro estilo Schmittiano, sólo el ejecutivo es capaz de reaccionar con suficiente fuerza a esta vertiginosa realidad, mientras que las legislaturas y las cortes no tienen la capacidad de seguirle el paso en el Estado administrativo por lo que juegan un papel crecientemente reactivo y marginal (Posner y Vermuele 2009 p. 33). El ejecutivo autónomo y unitario emerge como la única rama apta para la realidad política del siglo XXI, el sistema que buscaba establecer un equilibrio entre las tres ramas de gobierno deja ser una realidad para volverse letra muerta:

En suma, el liberalismo legal ha probado ser incapaz de reconciliar el Estado administrativo con los orígenes madisonianos del gobierno americano. El marco constitucional y el sistema de separación de poderes genera sólo límites débiles y revocables sobre la acción ejecutiva (Posner y Vermuele, 2010: 10).⁵

Más aún, bajo la perspectiva de estos autores, defender al sistema de frenos y contrapesos madisonianos no es sólo *naïve*, sino es indeseable. Las ramas legislativa y judicial no tienen la capacidad de decisión y acción que el mundo contemporáneo requiere, por lo que insistir en darles igual peso que al ejecutivo sólo acarrea ineficacias y, en el extremo, pone en riesgo la seguridad del Estado.

Si, como estos autores argumentan, el mundo global requiere gobiernos representativos centrados en el ejecutivo, es claro que la crítica de Posner y Vermeule no se limitaría al sistema de frenos y contrapesos netamente madisoniano. Si es cierto que el Estado administrativo y el orden global hacen necesaria una autoridad política discrecional con programas *ad hoc* administrados por un ejecutivo (Posner y Vermuele 2010, 32), y que el dicho ejecutivo no puede ser limitado o monitoreado de manera eficaz por las cortes o los parlamentos, entonces el proyecto del constitucionalismo mo-

⁵ “Liberal legalism, in short, has proven unable to reconcile the administrative state with the Madisonian origins of American government. The constitutional framework and the separation-of-powers system generate only weak and defeasible constraints on executive action”.

dermo como tal no puede funcionar. Las leyes generales realizadas por los congresos y sancionadas por las cortes son incapaces de dar forma y de especificar la naturaleza de los programas de gobierno, sino que adquieren contenido por las acciones del presidente en el contexto siempre cambiante del orden global, y ni las cortes ni los legisladores tienen la capacidad (ni deben) limitar el comportamiento del ejecutivo, pues es el único garante del funcionamiento gubernamental eficaz y de la seguridad.

Para cerrar esta sección es importante clarificar que Posner y Vermule no consideran que su tesis implique que el ejecutivo norteamericano es una autoridad sin frenos o contrapesos eficaces, su tesis es que éstos no son de carácter legal. De acuerdo con estos catedráticos norteamericanos, los únicos frenos y contrapesos que tienen la capacidad de monitorear y limitar al ejecutivo contemporáneo son de naturaleza política. Por tanto, el único constitucionalismo que es viable es un constitucionalismo cercano al constitucionalismo antiguo donde quienes limitan a la autoridad política son, a la Aristóteles, partes de la sociedad cuyo poder no se deriva de una Constitución codificada (Aristóteles, 2000), o a la Lassalle “los factores reales de poder” (Lassalle, 1949). Así, el uso no arbitrario del poder gubernamental es garantizado por la distribución *de facto* del poder político, no por la distribución *de jure* de los poderes constitucionales entre las ramas de gobierno. En suma, la tesis central de *El Federalista*, i.e., “la idea de que un gobierno capaz y no arbitrario puede ser establecido a partir de la reflexión y la elección” (Madison Hamilton y Jay, 1957: 78), es irrealizable en el mundo contemporáneo.

Vayamos ahora a dos respuestas, que si bien coinciden en que el empoderamiento del ejecutivo implica cierto grado de ineficacia del sistema madisoniano, no llegan a conclusiones tan extremas.

3. Errores de diseño e ineficacia constitucional

En este inciso nos centraremos en los autores que han enfatizado que las causas de la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos sobre el ejecutivo se derivan de errores del constituyente. Esta

perspectiva ha sido articulada desde la ciencia política por americanistas como William Howell (Howell, 2005), Terry Moe (Howell y Moe, 1999), John Ferejohn y Rick Hills (Ferejohn y Hills, 2012), quienes han defendido que errores en el diseño constitucional y una mala comprensión de la psicología política propiciaron la preponderancia del ejecutivo en el sistema político norteamericano. Aunque pudiera parecer que ésta es una discusión que atañe sólo a los americanistas, la gran influencia que este diseño constitucional tuvo la hace relevante para el debate constitucional y político más allá de las fronteras estadounidenses.

Bajo esta interpretación se pueden distinguir dos tipos causas de la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos de cara al ejecutivo. Por un lado, las características constitucionales que impulsan y posibilitan al ejecutivo a ir más allá de sus facultades constitucionalmente establecidas. Y por el otro, los problemas que impiden la autodefensa Congreso frente a las acciones unilaterales del ejecutivo.

Existen dos características institucionales del ejecutivo, analizadas y justificadas por Hamilton en *El Federalista*, que han impulsado de manera importante el empoderamiento del ejecutivo. Ambas las discutimos en el segundo inciso de este texto. Éstas son, en término hamiltonianos: su *unidad* (es decir, el carácter jerárquico y vertical del ejecutivo y el hecho que esté presidido por una única cabeza), y su *responsabilidad* (esto es el que sea percibido como el responsable de la resolución de problemas concretos).

Como vimos, en el *Federalista* 70 Hamilton argumenta a favor de un ejecutivo unitario. Esta unidad es una condición *sine qua non* de la energía del ejecutivo republicano ya que “los actos de un solo hombre se caracterizan por su decisión, actividad, reserva y diligencia, en un grado mucho más notable que los actos de cualquier número mayor...” (*El Federalista* 70). Así el carácter unitario del ejecutivo le imprime energía, lo inmuniza de los problemas de acción colectiva, y hace posible que se le perciba como el principal responsable de las decisiones gubernamentales tanto por actores domésticos como por internacionales.

Ahora bien, esta energía hamiltoniana marcada por la unidad y la responsabilidad del ejecutivo genera incentivos que chocan con

las limitantes formales del sistema de frenos y contrapesos madisoniano. Como William Howell enfatiza, el dilema básico que enfrentan todos los presidentes modernos es el desfase entre las expectativas vertidas sobre ellos y los poderes que la Constitución les otorga.

El público espera que resuelva mucho más de lo que sus poderes formales le permiten... desde el *New Deal*... los presidentes deben responder a casi cualquier problema social y económico concebible... armados con un poco más que los poderes para proponer y vetar legislación, y designar burócratas, los presidentes modernos parecen destinados al fracaso (Howell, 2005: 420).

Frente a este dilema, el ejecutivo hamiltoniano, preocupado por su legado, ambicioso y energético, recurre de manera creciente a las acciones unilaterales para responder a las expectativas de su electorado. De este modo, el presidente es incentivado para extralimitarse por un diseño que lo pone en el centro de la arena política, en el foco de la opinión pública, y que le da la capacidad de decidir y actuar de un modo eficaz gracias a su unicidad y a la verticalidad de su diseño. A ello se suma la notable ambigüedad del artículo II de la Constitución americana que, como hemos visto, facilita una interpretación expansiva del poder ejecutivo que inauguró Hamilton en *Pacificus I* y que ha tenido un largo desarrollo.

La otra pinza que termina por estrangular al sistema de frenos y contrapesos bajo esta perspectiva es la incapacidad institucional del Congreso para defender sus facultades frente a las acciones unilaterales del ejecutivo. Para entender la fuente de esta incapacidad es fundamental recordar que Madison consideraba que la rama legislativa sería la más peligrosa en una república representativa (véase *El Federalista* 48). Este diagnóstico resultó equivocado por dos razones: primero porque no incorporó los graves problemas de acción colectiva que el Congreso enfrentaría, y segundo porque asumió que el legislativo sería la rama con más apoyo popular debido a su “cercanía con el pueblo”. Desarrollemos brevemente ambas cuestiones.

La principal causa de la incapacidad de autodefensa del Congreso son los fuertes problemas de acción colectiva que lo aquejan. Como explican Moe y Howell:

El Congreso está compuesto de cientos de miembros, cada uno un emprendedor político por derecho propio, cada uno dedicado a su reelección y por tanto a servir a su electorado. Aunque todos tienen un interés común en el poder institucional del Congreso, éste es un bien común que, por razones bien sabidas sólo puede motivar débilmente su comportamiento. [Los congresistas] están atrapados en un dilema del prisionero: todos se podrían beneficiar si pudieran coordinarse para defender el poder del Congreso, pero cada uno tiene fuertes incentivos para no hacer su parte y concentrarse en su electorado (Moe y Howell, 1999: 144).

En suma, el carácter colectivo de la rama legislativa la enfrenta a serios problemas de acción colectiva y los incentivos electorales hacen que para cada uno de sus miembros sea racional concentrarse en su reelección y abandonar la defensa de las facultades de la institución frente a los embates de las acciones unilaterales del presidente.

Por otro lado, Madison partió de la idea de que el Congreso sería la rama con más apoyo popular. Como nos dicen Ferejohn y Hills:

La insuficiencia de los frenos constitucionales se debió en parte al fracaso de los fundadores de entender el papel que “el pueblo” podía jugar en la política constitucional. Madison pensó que porque eran electos por un electorado relativamente pequeño en elecciones frecuentes, los miembros de la cámara baja serían los más cercanos al pueblo y serían en quienes más confiarían en cualquier pugna de poder. Él no entendió que los representantes en elecciones pequeñas son frecuentemente invisibles a sus electores... y que el pueblo más fácilmente se identifica y siente cercano a un presidente o un candidato presidencial. No es que estuviera equivocado en pensar que la cercanía del pueblo era importante, es sólo que su idea de cercanía era mecánica en lugar de psicológica (Ferejohn y Hills, 2014: 30).

En resumen, el temor no fundamentado de Madison hacia el Congreso hizo que el sistema de frenos y contrapesos pusiera demasiado énfasis en esta rama. Así, debido en gran medida al diseño constitucional, la rama más peligrosa resultó ser un gigante con los pies de barro incapaz siquiera de defenderse.

Es importante notar que, dado que para estos autores la causa de la ineficacia parcial del sistema de frenos y contrapesos radica en estas características formales, los remedios que prescriben para salvar al sistema de frenos y contrapesos responden a ellas. Por ejemplo, Ferejohn y Hills proponen un conjunto de reformas para responder a los problemas de acción colectiva del Congreso como el empoderamiento de los comités legislativos y del presidente de la Cámara.

4. Partidocracia e ineficacia constitucional

Esta perspectiva acepta, como la anterior, que el empoderamiento del ejecutivo ha generado ineficacias en el sistema madisoniano de frenos y contrapesos, pero ubica la causa en surgimiento del sistema de partidos.

De acuerdo con el modelo madisoniano, una de las garantías de que el poder de las distintas ramas iba a permanecer separado y controlado era que quienquiera que asumiera una posición en ellas, adquiriría el interés personal de mantener la integridad de dicha institución y de proteger sus facultades constitucionales. Citando a Madison:

La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los motivos personales necesarios para resistir las invasiones de los demás... La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto (Madison, Hamilton y Jay, 1957: 220).

Daryl Levinson y Richard Pildes, entre otros reconocidos constitucionalistas, han argumentado que el surgimiento del sistema de partidos *de facto* bloqueó la eficacia del sistema madisoniano de frenos y contrapesos debido a que imprimió una dinámica totalmente diferente a la relación entre el Congreso y el presidente. La estructura de partidos canaliza la ambición personal de los congresistas hacia un conjunto de actividades que poco o nada tienen que ver

con la defensa y el empoderamiento institucional del Congreso. Por el contrario, nos dicen Levinson y Pildes:

Los políticos adquieren y ejercen el poder ganando elecciones competidas y llevando a cabo metas políticas e ideológicas. Ninguno de estos objetivos está correlacionado de manera obvia con los intereses o el poder de las ramas de gobierno como tales... (Levinson y Pildes, 2006: 2331).

Así, *de facto* la variable determinante para dar cuenta de la relación entre las ramas ejecutiva y legislativa es el partido al que pertenecen. Cuando hay gobierno unificado, es decir, cuando ambas pertenecen al mismo partido se observa una cooperación que incomoda a más de un madisoniano. Por el contrario, cuando el gobierno está dividido, es decir, cuando el presidente y la mayoría legislativa pertenecen a partidos políticos diferentes, se observa un obstruccionismo que llega a la parálisis gubernamental. Cuando estos frenos son activados, las motivaciones que ocasionan el comportamiento son los intereses partidarios, no por los intereses institucionales como *El Federalista* preveía. Así, aun cuando el legislativo y el ejecutivo se oponen, lo que vemos es una separación de partidos no de poderes.

La causa de esta forma de ineficacia constitucional sí es de carácter más local, ya que la Constitución americana es una de las pocas que no incorpora a los partidos políticos en su estructura. Sin embargo, la moraleja es relevante para todas las democracias constitucionales contemporáneas: para que un sistema de frenos y contrapesos sea eficaz debe incorporar y domesticar los incentivos partidistas.

5. Un ejecutivo poderoso no hace ineficaz al sistema de frenos y contrapesos

Finalmente, queda una última respuesta por analizar, la que niega que el empoderamiento del ejecutivo implique la ineficacia del sistema constitucional defendido por *El Federalista*. En palabras de uno de los autores que defiende esta tesis:

Debido a que las repúblicas habían fracasado repetidamente y ningún régimen o teoría política había hallado una solución para remediar el problema, los Fundadores encontraron una respuesta: crearon una institución al interior de la separación de poderes que fuera lo suficientemente poderosa y flexible para responder a las condiciones contextuales... es así como el ejecutivo hamiltoniano se acomodó al interior de la separación de poderes madisoniana (Alexander Izquierdo, 2011).

Esta perspectiva defiende que las inconsistencias entre el diseño constitucional del ejecutivo hamiltoniano y del sistema de frenos y contrapesos madisoniano es sólo aparente. Así, se nos dice, el diseño constitucional fue ideado para incorporar estos dos mecanismos: un sistema de frenos y contrapesos que generara un gobierno moderado para la política en tiempos de normalidad y un sistema liderado por un ejecutivo fuerte, flexible y capaz de actuar en tiempos de emergencia. Por supuesto, una de las fuentes más importantes para determinar las intenciones de los fundadores es *El Federalista*.

Respecto a esta postura, me parece fundamental subrayar que la noción de eficacia constitucional que asume difiere de las nociones presupuestas en las respuestas previas. Este punto se vuelve evidente cuando se ve que el autor afirma la eficacia del sistema de frenos y contrapesos aún en presencia de comportamientos unilaterales que claramente violentan las prescripciones de la Constitución codificada porque los fundadores previeron e intencionalmente generaron los incentivos que motivan dichas violaciones. Así, bajo esta conceptualización de eficacia, una Constitución es eficaz cuando las expectativas de los fundadores se llevan a cabo independientemente de que el contenido de los artículos constitucionales se violente o no. Así, por ejemplo, que la Constitución de Estados Unidos prescriba que sólo el Congreso tiene la facultad de declarar la guerra, y *de facto* sea el presidente quien prácticamente en todos los casos toma esta decisión (véase Hallet, 2012), no es suficiente para declarar que la Constitución es, en este respecto, ineficaz si se puede mostrar que el constituyente intencionalmente le dio el poder al ejecutivo para que tomara este tipo de acciones. En cambio, la posturas previas, en particular la que adjudica la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos a un error de diseño, presu-

pone una conceptualización de eficacia constitucional que requiere que el contenido del texto constitucional de hecho se lleve a cabo (para mayor desarrollo sobre las concepciones de eficacia constitucional, véase Pozas Loyo, 2012). Éste no es el lugar para desarrollar estas cuestiones conceptuales, pero es importante subrayar que, como ya se dijo, hay que distinguir los desacuerdos conceptuales sobre qué es eficacia constitucional, de los desacuerdos sobre si una Constitución (o parte de ella) es o no eficaz.

Conclusión

En este capítulo sostuve que *El Federalista* sigue siendo una referencia obligada para todo aquel que esté interesado en la ciencia política y la teoría constitucional contemporánea. Para sustentar este punto presenté y discutí el importante debate contemporáneo respecto a la eficacia o ineficacia del sistema madisoniano de frenos y contrapesos de cara al empoderamiento del ejecutivo. Mostré que importantes autores argumentan que el papel protagónico del presidente en el sistema político norteamericano actual ha roto con el texto constitucional generando ineficacia, mientras que otros no consideran que éste sea el caso. Argumenté que este debate es relevante para la ciencia política y la teoría constitucional más allá de las fronteras estadounidenses debido a la influencia de las ideas y el diseño institucional de los fundadores norteamericanos (en particular para América Latina), y a que el empoderamiento del ejecutivo es un fenómeno político global.

De este modo, mi objetivo no fue defender una de las cuatro posiciones que identifiqué en este debate, sino mostrar la relevancia del mismo y la centralidad que tiene *El Federalista* en él. Sin embargo, para cerrar, quiero contrastar brevemente las cuatro posturas que presenté y hacer un punto que me parece digno de consideración.

La postura de Posner y Vermeule, a diferencia de las otras, sostiene no sólo que el sistema de frenos y contrapesos es ineficaz, sino que no puede ser eficaz. Esta incapacidad se deriva, de acuerdo con ellos, de dos hechos: en primer lugar, de la realidad política

ca y económica del mundo globalizado que requiere un gobierno flexible y dinámico que no puede, ni debe, ser limitado por instituciones con las características del legislativo y el judicial. Y en segundo lugar, de la imposibilidad de cualquier norma constitucional (norma escrita necesariamente rígida y general) de incorporar las formas específicas de la autoridad política del ejecutivo. Vale la pena contrastar esta postura con las tesis de quienes sostienen que la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos se deriva o de la partidocracia (Levinson y Pildes, 2006) o de errores de diseño (Howell, 2005; Howell y Moe, 1999; Ferejohn y Hills, 2012). Para estos dos grupos de autores el problema de ineficacia del sistema de frenos y contrapesos es remontable, o al menos, un sistema constitucionalista similar es en principio factible. Mientras que Levinson y Pildes consideran que la integración de los partidos políticos al sistema de frenos y contrapesos es necesario, Ferejohn y Hills tienen una serie de propuestas para minimizar los problemas de acción colectiva que aquejan al Congreso. Este punto es muy importante pues hay una fuerte diferencia entre sostener que el modelo madisoniano no ha funcionado y defender que en la realidad política actual ningún sistema de frenos y contrapesos de orden legal es viable.

Otro punto que me parece relevante subrayar es el contraste que existe entre cómo entienden los procesos constituyentes Ferejohn y Hills *versus* cómo lo hace Alexander Izquierdo. Este último parte de *la perspectiva del diseñador* (véase Ferejohn, 2006), desde la cual se asume que el diseño constitucional es resultado de un razonamiento que va de la función de la institución a su diseño. Desde esta perspectiva, *El Federalista* es una bitácora de ese raciocinio. Por otro lado, Ferejohn y Hills nos acercan al proceso constituyente americano y a *El Federalista* desde una perspectiva totalmente distinta. Para ellos, la Constitución es un documento políticos resultado de negociaciones por parte de actores con intereses y visiones institucionales diversas, que contiene tensiones e incluso inconsistencias las cuales tienen implicaciones importantes para la eficacia del marco constitucional.⁶

⁶ Para ver cuándo estos procesos políticos generan marcos constitucionales con frenos y contrapesos, véase Pozas-Loyo y Ríos Figueroa (2010).

Finalmente, quiero hacer notar que mientras que las dos posturas intermedias (las que dan cuenta la ineficacia del sistema de frenos y contrapesos como consecuencias de errores de diseño y del sistema de partidos) no son mutuamente excluyentes, las otras dos posturas sí lo son con todas las demás. En otras palabras, uno puede sostener coherentemente qué sostener que el sistema de madisoniano es ineficaz debido a errores de diseño o a la dinámica de partidista. Pero si uno asume la postura de Posner o Vermule o la de Alexander Izquierdo, entonces no puede también sostener ninguna de las perspectivas restantes.

Independientemente de cuál postura haya convencido más al lector o lectora, espero haber defendido convincentemente que *El Federalista* es una referencia obligada para este y otros importantes debates constitucionales. Por ello hoy, a casi 230 años de haber sido escritos, debemos seguir leyéndolo.

Bibliografía

- Alexander Izquierdo, Richard (2011). *Rethinking Presidential Constructions of Constitutional Regimes*. Ph.D. Dissertation, Stanford University.
- Aristóteles, *La Política*, trad. Manuela García Valdés. Madrid: Gre-dos, 2000.
- Durchslag, Melvyn R. (2005). "The Supreme Court and the Federalist Papers: Is There Less Here Than Meets the Eye?" *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 14, p. 243.
- Eskridge, William N. Jr. (1998). "Should the Supreme Court Read The Federalist but Not Statutory Legislative History?" *Geo. Wash. L. Rev.*, 66, p. 1301.
- Ferejohn, John y Hills, Rick (2012). "Blank Checks, Insufficient Balances", documento de trabajo ver: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/Ferejohn-paper-new.pdf>>.
- Hallett, Brien (2012). *Declaring War: Congress, the President, and What the Constitution Does not Say*. Nueva York: Cambridge University Press.

- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John (2001). *El Federalista*, 2a. ed., trad. y pról. de Gustavo R. Velasco. México: FCE.
- Holmes, Stephen (1995). "Constitutionalism", en Seymour Martin Lipset (ed.). *The Encyclopedia of Democracy*. Washington: Congressional Quarterly.
- Howell, William (2005). "Unilateral Powers: A Brief Overview". *Presidential Studies Quarterly*, vol. 35, núm. 3, septiembre de 2005, pp. 417-439.
- Lassalle, Ferdinand (1942). "On the Essence of Constitutions". *Fourth International*, 3(1), pp. 25-31.
- Levinson, Daryl J. y Pildes, Richard H. (2006). "Separation of Parties, not Powers". *Harvard Law Review*, 119(8), pp. 2312-2385.
- Lupu, Ira C. (1998). "Time, the Supreme Court, and The Federalist". 66 *Geo. Wash. L.Rev.*, 1324.
- Mayer, Kenneth R. (2009). "The Presidential Power of Unilateral Action", en *The Oxford Handbook of the American Presidency*. Ed. Howell William ad Edward George C. Nueva York: Oxford University Press.
- Moe, Terry y Howell, William G. (1999). "The Presidential Power of Unilateral Action". *JLEO*, vol.15, núm.1, pp. 132-179.
- Pierson, Charles W. (1924). "The Federalist in the Supreme Court". 33 *Yale L. J.*, p. 728.
- Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian (2010). *The Executive Unbound*. Nueva York: Oxford University Press.
- Pozas-Loyo, Andrea (2012). *Constitutional Efficacy*. Ph.D. Dissertation, New York University.
- _____ y Ríos Figueroa, Julio (2010). "Enacting Constitutionalism. The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America". *Comparative Politics*, vol. 42, núm. 3.
- Rakove, Jack (1996). *Original Meanings*. Nueva York: Random House.
- Schmitt, Carl (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Vile, M. J. C. (1976). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967.
- Wilson, James G. (1985). "The Most Sacred Text: The Supreme Court's Use of The Federalist Papers". *Byu L. Rev.*, 65.