

CAPÍTULO 1. LA LIBERTAD DEL COMERCIO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS

John S. Baker

Síntesis curricular del autor	15
Nota introductoria al capítulo	17
<i>Boris Kozolchyk y John Molloy</i>	
I. Introducción	19
1. La estructura constitucional de Estados Unidos contribuye a la estabilidad y prosperidad comercial y económica del país	19
2. La estructura constitucional hace que el capitalismo y el comercio sean posibles	20
II. Creación de una gran república comercial	20
A. El papel que juega el comercio en la estabilidad política	20
3. Los redactores diseñaron la Constitución para conseguir ciertos propósitos políticos, en gran medida al ordenar y expandir el comercio	20
a) La Constitución contempla tanto la paz como la guerra	21

b) La libertad política de los estados probó ser contraria a los propósitos de justicia y tranquilidad	22
B. Los problemas de cooperación entre los estados	22
4. Independientemente de las guerras arancelarias, los estados más grandes y fuertes se encontraban en posibilidad de aprovecharse económicamente de sus vecinos más pequeños y débiles	22
5. La conferencia de 1785 para resolver los conflictos	23
6. La adopción de la Constitución transfirió las facultades de los estados al gobierno federal	23
C. Estructura; la naturaleza de la Constitución	24
7. La Constitución descansa en el concepto de “libertad bajo la ley”	24
8. La estructura de la “libertad bajo la ley”	25
9. El resultado: una delicada separación de poderes	25
10. La novedad de la “libertad bajo la ley”	26
11. Algunos compromisos importantes se realizaron, pero el principio de gobierno limitado jamás se abandonó	26
D. Mayorías: reglamentar y ser reglamentado en una república extensa	28
12. El temor a la tiranía de la mayoría es una motivación importante	28
13. Se temía una “democracia” pura	28
14. La forma republicana de gobierno presente en la Constitución	29
15. “Democrático” no implica una adhesión total a la democracia pura	30
16. La Constitución está diseñada para preservar la estabilidad, al retardar el proceso de cambio	30
17. La Constitución intenta controlar el divisionismo y la desigual distribución de la riqueza y el poder	31
18. La estructura constitucional favorece la multiplicación de facciones, por medio de la república extendida	33
a) El control de las facciones se evita por la división de los poderes y de los intereses	34
b) El apoyo al TLCAN se dividió en muchas facciones	35

III. Separación de poderes	35
A. El Congreso	36
19. El riesgo de las facciones en ambas cámaras del Congreso está controlado por su organización bicameral	36
20. Los atributos de la Cámara de Representantes en contraste con el senado	37
21. El proceso legislativo	37
22. Las características distintivas del senado	38
a) El cambio histórico en el método de selección	39
b) La motivación de los senadores cambió con la modificación del método de elección	39
c) Los grupos de interés nacionales son más importantes	39
23. Las diferencias entre las dos cámaras limitan la autocracia de los partidos políticos	40
B. La presidencia	40
24. Facultades y funciones: aparentes y reales	40
a) Mayores facultades y funciones en los asuntos exteriores que en los internos	41
b) Facultades legislativas del presidente	41
i) El proceso legislativo establece su propia inercia	42
ii) Crítica al proceso	43
iii) Efectos de la guerra sobre el poder del presidente	43
C. La Suprema Corte	43
25. La estructura del Poder Judicial	43
26. La Corte está diseñada para enfrentarse a la voluntad popular	44
27. La Corte está diseñada para enfrentarse al Congreso	45
28. Justificación doctrinal para la existencia de este poder	45
29. Las facultades de la Corte confirman el compromiso con el Estado de derecho	46
IV. Federalismo	47
A. El concepto de la soberanía dual	47
30. Los estados retienen la facultad de soberanía	47

a) Existe controversia sobre el alcance de la facultad implícita del gobierno federal para controlar las acciones de los estados	47
b) El significado original de la cláusula de lo “necesario y apropiado”	48
c) Las guerras influyeron en la extensión del poder federal; el resultado ha sido una autoridad traslapada	49
B. Barreras estatales al comercio	49
31. La Constitución se construyó sobre la relación de reciprocidad entre los estados, existente desde el periodo colonial	49

CAPÍTULO 1

LA LIBERTAD DEL COMERCIO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS

JOHN S. BAKER

Obtuvo el JD en la Universidad de Michigan en 1972; es profesor de derecho en el Centro de Derecho de la Universidad Estatal de Louisiana, donde imparte las materias de derecho constitucional, derecho penal, tribunales federales y jurisprudencia. El profesor Baker ocupó el cargo de secretario de la corte en un tribunal federal de distrito; fue procurador de Nuevo Orleans y también fue consultor del Departamento de Justicia, del Judiciary Subcommittee on Separation of Powers del senado de Estados Unidos y de la Oficina de Planeación de la Casa Blanca. De igual manera, ha presentado varios casos en materia constitucional y penal ante diversos tribunales, incluyendo la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Es autor de numerosos artículos y libros entre los que se puede mencionar los siguientes: *The Intelligence Edge* (con Friedman, Lebar y Chapman), Nueva York, Crown Books/Random House, 1997; *Hall's Criminal Law: Cases and Materials* (con Benson, Force y George), Charlottesville, Va., Michie, 1993, y *An Introduction to the Law of the United States* (con Levasseur), Lanham, Md., University Press of America, 1992. En dos ocasiones impartió cursos de derecho constitucional en conjunto con el ministro de la Suprema Corte, Antonin Scalia.

NOTA INTRODUCTORIA AL CAPÍTULO

BORIS KOZOLCHYK
JOHN MOLLOY

A la par de la extraordinaria influencia ejercida por la Constitución de Estados Unidos sobre sus instituciones políticas, se destaca el impacto de la misma sobre sus instituciones económicas, en especial en la creación del mercado común más grande del siglo XX.

Esta influencia se debe, en gran medida, al papel creador que han desempeñado los tribunales y, en especial, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Este capítulo analiza los fundamentos ideológicos y conceptuales de la Constitución, principalmente en lo que respecta al fomento del comercio y la inversión.

Un aspecto esencial para la comparación es el carácter de derecho vivo que tiene la Constitución. Ésta se encuentra presente no sólo en los litigios de todo tipo, además de que se aplica por los tribunales de todos los niveles, sino también en la mente de los que planean la política comercial pública y privada. De esta manera, por ejemplo, el empresario que pretenda ofrecer o limitar el uso de un nuevo tipo de franquicia debe considerar los aspectos constitucionales de su conducta. Igualmente, quien adopta una nueva política de empleo en su negocio, tiene que preocuparse por sus implicaciones constitucionales.

Como se muestra en este capítulo, el carácter de derecho vivo de la Constitución fue impreso desde los inicios de su aplicación, ya que ella fue el principal instrumento para lograr la cooperación entre los estados. Finalmente, debe destacarse que una de las principales contribuciones de la Constitución y de la interpretación que de ella hacen los tribunales ha sido proporcionar una fórmula efectiva para evitar la tiranía de la mayoría en un sistema de gobierno democrático.

LA LIBERTAD DEL COMERCIO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS*

JOHN S. BAKER

I. INTRODUCCIÓN

1. *La estructura constitucional de Estados Unidos contribuye a la estabilidad y prosperidad comercial y económica del país.* De acuerdo con la opinión de la mayoría, la economía y la Constitución estadounidenses son instituciones distintas, aunque complementarias. Por lo tanto, como ejemplo, los hombres de negocios en Estados Unidos normalmente consideran las ventajas del capitalismo y del libre mercado sin mencionar jamás el sistema legal y constitucional del país. De hecho, la mayoría de los hombres de negocios considera al sistema jurídico como intrusivo y a la Constitución, en la cual descansa ese sistema, como irrelevante para sus negocios. Una de las quejas más comunes es que los litigios y las regulaciones en Estados Unidos se han expandido de tal manera que inhiben la competitividad, lo cual, hasta cierto punto, es cierto. Aquellos que tienen estas quejas, por supuesto, admiran y apoyan genuinamente al sistema democrático, pero por lo general, no entienden que la Constitución es lo que hace posible el comercio en Estados Unidos. El problema para relacionar a ambos deriva de un malentendido común en Estados Unidos y más allá de sus fronteras, esto es, considerar que los preceptos contenidos en la Constitución se refieren única o exclusivamente a derechos tales como la libertad de expresión y de religión, o a los derechos de los acusados penalmente. Esta asunción lleva a pensar que la Constitución es materia de los tribunales y no de la actividad mercantil. Por supuesto, “el capitalismo” y el “libre mercado”, independientemente de la manera abstracta en que los conciben los economistas, existen solamente debido al sistema jurídico-político

* John S. Baker le concede al National Law Center for Inter-American Free Trade una licencia exclusiva de sus derechos de autor para publicar este trabajo, en lengua española, como parte del presente volumen.

del país. Para entender las fortalezas y debilidades de su sistema económico debe conocerse la Constitución de los Estados Unidos.

2. *La estructura constitucional hace que el capitalismo y el comercio sean posibles.* El hecho de que países como Japón, Alemania, Taiwán, Corea o Chile disfruten de avances económicos sin tener un sistema constitucional similar al de Estados Unidos, y algunos de estos países incluso sin sistema democrático alguno, podría sugerir que la aplicación de los principios de libre mercado, libre empresa, disponibilidad de flujos de capital, así como una fuerza de trabajo adecuada, son suficientes para explicar el bienestar económico. El hecho de que estos países no presenten índices de inmigración tan altos como los de Estados Unidos implicaría que, más que desarrollar una política económica, es necesario hacer que el país sea atractivo para los extranjeros. Aun una política económica adecuada, que mantiene la estabilidad política en el largo plazo y de la cual depende la prosperidad económica, requiere una estructura legal y constitucional que la apoye. Esto no quiere decir que sólo aquellos sistemas políticos elaborados de manera similar al de Estados Unidos pueden generar esta estabilidad. Al contrario, es un reconocimiento de que en oposición al deseo de los economistas, la política económica surge como un producto de las estructuras políticas y jurídicas. El capitalismo requiere, entre otras cuestiones, un conjunto de leyes que protejan a las personas y a sus propiedades, y que motiven la empresa económica. En el caso de Estados Unidos, *podría parecer* que las políticas de gobierno se encuentran subordinadas a las metas económicas. Sin embargo, como se explicará más adelante, el sistema constitucional de Estados Unidos hace que el capitalismo sea posible, en virtud de que utiliza las instituciones comerciales y legales diseñadas para fomentar el libre comercio como medios para resolver los problemas políticos asociados con el gobierno democrático.

II. CREACIÓN DE UNA GRAN REPÚBLICA COMERCIAL

A. *El papel que juega el comercio en la estabilidad política*

3. *Los redactores diseñaron la Constitución para conseguir ciertos propósitos políticos, en gran medida al ordenar y expandir el comercio.* Algunos piensan que, en virtud de que Estados Unidos estaba conformado únicamente por trece estados localizados en la costa atlántica cuando se adoptó la Constitución, este documento fue creado para un país pequeño. Por el contrario, los redac-

tores diseñaron el gobierno anticipando que el país crecería hasta llegar a ser un gran mercado interno común.¹

a) *La Constitución contempla tanto la paz como la guerra.* Los redactores entendieron que la búsqueda del comercio no resultaba, necesariamente, en la paz; eran realistas al considerar la naturaleza humana. Como se aprecia en *Los documentos del federalista* (en adelante *El federalista*), que constituyen la explicación con mayor autoridad del propósito de la Constitución,² los redactores estaban familiarizados con y rehusaron el argumento de que las naciones comerciales no se involucran en la guerra:³

¿En la práctica, han sido las repúblicas menos aficionadas a las guerras que las monarquías? ¿No están las primeras administradas por *hombres* al igual que las últimas? [...] ¿*Qué ha hecho el comercio hasta ahora, sino cambiar los fines de la guerra?* ¿No es acaso la pasión de las riquezas tan dominante y emprendedora como la gloria o el poder? ¿No ha habido tantas guerras fundadas en pretextos comerciales como en la ambición o la codicia territorial, desde que el comercio es el sistema que rige a casi todas las naciones? Y este espíritu comercial, ¿no ha prestado nuevos incentivos a las codicias de todo género? Dejemos que la experiencia, la guía menos engañosa de las opiniones humanas, responda a nuestras investigaciones.⁴

1 El preámbulo de la Constitución dispone lo siguiente: “Nosotros, el pueblo de Estados Unidos, con el fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, otorgar una defensa común, promover el bienestar general, y asegurar la bendición de la libertad para nosotros mismos y nuestra posteridad, promulgamos y establecemos esta Constitución de los Estados Unidos.”

2 Los 85 ensayos reunidos en *El federalista* se escribieron en el periodo 1787-1788, y se firmaron con el nombre de “Publius”, seudónimo de la autoría colectiva de James Madison, Alexander Hamilton y John Jay. Estos artículos se publicaron originalmente en los periódicos de Nueva York para explicar y promover la adopción de la Constitución. El uso del nombre de una figura de la antigua Roma era una práctica común entre los escritores de la generación fundadora. Las referencias en este capítulo a *El federalista* están tomadas de la Modern Library Edition (Nueva York, 1937); en la medida de lo posible, se agregará, al final de la referencia original y entre corchetes, el número de página correspondiente a la edición en español de *El federalista* (trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994). *N. del T.*

3 “El genio de las repúblicas (según dicen) es pacífico; el espíritu del comercio tiende a suavizar las costumbres humanas y a extinguir esos inflamables humores que prenden con frecuencia las guerras. Las repúblicas comerciales, como las nuestras, nunca estarán dispuestas a agotarse en ruinosas contiendas entre sí. Las gobernará el interés mutuo y cultivarán un espíritu de amistad y concordia.” Véase *El federalista*, núm. 6, pp. 29-30 [p. 20].

4 *Ibid.*, p. 30 [pp. 20-21]. Las cursivas son añadidas.

b) *La libertad política de los estados probó ser contraria a los propósitos de justicia y tranquilidad.* Las experiencias persuadieron también a los redactores en el sentido de que la libertad política llevaba a divisiones, en lugar de una unión caracterizada por la justicia y la tranquilidad internas. En tanto los colonizadores estuvieron concentrados en derrotar a un enemigo común y en asegurar su libertad, tal como lo hicieron en el periodo 1776-1783, estuvieron razonablemente unidos. Sin embargo, tiempo después,⁵ especialmente después de la guerra de independencia, la libertad política produjo divisionismo.⁶ El autogobierno por sí mismo no redituó justicia y tranquilidad internas. De hecho, “Los derechos de propiedad de los estadounidenses no estaban tan seguros durante los años de 1776 a 1787, como lo estuvieron durante el periodo colonial.”⁷ La euforia de la libertad recién encontrada rápidamente se ensombreció con el surgimiento de rivalidades económicas, políticas, sociales y personales, de manera similar a lo sucedido en los países de Europa Central y del Este después de los dramáticos cambios de 1989. Cada uno de los estados gozaba, como soberanías separadas, de un alto grado de independencia que cuidaban celosamente. Por lo tanto, si bien los estados se encontraban unidos en algunos aspectos, de acuerdo con los artículos de la Confederación,⁸ esa forma de gobierno no fue, en todo caso, más que una liga de estados independientes y soberanos.

B. Los problemas de cooperación entre los estados

4. *Independientemente de las guerras arancelarias, los estados más grandes y fuertes se encontraban en posibilidad de aprovecharse económicamente de sus vecinos más pequeños y débiles.* La mayoría de los estados se empeñó en discriminar comercialmente a sus vecinos. Cada estado con sus industrias intentó obtener ganancias a costa de los estados e industrias menos afortunados. Los estados porteños del norte (de manera especial Nueva York y Pensilvania) impusie-

5 Véase Forrest McDonald, *Alexander Hamilton: A Biography*, Nueva York, W. W. Norton & Co., 1979, pp. 19-20.

6 Véase Forrest McDonald, “The Lessons of Experience: 1776-1787”, *Novus Ordo Seclorum*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 1985, pp. 143-183. En adelante, esta publicación se citará como *Novus Ordo*, seguida de la indicación de las páginas correspondientes.

7 *Ibid.*, p. 154.

8 Forma de gobierno que propusieron los estados en 1777 después de la declaración de independencia de las colonias; esta forma de gobierno se ratificó hasta 1781.

ron tarifas arancelarias a la importación de los productos extranjeros, un beneficio financiero para Nueva York que se sostenía gracias a los consumidores de los estados en donde los bienes escaseaban. Los estados del sur trataron de obtener una ventaja en la exportación de sus bienes. La falta de una marina mercante propia que transportara sus cosechas a los mercados extranjeros, motivó el crecimiento de la marina británica no sujeta a impuestos de exportación. Pese a que todos los estados de manera expresa eximieron a los bienes producidos en otros estados de pagar los derechos de importación que se imponían sobre bienes extranjeros, algunos estados seguían imponiendo tarifas muy elevadas a los bienes importados. Los estados con puertos o ríos navegables cobraban a las embarcaciones de otros estados cuotas de navegación más elevadas que las que imponían a los navíos locales. El Congreso era impotente para intervenir, por lo que las disputas continuaron. La combinación de una deuda nacional elevada, un incremento en los déficits comerciales y las pugnas económicas entre los estados causaron la recesión nacional del periodo 1785-1786.⁹

5. *La conferencia de 1785 para resolver los conflictos.* Un intento para resolver los conflictos comerciales se realizó en la convención de algunos estados que se reunieron en Annapolis, Maryland, en 1785. De manera similar a las reuniones multilaterales que se celebraron dentro del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y posteriormente en la Organización Mundial del Comercio (OMC), la convención intentó elaborar regulaciones comerciales uniformes. Sin embargo, aunque falló en su propósito inicial, la conferencia resultó en una recomendación al Congreso para realizar una convención constitucional nacional. El Congreso ignoró la propuesta hasta que una crisis de recaudación interna se hizo inevitable y una revuelta de caudantes conocida como la Rebelión de Shay estalló en Massachusetts.¹⁰

6. *La adopción de la Constitución transfirió las facultades de los estados al gobierno federal.* Sin embargo, la Convención Constitucional fue un éxito no sólo porque removió los obstáculos para la integración comercial, sino también porque propuso cambios fundamentales en el balance del poder político entre los estados y el gobierno central.¹¹ Como era de esperarse, el cambio en

9 Daniel Faber y Suzzana Sherry, *A History of the American Constitution*, St. Paul, West Publishing, 1990, p. 25.

10 *Novus Ordo*, pp. 96 y 177-178. Sin embargo, la crisis involucró algo más que las políticas económicas y fiscales. Un espíritu determinado por la falta de legalidad y el abuso de poder político amenazó la autonomía del gobierno de los estados. Si bien la Rebelión de Shay se expandió ampliamente, minimizó la opinión pública acerca del nivel de virtud privada.

11 Cuando los representantes estatales se encontraron en Filadelfia durante el verano de

la estructura del poder propuesto provocó una gran oposición. Estos oponentes de la Constitución eran, por muchas razones, similares a aquellos que actualmente se oponen en Europa a la Unión Europea. Ellos deseaban una mayor cooperación económica que no se basara en los poderes políticos y soberanos, y sabían que los artículos de la Confederación, que ya permitían el libre movimiento de un estado a otro, de personas y bienes, así como un trato igual a los ciudadanos libres de los diferentes estados, habían probado ser inadecuados en muchas maneras. La realidad hizo que la mayoría de los gobiernos estatales estuviera de acuerdo en reformar los artículos, con el fin de otorgar al Congreso la facultad de regular el comercio entre los estados. Sin embargo, la Convención fue mucho más lejos al establecer límites específicos a la soberanía de los estados, con el fin de prevenir la interferencia de éstos en asuntos controlados por el gobierno nacional.¹² Dichos límites transformaron la estructura gubernamental en algo totalmente distinto a una confederación de repúblicas independientes. La reestructuración ocurrió debido a que los prominentes redactores, entre los que destacan James Madison y Alexander Hamilton, “concluyeron [...] que las confederaciones eran exitosas en el sentido de que se le otorgaba a la autoridad central poderes sobre el todo, y que cuando la autoridad central era débil, como el Congreso estadounidense, la confederación terminaba en calamidad”.¹³

C. Estructura; la naturaleza de la Constitución

7. *La Constitución descansa en el concepto de “libertad bajo la ley”*. Este concepto indica que los individuos son generalmente libres para actuar sin el permiso de los gobiernos, a menos de que sus acciones sean impedidas por la ley.¹⁴ El concepto de libertad implica que los individuos actuarán responsa-

1787, se les encargó considerar solamente las enmiendas a la Confederación existente. Sin embargo, a partir del compromiso establecido, la mayoría propuso un plan para un gobierno nuevo. La temprana inclusión a la Convención del plan fuertemente nacionalista de Virginia comprueba esta afirmación. Otros estados más interesados en la preservación de las facultades estatales se resistieron, y forzaron la adopción de compromisos mediante el consenso.

12 Véase Constitución de los Estados Unidos, art. I, secc. 10.

13 *Novus Ordo*, p. 172.

14 Véase Boris Kozolchik, “El derecho de Estados Unidos desde una perspectiva comparada”, capítulo noveno del presente volumen.

blemente; esto significa que el éxito de un gobierno radica en que los ciudadanos gobiernen, *i.e.*, que se controlen a sí mismos.

8. *La estructura de la "libertad bajo la ley"*. Las nuevas facultades federales no se diseñaron para interferir con la relación entre los estados y sus propios ciudadanos. Por lo tanto, cada gobierno tenía la facultad de establecer impuestos a los ciudadanos independientemente de otro gobierno. En muy pocas instancias la Constitución se interpuso entre los estados y sus ciudadanos, por ejemplo, al establecer algunos límites a las facultades penales de los estados y, por lo tanto, prohibir las leyes que permitían la confiscación de todos los bienes de una persona, sin juicio previo (Bills of Attainder), y la aplicación retroactiva de una ley penal (*Ex Post Facto Law*); al prohibir que los estados pudieran establecer otra moneda que no fuera oro o plata como medio legal para el pago de deudas, y al prevenir que los estados debilitaran las obligaciones contempladas en los contratos. Estas disposiciones penales y comerciales han limitado a los gobiernos estatales para castigar actos o alterar los acuerdos comerciales de manera retroactiva. Estos escasos límites descansan en el concepto de "libertad bajo la ley" que generalmente previene que los gobiernos castiguen a los individuos, con la excepción de que éstos tengan conocimiento previo acerca del tipo de acciones que se castigan penalmente, y que establece que el gobierno respete las transacciones comerciales privadas.

9. *El resultado: una delicada separación de poderes*. La Constitución otorgó al gobierno central un número limitado de facultades importantes que le permitió crear mayor unidad en los asuntos elegidos, aunque sin llegar a consolidar completamente el poder. Los artículos de la Confederación demostraron la imposibilidad de un acuerdo político, similar a un tratado, que eliminara las barreras políticas y económicas erigidas por los intereses locales y estatales. Sin embargo, si el nuevo gobierno establecido conforme a la Constitución no era una confederación, tampoco fue una estructura consolidada o unitaria. La Constitución añadió, por un lado, facultades indispensables al gobierno central, específicamente las nuevas facultades de gravar y regular el comercio entre los estados. Por el otro, otorgó al gobierno central sólo ciertas facultades, y después las separó y dividió en tres ramas iguales.

La Constitución dividió al Congreso en dos cámaras, añadiendo una rama ejecutiva independiente y una rama judicial similar, no por conveniencia o eficiencia, sino para proteger la libertad al crear y, al mismo tiempo, limitar las facultades. Tanto los partidarios como los antagonistas de la Constitución estaban de acuerdo con lo que el filósofo político francés Montesquieu había observado: "No puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados

[...] o si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo".¹⁵ El plan de separar o dividir facultades fue un medio de otorgar poder suficiente para controlar a los gobernados y, de igual importancia, para controlar al gobierno mismo.¹⁶ Las nuevas facultades otorgadas al gobierno central, que todavía eran relativamente pocas, se otorgaron en su totalidad y se restringieron en su ejercicio mediante un sistema de separación de poderes.¹⁷

10. *La novedad de la "libertad bajo la ley"*. La nueva forma de gobierno era en sí novedosa en virtud de que estructuró el poder de una manera que no se había intentado anteriormente. Otros gobiernos, como el inglés, que habían "mezclado" regímenes, incluyeron elementos monárquicos, aristocráticos e incluso democráticos.¹⁸ Sin embargo, hasta ese entonces la única opción con respecto a la soberanía parecía ser entre un estado unitario y una confederación.¹⁹ Lo novedoso del gobierno de Estados Unidos consistió en que no fue un estado unitario ni una confederación, sino más bien una combinación de ambas:

encontramos que [la Constitución] no es totalmente *nacional* ni totalmente *federal*. Si fuera totalmente nacional, la suprema y final autoridad residiría en la *mayoría* del pueblo de la Unión, y esta autoridad sería competente en todo momento, tal como la mayoría de toda sociedad nacional, para alterar o abolir un gobierno establecido. Si, en cambio, ella fuese totalmente federal, la concurrencia de cada estado de la Unión sería esencial para todo cambio susceptible de obligar a todos los estados.²⁰

11. *Algunos compromisos importantes se realizaron, pero el principio de gobierno limitado jamás se abandonó*. La estructura original de la Constitución ha sido descrita como producto del compromiso, en el sentido de que a diferencia de la Declaración de Derechos Fundamentales (Bill of Rights) no reflejaba un conjunto particular de principios. Algunos compromisos importantes se llevaron a efecto, de los cuales el de mayor relevancia involucró el

15 Véase *El federalista*, núm. 47, p. 314 [pp. 205-206].

16 "Al organizar un gobierno que deberá ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo." *Ibid.*, núm. 51, p. 337 [p. 220].

17 *Ibid.*, núm. 23.

18 *Ibid.*, núm. 39, p. 243.

19 *Novus Ordo*, p. 276.

20 Citado en *El federalista*, núm. 39, p. 249 [p. 163]. Las cursivas en el original.

principio de representación en el Congreso y la cuestión de la esclavitud. El “Gran Compromiso”,²¹ así como el “Compromiso de las Tres Quintas Partes”²² fueron acuerdos sobre asuntos fundamentales de la representación. Sin embargo, los elementos principales de la estructura nunca fueron materia de duda en la Convención Constitucional. A pesar de la gran diversidad de pensamiento político, los miembros compartieron ciertos principios básicos referentes al *gobierno limitado*.²³ Los compromisos celebrados fueron resultado del debate razonado y las deliberaciones que llevaron al consenso para definir lo que era lo mejor de acuerdo con las circunstancias. Uno de los mayores logros de la Constitución fue moldear al gobierno de tal forma que facilitara el consenso a través de la deliberación. Como se elaboró y resumió en *El federalista*, la Constitución creó una gran estructura de gobierno de manera que “una coalición integrada por la mayoría de la sociedad rara vez pueda formarse sobre la base de principios que no sean la justicia y el bien general.”²⁴

El debate público generado en los artículos publicados y en las convenciones estatales para la ratificación, cuando los oponentes al plan de gobierno propuesto (conocidos como “antifederalistas”) argumentaron en contra de la misma, se caracterizó también por intercambios razonados. Aun en los debates más encarnizados, se produjo un consenso una vez que la Declaración de Derechos Fundamentales fue adoptada. Tanto los partidarios como los opositores a la Constitución se comprometieron a un gobierno limitado, basado en una separación de poderes y en una retención por parte de los estados de

21 El “Gran Compromiso”, también conocido como “Compromiso de Connecticut”, reconcilió los desacuerdos entre los estados grandes y pequeños respecto a la representación en el Congreso. Los estados grandes querían que la representación se determinara en función de la población. Los pequeños deseaban una representación igual para cada estado. El compromiso determinó que la representación en la Cámara de Representantes estuviera basada en la población, y otorgó a cada estado la posibilidad de tener una representación igual en el senado.

22 Este compromiso, establecido entre los estados esclavistas y aquellos que no lo eran, hizo hincapié en el aspecto de la población con el fin de determinar la representación y los impuestos. Los estados esclavistas deseaban contar a cada esclavo para determinar la población. Los estados no esclavistas argumentaron que, en virtud de que los estados esclavistas trataban a sus esclavos como “propiedad”, no se encontraban en posibilidad de obtener una ventaja al considerar a los esclavos como parte de la población. El compromiso estableció que “los representantes y los impuestos directos deberían dividirse entre los diversos estados, [...] incluyendo [...] las tres quintas partes de las demás personas”. Art. I, secc. 2, par. 3, revocado por la decimocuarta enmienda, secc. 2.

23 *Novus Ordo*, pp. 3-8.

24 *El federalista*, núm. 51, p. 341 [p. 223].

ciertas facultades soberanas. Sin este acuerdo, ellos no habrían estado en la posibilidad de resolver los mayores desacuerdos que tenían sobre el balance entre las facultades de los estados y el nuevo y vigorizado gobierno central.

D. *Mayorías: reglamentar y ser reglamentado en una república extensa*

12. *El temor a la tiranía de la mayoría es una motivación importante.* La constante en la tradición constitucional de Estados Unidos ha sido el continuo reconocimiento de que una mayoría ilimitada es injusta, ya que ignora los derechos de aquellos de la minoría. De manera histórica el auto gobierno ha significado, en la práctica, que el partido mayoritario en el Poder Legislativo discrimina en su favor y en el de sus partidarios. Como respuesta a esta preocupación, la Constitución ha hecho muy difícil que cualquier partido gobierne si no es a partir del consenso. Al incluir un amplio rango de intereses económicos y visiones políticas y filosóficas, la estructura del gobierno se diseñó para que operara por medio del compromiso, en virtud de que la mayoría de los asuntos que trataba el gobierno central se refería al comercio nacional e internacional, así como a la defensa nacional. Sin embargo, este sistema de compromisos, como se demostró en la guerra civil, no parece resolver las divisiones nacionales respecto a asuntos morales fundamentales como la esclavitud.

El federalista predijo atinadamente que conforme a la Constitución, “el espíritu de todo el sistema; la naturaleza de las leyes justas y constituciones, y, sobre todo, el vigilante y viril temperamento que mueve al pueblo americano”²⁵ prevendrá la tiranía de la mayoría. En Estados Unidos, aun cuando un partido controle ambas cámaras del Congreso y también la presidencia, la estructura del sistema, al igual que la opinión pública,²⁶ impide al partido mayoritario realizar todo aquello que le gustaría hacer. La creación de estructuras constitucionales, que producen leyes congruentes con los principios de justicia, ha rescatado del descrédito el término “democracia”.

13. *Se temía una “democracia” pura.* En estos días, la “democracia” describe la forma ideal de gobierno alrededor del mundo. Sin embargo, éste no siempre ha sido un concepto alabado. Parece sorprendente que, en el momento en que se elaboró la Constitución, el concepto político más estimado

²⁵ *Ibid.*, núm. 57, p. 373 [p. 244].

²⁶ “Si en algún momento este espíritu decayera a tal grado que tolerara una ley que no fuera obligatoria para la legislatura y para el pueblo, esto sería así porque este último estaría dispuesto a tolerar cualquier cosa menos la libertad”. *Id.*

era “republicano” y no democrático. La evolución del significado de “democrático” desde el descrédito en el que se hallaba, hasta llegar a ser un concepto alabado se ha dado a la par de los éxitos políticos y económicos de Estados Unidos. Sin comprender la imperante necesidad de una estructura que garantice el éxito de una democracia constitucional, tal como la descrita en *El federalista*, la mayoría de las personas en Estados Unidos y en otros lugares se sorprende, y algunas veces se desilusiona, cuando una nueva “democracia” enferma y fracasa en algún lugar del mundo.

Con el propósito de evitar alguna desilusión, los defensores del gobierno democrático deben entender que los redactores de la Constitución de los Estados Unidos rehusaron la idea de una democracia simple y los resultados que pudieran obtenerse de ella. La democracia se refiere, tradicionalmente, al gobierno “de la mayoría”.²⁷ Una democracia pura o simple establece el gobierno directo por medio de los ciudadanos (en lugar de hacerlo mediante representantes), sin imponer límites a lo que la mayoría puede hacer.²⁸ La constante en la tradición constitucional de Estados Unidos, independientemente de que uno se refiera a su forma de gobierno como una república o una democracia, ha sido el continuo reconocimiento de que una mayoría sin límites es injusta, ya que ignora los derechos de la minoría.

14. *La forma republicana de gobierno presente en la Constitución.* Los conceptos de “república” y “democracia” se han fusionado en el contexto de la Constitución de los Estados Unidos. A pesar de que los redactores estaban comprometidos con la idea republicana, “ellos no estaban completamente de acuerdo con el significado de republicanismo; en todo caso, sólo reconocían que el concepto implicaba la ausencia de una aristocracia y monarquía hereditarias”.²⁹ De acuerdo con Montesquieu,³⁰ cuyos escritos eran importantes tanto para los federalistas como para los antifederalistas, las repúblicas podían ser aristocráticas o democráticas, dependiendo si los representantes se escogían de un pequeño grupo de ciudadanos o de la totalidad de éstos. Madison y otros, durante la Convención, desearon que la representación en ambas cámaras del Congreso se basara en el principio de representación proporcional. El compromiso que alcanzaron consistió en un principio de representación distinto en el senado, conocido como una representación igual

27 Aristóteles, *Política*, III, 7 y 8.

28 *El federalista*, núm. 10, p. 58 [p. 39].

29 *Novus Ordo*, p. 5.

30 Véase *Del espíritu de las leyes*, tr. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, intr. Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1987.

de los estados.³¹ Por lo anterior, la Constitución mezcló los principios de representación nacional en la Cámara y representación estatal en el senado y, por lo tanto, creó una república “compuesta” que no es federal ni nacional sino una composición de ambos principios.³²

15. *“Democrático” no implica una adhesión total a la democracia pura.* Al menos dentro de Estados Unidos, las referencias a la democracia implican restricciones a las facultades de las mayorías y un compromiso con el Estado de derecho (*rule of law*). Estos límites a las facultades de las mayorías son incongruentes con la definición de democracia pura, la cual asume que una mayoría puede derogar los derechos de las minorías y abrogar cualquier ley. Los límites que han sido considerados esenciales a la democracia, desde el éxito de la Constitución de Estados Unidos, han demostrado que una mayoría puede gobernar sin lo que se ha considerado históricamente como una caída hacia la propia destrucción.³³ La Constitución, diseñada con algo más que la reciente crisis de 1787 en la mente, fue creada para perdurar por generaciones. La vitalidad de la Constitución no radica en los jueces que intentan “actualizarla”, como se comenta recientemente.³⁴ La Constitución sin enmiendas consistía en disposiciones primarias que crearon y gobernaron la operación de las tres ramas del gobierno nacional. La Constitución faculta al pueblo para actuar, por medio de sus representantes, y cambiar el derecho por medio de la legislación, así como a la Constitución misma mediante las enmiendas, en lugar de dictar disposiciones sustantivas de derecho que serían obsoletas con el paso del tiempo. La intención de las funciones del Poder Judicial consistían en restringir el campo de acción de las ramas ejecutiva y legislativa para que éstas no pudieran “actualizarse” más allá de las obligaciones establecidas en la Constitución.

16. *La Constitución está diseñada para preservar la estabilidad, al retardar el proceso de cambio.* Los cambios frecuentes y radicales, que dañaron a las democracias tempranas, ponen en peligro la libertad. La estructura de la Constitución ha sido diseñada para retardar el proceso de cambio, con el fin de garantizar la libertad y otorgar estabilidad. Por lo tanto, la Constitución

31 Véase n. 22, *supra*.

32 Véase *El federalista*, núm. 39, pp. 246-250.

33 “Ya se ha dicho con frecuencia que parece haberle sido reservado a este pueblo el decidir, con su conducta y su ejemplo, la importante cuestión relativa a si las sociedades humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno, valiéndose de la reflexión y porque opten por él, o si están por siempre destinadas a fundar en el accidente o la fuerza sus constituciones políticas”. *Ibid.*, núm. 1, p. 3 [p. 3].

34 Véase, por ejemplo, Lawrence Tribe, “Structural Due Process”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 10, 1975.

contempla el intento que los redactores hicieron para proteger la libertad, entendida ésta no en un sentido ilimitado, sino constreñida a la ley.³⁵ Para algunos este retardo no es deseable, ya que se dice produce un “embotellamiento, candado” o “callejón sin salida” en el gobierno.³⁶

La Constitución produce algún “embotellamiento” con el fin de prevenir el paso de leyes consideradas como nocivas. Es por esto que los redactores quisieron limitar, por lo que corresponde a la libertad, el tipo y la cantidad de legislación que se podía promulgar. Ellos consideraron que el obstáculo en la estructura de la Constitución era un límite a la tendencia de las mayorías a actuar únicamente para sus propios intereses y no en bien de la totalidad. Como se refleja en una opinión de James Madison, citada frecuentemente, los redactores tenían un entendimiento real de las tendencias de la naturaleza humana:

¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.³⁷

17. *La Constitución intenta controlar el divisionismo y la desigual distribución de la riqueza y el poder.* El entendimiento de los redactores sobre la naturaleza humana, la cual involucra una fuerte tendencia al egoísmo, explica en gran medida el éxito de Estados Unidos como una unidad política y económica. Como se menciona en *El federalista*, la enfermedad mortal de los gobiernos democráticos es el espíritu de las facciones. En el número 10 de *El federalista*, James Madison explica por qué una facción es una amenaza constante al libre gobierno. Por el término *facción*, Madison entendía a un grupo

35 *Novus Ordo*, pp. 9-10.

36 Véase James MacGregor Burns, *The Deadlock of Democracy*, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1963. Es cierto que la Constitución crea un “embotellamiento”; además, en opinión de este autor, el tipo o por lo menos el alcance de las quejas a este “embotellamiento” es resultado de las actitudes de las burocracias en contra de los límites del sistema constitucional de separación de poderes.

37 *El federalista*, núm. 51, p. 337 [pp. 220-221].

menor a la totalidad, cuyos intereses eran contrarios al bien de esa totalidad. De acuerdo con este autor, las facciones se crean por intereses de religión, grupos étnicos, personalidades antagónicas. Sin embargo, la mayor fuente para crear una facción ha sido siempre la desigual distribución de la propiedad.³⁸ Ésta no es una visión del mundo de tipo marxista que se enfoca únicamente en la riqueza, sino una visión real de la naturaleza humana que considera sus deficiencias. La validez de esta enseñanza ha sido confirmada varias veces en la medida en que las naciones modernas han alcanzado su independencia únicamente para tener un grupo en el poder que oprime a aquellos que no se encuentran alineados a él. Aun en Estados Unidos la influencia de las facciones, *i.e.*, intereses especiales, aunque controlada,³⁹ no han sido eliminada. Al contrario de los comentaristas actuales que lamentan la existencia de facciones, Madison advierte las desventajas de eliminar las causas de las facciones, ya que éstas encuentran su raíz en la naturaleza humana y son inseparables de la libertad.

De acuerdo con Madison en *El federalista*, la Constitución ha resuelto el problema de las facciones sin pretender eliminarlas. La Constitución opera para controlar sus efectos, en lugar de eliminar las causas de las facciones que se basan en la naturaleza humana. Para que un gobierno ataque las causas de una facción deberá intentar reformar o controlar rigurosamente a su pueblo; hacer esto significa destruir la libertad. El siglo XX ha sido testigo de varios movimientos ideológicos, entre los cuales destacan el nazismo y el marxismo, que intentaron el cambio por medio de una reforma política (en sentido contrario a otra de carácter espiritual) de los seres humanos. El resultado ha sido, como se predijo en *El federalista*, la eliminación de la libertad.⁴⁰

38 “Sin embargo, la fuente de discordia más común y persistente es la desigualdad en la distribución de las propiedades. Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.” *El federalista*, núm. 10, p. 56 [p. 37].

39 Si las facciones o los intereses especiales tienen una influencia mayor a la contemplada por los redactores, esto resultaría en modificaciones a la Constitución que reducirían la efectividad del federalismo. Para una explicación referente a la influencia de la decimoséptima enmienda, véase §22(a), *infra*.

40 *El federalista*, núm. 10, p. 55. Sin embargo, la historia confirma la observación de *El*

¿Cómo puede una nación navegar entre la tiranía de una facción y el desorden de las facciones en conflicto? La respuesta, de acuerdo con *El federalista*,⁴¹ recae en la propagación de una multiplicidad de facciones a lo largo del territorio. Por lo tanto, en lugar de tener sólo dos facciones, denominadas partidos mayoritario y minoritario, un sistema político necesita muchas facciones o grupos de interés. Es normal que la facción mayoritaria controle a la minoritaria, pero un régimen democrático no tiene los medios obvios para limitar a la facción mayoritaria o partido político y su tendencia. El hecho de que en Estados Unidos varias facciones busquen formar coaliciones alrededor de dos partidos, aunque esos partidos no sean cohesivos, resulta de la creación constitucional de una “república extendida”.

18. *La estructura constitucional favorece la multiplicación de facciones, por medio de la república extendida.* La teoría de la república extendida representa la respuesta de *El federalista* al problema de las facciones. Esta “solución republicana para las enfermedades que más inciden en el gobierno republicano”⁴² requiere que la Unión sea una república grande o extensa. Una república se basa en la representación en vez de la participación directa. Como resultado debería ocurrir un proceso de “filtración”, en el cual se “afina y amplía la opinión pública, pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos”.⁴³ De acuerdo con *El federalista*, una gran república tiene la misma ventaja sobre una república pequeña, que la república tiene sobre la democracia para controlar la enfermedad de las facciones: “Ampliad la esfera de acción y admitiréis una mayor variedad de partidos y de intereses; haréis menos probable que una mayoría tenga motivo para usurpar los derechos de los demás ciudadanos; y si ese motivo existe les será más difícil a todos los que lo sienten descubrir su propia fuerza y obrar todos de concierto.”⁴⁴

Las facciones, en particular, quizá no trabajen de manera natural en busca del bien común. Sin embargo, ellas podrán encontrar en sus propios intereses y de acuerdo con las circunstancias adecuadas, la forma de hacerlo, sencillamente al perseguir sus propios intereses. Esas circunstancias pueden

federalista en el sentido de que la búsqueda de la libertad no puede suprimirse de manera permanente. Es más, algunos hechos ocurridos en la Europa Central y del Este en el periodo 1989-1990 comprueban esta verdad. Los hechos a partir de entonces han confirmado también el peligro que las facciones étnicas, religiosas u otras representan para el éxito del auto gobierno.

41 *Ibid.*, pp. 57-58.

42 *Ibid.*, p. 62.

43 *Ibid.*, p. 59 [p. 39].

44 *Ibid.*, p. 61 [p. 40].

ocurrir dentro de una república comercial extensa, en virtud de que las facciones opositoras encuentran necesario construir coaliciones para lograr sus fines específicos. Ese comportamiento busca de manera necesaria el consenso y por lo tanto el bien común. Esta estrategia institucionaliza el enfoque “divide y vencerás” para estabilizar otros impactos volátiles que las facciones tienen en el gobierno popular.

Como resultado de este enfoque sobre las facciones, la sociedad estadounidense se ha caracterizado por el pluralismo. Este último término no aparece en la Constitución o en otros documentos de gobierno; no es una doctrina legal en sí. La doctrina del pluralismo, que de manera general se ha identificado con la religión, no se aplica solamente a ella, sino a cualquiera y cada una de las fuentes de las facciones, en donde se incluye la mayor fuente: las inequidades del bienestar. Por lo tanto, Estados Unidos ha crecido y se ha hecho más comercial, no por hacer del bienestar y el poder fines en sí mismos, sino por considerarlos parte de una estrategia de gobierno para producir una estabilidad política.⁴⁵ Esto quiere decir que la solución republicana produce una multiplicación de las facciones, especialmente aquellas con intereses comerciales, y estimula que estos intereses se extiendan a lo largo del territorio. El dedicarse al comercio en sí mismo no requiere de un gran territorio, pero diluir el poder político y económico sí.

a) *El control de las facciones se evita por la división de los poderes y de los intereses.* Por lo tanto, el propósito principal de multiplicar los intereses económicos y de otro tipo, en una sociedad plural, es evitar la polarización de la sociedad en una mayoría y minoría de facciones permanentes, como se demuestra cuando un partido detenta el poder político y económico por largo tiempo. Primero, pese a que un partido político controle las tres ramas del gobierno federal, el partido minoritario tendrá la oportunidad de controlar los gobiernos estatales. Segundo, en una sociedad económicamente plural, entre más dispersos estén la propiedad y el control de los intereses económicos, mayor es la dificultad de que el partido mayoritario, aun en el Congreso,

45 “Mientras en ella [república federal de los Estados Unidos] toda autoridad procederá de la sociedad y dependerá de ella, esta última estará dividida en tantas partes, tantos intereses diversos y tantas formas de ciudadanos, que los derechos de los individuos o de la minoría no correrán grandes riesgos por causa de las combinaciones egoístas de la mayoría. En un gobierno libre la seguridad de los derechos civiles debe ser la misma que la de los derechos religiosos. En el primer caso reside en la multiplicidad de intereses y en el segundo, en la multiplicidad de sectas. El grado de seguridad depende en ambos casos del número de intereses y sectas; y éste puede aventurarse que dependerá de la extensión del país y del número de personas sometidas al mismo gobierno.” *El federalista*, núm. 51, pp. 339-340 [p. 222].

mantenga su unidad. Los senadores y representantes responden, de asunto en asunto, a los intereses particulares de sus propios estados en mayor medida que a la disciplina del partido. Como resultado, los diversos intereses y los funcionarios elegidos forman alianzas políticas diversas. En lo que se ha consolidado como una economía diversa, los intereses económicos se dividen no sólo por regiones, sino incluso, dentro de cada región y estados, de industria a industria.

b) *El apoyo al TLCAN se dividió en muchas facciones.* El impacto de las facciones fue evidente, como ejemplo, en el apoyo y oposición al TLCAN. El apoyo puede considerarse mayor en los estados fronterizos con México, aunque se extendió ampliamente a otras regiones del país. La diferencia en el apoyo cambió de industria a industria dependiendo del grado de intensidad de la capacitación o mano de obra que la industria utilizaba. Como es natural, las industrias que esperaban obtener una ganancia apoyaron al TLCAN y las industrias que esperaban una pérdida, como por ejemplo, la industria textil, manifestaron su oposición. Tanto los que apoyaron como los opositores al TLCAN entendieron la ventaja general del país en términos de su propio bien. La aprobación final del Tratado no dependió del partido gobernante. El presidente —demócrata en ese entonces— se tuvo que apoyar en los miembros de la minoría republicana en el Congreso con el fin de conseguir su aprobación, ya que la mayoría del partido con mayor representación en ese entonces, el Demócrata, se oponía al Tratado. Esa votación, como muchas otras, demostró que los partidos en particular no representan la cohesión de las facciones mayoritarias o minoritarias. En lugar de ello, las políticas nacionales de Estados Unidos son un producto no de los partidos mayoritarios o minoritarios, sino de las coaliciones que reflejan los intereses locales del país. Los miembros del Congreso no respondieron a los intereses del partido, sino a los intereses de los propios electores locales. Como resultado, la política es dominada no por las políticas de partido, sino por la pluralidad de intereses que minimiza la polarización política respecto a las líneas económicas.

III. SEPARACIÓN DE PODERES

La Constitución intenta, en la práctica cotidiana, asegurar la separación de poderes en lugar de solamente establecerla (sin ninguna eficacia) en el papel, como ha sucedido con algunas constituciones estatales. Con el fin de que la separación de poderes funcione en la práctica, la rama legislativa necesita ser

limitada o controlada por las otras dos ramas, en virtud de que en un gobierno electo popularmente esta rama es la más fuerte.⁴⁶

Mientras que la pluralidad presenta el problema de la facción mayoritaria dentro de la propia sociedad, la estructura de las tres ramas presenta los efectos de las facciones dentro del gobierno. De acuerdo con la máxima de Montesquieu, en la que tanto los federalistas como los antifederalistas estaban de acuerdo, la definición de la tiranía consiste en la falta de separación entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.⁴⁷ Por lo tanto, la Constitución separa las ramas de tal forma que, al proteger sus propios intereses, cada rama limitará a las otras dos y en consecuencia, por un efecto indirecto, protegerá a los individuos. Como se menciona en *El federalista*, “la ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición”.⁴⁸

A. *El Congreso*

19. *El riesgo de las facciones en ambas cámaras del Congreso está controlado por su organización bicameral.* El conjunto de las facciones (intereses especiales) representado en el Congreso implica un riesgo para el buen gobierno, en virtud de que al votar por los intereses económicos de sus electores los representantes tienen un conflicto de interés. Ellos actúan como jueces de su propia causa y de la de sus electores, lo cual es contrario a la regla de derecho.⁴⁹

Una posible solución a este conflicto podría ser el establecimiento de una autoridad independiente que decida los asuntos, pero esta solución fue

⁴⁶ *El federalista*, núm. 49, pp. 330-332. Esto podría hacer pensar que los estados no pueden controlar con éxito al gobierno nacional. Sin embargo, cuando los legisladores estatales elegían a los senadores de Estados Unidos, los estados tenían esa facultad a través del senado.

⁴⁷ Véase la cita que hace referencia a *El federalista* (núm. 47, p. 314) en §9, *supra* (n. 15).

⁴⁸ Núm. 51 [p. 220].

⁴⁹ Como se observa en *El federalista*, este inherente conflicto de intereses es la debilidad principal en un sistema democrático: “Ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad. Por el mismo motivo, más aún, por mayor razón, un conjunto de hombres no puede ser juez y parte a un tiempo; y, sin embargo, ¿qué son los actos más importantes de la legislatura sino otras decisiones judiciales, que ciertamente no se refieren a los derechos de una sola persona, pero interesan a los dos grandes conjuntos de ciudadanos? ¿Y qué son las diferentes clases de legislaturas, sino abogados y partes en las causas que resuelven?”. *El federalista*, núm. 10, p. 56 [pp. 37-38].

específicamente rechazada.⁵⁰ En lugar de esto la Constitución estructura el proceso legislativo, de manera que, con el propósito de lograr fines particulares, los legisladores deben, aun cuando no lo quieran, trabajar por el bien de todos. En este proceso, el Congreso se divide en dos cámaras con el fin de que cada una de ellas limite a la otra. Los senadores y los representantes se encuentran arraigados en la política local y, por lo tanto, responden a los intereses económicos locales más que a la agenda de los partidos nacionales a los que pertenecen. La aprobación de la legislación nacional requiere de manera general más compromisos que los que necesitaría una legislación estatal similar, ya que el Congreso incluye mayor variedad de intereses que los que se encontrarían en un solo estado. Por ello, el sistema de partido tiene menor influencia en la votación legislativa que en aquellos países que tienen elecciones y votaciones parlamentarias.

20. *Los atributos de la Cámara de Representantes en contraste con el senado.* Los miembros de la Cámara de Representantes se eligen conforme al principio de “una persona, un voto”, por un periodo corto de dos años, considerando áreas geográficas que en la gran mayoría de los casos son más pequeñas que los estados en donde habitan. Los miembros de la cámara reflejan más apropiadamente y responden más rápidamente a los cambios de los puntos de vista de sus electores. El tamaño de la Cámara limita la efectiva deliberación de su totalidad. Su trabajo se realiza en comisiones. En materias como impuestos, la Constitución otorga un gran peso al principio democrático, al enfatizar la primacía de la Cámara de Representantes. Por el contrario, en materia de política exterior, la Constitución evita en gran medida la influencia del localismo al excluir a la Cámara en la ratificación de tratados.

21. *El proceso legislativo.* La Constitución dispone que “Todas las iniciativas para el aumento de la recaudación deberán originarse en la Cámara de Representantes; pero el senado debe proponer o concurrir en las enmiendas así como en otras iniciativas.”⁵¹ Por otro lado, la Constitución sólo especifica que después de ser aprobada por ambas cámaras del Congreso, una iniciativa deberá ser “presentada” al presidente para que se convierta en ley. Éste tiene la oportunidad de firmar o vetar la iniciativa. Si es firmada por el presidente, la iniciativa se convierte en ley, a pesar de que la constitucionalidad de la ley pueda ser controvertida posteriormente en los tribunales. Si la iniciativa es vetada, regre-

50 “Es ocioso afirmar que los hombres de Estado ilustrados serán capaces de conciliar estos intereses encontrados y así someterlos al servicio del bienestar público. Estos hombres de Estado no siempre serán el timón del gobierno.” *Ibid.*, p. 57.

51 Constitución de los Estados Unidos, art. I, secc. 7, par. 1.

sa al Congreso en donde, si las dos terceras partes de cada Cámara votan para suprimir el veto del presidente, la iniciativa se convierte en ley sin su aprobación.

La Constitución faculta a “cada Cámara [para] determinar las reglas de sus procedimientos.”⁵² Sin embargo, el proceso es generalmente similar en ambas cámaras. Cualquier miembro puede presentar una iniciativa de ley, que es enviada a una comisión para su revisión. La mayoría de las iniciativas no pasa la revisión en la comisión. Para que una iniciativa avance debe sujetarse a diversas audiencias en una o más comisiones. Después de las audiencias, la comisión o subcomisiones “marcarán” la iniciativa, lo que significa hacer cambios o revisiones en la redacción. Cualquier cambio debe ser aprobado por votación de la comisión; normalmente se requiere un voto mayoritario de la comisión para que la iniciativa se presente a la Cámara o al senado para votación. Sin embargo, es posible la discusión de una iniciativa por la totalidad de la Cámara o el senado cuando se obtienen suficientes firmas o votos para “liberar la iniciativa de la comisión”, situación que es difícil que ocurra. Una vez fuera de la comisión, la iniciativa se coloca en la agenda. Las iniciativas son entonces llevadas a debate, no necesariamente en orden cronológico, por cada una de las cámaras conforme a sus propias reglas. En caso de que el senado y la Cámara aprueben versiones distintas de la misma iniciativa propuesta, las diferencias deberán reconciliarse, ya sea al mandar una iniciativa para su aprobación a la otra cámara o al mandar ambas iniciativas a una reunión de la comisión para su reconciliación.

22. *Las características distintivas del senado.* El senado es un cuerpo de deliberación cuyos miembros originalmente intentaron representar a los estados por los que eran elegidos. La Constitución asigna dos senadores a cada estado, sin importar el tamaño de los estados. Actualmente se compone de cien miembros, es decir, dos por cada uno de los cincuenta estados. El menor tamaño del senado permite un debate más genuino que el que puede darse en la Cámara. El carácter deliberativo del senado, de conformidad con la Constitución, le permite “recomendar y aprobar” en materias como los tratados y las designaciones presidenciales, en las cuales la Cámara de Representantes no puede deliberar. Mientras que una de las características de la Cámara de Representantes ha consistido en una mayor respuesta al deseo democrático, el senado tiene otras inclinaciones, y es común que obstruya alguno de los impulsos inmediatos de la Cámara. Debido a que los senadores ocupan su cargo durante un periodo más largo —seis años—, y que representan a todo un

52 *Ibid.*, art. I, secc. 5, par. 2.

estado, ellos suelen ser menos receptivos respecto a las facciones minoritarias que los miembros de la Cámara. En el proceso legislativo que se describió anteriormente, el senado tiene un procedimiento importante que no existe en la Cámara: el “filibustero”, es decir, una táctica de obstrucción de la acción legislativa. Esta táctica permite que uno o más senadores “discutan una iniciativa hasta su muerte”. El uso o amenaza del “filibustero” puede producir concesiones por parte de aquellos que apoyan la iniciativa ya que en caso contrario, no podrán tener la posibilidad de terminar con el “filibustero”, que necesita un voto de sesenta miembros para “que la obstrucción se cierre” (*cloture*).

a) *El cambio histórico en el método de selección.* Antes de la adopción de la decimoséptima enmienda, en 1913, los senadores eran elegidos por las legislaturas estatales en vez de por el voto directo de los electores. Por lo tanto, los estados estaban representados directamente en el gobierno nacional. Esta característica, que de manera parcial preservaba el papel de los estados en los artículos de la Confederación, enfatizaba el carácter federal de la Unión y otorgaba una resistencia en contra de la tendencia del gobierno nacional de centralizar el poder. El cambio a una elección directa del pueblo ha significado que los estados ya no gozan de la participación ni el control sobre el poder nacional que alguna vez tuvieron.⁵³

b) *La motivación de los senadores cambió con la modificación del método de elección.* Cuando los senadores debían su elección a las legislaturas estatales, estaban menos dispuestos a imponer cargas a los estados, salvo que éstas se encontraran apoyadas por el consenso de las legislaturas de los estados. A partir de que los senadores son electos directamente por el pueblo de un estado, ya no es necesario que respondan a los electores de las legislaturas estatales. De alguna manera, ellos responden a los intereses de aquellos grupos nacionales que tienen influencia en los electores dentro de sus estados. Durante la época en que los senadores eran elegidos por las legislaturas locales, no imponían regulaciones gravosas y mandatos sin fondos, tareas que correspondían a las legislaturas estatales. Además, los miembros de las legislaturas no son tan fáciles de engañar como los electores; ellos deben tener un mejor conocimiento que los individuos, así como los motivos para revisar la expansión del poder nacional. Sin embargo, las legislaturas estatales ya no tienen la misma oportunidad de hacerlo.

c) *Los grupos de interés nacionales son más importantes.* Al mismo tiempo, el enfoque de la actividad de los grupos de interés ha pasado de los estados al ámbito nacional. Es menos costoso y más efectivo para estos grupos concen-

53 Véase *García vs. San Antonio Metro. Trans. Auth.*, 469 U.S. 528, 554 (1985).

trar sus esfuerzos en un solo cuerpo legislativo, *i.e.*, el Congreso, que tener que persuadir a las cincuenta legislaturas estatales. Estos grupos de interés nacionales se comunican con sus miembros en cada estado para cabildear a los senadores y representantes. La habilidad de los grupos con intereses especiales para comunicarse con los miembros del grupo o electores con intereses similares en el estado de un senador, les permite tener la posibilidad de ejercer influencia sobre los senadores. Además de recolectar fondos en el estado u otro lugar, el apoyo u oposición que el grupo manifieste en relación con un funcionario puede afectar las posibilidades de reelección del candidato. Por lo tanto, un senador podría votar de tal forma que favorezca a los grupos de intereses especiales, aunque de hecho esto representara una desventaja para la mayoría de los electores estatales en proyectos específicos. Por ejemplo, en virtud de que los grupos de interés especiales generalmente favorecen un mayor gasto público destinado a sus causas particulares, un senador que vote por un proyecto que suponga un gasto importante ganará apoyo y evitará una oposición organizada significativa.

23. *Las diferencias entre las dos cámaras limitan la autocracia de los partidos políticos.* Sin embargo, a pesar de los cambios en el senado, las dos cámaras del Congreso todavía sirven como un contrapeso mutuo en virtud de que tienen intereses diferentes. Mientras la afiliación a un mismo partido otorga una base común entre los miembros del senado y de la Cámara, la Constitución funciona para contrarrestar la disciplina partidaria. La estructura constitucional de Estados Unidos busca que cada miembro de la Cámara y el senado sea un partido por sí mismo. Esto es así, ya que las circunstancias que propician la reelección de esa persona hacen que ella tenga menor compromiso con el presidente o con su Partido, comparado con el complejo de facciones que inciden, en diversos grados, en los intereses organizados nacionales o locales.

B. *La presidencia*

24. *Facultades y funciones: aparentes y reales.* Los estadounidenses piensan que el presidente es el arquitecto más prominente de la política del gobierno, al menos fuera de Washington. Sin embargo, en términos institucionales, el Congreso posee un poder mayor en asuntos internos. La estructura institucional de Estados Unidos no corresponde a la clasificación que se hace de los gobiernos: o presidenciales o parlamentarios. Estados Unidos tiene un presidente y no es un sistema parlamentario. Aun así, es incorrecto pensar que es

un presidencialismo como el de otros países. Desde el exterior, e incluso dentro del mismo país, el presidente parece detentar un poder mayor que el que realmente corresponde a esa función. Es cierto que el presidente tiene mayor importancia que cualquier otro funcionario oficial, en virtud de que el Poder Ejecutivo recae en su persona, mientras que el Legislativo y el Judicial se comparten entre una multitud de personas. El presidente sólo representa a toda la nación. Al mismo tiempo, el presidente aparece como la persona más importante frente a otras naciones, simplemente porque ven que él actúa en asuntos de política exterior y defensa nacional; éstas son las áreas en las que la Constitución le otorga mayores facultades. El presidente habla y actúa para la nación como comandante en jefe, negociador de tratados y anfitrión de embajadores extranjeros. *Vis-à-vis* el resto del mundo, el presidente encarna a la Constitución. A pesar de que el Congreso mantiene la facultad de declarar la guerra, la autorización de gastos militares y la regulación del comercio con las naciones extranjeras, el sistema de separación de poderes no inhibe las facultades de política exterior e interior del presidente. La protección de la libertad, que es la *raison d'être* de la separación de poderes, requiere de una fragmentación con el fin de proteger la libertad individual y unificar las facultades exteriores y de defensa, con el fin de defender la libertad del país.⁵⁴

a) *Mayores facultades y funciones en los asuntos exteriores que en los internos.* Mientras que el Poder Legislativo del Congreso se ha dividido en dos cámaras, con el propósito de debilitarlo, el Poder Ejecutivo se ha unificado en la persona del presidente, con el fin de fortalecerlo. Como se explica en *El federalista*, las mayores amenazas a la libertad provienen del Poder Legislativo, en virtud de que es, de manera natural, la rama más fuerte de un gobierno popular.⁵⁵ Por lo anterior, con el fin de que la teoría de la separación de poderes funcione en la práctica como una protección de la libertad, se ha fortalecido a las otras dos ramas. Si bien se le han otorgado al presidente amplias facultades en los asuntos del exterior por medio de sus poderes como comandante en jefe y los relacionados con cuestiones de política exterior, el hecho de otorgarle alguna facultad similar en los asuntos internos significaría la posibilidad de que la presidencia se convierta en una dictadura. Así, las facultades del presidente son más limitadas en asuntos internos.⁵⁶

b) *Facultades legislativas del presidente.* El presidente puede proponer iniciativas de ley en asuntos de política interna, pero el Congreso puede hacer

54 Véase *United States vs. Curtis-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

55 *El federalista*, núm. 48, p. 323.

56 Véase *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

uso de éstas de manera distinta a la forma de la propuesta presidencial. El arma principal del presidente es el veto, el cual puede contrarrestarse por la votación de las dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso. El presidente no puede legislar, debe ejecutar la política que determine el Congreso. Debe aplicar las leyes firmadas por sus predecesores, incluso si estuviera en desacuerdo con ellas. Independientemente que su administración aplique las leyes con mayor o menor rigor, la influencia del presidente en la política interna, pese a sus facultades personales de persuasión, es básicamente negativa y se limita a la legislación vigente. El veto del presidente busca forzar que la opinión contraria de la mayoría en el Congreso considere sus opiniones. Cuánto apoyará esa mayoría al presidente, depende, por supuesto, del tamaño de la misma que en cada cámara respalde una iniciativa en particular.⁵⁷ Si los líderes de la mayoría tienen la seguridad de contar con los votos suficientes (dos tercios de cada cámara) para anular el veto presidencial, entonces estarán menos dispuestos a apoyar sus preocupaciones. Si, por el contrario, los líderes dudan sobre su capacidad de anular el veto, entonces deberán prestar mayor atención a las preocupaciones del presidente.

i) *El proceso legislativo establece su propia inercia.* La relación constitucional entre el Congreso y el presidente también busca asegurar que la legislación no sólo tenga el apoyo de la mayoría. La aprobación de la ley por la Cámara requiere de la mayoría de sus miembros; cada uno de éstos representa una mayoría de electores en un distrito, que es, gran parte de las ocasiones, más pequeño que el estado en donde se ubica. La legislación también debe pasar, en el senado, por una mayoría establecida de manera diferente. En virtud de que la representación del senado no se basa en el principio de “una persona, un voto”, sino en el principio federal de “una representación igual para cada estado”,⁵⁸ una mayoría en el senado representa en gran medida una mayoría de los estados, que no refleja necesariamente una mayoría en términos de población nacional. Por último, la legislación propuesta debe obtener, ya sea la aprobación del presidente, que representa a una mayoría diferente, o la eliminación del veto mediante los votos de las dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso.

57 Como se mencionó anteriormente, la mayoría que apoya una parte de la legislación no corresponde necesariamente a la afiliación del partido mayoritario en cada cámara, como sucedería en un sistema parlamentario. Más aún, algunos legisladores que en principio votan en favor de la legislación, no votarían necesariamente para abolir el veto presidencial.

58 Véase *El federalista*, núm. 39, p. 247.

ii) *Crítica al proceso*. Este sistema no se ha salvado de las críticas en Estados Unidos. El presidente Woodrow Wilson, que había impartido clases de ciencia política, pensó que era preferible un sistema parlamentario frente al sistema de separación de poderes.⁵⁹ Como presidente, Wilson intentó regular la economía interna por medio de la legislación creando el Federal Reserve System y la Federal Trade Commission. Posteriormente, el presidente Franklin Roosevelt incrementó la regulación de la economía.

iii) *Efectos de la guerra sobre el poder del presidente*. El medio más importante para incrementar la influencia de la presidencia y centralizar el poder en Washington ha sido, de manera histórica, la facultad de guerra. Dos guerras mundiales y la guerra fría desempeñaron un papel decisivo para incrementar la influencia de la presidencia moderna. Sin embargo, como han aprendido los presidentes desde 1989, los estadounidenses, ante la ausencia de un riesgo externo, vuelcan su atención al interior y por lo tanto piensan que dependen en menor medida del presidente como protector de la nación. La estructura constitucional crea un balance, tanto para unificar en tiempos de guerra, como para descentralizar en épocas de paz.

C. La Suprema Corte

25. *La estructura del Poder Judicial*. De la misma manera en que la Constitución estructuró al senado con ciertas características para ser más deliberativo (es decir, razonable) que la Cámara, también estructuró a la judicatura federal de tal forma que la hizo más capaz para examinar la legislación en lo referente a su apego a la Constitución. Como es ampliamente sabido, la creación y caracterización de la Suprema Corte como una rama igual al gobierno fue una novedad estadounidense. Esta condición de la Corte originó la doctrina de la revisión judicial, tal como se forjó en el caso *Marbury vs. Madison*.⁶⁰ Lo novedoso de la institución y de la doctrina de revisión judicial ha hecho que la atención se centre en esta rama y no en las otras dos. Esta atención ha crecido a la vez con la impresión de que la función principal de la Suprema Corte es la ejecución (y el incremento en su aplicación) de la Declaración de Derechos Fundamentales. Sin embargo, la aplicación de esta declaración no ha constituido la mayor parte de la labor de la Suprema Corte hasta los años

59 Véase Woodrow Wilson, *Congressional Government: A Study in American Politics*, Boston, Houghton Mifflin, 1885.

60 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

sesenta. Es más, durante los primeros cien años de vigencia de la Constitución, la Declaración de Derechos Fundamentales figuró en muy pocas decisiones de la Corte. Lo anterior no significa que la judicatura federal y los demás tribunales federales no se involucraran en la protección de los derechos. Por el contrario, gran parte del trabajo de la judicatura en la protección de los derechos ha incluido la protección procesal otorgada por la competencia de la Corte, establecida en la Constitución, con el fin de aplicar la legislación del Congreso si ésta es constitucional; proteger a los estados y los individuos de legislaciones federales inconstitucionales, y servir como un foro neutral entre los diferentes estados, los diferentes estados y el gobierno federal, y entre los ciudadanos de distintos estados.⁶¹

26. *La Corte está diseñada para enfrentarse a la voluntad popular.* Es importante entender la teoría que explica por qué la Constitución establece una Corte, cuyos miembros se designan de por vida,⁶² y que tiene poderes iguales a las otras dos ramas políticas; ello otorga a los tribunales la facultad para hacer la revisión judicial, pudiendo prevenir la aplicación de la legislación aprobada por los cuerpos elegidos democráticamente. Como ya se mencionó anteriormente, el proceso legislativo ha sido estructurado para refinar y comprometer las propuestas políticas hasta el punto de que sean aceptadas mediante un proceso amplio de consenso antes de que se promulguen como ley. Sin embargo, tal y como los redactores lo entendieron, la legislación representa la voluntad actual del pueblo y, en algunas ocasiones, puede alejarse de los requisitos constitucionales. Cuando esto sucede, la Constitución permite que la judicatura federal revise la congruencia entre la legislación y la Constitución. En el momento en que los miembros del Congreso y el presidente son obligados por medio de su juramento a defender la Constitución, también lo hacen frente al electorado. Los jueces federales son designados por el presidente y aprobados por el senado. Permanecen en su cargo mientras dure su “buena conducta”, es decir, de por vida, con la excepción de que la Cámara acuse a alguno de cometer “delitos graves e infracciones” y, mediante un procedimiento de acusación formal (*impeachment*), sea removido por el senado, o a menos de que uno de los jueces renuncie.

61 Véase Constitución de los Estados Unidos, art. III.

62 La designación de los jueces se mantiene mientras actúen con “buena conducta”, es decir, sólo pueden ser removidos de sus cargos por medio de un procedimiento de acusación formal (*impeachment*). Solamente un juez de la Suprema Corte, Samuel Chase, ha sido acusado por la Cámara (1804), aunque no fue condenado por el senado, acción que hubiera sido necesaria para removerlo del cargo.

Los jueces federales han sido removidos por responsabilidad directa al electorado, en virtud de que su autoridad es vigilada por éste mediante el presidente y el senado. Esto es así, precisamente para permitir que los jueces tengan la posibilidad de defender la Constitución frente a las mayorías populares que actúan en contra de ésta.⁶³ La protección de la libertad individual tal y como los redactores la percibieron por medio de experiencias poco afortunadas en diversos estados, requiere algo más que sólo una lista de derechos, o de especificar la separación de los poderes en un pedazo de papel. La Constitución mantiene la facultad de juzgar de manera independiente y separada de las otras dos ramas con el fin de evitar la tiranía.⁶⁴

27. *La Corte está diseñada para enfrentarse al Congreso.* La “independencia de la judicatura federal” y su separación y condición igual a las otras dos ramas, han sido conceptos que normalmente se han asimilado, aunque son dos teorías técnicamente distintas. Montesquieu pensó que el sistema inglés ejemplificaba el principio de separación de poderes. Sin embargo, los jueces ingleses, por lo que el término “independiente” significa, no fueron —ni son— independientes y similares al Parlamento. La “independencia” de los jueces se ha identificado con la conservación de su puesto durante la “buena conducta” y con la posibilidad de mantener un salario que no puede reducirse. Los jueces no deben temer que el hecho de otorgar decisiones políticamente impopulares vaya en detrimento de su seguridad profesional y económica. La judicatura federal, como una rama similar en un sistema de separación de poderes, tiene la facultad de la revisión judicial que le permite controlar a las otras dos ramas, así como a los estados.⁶⁵ Esta facultad negativa, similar al veto del presidente, permite que en la práctica la judicatura no sea abrumada por el Congreso que es inherentemente más poderoso.

28. *Justificación doctrinal para la existencia de este poder.* Algunas personas encuentran complicado justificar el poder de la judicatura federal en un sistema democrático. Puede ser que la explicación dada de manera clara tanto por *El federalista* (núm. 78) como por el presidente de la Corte, John Marshall, en

63 De igual manera, no podrá reducirse el salario de los jueces federales mientras dure su gestión.

64 “La acumulación de todos los poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía.” *El federalista*, núm. 47, p. 313 [pp. 204-205].

65 Los jueces estatales también tienen la facultad de revisión judicial en un sistema de separación de poderes, pero en algunos estados no son “independientes”, ya que son nombrados por elección.

el famoso caso de *Marbury vs. Madison* (1803)⁶⁶ involucre conceptos sobre la naturaleza del derecho ya olvidados.⁶⁷ La Constitución escrita, como ambos explicaron, representa la voluntad permanente de la mayoría (*permanent will*) y de hecho en su totalidad es la voluntad unánime del pueblo. Si la voluntad actual de la mayoría contradice la voluntad permanente, es esta última la que debe prevalecer. Otra forma de explicar esto consiste en reconocer que la revisión judicial fue diseñada para mantener, en la práctica, el principio del Estado de derecho. La democracia pura enfatiza la *voluntad* de la mayoría. Si no se limita, esa voluntad puede actuar arbitrariamente y discriminar a aquellos que no estén de acuerdo con ella. A lo largo de la historia, las democracias sin control han degenerado en reglas de populacho. Al someter las voluntades de las mayorías cambiantes a la “ley suprema” de la Constitución, misma que es “la ley suprema del país” según el artículo VI, el documento intenta reconciliar la tensión entre el gobierno de la voluntad de la mayoría y el gobierno de las leyes (*rule of law*).

29. *Las facultades de la Corte confirman el compromiso con el Estado de derecho.* Los oponentes de la Constitución pensaron que el hecho de otorgar a los jueces federales la facultad de descalificar la legislación haría que los tribunales fueran superiores al Congreso. Aquellos que propusieron la Constitución contaron con que los jueces no ejercitarían su propia voluntad,⁶⁸ y que si en algunas ocasiones se desviaban de esta práctica, la Constitución establecía otras salvaguardas, como el juicio de acusación formal (*impeachment*).⁶⁹

66 En la p. 177 de dicho caso se estableció que: Si un acto de la legislatura, contrario a la Constitución, es nulo, ¿obliga a los tribunales a pensar de la invalidez de dicho acto, y por lo tanto, los obliga a tomar medidas? O, en otras palabras, aun cuando no es ley, ¿constituye una regla operante como si fuera ley? Lo anterior eliminaría de hecho lo que se ha establecido en la doctrina; y parecería, a primera vista, una tontería lo suficientemente grotesca como para insistir en ella. Sin embargo, debe recibir una consideración más atenta. Es, enfáticamente, el fin y el deber del departamento judicial afirmar lo que es el derecho. Aquellos que aplican la regla a asuntos particulares deben necesariamente comentar e interpretar la misma. Los tribunales deben decidir en la aplicación de las reglas cuando éstas se encuentren en conflicto.

67 Antes, durante y después de la fundación de Estados Unidos, el derecho se entendía en el contexto amplio del “derecho natural”. Esta noción se perdió paulatinamente durante el siglo XIX. En el siglo XX una doctrina positivista ha dominado la práctica y teoría jurídicas.

68 El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos. *El federalista*, núm. 78, p. 504 [p. 331].

69 *Ibid.*, núm. 81, p. 526.

Esto es, cuando los jueces introducen su propia voluntad, ellos han subvertido el principio del Estado de derecho. Algunos connotados observadores podrían coincidir en que durante estos 200 años la Suprema Corte ha confundido, en algunas ocasiones, sus preferencias con lo establecido en la Constitución (aunque los observadores no estarán de acuerdo sobre qué casos involucran esa voluntad de manera intencional). Sin embargo, la forma de hacer las decisiones de la Corte, y la crítica que genera, han servido como un constante recordatorio de que la Constitución de los Estados Unidos confirma el compromiso original de la nación con el Estado derecho.

IV. FEDERALISMO

A. *El concepto de la soberanía dual*

30. *Los estados retienen la facultad de soberanía.* La Constitución no otorga ninguna facultad a los estados; éstos obtienen sus facultades directamente de sus ciudadanos. Al adoptar la Constitución, el pueblo negó ciertas facultades a los estados y las trasladó a un gobierno federal ampliado. Las limitaciones específicas a la soberanía de los estados están enumeradas en el artículo I, sección 10, muchas de las cuales complementan las facultades específicamente conferidas al gobierno federal.⁷⁰ Las facultades de los estados que no están expresamente limitadas por la Constitución son retenidas por ellos.

a) *Existe controversia sobre el alcance de la facultad implícita del gobierno federal para controlar las acciones de los estados.* El punto de controversia siempre ha sido si la legislación federal o las decisiones judiciales, conforme a sus facultades implícitas o inherentes, pueden limitar a los estados con base en inferencias de las facultades expresamente otorgadas por la Constitución.

Durante los debates de ratificación, los detractores de la Constitución arguyeron que la última cláusula de la lista de facultades otorgadas al Congreso en el art. I, secc. 8, la llamada cláusula de lo “necesario y apropiado” (*necessary and proper*)⁷¹ le confería al Congreso el poder de aprobar cualquier

⁷⁰ Los estados no tienen facultades sobre asuntos referentes a las relaciones exteriores ni sobre importaciones y exportaciones, salvo que cuenten con el consentimiento del Congreso.

⁷¹ La sección 8 establece en la parte pertinente: “El Congreso tendrá la facultad [...] de crear las leyes —que sean necesarias y apropiadas— para ejecutar las facultades existentes, y todas las demás facultades conferidas por esta Constitución al gobierno de Estados Unidos, o cualquier departamento o funcionario de aquí en adelante.”

ley que deseara, sin importar los límites aparentes de las facultades enlistadas específicamente. Demandaron una enmienda para nulificar este lenguaje. El resultado fue la décima enmienda, parte de la Declaración de Derechos Fundamentales, que de hecho no hace lo que los opositores a la Constitución querían, es decir, convertir otra vez la nueva “federación” en una Confederación.⁷² Los artículos de la Confederación contenían una cláusula que claramente dejaba a los estados el control de sus facultades soberanas al establecer que “todas las facultades no *expresamente* concedidas, se les entienden reservadas”. El lenguaje de la décima enmienda es parecido a éste, salvo por la notable ausencia de la palabra “expresamente”.⁷³ Así, la Constitución, aun después de la adición de la Declaración de Derechos Fundamentales, retuvo la estructura de facultades recién creada que dio fin a la Confederación y estableció una “república compuesta”, en parte federal y en parte nacional.⁷⁴ El texto de la Constitución posiblemente dejó abierta la cuestión de cuánta erosión, en caso de haberla, sufrían las facultades soberanas remanentes en los estados.

b) *El significado original de la cláusula de lo “necesario y apropiado”*. Aunque los defensores federalistas de la Constitución proponían un gobierno más energético y previeron en la Constitución que el gobierno federal tuviera todas las facultades necesarias, entendieron claramente que el alcance de la autoridad del gobierno federal estaba limitado a aquellas áreas en que una acción unificada en beneficio de la Unión fuera “necesaria y apropiada”. James Madison escribió en *El federalista* que las facultades concedidas al gobierno nacional son pocas y se refieren a aquellos asuntos en que ningún estado es competente para actuar por sí mismo:

72 Antes de la Constitución de los Estados Unidos, “federación” y “confederación” eran términos similares. *El federalista* de hecho clasificó a la nueva forma de “federalismo” como una “república compuesta”, es decir, en parte federal y en parte nacional.

73 La décima enmienda establece: “Las facultades que no hayan sido concedidas a Estados Unidos por la Constitución, o que hayan sido prohibidas por ella a los estados, están reservadas a los estados respectivamente, o al pueblo.”

74 De esta manera, la Constitución propuesta no es, en estricto sentido, nacional ni federal, sino una composición de ambas características. En su fundamento es federal y no nacional; en las fuentes de las que se extraen las facultades ordinarias del gobierno, es parcialmente federal y parcialmente nacional; en la operación de esas facultades es nacional, mas no federal; en el alcance de las mismas es, de nuevo, federal y no nacional; y, finalmente, en cuanto a la autoridad facultada para enmendarla, no es totalmente federal ni totalmente nacional. *El federalista*, núm. 39, p. 250.

Los principales propósitos a que debe responder la Unión son éstos: la defensa común de sus miembros; la conservación de la paz pública, lo mismo contra las convulsiones internas, que contra los ataques externos; la reglamentación del comercio con otras naciones y entre los estados; la dirección de nuestras relaciones políticas y comerciales con las naciones extranjeras.⁷⁵

Estas cuatro áreas generales pueden resumirse en dos rubros principales: 1) la protección del orden público ante las amenazas externas e internas y 2) la regulación de las relaciones comerciales entre los estados y todas las relaciones con otros países.

c) *Las guerras influyeron en la extensión del poder federal; el resultado ha sido una autoridad traslapada.* Hasta la guerra civil, este estrecho espectro de actividades describía la operación del gobierno nacional. Los efectos de la guerra civil y las guerras subsecuentes, así como el crecimiento del comercio, produjeron la expansión de los poderes nacionales a áreas que originalmente se encontraban bajo el control exclusivo de los estados. Sin embargo, al mismo tiempo, los estados generalmente no perdieron la facultad de hacer leyes que regularan las mismas áreas. El resultado ha sido un panorama jurídico muy complejo en el que con frecuencia las leyes federales y las estatales regulan una misma conducta.

B. Barreras estatales al comercio

31. *La Constitución se construyó sobre la relación de reciprocidad entre los estados, existente desde el periodo colonial.* Los artículos de Confederación previeron un libre tránsito de personas y, hasta cierto punto, uno comercial. Todos los ciudadanos, es decir, los varones que no eran esclavos ni extranjeros, gozaban de libre ingreso y egreso a cualquiera de los estados libres e independientes. Disfrutaban de “todos los privilegios del comercio, estaban sujetos a los mismos derechos de importación, imposiciones y restricciones que los habitantes”. Los estados no podían impedir que un ciudadano de un estado removiera de éste las posesiones que había llevado a otro estado. Los artículos también obligaban a los estados a extraditar fugitivos y a dar plena fe y crédito (*full faith and credit*) “a los registros, actos y procedimientos judiciales de los tribunales y los magistrados de todos los demás estados”. Estas disposiciones no eran completamente eficaces para facilitar la cooperación entre

75 *Ibid.*, núm. 23, p. 142.

los estados debido a que cada estado “retenía su soberanía, libertad, e independencia, y cada facultad, jurisdicción y derecho que no (hubiera) sido expresamente concedida por esta Confederación”.

32. *Reglamentación del comercio interestatal, una facultad penetrante.* Con excepción de las cuestiones de defensa nacional y de relaciones exteriores, el empuje de las facultades concedidas al gobierno federal se relaciona con las cuestiones comerciales y económicas. La más importante es la facultad que tiene el Congreso para regular el “comercio entre los estados”. Esta facultad fue conferida al Congreso debido a que mientras los estados retuvieran la habilidad de controlar el comercio en sus fronteras, restringían o inhibían el comercio cuando consideraban que hacerlo era congruente con sus intereses, tal como las naciones-Estado lo han hecho a lo largo de la historia. Como observó *El federalista*:

La necesidad de una autoridad que superentienda en el comercio recíproco de los estados confederados ha sido demostrada por otros ejemplos, además del nuestro [...] En Alemania, una ley del imperio dispone que los príncipes y los Estados no pueden cobrar portazgos ni derechos de aduana en los puentes, ríos o pasajes, sin el consentimiento del emperador y de la dieta, aunque de la cita que hicimos en otro artículo aparece que la práctica, como ocurre a menudo en esta confederación, no se aplica a la ley y ha producido los males que hemos previsto aquí.⁷⁶

Es interesante notar que, históricamente, cuando la Constitución se estaba redactando y mientras se llevaban a cabo los debates, la concesión al Congreso de una facultad sobre el “comercio entre los estados”⁷⁷ no fue controversial, sino que adquirió este carácter cuando la facultad se implementó mediante la interpretación de la Suprema Corte. La fuente del conflicto tuvo su origen en un choque de soberanías. Los estados a veces sostuvieron que retenían su soberanía de la misma manera en que había existido bajo la forma confederada de gobierno. Sin embargo, la Constitución limitó la soberanía de los estados⁷⁸ en diversos aspectos. Sin estos límites, los estados hubieran tenido el poder de controlar el tránsito de bienes hacia dentro y fuera de sus fronteras.

33. *La controversia surgió cuando se intentó determinar si Estados Unidos era una república agraria o comercial.* Durante los años formativos de la república, las visiones en pugna sobre la libertad entre Alexander Hamilton,

⁷⁶ *Ibid.*, núm. 42, pp. 274-275 [pp. 179-180].

⁷⁷ Constitución de los Estados Unidos, art. 1, secc. 8, cl. 3.

⁷⁸ *Ibid.*, art. I, secc. 8.