

PRÓLOGO

Este libro fue pensado con dos objetivos principales. Por un lado, nos proponemos homenajear la reconocida trayectoria del profesor Mark Tushnet, y por el otro, queremos ayudar a difundir en Hispanoamérica su teoría constitucional, que representa uno de los pensamientos más abiertos y avanzados que hoy pueden encontrarse en el área. Consideramos que la difusión de este prolífico autor es por ello necesaria: a pesar de los valiosos aportes que ha realizado al derecho constitucional, a la teoría constitucional y al derecho constitucional comparado, los mismos resultan aun insuficientemente conocidos en nuestro medio. El enfoque que nos propone Tushnet —un enfoque que nació mirando a la realidad de los Estados Unidos, pero que no se convirtió por ello en un enfoque “parroquial”— puede ayudar en nuestro ámbito también, para plantear visiones distintas a las prevalecientes sobre temas como la justicia constitucional, la relación entre derecho y política, los derechos sociales y su implementación o “ejecutividad”, entre muchos otros.¹ Desde nuestra perspectiva, en el medio hispano tiende a predominar, todavía en la actualidad, una concepción elitista y formalista del derecho constitucional y, en particular, de la justicia constitucional.

Para el logro de los objetivos propuestos, hemos invitado a autores de diversas procedencias y experiencias profesionales que

¹ Por citar algunos ejemplos destacados “A Critique of Rights: An Essay on Rights”, vol. 8, núm. 2, *Texas Law Review*, 1984, p. 1363; “Progressive Constitutionalism: What Is It?”, *Ohio State Law Journal*, vol. 72, p. 1074; “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, *Michigan Law Review*, vol. 94, p. 245; *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 2000; *Comparative Constitutional Law*, coautora Vicki Jackson, 2a. ed., Foundation Press, 2006; *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2007.

han sido alumnos, han trabajado y/o conocen profundamente la teoría del profesor Tushnet. Entre los autores que participan en el libro hay argentinos, brasileños y mexicanos que son jueces o desempeñan funciones en las cortes supremas de sus respectivos países, se dedican de tiempo completo a la academia, o trabajan como abogados postulantes.² Además, se trata de autores que piensan críticamente sobre las propuestas del autor. Así, no se trata de una obra que se contente con traducir al español o reproducir los aportes de Tushnet, sino de una que procura la difusión de la obra a través de un diálogo crítico. Estamos convencidos de que ésta es la forma en que prefiere que nos acerquemos a su trabajo, una de las figuras más prominentes que ha dado del movimiento *Critical Legal Studies*.

En su introducción al libro *Derecho constitucional crítico y comparado*, el profesor Tushnet nos responde algunas preguntas sobre su visión del derecho constitucional nacional y comparado, la relación entre derecho y política, el papel de los tribunales constitucionales en un sistema constitucional, la efectividad de la movilización legal o la conveniencia de utilizar las tribunales para lograr cambios sociales. Además, hace importantes precisiones sobre su visión del constitucionalismo popular que ayudan a resolver algunas dudas de sus críticos. Asimismo, no podemos pasar por alto la revelación que nos hace al terminar la introducción, en donde con modestia manifiesta carecer de una teoría constitucional como tal. En su opinión, él sólo ha sido capaz de ofrecer ciertas concepciones normativas sobre la Constitución, que pueden ser incorporadas a través de la interpretación, aunque —admite— por sus inclinaciones ideológicas de izquierda duda que así vaya a suceder. Esta revelación, que puede sorprender a cualquiera que conoce la vasta e interesante obra de Tushnet, no hace más que confirmar el trato amable, generoso y respetuoso que nos ha brindado a todos los que hemos participado en este libro.

² Debemos reconocer que echamos de menos la participación de más mujeres en la obra, aun cuando invitamos a muchas reconocidas autoras que por una u otra razón no pudieron participar.

En el primer capítulo, “Recuperar el lugar del «pueblo» en la Constitución”, Roberto Gargarella retoma la obra de autores como Mark Tushnet para imaginar los posibles rasgos de un constitucionalismo capaz de (re)situar a la categoría “pueblo” —que las Constituciones modernas suelen invocar desde sus prólogos— en el lugar central de sus preocupaciones prácticas y efectivas.

En el segundo capítulo, “Constitucionalismo popular y populismo constitucional como categorías constitucionales”, Micaela Alterio nos propone una distinción entre constitucionalismo popular y populismo constitucional, para lo cual nos hace notar su convergencia en rescatar el papel de lo popular —“del pueblo”— en la vida política, dándole un marcado protagonismo, para después detenerse en las divergencias que agrupa en tres puntos: 1) la concepción de pueblo que sostienen; 2) los canales para su expresión (o de mediación de la voluntad popular), y 3) la relación que establecen con la Constitución. La distinción construida por Alterio resulta por demás oportuna, pues uno de los ataques recurrentes e infundados al constitucionalismo popular como teoría normativa radica en su confusión con el populismo como teoría política, o más específicamente con lo que la autora entiende por populismo constitucional.

En el tercer capítulo, “Tushnet y el control constitucional: una teoría ligeramente desenfocada”, Juan González Bertomeu hace una reconstrucción de la teoría constitucional de Tushnet con el fin de poner sobre la mesa los límites que la teoría de Tushnet puede tener sobre el control judicial, en particular en el contexto latinoamericano. Entre otras cuestiones, el autor resalta la importancia de lo que Tushnet identifica como la Constitución gruesa, relativa al modo de cómo funcionan las instituciones políticas. En las democracias débiles, como las latinoamericanas, nos dice el autor que el control judicial puede servir para forzar a los políticos a honrar sus compromisos con la sociedad.

En el cuarto capítulo escrito por el juez de la Corte Suprema de Brasil, Luis Roberto Barroso, “La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, el

autor defiende la legitimidad democrática de la función de las cortes supremas, y en particular del Supremo Tribunal de Brasil, con base en la representación argumentativa de las mismas, tal y como ha sido sugerido por Robert Alexy. Ante la crisis de la representación y echando mano de una concepción deliberativa de la democracia, el autor defiende un control judicial que atiende a demandas sociales que no han sido satisfechas en la escena política.

En el quinto capítulo, titulado “Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía judicial: posibles lecciones para Brasil”, Miguel Godoy expone una crítica a las ideas de supremacía judicial y última palabra a partir de los postulados del constitucionalismo popular, particularmente a partir de las ideas planteadas por el profesor Mark Tushnet, y reflexiona sobre sus posibles potencialidades para la realidad política y jurídica de Brasil. Asimismo, rechaza las usuales críticas de que el constitucionalismo popular sea una teoría muy lejana o imposible de ser aplicada a países latinoamericanos como Brasil. Al contrario, en tanto el constitucionalismo popular demuestra el desacoplamiento entre el derecho y el pueblo, nos permite entender los problemas jurídicos, políticos y sociales de esta realidad tan peculiar. A partir de esta premisa se nos brindan posibilidades para repensar las prácticas políticas y jurídicas en ese país.

En el penúltimo capítulo, “Constitucionalismo y democracia: una tensión inevitable”, Rodrigo Díez reivindica la utilidad de la teoría de Tushnet para dudar sobre las certezas que nos ofrece la teoría constitucional contemporánea. Particularmente, sobre la forma de resolver la tensión entre democracia y constitucionalismo y el papel preponderante que se reconoce a los jueces en una democracia y los límites de sus atribuciones. Asimismo, nos invita a reflexionar acerca de qué órgano es el adecuado para hacer juicios constitucionales (asambleas o jueces), a la luz de la experiencia mexicana.

En el último capítulo, “Desenmascarando el constitucionalismo autoritario”, Roberto Niembro conceptualiza al “constitu-

cionalismo autoritario”, tomando como punto de partida la definición que de éste hace Mark Tushnet, en uno de sus últimos trabajos. Ahora bien, a diferencia de Tushnet, que considera que el constitucionalismo autoritario está basado en una Constitución con contenido autoritario, Niembro nos propone entender el constitucionalismo autoritario como una forma autoritaria de ejercer el poder en sistemas democráticos débiles en lo que se utiliza una Constitución liberal democrática como fachada. El autor utiliza el caso de México como ejemplo de su concepción sobre el constitucionalismo autoritario y nos propone algunas tareas para una teoría crítica que busque combatir el constitucionalismo autoritario.

Consideramos que esta mirada tan empática como crítica de la obra de Mark Tushnet, que se encuentra en todos los textos mencionados, representa el mejor homenaje que podemos hacerle a una vida intelectual dedicada a hacer mejor el derecho constitucional.

Roberto GARGARELLA
Roberto NIEMBRO