

TUSHNET Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: UNA TEORÍA LIGERAMENTE DESENFOCADA

Juan F. GONZÁLEZ BERTOMEU*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reconstrucción: Tushnet y el CJC*. III. *Tipo de problema, de teoría, de control judicial y de Constitución*. IV. *Una teoría ligeramente desenfocada*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El hilo que une los capítulos de este libro es la formidable obra del profesor Mark Tushnet, y la mejor manera de rendirle tributo es analizarla críticamente. A nivel personal, he aprendido mucho leyendo a Tushnet, de prosa siempre sugerente y punzante. Recientemente, además, tuve el honor de ser su modesto coautor en una contribución conjunta, y nuestros intercambios me resultaron enormemente enriquecedores.¹ Su paciencia y modestia son aleccionadoras. Si bien su producción académica es vasta, pues ha escrito sobre temas diversos en el ámbito del derecho y de la teoría constitucional, Tushnet dedicó buena parte de su atención al problema del control judicial de constitucionalidad, o CJC, en una serie de obras que concitaron un amplio interés dentro de la

* Profesor de tiempo completo, Escuela de Derecho, ITAM. El título del capítulo se inspira en el título de la autobiografía de Robert Capa, *Ligeramente desenfocado*, Madrid, La Fábrica, 2009.

¹ Tushnet, Mark y González Bertomeu, Juan, “Justiciability”, *Routledge Handbook on Constitutional Law*, Routledge, 2013.

comunidad jurídica no sólo de su país, sino del mundo.² De sus objeciones al CJC, me ocuparé en este breve capítulo.

Tushnet es uno de los críticos más destacados del CJC. El autor es uno de los miembros más conspicuos de la corriente conocida como “constitucionalismo popular”, que aboga por un rol mayor del pueblo o sus representantes al interpretar la Constitución, y un rol menor (o inexistente) de los tribunales. En sus intervenciones, Tushnet ha llamado la atención sobre lo que estima que son los problemas del funcionamiento del CJC en una comunidad política democrática, particularmente debido al carácter no directamente mayoritario de la institución. Pese a que el énfasis inicial del autor (en su obra seminal *Taking the Constitution Away from the Courts*) había sido el CJC como tal, en contribuciones posteriores (en particular en *Weak Courts, Strong Rights*), la crítica se volvió más acotada, centrándose en lo que denominó la forma “fuerte” de control judicial.³ El CJC en su versión fuerte priva a los órganos representativos de la oportunidad de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de una ley formulada por los jueces, y es la concreción institucional de la supremacía judicial en temas constitucionales. En términos de Tushnet, los políticos bajo esta forma fuerte están incapacitados para desplazar con facilidad las decisiones políticas que no desean, una vez que los jueces se decantan por una interpretación particular de la Constitución. El CJC “débil” puede adoptar distintas configuraciones institucionales, pero, a diferencia de la versión fuerte, en ninguna de ellas está previsto que la palabra de los jueces sea necesariamente la última respecto de todas las cuestiones invo-

² Me refiero principalmente a las siguientes dos obras: Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999; Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton University Press, 2008. Una contribución posterior, también relevante, es Tushnet, Mark, “Against Judicial Review”, *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 09-20*, 2009. La traducción de fragmentos de estas obras que figuran en este capítulo me pertenece.

³ Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, *cit.*, pp. 3-17.

lucradas.⁴ En *Weak Courts*, entonces, el enemigo principal es la supremacía judicial, no el CJC como tal.⁵

Las aportaciones de Tushnet al tema del CJC son extremadamente relevantes e interesantes. Sin embargo, entiendo que tienen importantes limitaciones, que en particular, aunque no exclusivamente, aparecen al momento de intentar aterrizarlas al escenario latinoamericano. En este capítulo analizaré algunas de esas limitaciones. Comenzaré, en la sección II, exponiendo las principales objeciones del autor al CJC y su concepto de Constitución. Luego presentaré mis comentarios críticos, organizados en dos secciones. En la primera de ellas (sección III) me centraré en aspectos generales de su teoría, incluyendo algunos metodológicos. La sección IV es más breve, y en ella intentaré mostrar que algunas de las nociones que Tushnet defiende no parecen atinadas para el contexto latinoamericano.

La posición crítica de Tushnet hacia el CJC puede, en parte, explicarse por su compromiso político, su postura respecto de los valores que una comunidad política debería abrazar. Tushnet, según entiendo, tiene una preocupación honda por la justicia social, y considera que los jueces en su país no son aliados en esta causa. Comparto plenamente esta preocupación; no obstante, podría existir un desfase entre la premisa de la que parte Tushnet (la defensa de la democracia y la justicia social) y la conclusión institucional que de ella deriva (la ausencia de CJC). Por supuesto, criticar a Tushnet en su posición contraria al CJC no implica defender la necesidad de esta institución en cualquier caso. El balance sobre el tema del CJC no puede ser categórico. Si en un sistema político determinado los jueces fueran irredentamente conservadores, corruptos o dependientes del gobierno u otros grupos de poder, y no existieran perspectivas de cambio, no habría mucho que decir allí a favor del CJC. Pero lo mismo cabe decir acerca de muchas otras instituciones.

⁴ Las variantes débiles se analizan en la sección III.

⁵ Cuando en este texto me refiera sin más al CJC, se tratará de la versión fuerte.

Quisiera concluir esta introducción expresando admiración por la honestidad intelectual que exudan los escritos de Tushnet. El autor avanza en su análisis poniendo de manifiesto sus dudas, lo que acaso aporte más a la discusión que una posición de férreo convencimiento (como la que tal vez muestre yo en estas páginas). El siguiente párrafo, referido a su crítica al CJC, lo ilustra:

Mi esposa es Directora del Proyecto Nacional de Prisiones de *American Civil Liberties Union*. Ella está en desacuerdo con casi todo lo que he escrito en este capítulo [a favor de abolir el CJC]. A veces, tarde en la noche, mientras me duermo, también lo estoy yo. Sin embargo, en la mañana estoy más alerta...⁶

II. RECONSTRUCCIÓN: TUSHNET Y EL CJC

Las preocupaciones centrales de Tushnet acerca del CJC y el concepto de Constitución son muy agudas. Destaco las que considero centrales, y reservo mis comentarios para otras secciones. Al hacerlo, ofrezco una descripción de sus argumentos que, espero, el autor aceptaría sin problemas. Sin embargo, se tratará de un recorte esquemático. El autor ha dedicado decenas de páginas al tema del control judicial, y sólo puedo recoger algunas de sus inquietudes.

1. *Legisladores y Constitución*

Tushnet escribe desde una posición protodemocrática en contra del CJC. Si bien hasta ahora no ha articulado una concepción más o menos completa de la democracia, lo que, como veremos, podría ser una limitación, parece apoyarse en una defensa más o menos tradicional de la democracia representativa y,

⁶ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 174 y 175.

naturalmente, en el principio de mayoría. Aunque la presupone, su postura sobre el CJC no se limita a refrendar la “dificultad contramayoritaria”, el viejo argumento que en los años sesenta del siglo pasado identificara Alexander Bickel, acerca de la tensión que se genera en una democracia cuando los jueces bloquean decisiones políticas tomadas por la mayoría.⁷ Tushnet va bastante más allá, pues ve como una pérdida en varios frentes el hecho de que los jueces bajo el CJC desplacen a los políticos en la toma de decisiones vinculadas con los valores constitucionales. En particular, cuando los jueces hacen interpretaciones omnicomprendivas de la Constitución que los legisladores no pueden ignorar.

Haciéndose eco de un conocido argumento sostenido por James Bradley Thayer a inicios del siglo XX,⁸ Tushnet sostiene que el control judicial puede socavar el interés de los legisladores por respetar los valores constitucionales, y por ende promover la irresponsabilidad política.⁹ Los legisladores saben que cualquier error que cometan puede ser reparado por los jueces. El CJC infantiliza a los políticos, y por ende falta al respeto, y debilita a la democracia. Tushnet identifica esta crítica como el fenómeno de “judicial overhang” (literalmente, “voladizo judicial” o “saledizo judicial”).¹⁰

Según el autor, el CJC modifica las interpretaciones populares acerca de la Constitución, que es desplazada así del escenario político para quedar reducida al ámbito de los tribunales, perdiendo en el camino su condición de fuerza potencialmente orientadora del cambio social. Además del hecho señalado de que las interpretaciones de los jueces ejercen una influencia negativa sobre los políticos, ellas suelen ser demasiado matizadas y débiles. Los jueces se preocupan demasiado por cuestiones técnicas, en

⁷ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press 1986.

⁸ Thayer, James Bradley, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Little Brown, 1893, pp. 29-30.

⁹ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 57-65.

¹⁰ *Idem*.

tre ellas las relativas a su competencia, lo que distrae la atención de las cuestiones sustantivas que deberían ocupar el centro de la escena.¹¹ Todo esto aleja a la ciudadanía de la Constitución y, nuevamente, impide que esta juegue el rol transformador que debería jugar. La Constitución, por ende, debe ser arrancada de las garras de los jueces.

Estas ideas se relacionan con otra que es central en la obra de Tushnet. Una defensa usual del CJC es que puede distinguirse tendencialmente entre jueces y políticos a la hora de velar por la Constitución. Mientras que los políticos tienen incentivos partidistas y electorales de corto plazo, y por ende la Constitución no ocupa en su trabajo un lugar prominente, los jueces, al estar más alejados del calor político y gozar en principio de independencia, serían buenos custodios de ella. Esta es una variante del argumento que Hamilton expusiera en *El federalista*.¹² Tushnet, sin embargo, niega esta diferencia, sosteniendo que se basa en una sobre-simplificación. Pero no lo hace simplemente afirmando que los jueces también están políticamente motivados. Tushnet se centra, en cambio, en la relación entre representantes y representados. Si bien reconoce que los políticos responden a incentivos electorales, el autor asegura que al electorado le interesa mucho lo que sus representantes hagan en materia constitucional.¹³

Así, los satélites estarían alineados: los políticos se preocupan por permanecer en el cargo, y para ello deben honrar la Constitución, pues sufrirían electoralmente en caso de no hacerlo. El respeto a la Constitución, en suma, es compatible con los incen-

¹¹ Peabody, Bruce G., “Coordinate Construction, Constitutional Thickness, and Remembering the Lyre of Orpheus”, *Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, abril de 2000, p. 670. Waldron tiene una postura similar a la de Tushnet. Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346.

¹² Hamilton, Alexander, Madison, James *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, núm. 78 y 79.

¹³ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 95-113; Michelman, Frank, “Populist Natural Law (Reflections on Tushnet’s ‘Thin Constitution’)”, *University of Richmond Law Review*, vol. 34, mayo 2000, p. 473.

tivos de legisladores y ciudadanos y quedaría básicamente asegurado por el propio juego de la política democrática, sin necesidad de que los jueces estorben.¹⁴

2. *Relevancia y posible redundancia del CJC*

Para Tushnet, el CJC no enfrentaría tantas objeciones si pudiera ser acotado temáticamente o diseñado para ser aplicado sólo en casos excepcionales (por ejemplo: para proteger a minorías censuradas en sus expresiones u otros “casos extremos de opresión”).¹⁵ El problema es que, incluso si la facultad de invalidar está concebida de una manera limitada, una vez que se pone en manos de los jueces se suele ejercer de un modo omnímodo.¹⁶ Entre otras razones, esto sucede debido a la profusión de teorías sobre el rol judicial y la interpretación de la Constitución, y a los incentivos de los jueces por agrandar su poder. Según Tushnet: “Preservar el control judicial para casos extremos significa permitirlo en casos ordinarios[,] y eso tiene sus costos”.¹⁷ Por ello es que, según afirma, el CJC débil puede desbordarse fácilmente, a un punto tal que no es claro que éste pueda existir de manera estable en la práctica.¹⁸

Sin embargo, nada de esto implica que el CJC sea una institución muy relevante. Tushnet sostiene más bien lo contrario: “Pese a tener algunos efectos, el control judicial es básicamente una institución que opera en los márgenes de nuestra vida política”.¹⁹ El autor asegura que el CJC no hace una diferencia práctica muy grande “para un lado o para el otro” en términos de la protección de las libertades de los ciudadanos o de la in-

¹⁴ Tushnet, Mark, *ibidem*; Michelman, *op. cit.*, pp. 473-475.

¹⁵ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, p. 162.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 155-163.

¹⁷ *Ibidem*, p. 163.

¹⁸ Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, *cit.*, pp. 43-76.

¹⁹ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, p. 174.

roducción de cambios sociales significativos.²⁰ Incluso cuando funcionara bien, el CJC sólo podría tener un impacto modesto.

La siguiente tesis del autor que mencionaré requiere una explicación algo más extensa. El argumento apunta a invalidar un tipo de defensa del CJC ensayada por algunos de sus partidarios, entre ellos Richard Fallon.²¹ Se trata de una defensa que, usando palabras de Tushnet y de Fallon, podemos identificar como “el argumento de la asimetría” o de la “redundancia”. Parte de la base de sostener que los “errores constitucionales” que un sistema político debería evitar, en particular cuando se trata de errores de sus funcionarios, son los que resultan en la violación de los derechos de las personas. Es decir, y en esto consiste la asimetría, no cualquier violación de la Constitución que se introduzca en el sistema legal, ya sea por parte de legisladores o jueces, cuenta por igual. A continuación explico mejor el argumento y la crítica de Tushnet.

Supongamos que una sociedad política cuenta con CJC. En este escenario, si los jueces invalidaran *incorrectamente* una ley sosteniendo que ella viola la Constitución, ellos mismos estarían introduciendo un error constitucional en el sistema jurídico mediante su decisión, que no habría existido sin CJC. Sin embargo, el argumento de la asimetría sostiene que estos errores no son tan serios como lo es una violación a los derechos constitucionales cometida al adoptar una ley, que sin CJC quedaría sin solucionar. El argumento es que el CJC introduce un nivel adicional de escrutinio, brindando una protección reforzada de aquellos valores constitucionales. En esto consistiría la redundancia: lo que sobra no daña.

La respuesta perspicaz de Tushnet es que, incluso si fuera cierto que el CJC logra proteger de mejor modo ciertos valores

²⁰ *Ibidem*, p. 154; Peabody, *op. cit.*, pp. 670-671.

²¹ Tushnet, Mark, “Against Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 14-16; Fallon, Richard, “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, 2008; González Bertomeu, Juan F., “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *Legal Theory*, Cambridge University Press, vol 17, núm 2, junio de 2011.

constitucionales, ello presupone una toma de postura valorativa muy problemática acerca de la misión del Estado. Se trata, en particular, de una postura libertaria y reacia a la acción estatal.²² La postura supone que los legisladores deben siempre ser limitados, pues de otro modo violarían la Constitución, en vez de reconocer que, lejos de ello, su trabajo podría revelar un esfuerzo genuino por prestar fidelidad a ella. Nuestra idea acerca de los errores constitucionales cambiaría, según el autor, una vez que reconociéramos que, al adoptar una ley, los políticos podrían estar honrando un compromiso constitucional, y no simplemente implementando una política ordinaria cuya compatibilidad con la Constitución debemos analizar. Esto ocurriría, especialmente, en el caso en que la Constitución de un país obligara a los funcionarios a actuar (por ejemplo: a adoptar ciertas políticas en materia de derechos sociales), y no sólo a omitir violar la Constitución mediante su acción. Si reconocemos esto, concluye Tushnet, ya no podemos sostener la tesis de que lo que hacen los jueces al invalidar erróneamente una ley es inocuo.²³ Al contrario, podrían estar socavando los derechos de las personas.

3. *¿Jueces o control judicial?*

La última objeción es la siguiente: Tushnet rechaza de plano una posible defensa del CJC, consistente en afirmar que, allí donde el CJC funciona de manera deficiente, ello puede atribuirse a la presencia de “malos” jueces. A la hora de juzgar al CJC, sostiene el autor, debemos hacer un análisis integral de todas las cuestiones decididas por los jueces, no sólo las que nos benefician en un momento dado. Y no debemos suponer que las decisiones que nos gustan son las correctas y que las que no nos gustan se deben a que los jueces se equivocan. “Ah —diría según Tushnet el defensor del CJC—. Si sólo tuviéramos jueces

²² Tushnet, Mark, “Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 15.

²³ *Idem.*

que en general estuvieran de acuerdo con mis puntos de vista, todo estaría bien”.²⁴ El problema obvio, agrega el autor, es que lo que usted y yo pensamos acerca de una decisión concreta podría diferir.²⁵ Asimismo, como vimos en la exposición anterior, incluso si existiera un camino objetivamente acertado que los jueces deberían tomar, existen tantas teorías disímiles acerca del rol de los jueces y la interpretación de la Constitución que sería relativamente fácil para un juez escoger la decisión que más se acerque a sus preferencias para luego arroparla bajo alguna de esas teorías o interpretaciones.²⁶

La conclusión del argumento de Tushnet es que, por lo general, el problema no son los jueces, sino el CJC como tal. Con el CJC siempre alguien gana y alguien pierde. Y si alguien piensa que los jueces son fantásticos, alguien más pensará que son demonios. Esto nos recuerda una afirmación de Duncan Kennedy de hace ya un par de décadas. Según Kennedy, los defensores actuales del CJC son quienes hoy se benefician de las decisiones que los jueces toman, mientras que sus detractores son quienes hoy se perjudican (tal vez los defensores del ayer).²⁷

4. Constitución “delgada” y Constitución “gruesa”

Me ocuparé de varios de estos argumentos más adelante. Llegados a este punto, sin embargo, es conveniente preguntarse qué es lo que para Tushnet significa la palabra “Constitución”, pues hasta ahora la he empleado de una manera convencional que no es la del autor. Esto es ineludible no sólo para elucidar su teoría, sino porque, como el propio autor reconoce, la aceptabi-

²⁴ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, cit., pp. 155.

²⁵ *Idem*. En esta cuestión, así como en varias otras, la posición crítica de Tushnet se acerca a la de Waldron.

²⁶ *Ibidem*, pp. 155-163.

²⁷ Kennedy, Duncan, “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, núm. 1, julio de 2006, pp. 47-90.

lidad de su visión particular de la Constitución (lo que denomina la Constitución “delgada”) es clave para que su crítica al CJC se sostenga.²⁸

En *Taking the Constitution...*, Tushnet formuló una distinción entre la Constitución “delgada” (thin) y la Constitución “gruesa” o “densa” (thick). Según el autor, las ideas o valores que merecen ser defendidos son los consagrados en la primera, no en la segunda. Es en la Constitución delgada que tenemos que pensar al preguntarnos acerca de si el CJC está justificado en una sociedad democrática, o si, por el contrario, el parlamento (y el Ejecutivo) son suficientemente respetuosos de la Constitución. La Constitución delgada se refiere a los principios y garantías generales de igualdad, libertad y libertad de expresión reflejados, explícita o implícitamente, en el texto de la Constitución. En el caso particular de la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución delgada encontraría sustento (literal o “espiritual”) en la Declaración de la Independencia y en el Preámbulo de la Constitución escrita, aprobada en Filadelfia en 1787. Sin embargo, los principios de la Constitución delgada no coinciden (necesariamente) con la formulación específica de los derechos contemplados en la Carta de Derechos de la Constitución.²⁹ Según la interpretación de Michelman, la Constitución delgada de Tushnet es un núcleo básico de principios morales que “todo estadounidense reconocería como incontestables”.³⁰

El proyecto constitucional, para Tushnet, consiste en un intento por consagrar y avanzar esos principios generales, que condensarían las aspiraciones del pueblo de su país.³¹ El carácter delgado de la Constitución se debe justamente a su generalidad, al

²⁸ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, p. 13; Michelman, *op. cit.*, p. 480.

²⁹ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 9-11. Véase también Michelman, *idem*.

³⁰ Michelman, *op. cit.*, p. 463.

³¹ Sanford Levinson defendiendo un argumento similar. Véase Levinson, Sanford, *Nuestra Constitución antidemocrática*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

hecho de que los principios que la constituyen no fijan o ciñen la interpretación que de ellos se haga. En vez de “determinar los resultados de controversias particulares”,³² la Constitución delgada (y, en general, el “derecho constitucional populista”, como denomina Tushnet a su propuesta) orienta e ilumina a la sociedad cuando ésta “piensa y discute hacia dónde debe dirigirse el país”.³³

Por supuesto, algunos de estos principios han sido interpretados a lo largo de décadas por los tribunales. Sin embargo, Tushnet sostiene que estas interpretaciones particulares no forman parte de la Constitución delgada, y que, por lo tanto, no deberían distraernos. Los principios que nos deben importar son generales, y como tal hay que tomarlos.³⁴ Tal como sugerí, a pesar de que guardan mucha relación con la Declaración y el Preámbulo, y en menor medida con la formulación canónica de los derechos en la Constitución, se trata mayormente de principios no escritos, lo que ha llevado a Michelman a calificar a Tushnet como un constitucionalista iusnaturalista.³⁵

¿Y qué hay de la Constitución gruesa? Según el autor, se trata básicamente del resto de la Constitución de los Estados Unidos, incluyendo de manera significativa las cláusulas que disponen sobre el modo en que deben constituirse y funcionar los órganos representativos, la manera en que deben celebrarse las elecciones, las relaciones entre los estados, etcétera. Según Tushnet, la función de la Constitución gruesa es la de ofrecer un marco para expresar los principios contenidos en la Constitución delgada.³⁶ Si el desarrollo de estos principios lo exigiera, al menos las cláusulas menos importantes de la Constitución gruesa podrían ser ignoradas.³⁷ Tushnet

³² Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 194; Peabody, *op. cit.*, p. 665.

³³ *Idem*; Peabody, *op. cit.*, p. 665.

³⁴ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, p. 11.

³⁵ Michelman, *op. cit.*, pp. 464-468.

³⁶ Véase, por ejemplo, Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 50-52; Peabody, *op. cit.*, p. 665.

³⁷ Peabody, *op. cit.*, p. 665.

asegura: “Lo que nos constituye como pueblo es la Constitución delgada, no la Constitución gruesa”.³⁸

Como dije, la obra de Tushnet es vasta y sus objeciones son más extensas que las enumeradas. Sin embargo, entiendo que la exposición anterior reconstruye razonablemente bien sus posturas principales acerca de la naturaleza de la Constitución y el rol del CJC. A continuación, entonces, ofreceré una mirada crítica.

III. TIPO DE PROBLEMA, DE TEORÍA, DE CONTROL JUDICIAL Y DE CONSTITUCIÓN

Comenzaré esta sección con un conjunto de reflexiones vinculadas con la teoría (y, en particular, el tipo de teoría) que el autor defiende. Luego me centraré brevemente en el rol que para Tushnet tienen tanto los jueces como la Constitución en una democracia, y en los incentivos de los legisladores. Finalizaré analizando su concepto de Constitución.

1. ¿No hay solución?

Creo que hay algo acertado y algo exagerado en la postura de Tushnet de que un “mal” funcionamiento del CJC (como quiera que esto se defina) en parte puede resolverse con mejores jueces, y que el problema real en estos casos es siempre el CJC en su conjunto. En primer lugar, es del todo atinado sostener que los argumentos a favor o en contra del CJC tienen que trascender los resultados en particular de un momento dado. Obviamente, el hecho de que los jueces no me den la razón no me permite afirmar que están haciendo mal su trabajo; es probable que haya alguien que piense lo contrario.

Esto no implica, sin embargo, que uno siempre deba dejar de criticar a los jueces en funciones si es que no está preparado

³⁸ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, cit., pp. 50; Peabody, Bruce G., *ibidem*.

para criticar al CJC en su totalidad. Del hecho aceptado de que en la teoría constitucional existen teorías diversas sobre el rol y significado concreto de los derechos, y sobre el papel que los jueces deberían tener en una democracia, no se sigue que nada pueda decirse a favor de ninguna, que todas sean correctas o todas erróneas. Si concluimos, bajo la teoría o grupo de teorías que fuere, que es bueno para una democracia que los jueces ejerzan una función que luego en la práctica no cumplen, podríamos intentar modificarla o corregirla en vez de (o al menos antes de) anularla, ya sea designando mejores jueces, o echando mano a otra opción en materia de diseño institucional. Doy un ejemplo tal vez extremo. La Corte Suprema argentina a fines de los años noventa enfrentaba una aguda crisis de legitimidad debido a — entre otros factores — una percepción generalizada acerca de la deferencia estratégica y la corrupción de sus jueces. Una de las soluciones modestas que se implementaron (con bastante éxito) fue mejorar el proceso de selección de los nuevos jueces. A nadie se le ocurrió eliminar la Corte de cuajo sólo porque varios de sus jueces eran “malos”.

Desde luego, Tushnet o quien piense como él podrían insistir en que en una democracia es necesario apostar por el parlamento antes que por los jueces. Si el CJC no funciona bien en la práctica ¿por qué no lo eliminamos y concentramos toda nuestra energía en reforzar el parlamento? Si bien la respuesta a esta interrogante es compleja, afirmaríala, como mínimo, que ambos esfuerzos no parecen incompatibles. Por lo demás, podríamos caer en la cuenta de que en un sistema con un CJC deficiente es posible introducir reformas más o menos modestas que lo hagan más funcional. Si al mismo tiempo pensáramos que un CJC más funcional es un aporte para la democracia al reforzar, por ejemplo, el respeto de los derechos y (tal vez incluso) de los procesos políticos, luego, sería natural que intentáramos buscar soluciones que no implicaran su rechazo frontal. Dicho sea de paso, esto es lo que usualmente ocurre en el discurso práctico. En el plano latinoamericano en particular, existen críticos vehementes del con-

trol judicial de constitucionalidad, pero casi nadie suele abogar por abolirlo completamente.

Por supuesto, las objeciones de Tushnet tienen mucha actualidad. En los últimos tiempos, en los Estados Unidos, la Corte Suprema ha sido blanco de fuertes críticas, incluso de gente que había sido su fuerte defensora. Las críticas son sobradamente justificadas, y en su base está la razón por la que los constitucionalistas miramos hoy con mayor atención a tribunales constitucionales en otras partes del mundo (incluyendo a los latinoamericanos). Como se sabe, la Corte en los últimos años ha consolidado una deriva hacia la derecha. Entre otras cosas, se ha mostrado muy favorable a los grandes intereses económicos y a ampliar el rol de la religión en la vida pública, y ha exhibido hostilidad hacia una idea sustantiva de la igualdad o los derechos de consumidores y trabajadores.³⁹ En una contribución reciente en el *New York Times*, la reportera decana de la Corte, Linda Greenhouse, manifiesta su impotencia frente al partidismo conservador mostrado por la mayoría del tribunal.⁴⁰ Greenhouse relata que durante años se dedicó pacientemente a resistir los embates de personas de orientación liberal, como ella, contra la Corte, que sostenían que la mayoría conservadora estaba haciendo valer en forma descarada sus propias convicciones ideológicas, con independencia de lo que el derecho escrito o los precedentes dictaran. Pero concede que, luego de años de leer decisiones de la Corte y de observar el modo en que trabaja, está cerca de tirar la toalla y de rendirse a las críticas. Siempre hay una gota que hace rebalsar el vaso.

Hay ejemplos todavía más radicales e interesantes. El célebre profesor de derecho constitucional, Erwin Chemerinsky, autor del libro sobre el tema más usado por los estudiantes de los Estados Unidos, recientemente publicó un libro en el que, de manera

³⁹ González Bertomeu, Juan y Saffon, María Paula, “Raza, sexo, clase, empresas, empresas, empresas. Reflexiones en torno a la problemática mirada de la Corte Suprema estadounidense sobre la igualdad”, *Sin Permiso*, 15 de septiembre de 2013.

⁴⁰ Greenhouse, Linda, “Law in the Raw”, *The New York Times*, 12 de noviembre de 2014.

similar, tira la toalla en relación con la Corte Suprema.⁴¹ Chemerinsky sostiene haber defendido a la Corte durante décadas en sus clases, y haber presentado en sus estrados muchos alegatos, pero dice haber advertido ahora lo que durante muchos años no quiso ver: que, en su historia, el saldo que la Corte deja es más negativo que positivo. La Corte, dice Chemerinsky, no ha estado a la altura de las circunstancias, pues ha sido una defensora muy deficiente de la Constitución y de los derechos. Casi siempre se ha quedado corta, especialmente durante periodos de emergencia, donde más se la ponía a prueba. Incluso periodos de la Corte habitualmente tenidos como gloriosos por liberales como Chemerinsky, como la “Corte Warren” de los años sesenta, bastante preocupada por resguardar los derechos de los más desaventajados, mostrarían falencias una vez que se los observa con mayor rigor.

La contribución de Chemerinsky es de las más importantes de los últimos años en el tema del CJC, y representa una crítica demoledora a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y, sin embargo, Chemerinsky sigue siendo un gran defensor del CJC, por razones similares a las que cientos de académicos han sostenido a lo largo de décadas. En su libro afirma, a propósito de teorías como la de Tushnet:

Como alguien que frecuentemente lleva casos a favor de prisioneros o de víctimas de violaciones de derechos, tengo la sensación de que el constitucionalismo popular es el producto de una actividad académica alejada de la realidad que no reconoce que, para clientes como los míos, usualmente se trata de los tribunales o nada. Es probable que los prisioneros y los litigantes en temas de derechos civiles pierdan en los tribunales, pero generalmente no tienen ningún otro lugar al que recurrir excepto los tribunales.⁴²

En una entrevista, Chemerinsky sostiene: “No creo que debamos eliminar a la Corte Suprema”. Y continúa: “Creo que la

⁴¹ Chemerinsky, Erwin, *The Case Against the Supreme Court*, Nueva York, Viking, 2014.

⁴² *Ibidem*, p. 292.

Corte es esencial para proteger a la Constitución”.⁴³ Lejos entonces de sugerir abolir el CJC, como hace Tushnet en *Taking the Constitution...*, el autor incluye una lista de propuestas para reforzar la institución en general y el funcionamiento de la Corte en particular (por razones de espacio no reproduzco esas sugerencias). Esto va en contra de la admonición de Tushnet en cuanto a que el problema del CJC no pasa (sólo) por los jueces, sino (especialmente) por la propia institución, que habría acaso que eliminar. En el caso de la obra de Chemerinsky, esto sería evidente, en particular, dado que el saldo negativo que el autor ve se refiere a *toda la historia* de la Corte.

Más allá de lo que se piense de ella, la propuesta de Chemerinsky acerca de la hoy infausta Corte es perfectamente lógica. Chemerinsky está convencido de que la solución a los problemas de la Corte estaría (más o menos) a la vuelta de la esquina, por más que implementarlas efectivamente sea difícil dado el clima político reinante en su país. ¿Por qué debería entonces aceptar la salida drástica de sugerir abolir el CJC? Sostener que hoy no existe voluntad política para introducir mejoras, lo que posiblemente sea un diagnóstico correcto, es bien distinto a concluir que cualquier mejora imaginable es fútil o irrealizable, o que nada puede salvar a la Corte y al CJC.

2. Tipo de teoría

¿Qué tipo de teoría es la de Tushnet? Me interesa plantear la pregunta en varios niveles. El primero es acerca del grado de generalidad o abstracción de sus argumentos. Se trata, en definitiva, de saber sobre qué discutimos y qué comparamos. Como he sostenido en otro lugar, entiendo que es problemático analizar una institución como el CJC sin tener en claro cuál es el contex-

⁴³ Kapur, Sahil, “How to Fix the Supreme Court: Lessons from a Disenchanted Legal Scholar”, *Talking Point Memo*, 13 de octubre de 2014.

to en el que se aplicará y cuáles son las características centrales de su funcionamiento.⁴⁴ Anticiparé el problema y luego volveré sobre él. En *Taking the Constitution...*, el lector se queda con la idea de que la oposición al CJC es contextual, referida a los Estados Unidos. Sin embargo, en una obra posterior (“Against Judicial Review”),⁴⁵ el argumento es abstracto, y uno pensaría que aplicable en general a cualquier sistema político. Esto es un problema tanto para discutir sobre el tema en los Estados Unidos como fuera de ese país.

Como dije, Tushnet no se involucra en la discusión teórica sobre la democracia. Por consiguiente, no toma partido por una de las varias concepciones posibles de democracia existentes, o no aclara qué rasgos debe reunir un sistema político para ser una democracia o para no dejar de serlo. Este silencio hace difícil evaluar la pertinencia del CJC, y por ende, la crítica a esta institución, pues Tushnet no ofrece una métrica clara para analizar, entre otras cosas, si un país podría necesitar tal institución *dada* la debilidad de sus credenciales democráticas.

El autor aporta algunas trazas generales sobre su noción de democracia. Sostiene que un rasgo importante es que los representantes de la mayoría de la ciudadanía puedan desplazar fácilmente las políticas con las que discrepan.⁴⁶ Y el problema es que, como vimos, el CJC, bajo su forma fuerte, imposibilita el desplazamiento de interpretaciones de la Constitución hechas por los jueces. Puesto que Tushnet parece escribir en principio sobre los Estados Unidos, llama la atención que cargue casi todos sus dardos en contra del CJC y tan pocos en contra de otros arreglos institucionales allí vigentes que *también* obstaculizan la adopción de políticas favorecidas por la mayoría o el desplazamiento de políticas que la ciudadanía rechaza, como el veto del Ejecutivo

⁴⁴ González Bertomeu, Juan, “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *op. cit.*

⁴⁵ Tushnet, Mark, “Against Judicial Review”, *op. cit.*

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 1-3.

o la existencia de un Senado muy débilmente representativo de la mayoría de la población.⁴⁷ Esta omisión —o bajo énfasis— es llamativa.⁴⁸ Si bien los vetos pueden ser derrotados, y la resistencia del Senado puede ser vencida, ello exige mucho más que una simple mayoría. Y, a diferencia de lo que suele suceder con las interpretaciones que de la Constitución dan los jueces, los vetos no necesitan estar acompañados de un razonamiento acerca de la invalidez constitucional de la propuesta vetada. Tushnet dirige la mayoría de sus objeciones hacia el CJC, y, sin embargo, el número de propuestas vetadas en ese país eclipsa completamente al de leyes federales invalidadas.⁴⁹

Estas reflexiones están muy lejos de constituir un argumento a favor del CJC. No obstante, llaman la atención sobre una posible falta de equilibrio o consistencia en la crítica a esta institución. Algunos de los detractores del CJC, como en este caso Tushnet, suelen declararse ofendidos por la debilidad de las credenciales mayoritarias del CJC en los Estados Unidos, al tiempo que guardan silencio respecto de rasgos débilmente mayoritarios del proceso legislativo de su país. En una sociedad profundamente dividida como lo es hoy la estadounidense, esos rasgos son responsables, al menos en parte, de la parálisis legislativa que el país experimenta.

Una pista adicional sobre la dificultad de saber sobre qué discutimos y qué comparamos es la siguiente. Como vimos, Tushnet critica que el CJC ejerza una marcada influencia sobre los legisladores, lo que representaría una afrenta para la democracia y un factor de su debilitamiento. Este argumento —que, como dije, no sólo el autor ha sostenido— no es claro, y en todo caso depende

⁴⁷ González Bertomeu, Juan, “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *op. cit.*

⁴⁸ Aunque no son inusuales. Me he referido a esto en un escrito acerca de la obra de Sanford Levinson. González Bertomeu, Juan, “¿La Constitución de Sísifo? Levinson y el cambio constitucional”, estudio introductorio, en Levinson, *op. cit.*, pp. 11-37.

⁴⁹ *Idem.*

de validación empírica. Uno podría fácilmente especular con el argumento opuesto: que el CJC hace que los legisladores estén *más* atentos a la Constitución, y que sin él lo estarían menos.⁵⁰ Pero incluso si fuera correcto, el argumento se daría de patadas con otra de las posiciones de Tushnet: que la discusión sobre el CJC es en buena medida inocua, dado que no mucho cambiaría sin CJC. Obviamente, si fuera cierto que poco cambiaría sin CJC esto sería porque hoy el CJC no tiene un rol predominante en los Estados Unidos. A la vez, si esto fuera así, no se explicaría cómo es que los jueces ejercen tanta influencia sobre los políticos. Tushnet está cerca de reconocer este punto cuando pregunta: “Si el control judicial no hace mucha diferencia, ¿cómo es que abolirlo haría una diferencia...?”⁵¹

El autor insiste en que tal solución “contribuiría a una reflexión seria sobre la Constitución fuera de los tribunales”.⁵² El autor podría agregar, como vimos que en parte hacía, que el problema con el CJC es que los jueces obstruyen o dificultan el cambio social con los detalles y devaneos técnicos que introducen en las sentencias, y que luego los legisladores están forzados a tomar en cuenta. Concedamos entonces la razón a Tushnet en lo que finalmente es una cuestión empírica. Incluso si aceptáramos su predicción de que aboliendo el CJC mejoraría en los márgenes la discusión sobre la Constitución fuera de los tribunales, éste sería un aporte bastante modesto al problema, en apariencia enorme, que Tushnet veía en el CJC. Pareciera no haber una tercera posibilidad: o la influencia que ejercen los jueces sobre los legisladores es excesiva, en cuyo caso eliminar el CJC haría una diferencia relevante, o no lo es, en cuyo caso no la haría. Como antes, entonces, no es completamente claro cuál es el objeto de la crítica de Tushnet, y cuáles serían para él las consecuencias de superar el CJC.

⁵⁰ González Bertomeu, Juan, “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *op. cit.*

⁵¹ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *op. cit.*, p. 174.

⁵² *Idem.*

Un punto todavía más importante acerca de los problemas derivados de la falta de especificación del contexto político sobre el que se escribe o del modo en que funciona el CJC tiene que ver con el argumento de la redundancia o la asimetría. Tushnet, como vimos, sospecha del sesgo antiestatal que tendría la postura de que el CJC brinda un nivel adicional de escrutinio. Afirmar esto último equivaldría a pensar que, casi por definición, es bueno que el legislador sea limitado. Pero, por supuesto, esto no tiene que ser así. Uno puede sostener el argumento de la redundancia y estar a la vez de acuerdo con Tushnet en que a veces los legisladores al aprobar leyes cumplen con compromisos constitucionales vinculados con el respeto de los derechos (por ejemplo: el derecho a la salud o a la vivienda). Al aceptar este último punto, uno tiene que reconocer la posibilidad de que los jueces invaliden incorrectamente una de esas leyes, introduciendo así una violación constitucional de las que nos deberían preocupar. En esto, Tushnet lleva la razón. Pero los jueces no se limitan a hacerlo, o no deberían limitarse de esta manera.

Además de analizar si una ley es válida o no, los jueces podrían *forzar a los legisladores a la acción* en caso de que no hubieran actuado para honrar esos compromisos constitucionales, tal como sucede hoy en algunas jurisdicciones. Tushnet parece suponer que una vez que un país pone obligaciones positivas en cabeza del Estado, el funcionamiento del CJC se vuelve más problemático. Sin embargo, no es necesariamente así. Si bien es cierto que los jueces podrían ahora invalidar incorrectamente una ley violando un derecho, también podrían exigir al legislador en caso de que éste no actúe en pos de ese derecho.⁵³ Un defensor de los derechos sociales podría ser un defensor del CJC. Después de todo, el propio Tushnet llegó a serlo.

⁵³ González Bertomeu, Juan, "Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review", *op. cit.*

3. *Control fuerte y control débil*

En su libro *Weak Courts...*,⁵⁴ y para sorpresa de muchos,⁵⁵ el autor cambió el énfasis que había mostrado en su obra anterior. Si se había mostrado opuesto a toda forma de CJC, en este nuevo libro se planta como un defensor moderado de la forma débil de CJC. Una explicación posible del cambio es que se debe a razones pragmáticas. En el mundo en que vivimos, el CJC no va a desaparecer, de manera que es mejor que se lo emplee de la manera menos agresiva para la democracia y de modo de promover los valores que deseamos.⁵⁶ Sin embargo, la razón principal articulada por el autor en el libro es que esta forma podría ser beneficiosa a la hora de proteger derechos sociales. La crítica al CJC se mantiene sólo contra su forma fuerte.

Muchos podrían encontrar poco intuitivo el hecho de que esta defensa tardía del CJC gire en torno a los derechos sociales, puesto que la justificación usual de esa institución engloba además, o en primer lugar, la necesidad de proteger libertades negativas. Es decir, el énfasis en la protección de derechos sociales podría hacer pensar que las libertades negativas *también* quedarían implicadas, algo que el autor no aclara. No me interesa ahondar particularmente en esto. En cambio, me interesa analizar brevemente una serie de cuestiones acerca del CJC débil vinculadas con la posición de Tushnet. Según Tushnet, “la suposición fundamental detrás del control judicial en su forma débil [es que] puede existir desacuerdo razonable acerca del significado de las cláusulas constitucionales...”.⁵⁷ Así, el control débil “invita a la

⁵⁴ Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, *op. cit.*

⁵⁵ Shinar, Adam, “With a Little Help from the Courts: The Promises and Limits of Weak Form Judicial Review of Social and Economic Rights”, *International Journal of Law in Context*, vol. 5, 2009, p. 417.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, *cit.*, p. 26. Sobre el tema del desacuerdo en democracia, véase también Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

interacción repetida entre legislaturas y cortes acerca del significado de la Constitución”.⁵⁸ El control débil puede revestir varias formas institucionales. Una es la posible autorización a una corte para emitir una declaración de “incompatibilidad” de una ley respecto de la Constitución, cuyos efectos legales inmediatos, sin embargo, son inexistentes, tanto para las partes como para terceros. La declaración simplemente llama la atención del parlamento y apunta a dirigir su acción futura, pero no le ata las manos por medio de la invalidación de la ley. Este es el sistema vigente en Gran Bretaña, a partir de la aprobación de la Human Rights Act en 1998.

Una segunda posibilidad es la forma “dialógica” de CJC vigente en algunas jurisdicciones. Se trata de la facultad del parlamento de derrotar por medio del voto (de acuerdo con distintas modalidades) una interpretación hecha por un tribunal. Este es el sistema de Canadá, al que me referiré luego. Finalmente, un mecanismo al que Tushnet dedica algo de atención, aunque no estrictamente como control débil, sino como una forma emparentada, es la imposición de remedios u órdenes laxas por parte de los jueces en casos en que encuentran una violación a la Constitución. Así, los jueces delegan al gobierno y/o a otras partes en el litigio la responsabilidad de especificar o diseñar tal remedio, y se reservan un rol de supervisión.⁵⁹ Esta última forma “participativa” resultará familiar en América Latina, pues se la ha sugerido o aplicado (con éxito dispar) en muchos casos de litigio de tipo estructural.⁶⁰ Como en el caso anterior, la idea central es que el

⁵⁸ Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 66.

⁵⁹ Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 66 y 247-249. Tushnet cita el trabajo señero de Dorf y Sabel. Véase Dorf, Michael C. y Sabel, Charles F., “A Constitution of Democratic Experimentalism”, *Columbia Law Review*, vol. 98., no. 2, 1998; véase también Sabel, Charles F. y Simon, William H., “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds,” *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, pp. 1062-1073.

⁶⁰ Véase Bergallo, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2005.

CJC invite al diálogo entre los poderes en vez de imponer soluciones específicas y definitivas.

Una posible ventaja de la forma débil de CJC es que permite a los órganos con credenciales electorales directas que jueguen un rol más central en la discusión constitucional. Algunos críticos del CJC todavía insisten en que la mejora en la intervención política que estos sistemas prometen es insuficiente. Al igual que su contraparte fuerte, estas modalidades débiles partirían de la base de presuponer que cuando efectivamente toman esa intervención, el gobierno o parlamento lo hacen aceptando haber hecho algo “indebido” en términos constitucionales, lo que no podría postularse si en verdad existiera una situación de igualdad en la interpretación de la Constitución.⁶¹ Sin embargo, tiene sentido que un crítico democrático del CJC, como en el caso que nos ocupa Tushnet, tienda a ver con mejores ojos este tipo de mecanismos que las formas fuertes.

En particular, las modalidades “participativas” para el diseño de remedios judiciales han sido defendidas bajo el argumento de que dotan de mayor legitimidad a las decisiones a las que se arribe, puesto que los propios involucrados cuentan con una voz en el proceso de diseño de la solución al problema en cuestión. Además, varios autores han sostenido que este tipo de intervención judicial puede ser clave en casos complejos debido a las limitaciones epistémicas que enfrentan los jueces y al carácter sistémico o policéntrico de ciertos problemas (que generan efectos que son difíciles de anticipar).⁶² Estos mecanismos participativos parecieran relevantes para Tushnet, pues el autor está centralmente interesado en los litigios mediante los cuales se reclama al gobierno por la insatisfacción de los derechos sociales. Aunque no todos, algunos de estos litigios involucran la reestructuración de políticas o instituciones públicas, y por ende tal vez reclaman

⁶¹ Waldron, Jeremy, “Some Models of Dialogue between Judges and Legislators”, en Brodie y Huscroft (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, Toronto, Lexis-Nexis, 2004.

⁶² Dorf y Sabel, *op. cit.*; Bergallo, *op. cit.*; Tushnet y González Bertomeu, *op. cit.*

un ejercicio colaborativo (e imaginativo) a la hora de delinear remedios.⁶³

Según entiendo, por la propia naturaleza de estos casos, el CJC suele volverse en ellos más débil, sea cual fuere el modelo de control judicial en vigencia. Los jueces o juezas más sagaces saben que en un litigio complejo y de alto impacto político necesitan el concurso de otros funcionarios y poderes. Esto no quiere decir que los jueces en estos casos siempre serán cautelosos al imponer sus órdenes o que siempre convocarán al esfuerzo conjunto. Pero los jueces desean ser obedecidos, y una buena manera de asegurarlo es siendo sensibles al contexto y relativamente modestos al emitir órdenes. Para bien o para mal, la conducta de la Corte de los Estados Unidos en el segundo caso *Brown v. Board of Education* (1954), al exigir el cumplimiento de sus órdenes con “toda la celeridad posible” en vez de fijar un plazo perentorio, tiene que ver con esta idea. Las instancias participativas en sede judicial no nacieron solamente porque los jueces leyeron a los autores y autoras que las proponen, sino (también) porque van en su interés.

En verdad, existe un rasgo institucional en el funcionamiento del CJC que podría marcar una diferencia en estos casos. Contar con una habilitación para diseñar remedios judiciales de un modo más flexible podría mover a jueces o juezas a la acción.⁶⁴ Si una jueza que está convencida acerca de una violación constitucional estructural *sólo* pudiera optar entre dar una orden determinada y completa y no darla, podría elegir lo último o directamente no intervenir en el caso, pues sabe que de otro modo podría equivocarse, generar consecuencias no queridas o simplemente ser ignorada. Sin embargo, es inusual que los jueces se vean privados legalmente de obrar de manera colaborativa

⁶³ Esto no quiere decir que los litigios en defensa de libertades negativas nunca involucren una reestructuración semejante.

⁶⁴ González Bertomeu, Juan, “El diálogo de la liberación. La Corte y el caso «García Méndez»”, en Pitlevnik, Leonardo (ed.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. 7, pp. 149-182.

(evitando imponer unilateralmente soluciones detalladas). Y esto cuenta tanto para el CJC débil como para el fuerte. Del hecho de que el CJC fuerte traiga aparejada la noción de supremacía judicial no se sigue que los jueces estén incapacitados de diseñar remedios de manera más flexible. En suma, en varios de los casos que más le preocupan a Tushnet pareciera no importar demasiado que el CJC sea nominalmente fuerte o débil.

Me interesa analizar una segunda cuestión vinculada con el tránsito entre el CJC fuerte y el débil. Tushnet afirma que los desafíos del CJC débil son grandes. En particular, y por las razones que apunté antes, sostiene que el control débil tiende a convertirse en fuerte, y que por ende es inestable y podría no consolidarse. El autor considera que el otro extremo también es posible: que el parlamento se termine tragando al CJC. Uno de los ejemplos centrales que da Tushnet de la posibilidad de que el CJC débil se convierta en fuerte no es particularmente feliz. La célebre cláusula de la sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense, que permite al parlamento insistir con una interpretación invalidada por la Suprema Corte (la llamada cláusula “notwithstanding”), ha sido utilizada muy pocas veces fuera del caso de la “rebelde” Québec.⁶⁵ Tushnet concluye a partir de esto que el sistema canadiense ha mutado en la práctica a un CJC fuerte.⁶⁶

El ejemplo es desafortunado, por tres motivos. El primero es que la cláusula sigue en vigencia y puede ser empleada en cualquier momento. Que en la práctica se use muy poco no quiere decir que el sistema de CJC sea fuerte (y que por ende merezca las críticas que Tushnet dirige a esa modalidad de control). Si bien no es claro qué es lo que significa que un sistema débil deje de serlo, el cambio debería ser el resultado de una modificación formal del sistema, y no meramente de que el parlamento no quiera usarlo. Recuérdese que, según Tushnet, el principal beneficiario del CJC débil era precisamente el parlamento, que, en el caso canadiense, es libre de emplearlo cuando lo considere

⁶⁵ Tushnet, Mark, *Weak Courts*, *op. cit.*, p. 61.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 62.

conveniente. Una objeción posible a esta línea de análisis es que la falta de uso se debe a la difusión de una mala interpretación del mecanismo en el sentido recién indicado. La insistencia del parlamento se vería como una falta de respeto a la Constitución, y no meramente como una discrepancia genuina acerca de su significado. A esto puede haber ayudado el uso tenaz de la herramienta en manos de Québec.

Una segunda manera de criticar el ejemplo, conectada con la anterior, es que uno esperaría que al decidir la Suprema Corte tuviera en cuenta las preferencias del parlamento, anticipándose a un posible ejercicio de la cláusula. De modo que, en equilibrio, uno no esperaría muchas puestas en ejercicio de la cláusula, lo que no significa que ella no esté logrando su cometido.⁶⁷ Las reglas e instituciones no sólo se ponen en funcionamiento cuando se las emplea activa o explícitamente. Bajo esta interpretación (que podría o no ajustarse a la práctica canadiense), no es la Corte la única ganadora en el supuesto de inactividad parlamentaria. En todo caso, si es cierto que la mutación de la que habla Tushnet tuvo lugar, ello no puede invitar fácilmente a la conclusión de que el cambio representa algo negativo para la democracia. Si el proceso efectivamente se produjo, por fuerza tiene que haber sucedido bajo consentimiento popular. Éste es el tercer motivo que explica la falta de éxito en el uso del ejemplo, y Tushnet lo admite al menos implícitamente.⁶⁸

Tushnet teme que el CJC débil se vuelva fuerte o que desaparezca, dado que en sus extremos se encuentran dos tipos de agentes celosos por conservar y aumentar su poder (el gobierno y los jueces). Esto es posible; sin embargo, una alternativa a su conclusión de que gobierno o jueces pueden terminar devorándose al CJC débil es considerar que, precisamente en virtud de esos peligros, el CJC débil tenderá a mantenerse en equilibrio. El CJC corre peligro si los jueces son demasiado asertivos, y corre

⁶⁷ Agradezco a un/a evaluador/a anónimo/a del consejo editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas por esta sugerencia.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

también peligro si son demasiado laxos. En la motivación e incentivos de los jueces podría radicar la explicación de este posible equilibrio. Que se llegue a un resultado u otro dependerá de una combinación de motivaciones y cálculos complejos de varios actores, lo que es difícil de estudiar de antemano y en abstracto para cualquier situación imaginable.

4. *¿Qué Constitución?*

La defensa temprana por parte de Tushnet de lo que él denominara la Constitución delgada se inspira en ideales nobles, que uno no puede más que compartir. Sin embargo, la noción de que todo lo que nos debería importar en una democracia constitucional (y lo que efectivamente nos importa) es un núcleo de principios abstractos es desafortunada.

La posición de Tushnet es la del demócrata que quiere reivindicar el poder de los representantes políticos de la ciudadanía a la hora de interpretar la Constitución (a diferencia de otros académicos, su versión de constitucionalismo popular no parece llevarlo a abogar por que el pueblo tome las riendas en forma directa). Sin embargo, es simplemente incorrecto afirmar, como lo hace Tushnet, que un demócrata o la ciudadanía no se preocupan (o no deberían preocuparse) por la Constitución gruesa.⁶⁹ Con sus cláusulas sobre el modo en que funcionan las instituciones políticas (quién es ciudadano; quién vota, quién puede ser votado y cuándo; cuándo y cómo se reúne el parlamento, y una larga lista de ejemplos), la Constitución gruesa, en parte, da forma a la democracia. Peabody acierta al afirmar que la Constitución gruesa es producto de una preocupación —justificada o no, pero que no puede ser pasada simplemente por alto— por la falibilidad de la acción humana, la corrupción de los gobernantes y el recurso al autointerés y las pasiones en contra del bien común.⁷⁰ En esto

⁶⁹ Peabody articula esta crítica en Peabody, *op. cit.*, pp. 666-669. Véase también Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, *cit.*, p. 12.

⁷⁰ Peabody, *op. cit.*, p. 667.

lleva razón Stephen Holmes al sostener que, lejos de impedirlo, reglas como las semejantes capacitan a la ciudadanía para ejercer el autogobierno.⁷¹

El énfasis de Tushnet en la Constitución delgada y la poca atención que, en cambio, dedica a la Constitución gruesa son nuevamente sintomáticos de la poca consideración por el contexto analizado. Si, en efecto, Tushnet tuviera razón en que en los Estados Unidos el pueblo no se preocupa por la Constitución gruesa (se trata finalmente de una afirmación controvertida), ello podría deberse a factores que permitirían poner en cuestionamiento su sesgo favorable a la Constitución delgada. Ofrezco dos posibilidades más bien opuestas para ocupar el relativo silencio del autor. El desinterés apuntado podría deberse al hecho de que en líneas generales se respetan las reglas del juego político, lo que acaso podría cambiar si las disposiciones pertinentes de la Constitución gruesa se formularan de manera más vaga. O la explicación podría ser distinta, y tal vez más plausible. Debido a factores que incluyen la pesada influencia que el dinero juega en la política, es posible que la Constitución gruesa, y con ella la democracia, no gocen de mucha salud en ese país. Lo que el autor parece ver como desinterés ciudadano, tal vez, entonces, refleje la ausencia de canales genuinos para hacer oír el descontento.⁷² Pero incluso si reflejara una genuina apatía, esto debería ser objeto de honda preocupación para un demócrata como Tushnet.

El hecho de que en los Estados Unidos la Constitución gruesa se respeta puede ser motivo de debate, y el tema escapa al objeto de este capítulo. En todo caso, podemos estar seguros de que en América Latina, donde nuestras todavía inmaduras democracias sufren vaivenes constantes en el camino de su consolidación, la Constitución gruesa es de capital importancia. Probablemen-

⁷¹ Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, pp. 217-262.

⁷² Por supuesto, el CJC o más específicamente la Corte Suprema podrían ser parte de este problema.

te, el propio Tushnet estaría de acuerdo con esto. Los gobiernos (presidencialistas) de la región han sido justamente criticados, entre otras cosas, por centralizar la toma de decisiones y por verse sometidos a una baja rendición de cuentas. Adoptar la propuesta de Tushnet de enfatizar principios generales de justicia y minimizar la necesidad de fidelidad a las cláusulas que estructuran el poder sería claramente inconveniente. En ciertos casos, ello podría implicar darle a un gobierno en funciones carta blanca acerca del modo de llevar adelante el juego democrático. Si es que fuera cierto que la gente no se interesa por estas cuestiones, un gobierno con una estrecha mayoría parlamentaria podría, por caso, poner y sacar jueces a discreción o celebrar elecciones cuándo y cómo le conviniera, si es que al tiempo invocara estar promoviendo cierta noción de justicia.

Quedarnos sólo con la Constitución delgada es malo para la propia democracia. La (llamada) Constitución gruesa es esencial, y no sólo en cuanto a la especificación de los órganos y procedimientos por ella creados, sino también en relación con los derechos de las personas.

5. *A Constitución delgada, incentivos delgados*

La cuestión de la atención particular que Tushnet dedica a la Constitución delgada tiene vinculación directa con el tema del CJC. Como vimos, parte de la disputa entre defensores y detractores del CJC gira en torno a los diferentes incentivos que legisladores y jueces tendrían para respetar la Constitución. Tushnet niega, al igual que lo hacen algunos de los colegas críticos del CJC, que los legisladores carezcan de motivación para prestar atención a la Constitución. Pero, dada su caracterización de la Constitución, lo hace de una manera peculiar. La primera parte de su argumento es familiar. Incluso si los legisladores fueran autointeresados, y se preocuparan principalmente por su futuro político, harían bien en responder a las preocupaciones y demandas de la ciudadanía.

La segunda parte y la conclusión son, en cambio, novedosas. Como mostré, Tushnet confía en una suerte de “alineación de planetas”. Dado que la ciudadanía se interesa por la Constitución, la promoción del autointerés por parte de los legisladores sirve al bienestar de todos. Suponiendo que el sistema representativo en los Estados Unidos funciona de manera más o menos transparente, ello equivaldría a sostener que los ciudadanos lograrán lo que buscan la mayor parte del tiempo (aunque a la luz de los problemas recién mencionados podríamos poner en duda que la ciudadanía en ese país realmente lo logre). En caso de éxito, esto sería una muestra de una Constitución que se mantiene en equilibrio sin necesidad de controles externos; lo que algunos autores han denominado una Constitución “autoejecutable”.⁷³ El respeto de la Constitución sería compatible con los incentivos de los funcionarios.⁷⁴

No obstante, este argumento no nos deja muy lejos. En primer lugar, llevado a un extremo, el argumento es circular. La gente se preocupa por lo que, en efecto, se preocupa, y el objeto de esta preocupación recibe el nombre de “Constitución”. Para no ser injustos con Tushnet, supongamos por un momento que el autor tuviera razón en que la ciudadanía se interesa por la “genuina” Constitución delgada; por un compromiso básico con la libertad y la igualdad. Desde luego, una comunidad política estaría mucho mejor abrazando estos valores que rechazándolos. Como esta Constitución condensa principios muy generales, abiertos a la interpretación, una enorme gama de significados encontrará cabida en ellos. En consecuencia, las interpretaciones de los legisladores plasmadas en las leyes que aprueben podrán

⁷³ Véase Weingast, Barry y Mittal, Sonia, “Self-Enforcing Constitutions: With An Application to Democratic Stability in America’s First Century”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 29, núm. 2, 2013, pp. 278-302; Hardin, Russel, “Why a Constitution?”, en Grofman, Bernard y Wittman, Donald, *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, Nueva York, Agathon, 1989, pp. 101-120.

⁷⁴ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, *cit.*, pp. 95-128; Michelman, *op. cit.*, pp. 473-475.

ser vistas, en buena medida, como intentos de buena fe por avanzar este proyecto constitucional. Es natural, en un caso así, que no se necesite el CJC.

Sin embargo, todavía querríamos exigir mucho más de la Constitución. Buscaríamos recobrar su dimensión más particularizada y específica, la función regulativa de la conducta de funcionarios y ciudadanos.⁷⁵ Querriamos que se protegiera a las personas no sólo reconociéndoles un derecho genérico a la libertad, sino de cosas muy concretas, como las detenciones arbitrarias en la vía pública, la interceptación de comunicaciones, la violencia policial, el hacinamiento carcelario, la aplicación retroactiva de la ley penal y las limitaciones a las expresiones políticas; que se proveyera acceso a ciertos bienes públicos y sociales (salud, vivienda, defensores públicos, etcétera) en condiciones más o menos determinadas; que los gobernantes fueran elegidos siguiendo un conjunto de procedimientos específicos y no otros; que los jueces fueran designados de una manera y no de otra, etcétera. Y aquí es más difícil pensar que la ciudadanía —incluso una que no sucumba en absoluto a la influencia de pasiones o el autointerés— pueda estar igualmente atenta o igualmente interesada en penalizar cada uno de los muchos posibles incumplimientos mediante su voto o manifestando públicamente su indignación.

Como dije, Tushnet acepta que su argumento en contra del CJC depende de la aceptabilidad de su tesis de que la Constitución delgada es la que protege los valores que vale la pena proteger. Ahora se puede comprender la razón de esta centralidad.⁷⁶ Como el propio Tushnet podría reconocer, el interés de la ciudadanía naturalmente puede verse sometido a una mayor puja entre asuntos que reclaman su atención en el caso de los múltiples eventos a los que suele dar lugar la operación de la Constitución gruesa, o las Constituciones escritas que todos conocemos. El control ciudadano es indispensable, pero es un bien relativamen-

⁷⁵ Creo que Michelman apunta a algo similar a esto. Michelman, *op. cit.*, pp. 481-487.

⁷⁶ Vease también Michelman, *op. cit.*, pp. 480-487.

te escaso. Podrá ocuparse de las violaciones más graves, pero por su tamiz igualmente pasarían muchas otras. La defensa de Tushnet respecto de esta crítica podría ser doble. En primer lugar, Tushnet podría insistir simplemente en que los valores que vale la pena sostener son los principios generales de la Constitución delgada. En segundo lugar, Tushnet podría afirmar, como en realidad sugiere, que si realmente fuera el caso que la gente no está interesada por la Constitución, el CJC tampoco podría salvarnos frente a un gobierno desatado.⁷⁷

Creo que esta afirmación no avanza la discusión. Tanto a la hora de intentar dar una justificación del CJC como al oponerse a él, es conveniente resistir la tentación de recrear el escenario fatalista en el que una mayoría o una minoría de la población victimizan al resto. Esta posibilidad es excepcional, y mencionarla es desafortunado, pues crea la sensación de que queremos una Constitución sólo para evitar escenarios grotescos, que obviamente podrían suceder incluso bajo su vigencia. Es cierto que queremos una Constitución particularmente para casos en que, en ausencia de ella, un gobierno (mayoritario o no) no respetaría reglas básicas de organización y convivencia social; sin embargo, esto no quiere decir que uno deba asignar propósitos malvados a miembros de mayorías y minorías o sostener que las mayorías siempre se equivocan. Los partidos o grupos que componen una sociedad simplemente podrían tener otras cosas a las que prestar atención, o su horizonte de corto plazo podría llevarlos a pasar por alto valores que, analizadas las cosas con mayor perspectiva, estimarían como importantes. Cuando funciona bien, el CJC puede ayudar a reclamar la centralidad de estos valores.

Finalmente, la defensa de Tushnet de la Constitución delgada lo termina haciendo comparar “peras con manzanas”, que es en parte lo que el autor quería evitar. Tushnet contrasta la Constitución tal como hoy la conocemos en manos de los jueces con la defensa de la Constitución delgada en manos de los legisladores.

⁷⁷ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, cit., p. 71; Michelman, *op. cit.*, pp. 474.

Salvo que se ofrezca una teoría especialmente articulada para demostrar otra cosa, el objeto a custodiar e interpretar debería ser el mismo en ambos casos (un sistema con o sin CJC). En el proceso de sacar la Constitución de los tribunales, la Constitución de Tushnet termina desfigurada e irreconocible.

IV. UNA TEORÍA LIGERAMENTE DESENFOCADA

En esta última sección me concentraré brevemente en dos cuestiones. En primer lugar, sostendré que el contexto político que enmarca la crítica de Tushnet es muy específico, y que, por ende, la crítica podría quedar restringida al caso de los Estados Unidos. Luego afirmaré que algunas de las preocupaciones de Tushnet resultan infundadas para el caso de las democracias constitucionales de América Latina.

1. *Los rasgos ausentes*

La discusión que ocasionó la introducción del CJC fue particularmente aguda en los Estados Unidos. Un rasgo clave en este caso es que la Constitución de Filadelfia de 1787 no contemplaba explícitamente el CJC, como tampoco lo contempla hoy. Muchas Constituciones en el mundo, y en particular varias de América Latina, difieren de aquélla, en el sentido de dar una autorización al menos implícita a los tribunales para ejercer el CJC.⁷⁸ Es posible que luego los jueces rebasen tal autorización o desempeñen mal la función, pero cuando menos la Constitución la autoriza. La característica apuntada justifica que la discusión en los Estados Unidos, de la que Tushnet ha sido un participante muy importante pero tardío, ya que lleva doscientos años, adoptara

⁷⁸ Navia, Patricio y Ríos-Figueroa, Julio, “The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America”, *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 2, 2005, pp. 189–217.

tanta fuerza. No es la única razón. Después de todo, hay otros países en los que la habilitación a los jueces también está ausente (en el caso de Argentina, por ejemplo, lo estuvo al menos hasta las reformas de 1994). La discusión sobre el CJC en los Estados Unidos concita tanto interés por la confluencia de factores adicionales, que aquí me limito a enumerar por falta de espacio.⁷⁹

La Constitución es hoy prácticamente imposible de reformar en lo que se refiere a cuestiones de peso, tanto porque las exigencias formales que plantea no son simples de satisfacer como (y muy especialmente) porque el país está hondamente dividido respecto de la mayoría de esas cuestiones. Ello, sumado a la gran antigüedad de la Constitución, hace que las interpretaciones que los jueces (y en particular la Corte Suprema) hacen de ella sean percibidas como tan definitivas, y que el proceso de designación de jueces se convierta en la guerra política que conocemos. El resto de las Constituciones en el mundo es más reciente —en muchos casos muchísimo más reciente—, y la posibilidad de reforma está más al alcance de la mano. En los Estados Unidos, además, los jueces tienen amplia laxitud para interpretar la Constitución debido a la relativa parquedad, vaguedad y oscuridad de su enumeración de derechos. Hay Constituciones mucho más claras y específicas (por ejemplo, la de Colombia).

Lo anterior sugiere que lo que se diga sobre el CJC en los Estados Unidos no es necesariamente replicable en otros países, por ejemplo en América Latina. Por supuesto, el argumento puede seguir siendo que el CJC no es una institución mayoritaria. Sin embargo, cuando tomamos en consideración que algunos sistemas políticos en América Latina son débilmente receptivos a las demandas de los ciudadanos, no resulta ya tan claro que el CJC se pueda criticar tan radicalmente, incluso bajo un argumento mayoritarista. Los jueces podrían cumplir un rol importante forzando a los políticos a honrar sus compromisos con la sociedad,

⁷⁹ Me baso en González Bertomeu, Juan, “Cómo aprendí a odiar (y a amar) la discusión sobre control judicial”, en Campos Bernal, Heber Joel (ed.), *Control constitucional y activismo judicial*, Lima, ARA Editores, 2012.

ya con eventuales mayorías, ya con minorías. Que lo hagan o no dependerá en la práctica de varios factores, incluyendo el mecanismo de selección de jueces escogido, lo que llama la atención sobre una cuestión ya apuntada: importa, y mucho, analizar el CJC a un nivel detallado.

Hay otras especificidades locales que ayudan a situar al CJC en el marco de las todavía débiles democracias latinoamericanas. Los países de la región sufrieron hace pocas décadas una funesta ola de represión estatal, lo que refrescó en sus comunidades el sentido y la preeminencia de los derechos humanos. A esto se suma una circunstancia vinculada, y también presente en los Estados Unidos: cuando menos, la ciudadanía no parece estar en contra del CJC. Si bien es cierto que en las encuestas o foros de opinión no se le suele preguntar específicamente sobre el punto, también es cierto que la gente no suele movilizarse o discutir intensamente acerca del CJC. Tushnet se hace cargo de que en su país se tiende a aprobar el CJC.⁸⁰ Por ello, reconoce que su postura en buena medida nada contra la corriente: “Los argumentos en contra del control judicial son en este sentido antipopulares (*anti-populist*), puesto que intentan mostrar que no deberíamos querer lo que de hecho queremos”.⁸¹ Si bien insinúa que puede haber un elemento de complacencia en la falta de crítica, no ahonda en este punto, acaso porque lo comprometería a sostener un argumento problemático acerca de la falsa conciencia o apatía extrema de la propia gente en la que él confía a la hora de velar por la Constitución.

Lo que intento sugerir es que, incluso si reconociéramos que la teoría de Tushnet muestra un ajuste adecuado con la realidad política de los Estados Unidos, probablemente no lo muestre en el caso de América Latina. Desde luego, esto es menos una crítica a la teoría en sí que una objeción al intento de aplicarla sin una evaluación reflexiva y, como señalé, tal vez el propio Tushnet

⁸⁰ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 173.

⁸¹ *Ibidem*.

podría reconocerlo. Sin embargo, las reflexiones previas abonan la dificultad apuntada para reconocer el contexto político sobre el que habla el autor. Si es que estamos discutiendo acerca de la plausibilidad de la teoría de Tushnet para las democracias latinoamericanas es en parte porque su propio autor no desaconsejó su difusión para estos casos (o para cualquier otro).

En suma, pese a las estupendas intuiciones teóricas de Tushnet, su teoría no parece viajar muy bien. Hay un último elemento que ratifica este punto, y que señalo antes de concluir este trabajo.

2. *Esa pequeña cuestión del Estado (pequeño)*

Tushnet es uno de los principales defensores de la introducción robusta de derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. En esto está bastante solo y debe ser abiertamente elogiado. La cuestión acerca del modo en que los jueces deberían hacerlo reviste sus complejidades, y no puedo analizarla aquí, pero su posición, como vimos, es cercana a la adopción de un sistema débil de CJC.⁸² Tushnet afirma, con razón, que la tradición constitucional de los Estados Unidos “reconoce un número relativamente escaso de deberes constitucionales” en cabeza del Estado.⁸³ Asegura: “Mayormente, dejamos a la gente que intente encontrar la solución a sus propios problemas dentro del marco de nuestro derecho de contratos y de propiedad”.⁸⁴

En otras palabras, la idea dominante acerca del rol del Estado en ese país es bien modesta. Desde temprano, por ejemplo, y a diferencia de muchos otros países, la provisión de servicios

⁸² Su postura tiene además que ver con la interpretación que los jueces de su país dan a la doctrina de la “acción estatal”, la exigencia de los tribunales de que el Estado haya actuado como condición de una declaración de inconstitucionalidad.

⁸³ Tushnet, Mark, “State Action in 2020”, en Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B. (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 72.

⁸⁴ *Idem*.

públicos en los Estados Unidos quedó en manos de privados. En una sociedad en la que la Constitución incorpora pocas exigencias de acción positiva en cabeza del Estado, es natural que un partidario de la ampliación del reconocimiento de los derechos sociales sienta desamparo frente al constitucionalismo. Y es natural, también, que ese desaliento sea parte de la oposición al CJC.

Sin embargo, como el propio Tushnet lo menciona, en otros países el rol del Estado es muy distinto, y se reconoce ampliamente su deber de garantizar bienes sociales. En América Latina, por ejemplo, el papel del Estado comenzó a concebirse de esta manera desde las primeras décadas del siglo XX.⁸⁵ Muy tempranamente, los sistemas jurídicos locales comenzaron a incorporar obligaciones positivas frente a los ciudadanos, en algunos casos, en la propia Constitución (la Constitución de Querétaro de 1917 es el antecedente más importante). Justamente debido a que la concepción dominante no ha sido hostil a la intervención del Estado es que sufrimos ante periodos de retracción de esa intervención, como durante el auge del neoliberalismo a partir de los años setenta. Es del todo cierto que, en muchos países, los derechos sociales y las obligaciones reconocidos permanecieron en una situación de letargo, tanto desde el punto de vista de su cumplimiento como de su exigibilidad en sede judicial.⁸⁶ Sin embargo, nadie puede negar que el Estado tradicionalmente asumió un papel más activo que en los Estados Unidos, lo que, claro está, no sugiere que siempre haya sido eficiente al desempeñarlo. Afortunadamente, en este tema, el faro de América Latina fue Europa, no los Estados Unidos.

Las Constituciones de la región han incorporado decenas de cláusulas relativas a la satisfacción de derechos sociales. Y, dado que el rol social del Estado se consolidó tempranamente, no es

⁸⁵ González Bertomeu, Juan F., “El Estado como precondition de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina”, prólogo al libro: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

⁸⁶ Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, Santiago, Cepal, Asdi, 2009.

sorprendente que los jueces sean (al menos algo) proclives a la judicialización de los derechos sociales, un fenómeno que en muchas partes del mundo goza de mayor aceptación que en el pasado. Hay mucho por avanzar en este terreno. También por discutir, en particular, acerca del tipo de intervención que los jueces deberían tener, y los límites y efectos distributivos de esa intervención. No obstante, en las discusiones políticas en América Latina, pocos suelen ver con ojos horrorizados las demandas por la provisión de bienes o servicios que emplean el lenguaje constitucional, y, en particular, el pedido a los jueces para que colaboren en esa actividad. Un escéptico del CJC como Tushnet podría encontrar algo de esperanza en ello.

V. CONCLUSIÓN

Termino este ensayo tal como lo comencé. La obra del profesor Tushnet nos invita a reflexionar sobre temas centrales para nuestras todavía débiles democracias. Sus intuiciones nos desafían a no adormecernos en una actitud de complacencia respecto de las instituciones existentes, que siempre pueden ser objeto de mejoras. Es posible, como intenté mostrar, que algunas de sus ideas no sean acertadas o que no sean directamente aplicables a América Latina, pero no por eso dejan de ser interesantes y actuales. Por la calidad y profundidad de su escritura, la vastedad y las enseñanzas de su obra y su honestidad académica, Tushnet ocupa un merecido lugar central entre los estudiosos del constitucionalismo en el mundo. Mi esperanza es que el tono crítico de este ensayo no oscurezca lo que realmente es: un admirado homenaje.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Obras de Tushnet

TUSHNET, Mark, "Against Judicial Review", *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper*, núm. 9-20.

- , “State Action in 2020”, en Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B. (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- , “State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, 2002. pp. 435.
- , *Taking the Constitution Away from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.
- , *The New Constitutional Order*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2003.
- , *Weak Courts, Strong Rights*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
- y GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan, “Justiciability”, *Routledge Handbook on Constitutional Law*, Routledge, 2013.

Otras

- BERGALLO, Paola “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2005.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- CHEMERINSKY, Erwin, *The Case Against the Supreme Court*, Nueva York, Viking, 2014.
- DORF, Michael C. y SABEL, Charles F., “A Constitution of Democratic Experimentalism”, *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 2, 1998.
- EPSTEIN, Richard A., “Classical Liberalism Meets the New Constitutional Order: A Comment on Mark Tushnet”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3. 2002.
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan, “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *Legal Theory*, vol. 17, núm 2, junio de 2011.

- , “Cómo aprendí a odiar (y a amar) la discusión sobre control judicial”, en CAMPOS BERNAL, Heber Joel (ed.), *Control constitucional y activismo judicial*, Lima, ARA Editores, 2012
- , “El diálogo de la liberación. La Corte y el caso «García Méndez»”, en PITLEVNIK, Leonardo (ed.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. 7.
- , “El Estado como precondition de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina”, prólogo al libro: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- y PAULA SAFFON, María “Raza, sexo, clase, empresas, empresas, empresas. Reflexiones en torno a la problemática mirada de la Corte Suprema estadounidense sobre la igualdad”, *SinPermiso*, 15 de septiembre de 2013.
- GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, Santiago, Cepal, Asdi, 2009.
- GREENHOUSE, Linda, “Law in the Raw”, *The New York Times*, 12 de noviembre de 2014.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, núms. 78-79, 2001.
- HARDIN, Russel, “Why a Constitution?”, en GROFMAN Bernard y WITTMAN, Donald, *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, Nueva York, Agathon, 1989.
- HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- KAPUR, Sahil, “How to Fix the Supreme Court: Lessons from a Disenchanted Legal Scholar”, *Talking Point Memo*, 13 de octubre 2014.
- KENNEDY, Duncan, “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, número 1, julio de 2006.

- LEVINSON, Sanford, *Nuestra Constitución antidemocrática*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- MICHELMAN, Frank, “Populist Natural Law (Reflections on Tushnet’s «Thin Constitution»)”, *University Richmond Law Review*, vol. 34, mayo de 2000.
- NAVIA, Patricio y RÍOS-FIGUEROA, Julio, “The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America, Comparative Political Studies”, *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 2, 2005.
- PEABODY, Bruce G., “Coordinate Construction, Constitutional Thickness, and Remembering the Lyre of Orpheus”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2000.
- SABEL, Charles F. y SIMON, William H., “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004.
- SHINAR, Adam, “With a Little Help from the Courts: The Promises and Limits of Weak Form Judicial Review of Social and Economic Rights”, *International Journal of Law in Context*, vol. 5, 2009.
- THAYER, James Bradley, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Little Brown, 1893.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.
- , “Some Models of Dialogue between Judges and Legislators”, en BRODIE y HUSCROFT (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, Toronto, Lexis-Nexis, 2004.
- , “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.
- WEINGAST, Barry y MITTAL, Sonia, “Self-Enforcing Constitutions: With an Application to Democratic Stability in America’s First Century”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 29, núm. 2, octubre de 2005.