

MARK TUSHNET, *Why the constitution matters*, Yale University Press, Pennsylvania, 2010, 187 pp.

Por ROBERTO NIEMBRO ORTEGA*

¿Por qué y cómo importa la Constitución? Esa es la pregunta que en *Why the constitution matters* pretende responder el profesor Mark Tushnet. Partiendo de una lectura política de la Constitución, nos dice «si quieres que la Constitución signifique algo, todo lo que tienes que hacer es ser políticamente activo» (p. 173). A diferencia de lo que suele pensarse a ambos lados del Atlántico, en el sentido de que las constituciones son importantes porque protegen nuestros derechos fundamentales, Tushnet nos señala «la Constitución es importante porque nos provee de una estructura para la política» (p. 1). En efecto, en opinión del autor, cualquiera que sea el nivel de protección que tengan nuestros derechos fundamentales, es a causa de la política y no de la Constitución.

Como ya ha señalado en obras anteriores¹, el autor afirma que la falta de acuerdo sobre el contenido de los derechos fundamentales impide considerar a éstos como la razón de las Constituciones. Los desacuerdos sobre derechos, cuando son profundos, no pueden ser eliminados por la Corte Suprema. Por ejemplo, en temas como el aborto o el derecho a tener y portar armas, las firmes opiniones de la gente no han podido ser relevadas por las decisiones de la Corte, de ahí la importancia de entender cómo la política afecta

a esa institución. Los jueces constitucionales son parte del sistema político y en esa medida la interpretación de nuestros derechos depende del conjunto del mismo. Dentro del sistema uno de los factores que más influye es el presidente, que junto con los demás actores opera bajo ciertas condiciones que nosotros fijamos.

Es por esto, nos dice el autor, que el alcance que tienen las decisiones de la Corte no debe sobreestimarse. Las cosas que a la mayoría (de los y las norteamericanas) importan son resultado de decisiones políticas, en las que la Corte Suprema tiene muy poco que decir. De hecho, algunos de los derechos más importantes para la ciudadanía dependen de leyes emanadas del Congreso y no de la Constitución. En ese sentido, si bien la previsión constitucional de algunos derechos demuestra nuestro compromiso con su protección, no nos da una respuesta satisfactoria a por qué la Constitución es trascendente para nuestras vidas. Por el contrario, los partidos políticos son los que tienen una importancia fundamental para el día a día de los y las ciudadanas. De ahí que, para Tushnet la repercusión que puede tener la Constitución depende en última instancia del efecto que tiene sobre los partidos políticos y las elecciones, aunque su alcance sea siempre relativo.

* Becario del Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional español y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2008, 312 pp.

En esta línea, en el primer capítulo Tushnet explica cómo la afiliación política de los y las integrantes del gobierno (presidencia y Congreso) y no el principio de división de poderes *per se*, ha sido un factor determinante en la configuración de las políticas públicas que más interesan a los ciudadanos y ciudadanas. De igual forma, la trascendencia de la distribución constitucional del poder entre los distintos niveles de gobierno, deriva de cómo el poder que sustentan los gobiernos locales y estatales ha obligado a los partidos políticos a organizarse a ese nivel de gobierno. Por eso es que si la Constitución influye en algo es por la conexión que tiene con los partidos políticos.

Aún cuando en la Constitución de Filadelfia no existe previsión expresa relacionada con los partidos políticos, según el autor puede hablarse de tres conexiones distintas entre Constitución y partidos gracias a la estructura federal, la presidencia y los límites establecidos por la Corte Suprema al gobierno para inmiscuirse en su organización interna. En primer lugar, el federalismo es la mejor explicación de por qué los norteamericanos tienen un sistema bipartidista. Así, por ejemplo, los distritos en los que hay una sola posición en juego para el/la candidata/a que obtenga más votos, aún cuando no haya recibido la mayoría de sufragios, empujan a que las diversas fuerzas políticas se coaliguen en la contienda electoral.

Por su parte, el límite temporal de la presidencia obliga a su titular y al partido que lo postuló a cumplir su cometido y a establecer sus prioridades con vistas a un período determinado. De esta forma, hay regímenes «reconstructivos» como los de Roosevelt o Reagan con una nueva visión de la política; regímenes «afiliados» a otros ya consolidados del mismo partido

como los de Truman o George H. W. Bush que no hacen mayor cambio y, regímenes «preventivos» como los de Eisenhower o Clinton que se instalan en un régimen robusto de signo contrario al que intentan orientar en una nueva dirección. En cualquier caso, opina Tushnet, la relación entre el presidente y el partido político que lo apoyó no es sencilla.

Para terminar este primer capítulo, el autor se refiere a las interpretaciones de la Corte en relación con la vida interna de los partidos políticos, en tanto que asociaciones involucradas en la manifestación política y, por tanto, sujetas a la Primera Enmienda². En primer lugar, nos explica cómo la Corte ha manifestado que los partidos políticos son actores estatales que no pueden seleccionar a sus candidatos/as de cualquier manera, pues tienen que hacerlo a través de procedimientos democráticos. Esta limitación, sin embargo, es muy reducida, pues los partidos tienen un amplio margen para escoger quiénes serán sus líderes. Asimismo, de acuerdo con los precedentes judiciales, no es posible regular la expresión política por su contenido, a menos que exista alguna razón fuerte para pensar que con ella puede causarse un perjuicio a la sociedad. De igual forma, a través de sus sentencias los jueces han facilitado que partidos distintos a los mayoritarios puedan aparecer en la boleta, aunque al mismo tiempo han reconocido el poder de los estados para decidir si quieren conservar un sistema bipartidista.

Uno de los puntos que más interesan al autor es el relativo a los criterios de la Corte respecto a la financiación de las campañas, pero no porque crea que las decisiones de nueve jueces puedan hacer algo para cambiar la situación actual. En este sentido, Tushnet se refiere al tema del gasto en campañas y expresa su escepti-

² Primera Enmienda. «El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios».

cismo sobre los argumentos «moralistas» para limitarlos, pues en su opinión «no es claro cuál puede ser el daño de escuchar demasiada propaganda política» (p. 75). Asimismo, menciona el criterio de la Corte por el cual rechaza que la equidad pueda ser una razón para limitar el gasto de campaña de ciertos grupos sociales. Por otro lado, recuerda cómo la Corte ha limitado las contribuciones que pueden hacerse con el fin de evitar actos de corrupción, aunque manifiesta su suspicacia al respecto: «es difícil pensar que los límites establecidos por la Corte sean trascendentes». En opinión del autor, ya sean los políticos quienes estén a cargo de las reglas de financiación de las campañas o sean los jueces los encargados de definirlos, en ambos casos servirán para conservar el *status quo*, y concluye: «La Corte Suprema interpreta la Constitución de la manera en que lo hace porque es parte y resultado de nuestro sistema político» (p. 91).

En el segundo capítulo, directamente enfocado a la Corte Suprema, el profesor de Harvard nos reitera su escepticismo sobre el poder que la Corte tiene dentro del sistema. Así dice que, si bien los jueces son los que determinan en alguna medida el contenido de la Constitución, su influencia está determinada por la política. Los movimientos sociales influyen a los presidentes, los presidentes escogen a los jueces y los jueces responden a sus comunidades.

En primer lugar, los políticos se valen de la Corte para hacer cosas que por sí mismos no pueden realizar. Ejemplos de este actuar, según el autor, son los casos resueltos por la Corte Warren que sirvieron como instrumento para adelantar algunas políticas del *New Deal* o de la *Great Society*, a saber, expulsando la prohibición del uso de anticonceptivos del estado de Connecticut en el caso *Griswold v. Connecticut*. Otro caso paradigmático lo encuentra en la Corte Rehnquist, que llevó a cabo la moderada «revolución del federalismo».

Asimismo, nos dice el autor, los presi-

dentos «reconstructivos» utilizan a la Corte para deshacerse de viejas doctrinas e implementar otras nuevas que sean acordes a los principios del régimen político en vigor. Más aún, a través de la designación de jueces, los presidentes buscan que se declare la inconstitucionalidad de las políticas que pretendan sustituir las que ellos hubieren implementado. Desde esta perspectiva, el mecanismo por excelencia que conecta a la Suprema Corte con la política es el proceso de nominación y selección. Las nominaciones son el reflejo de la vida política del momento. En algunos casos, las nominaciones tienen como fin lograr objetivos políticos a corto plazo, mientras que en otros buscan la representación regional o de algunas minorías políticas o adelantar cierta ideología. En este proceso de nominación, los grupos de interés juegan un papel importante.

De ahí que, cuando alguien propugna porque se busquen los/as candidatos/as técnicamente más cualificados para la Corte, en el fondo está empujando una determinada agenda política. Con lo cual, Tushnet no ve mayor problema, aunque nos advierte que «no debe creerse que se trata de propuestas neutrales». En efecto, los presidentes proponen a los candidatos o candidatas que creen comparten los compromisos de su mandato, de los que obtendrán —en términos generales—, decisiones que les favorecen.

Ahora bien, no siempre las cosas son así. En algunas ocasiones, la Corte puede causar problemas a los políticos. Por un lado, está el caso de los presidentes reconstructivos, quienes al llegar al poder se encuentran con una Corte que ha generado doctrinas distintas a las que ellos sustentan. Es el ejemplo de Roosevelt, quien al tomar posesión de su cargo encontró una Corte contraria a las políticas del *New Deal*, lo que causó un enfrentamiento que desembocó en una crisis constitucional. Otro caso es el de Barack Obama, quien, en su mandato ha tenido que lidiar con jueces conservadores. Por

otro lado, están las Cortes que contribuyen al deterioro de un determinado régimen. Es el supuesto de la ya mencionada Corte Warren, que con sus criterios a favor de los derechos de los y las indiciados o de los y las manifestantes, causó severos problemas al Presidente Johnson.

Otro aspecto del uso político de las Cortes que interesa a Tushnet, aunque se muestra más incrédulo al respecto, es la posibilidad de que éstas sirvan para resolver problemas políticos. Aunque aquí toma como contraejemplos los casos del aborto y de la esclavitud, que como nos explica, fueron un fracaso en términos de resolución de conflictos. En su opinión, estos casos demuestran que tratándose de problemas que interesan demasiado a la gente, la intervención de la Corte no es suficiente para sacar el tema de la política. Pero, lo que sí es cierto, es que una vez perdida la batalla en sede judicial es necesario enfocar los esfuerzos hacia la arena política, pues en el corto plazo será imposible lograr los objetivos buscados a través del litigio.

Por otro lado, el autor trata la relación entre política e ideas constitucionales. En particular, señala cómo el ambiente político afecta la forma en que los jueces entienden la Constitución. Así, por ejemplo, en los años 60's los herederos del *New Deal* consideraron que la igualdad racial implicaba la igualdad en resultados y, en esa medida, las acciones afirmativas resultaron ser constitucionales. Contrario a lo que sucedió luego en la época del presidente Reagan, cuando se entendió que la igualdad debía entenderse como igualdad formal y, por tanto, esas mismas acciones serían inconstitucionales.

De igual forma, se refiere al papel que los movimientos sociales juegan en la generación de nuevos sentidos constitucionales. Para Tushnet, al igual que para otros

constitucionalistas populares, el pueblo se manifiesta dentro y fuera de los partidos políticos para expresar su visión constitucional. Visión que de ser considerada por los jueces como compatible con el régimen político, servirá para adoptar nuevas doctrinas constitucionales. Ejemplo de esto se encuentra en el caso del movimiento por los derechos de las mujeres³.

En síntesis, para entender la importancia que juega la Corte Suprema dentro del sistema constitucional es necesario tener en cuenta quién es el presidente en turno; cuál es la fortaleza o debilidad del régimen; cuánto tiempo llevan los jueces en su cargo y quién fue el presidente que los designó; si hay un gobierno nacional unificado o dividido; si la conformación interna de los partidos políticos es o no homogénea y, si hay algún movimiento social con fuerza suficiente como para influir en el sistema.

Finalmente, en el último capítulo de su libro el profesor norteamericano nos reitera algunas ideas e introduce otras nuevas. En primer lugar, nos manifiesta su predilección por incorporar los factores políticos a las discusiones constitucionales y nos sugiere adoptar una visión de nuestros desacuerdos constitucionales como algo razonable y no como algo que debe ser apaciguado por los jueces. Nuestro desacuerdo sobre lo que significan los derechos fundamentales, dice el autor, es una cuestión política. En segundo lugar, el autor menciona lo que en uno de sus últimos trabajos ha denominado «constitutional workarounds»⁴. Se trata de construcciones interpretativas que nos permiten superar ciertas prohibiciones establecidas en la Constitución que imposibilitan obtener los resultados que la gente desea. En otras palabras, son medios que nos permiten superar los errores del sistema constitucional sin necesidad de en-

³ Reva B. SIEGEL, «Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the de facto ERA», *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 1323-1419.

⁴ Mark TUSHNET, «Constitutional workarounds», *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, pp. 1499-1515.

mendar la Constitución, siempre y cuando exista un acuerdo generalizado y voluntad política suficiente para lograrlo.

En conclusión, de acuerdo con una conocida línea de pensamiento para la cual la Constitución no es sólo norma jurídi-

ca⁵, esta nueva obra nos invita a hacer un análisis político de la Constitución y de la Corte Suprema. Análisis que en algunas latitudes suele olvidarse a pesar de que la realidad cotidiana nos impone lo contrario.

⁵ Robert POST, «Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics», *California Law Review*, vol. 98, n.º 4, 2010, pp. 1319-1350.