



# CONSTITUCIONALISMO PROGRESISTA: RETOS Y PERSPECTIVAS

Un homenaje a Mark Tushnet

ROBERTO GARGARELLA  
ROBERTO NIEMBRO ORTEGA

*Coordinadores*





CONSTITUCIONALISMO PROGRESISTA:  
RETOS Y PERSPECTIVAS  
Un homenaje a Mark Tushnet

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 295

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Miguel López Ruiz  
Carlos Trápala Chávez  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Alan Francisco Osorio Aragón  
*Apoyo editorial*

Edgar Daniel Martínez Sánchez  
*Elaboración de portada*

# CONSTITUCIONALISMO PROGRESISTA: RETOS Y PERSPECTIVAS

Un homenaje a Mark Tushnet

ROBERTO GARGARELLA  
ROBERTO NIEMBRO ORTEGA  
*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
DEL ESTADO DE QUERÉTARO  
MÉXICO, 2016



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Director*

Pedro Salazar Ugarte

*Secretario académico*

Francisco Ibarra Palafox

*Secretario técnico*

Raúl Márquez Romero

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Wendy Vanesa Rocha Cacho



*Gobernador constitucional*  
Francisco Domínguez Servién

*Secretario de Gobierno*  
Juan Martín Granados Torres

*Secretario de Planeación y Finanzas*  
Juan Manuel Alcocer Gamba

*Oficial Mayor*  
José de la Garza Pedraza

*Director del Instituto de Estudios Constitucionales*  
Rogelio Flores Pantoja



Primera edición: 25 de agosto de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-8234-8

## CONTENIDO

|   |     |
|---|-----|
| Prólogo . . . . .   | XI  |
| Roberto GARGARELLA<br>Roberto NIEMBRO ORTEGA  |     |
| Derecho constitucional crítico y comparado . . . . .  | 1   |
| Mark TUSHNET  |     |
| Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución . . . . .  | 15  |
| Roberto GARGARELLA  |     |
| El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales . . . . .  | 63  |
| Ana Micaela ALTERIO   |     |
| Tushnet y el control constitucional: una teoría ligeramente desenfocada . . . . .                       | 95  |
| Juan F. GONZÁLEZ BERTOMEU   |     |
| La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales . . . . .     | 137 |
| Luís Roberto BARROSO  |     |
| Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía judicial: posibles lecciones para Brasil . . . . . | 167 |
| Miguel G. GODOY   |     |
| Constitucionalismo y democracia: una tensión inevitable . . . . .                                       | 191 |
| Rodrigo DÍEZ GARGARI  |     |
| Desenmascarando el constitucionalismo autoritario . . . . .   | 223 |
| Roberto NIEMBRO ORTEGA  |     |



## PRÓLOGO

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Roberto GARGARELLA  
Roberto NIEMBRO



## DERECHO CONSTITUCIONAL CRÍTICO Y COMPARADO\*

Mark TUSHNET\*\*

Los coordinadores de esta colección me pidieron que abordara algunos temas relacionados con mi aproximación al derecho constitucional nacional y comparado. Mi aproximación al derecho constitucional comparado está definitivamente influida por el derecho constitucional norteamericano, pues fue con éste con el que empecé mi carrera, y sólo quince años después me involucré en el estudio de temas de derecho comparado. Las características del derecho norteamericano en su conjunto me llevaron a mí y a otros a caracterizar mi visión como crítica.

Tal vez la característica más importante del derecho constitucional de los Estados Unidos, para efecto de describir mi visión y las implicaciones para el derecho constitucional comparado, es que su objeto de estudio son las interpretaciones de la Constitución norteamericana que se han hecho durante doscientos años. Aun cuando algunos autores afirman —normalmente en relación con un tema determinado— que las variaciones interpretativas son desviaciones o restauraciones de la interpretación correcta, para mí y para otros autores las variaciones constantes hacen imposible hablar de una “Constitución” permanente más allá de la historia, sino de una Constitución cuyo significado el pueblo busca discernir periódicamente.

Hago énfasis en el periodo que la Constitución norteamericana ha estado en vigor generando diversas interpretaciones, con el fin de hacer un contraste útil con otras experiencias constitu-

---

\* Traducción de Roberto Niembro Ortega.

\*\* William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School.

cionales en el mundo. La Ley Fundamental de Alemania es tal vez la Constitución duradera más influyente en el mundo, y ha sido interpretada por poco más de sesenta años. Desde mi experiencia norteamericana, ese es un periodo corto, por lo que las afirmaciones de especialistas en derecho constitucional alemán (y autores especializados en otras Constituciones que han estado en vigor por periodos más cortos) de que se trata de entidades que no cambian (conceptualmente hablando) tienen poca influencia en mi forma de concebir el derecho constitucional comparado.<sup>1</sup>

Otra característica del derecho constitucional norteamericano derivado de la longevidad de la Constitución que no se presenta en otros sistemas es que resulta necesario distinguir entre métodos originalistas de interpretación y otro tipo de métodos. En sistemas nuevos, el significado o entendimiento original suele coincidir con el significado viviente o de acuerdo con el propósito de la norma.<sup>2</sup> De hecho, en los años siguientes a la adopción de la Constitución hay pocos cambios sociales o tecnológicos no previstos, por lo que no hay presión para adecuar la Constitución a nuevas realidades. Por contra, la Constitución norteamericana necesita ser adaptada, característica que la distingue y de la cual no me di cuenta hasta que empecé a trabajar en derecho comparado. En efecto, la dificultad de modificar la Constitución norteamericana hace que las presiones de cambio sean resistidas, lo que es difícil lograr por un largo periodo, o son adoptadas por medio de la interpretación y reinterpretación de la Constitución.

Que las interpretaciones de la Constitución hayan cambiado con el tiempo requiere de nuestra explicación. Los realistas americanos, cuyo trabajo es fundamental para mi entendimiento del

---

<sup>1</sup> Una característica adicional del derecho constitucional alemán, que se relaciona con cuestiones que trataré más adelante, es que los principales partidos políticos en Alemania comparten un consenso de un constitucionalismo democrático de tipo liberal-social, lo que reduce los efectos que el desacuerdo político puede tener en la doctrina constitucional.

<sup>2</sup> La metáfora de “viviente” es particularmente dramática en lugares con Constituciones más nuevas, en los que sus redactores y otros actores constitucionales siguen vivos y frecuentemente activos en las discusiones constitucionales.

derecho en general, explican el derecho de tal forma que hacen del cambio una cuestión inteligible. De acuerdo con la tesis de la indeterminación formulada por los estudios jurídicos críticos, las palabras utilizadas en las fuentes del derecho —constituciones, leyes, códigos, y decisiones judiciales— no son suficientes para resolver las controversias sociales significativas. Puede haber casos fáciles en los que el resultado está claramente determinado por las fuentes sin controversia alguna, pero son raros y no tienen trascendencia social.<sup>3</sup> Los realistas señalaron que cuando las fuentes del derecho no determinan el resultado de una controversia interpretativa o cuáles son las disposiciones aplicables, entonces los que toman las decisiones deben basarse en consideraciones políticas.

La segunda característica del derecho constitucional norteamericano es su carácter evidentemente político, la cual se conecta con la explicación de las variaciones interpretativas sobre las que hemos hablado. En primer lugar, el carácter político del derecho constitucional se relaciona con el procedimiento de nombramiento y selección de los jueces que interpretan la Constitución, el cual tiene un alto tinte político en los Estados Unidos. En este punto es importante hacer un contraste con el derecho comparado, pues creo que incide en la manera en que los autores piensan sobre el derecho constitucional en términos comparados. El grado en que la política incide en el proceso de nominación de jueces constitucionales varía según se trate de procesos eminentemente políticos, como el norteamericano, o más consensuado, pero aún político, como el de Alemania, o procesos que se llevan a cabo por comisiones judiciales influidas por la política en distintos grados y por normas de independencia judicial, a sistemas en que los jueces básicamente se renuevan por sí solos. Por razones que explico más adelante, sería raro que las elites

---

<sup>3</sup> Y cuando una cuestión fácil comienza a ser objeto de controversia social, los abogados desarrollan argumentos creíbles para demostrar que en realidad las fuentes no determinan el resultado. Este punto deriva de mi tesis anterior, en la que tal vez exageré el grado en que los resultados son indeterminados.

políticas —el Legislativo, Ejecutivo y partidos políticos— no quisieran influir de manera significativa en una institución que tiene incidencia en políticas públicas. Para decirlo de otra manera un poco exagerada, entre menos influencia tengan las élites políticas en la selección de jueces constitucionales menor será la influencia que éstos puedan tener en las políticas públicas (incluyendo la política sobre derechos fundamentales).

Ahora, la política influye más allá del proceso de selección de jueces. Una vez que los jueces son seleccionados y desempeñan un trabajo político, la política también les influye. Sobre este punto, es importante distinguir entre política partidaria, orientaciones políticas generales e ideologías políticas profundas, algunas veces identificadas como *high politics*. Algunas veces los jueces de la Corte Suprema norteamericana buscan defender intereses políticos partidistas, fenómeno que parece ser más común en otros lugares. Por ejemplo, todos los autores serios coinciden en que la decisión de la Corte en *Bush v. Gore* fue determinada por objetivos partidistas. Pero más interesante aun son las construcciones teóricas de los jueces que sirven para fortalecer las coaliciones partidistas a las cuales pertenecen: en los Estados Unidos es el caso de la desegregación y el Partido Demócrata, así como las restricciones a la regulación del financiamiento de campañas y la coalición republicana. Enfocarse en cómo las doctrinas judiciales afectan las coaliciones partidistas es una de las líneas de investigación más atractiva que se han iniciado recientemente.<sup>4</sup>

Asimismo, comúnmente pensamos sobre las decisiones constitucionales en términos de política ordinaria —en los Estados Unidos como liberales o conservadoras—. Cuando lo hacemos así no pensamos que los jueces actúan en beneficio de un partido político; más bien sus decisiones son parte de una narrativa política en la que las posiciones sobre políticas públicas, traducidas

---

<sup>4</sup> Vale la pena hacer notar que los académicos norteamericanos han podido abreviar la rama de la ciencia política conocida como *American Political Development*, aproximación que hasta donde tengo conocimiento, no ha sido desarrollada en otros sistemas políticos.

en términos constitucionales, son asociadas contingentemente con partidos políticos específicos.<sup>5</sup> A la luz del proceso de nominación, la conexión entre partidos políticos y jueces no es sorprendente. De hecho, gran parte de los comentarios académicos sobre las decisiones de la Corte Suprema norteamericana clasifican las decisiones como liberales o conservadoras; sin embargo, hacerlo así no me parece de mucha ayuda para comprenderlas, pues me parece simplificador. (Debo decir que en mis primeros años de trabajo así las clasificaba y sigo haciéndolo en buena parte de mi trabajo para audiencias no especializadas. Ahora bien, esa terminología no refleja mis visiones académicas más acabadas, y así intento hacerlo notar incluso en mis escritos para el público en general).

En mi opinión, es más útil pensar en cómo la *high politics* afecta la doctrina constitucional. Sobre este punto, mi experiencia con el derecho constitucional norteamericano es relevante. Mi trabajo sobre el derecho constitucional comienza cuando el juez Earl Warren dejó la Corte Suprema, aunque la transformación completa de la Corte sucedió años después. Aun así, en ese momento surgieron los límites del liberalismo legal. Sin duda, las decisiones de la Corte Warren defendieron las causas de los derechos civiles y la justicia social. Sin embargo, para cuando Warren dejó la Corte, los movimientos sociales de izquierda estaban pidiendo más de lo que la Corte estaba dispuesta a darles. En temas específicos, algunos jueces estaban dispuestos a presionar los límites existentes para llevar a cabo programas destinados a reducir la desigualdad material en los Estados Unidos. No obstante, la Corte en su conjunto no quería ir más allá, por lo que

---

<sup>5</sup> Es necesario enfatizar el carácter contingente de esta asociación, otra vez por los cambios que se pueden producir con el tiempo. Al momento en que un juez es nominado a la Corte, es posible que su visión sobre cierta doctrina se corresponda con las preferencias políticas del partido que lo eligió. Sin embargo, con el tiempo puede suceder que el atractivo de esa doctrina cambie, por lo que se adecue más a las preferencias políticas del otro partido mayoritario. Jack Balkin se refiere a esto como el giro ideológico, el cual ilustra con la importancia política de la doctrina sobre libertad de expresión en los Estados Unidos.

la academia empezó a racionalizar —justificar— los límites del control constitucional para llevar a cabo cambios sociales.

Como mencioné, la *high politics* del derecho constitucional norteamericano es el liberalismo legal. Dentro del liberalismo legal cabe una gran cantidad de posiciones políticas, desde un libertarianismo robusto en la derecha a una democracia social en la izquierda. En este ensayo no puedo hacer una definición elaborada del liberalismo legal, pero puedo dar una visión panorámica. La premisa del liberalismo legal es que las personas actúan como individuos autónomos (o que la única forma de organizar un sistema legal es asumir este tipo de individualismo). El fin del derecho es que las personas puedan estar tan bien como puedan de acuerdo con sus propias capacidades. Este tipo de individualismo es compatible con el libertarianismo, pero también con la regulación estatal —con el fin de lidiar con las externalidades del comportamiento individual, como dirían los autores del análisis económico del derecho, o con el fin de facilitar a los individuos identificar y perseguir sus fines, como dirían los académicos del *behavioral law and economic*—. Así, derechos de cierto tipo son compatibles con esta vertiente de individualismo.

Lo que no es compatible con el individualismo del liberalismo legal son ideas sobre el bien del ser humano que hagan referencia a algo más allá del individuo. Estas ideas pueden ser religiosas o postmodernistas sobre la construcción social del individuo. De hecho, un buen número de exámenes críticos de la Corte Suprema norteamericana han revelado el compromiso con la visión individualista de los derechos y el rechazo de visiones comunitaristas. El compromiso individualista del liberalismo legal no es inherente al derecho, aunque algunos teóricos liberales dicen que sí lo es. En otros sistemas constitucionales es posible que la *high politics* sea distinta, más comunitaria o religiosa que en los Estados Unidos. Por tanto, no hay que pensar que el derecho constitucional tiene en todos lados los mismos compromisos.

Las características antes dichas conforman mi comprensión del derecho constitucional en los Estados Unidos y en otros lu-

gares. La visión completa es fácil de describir en términos generales, aunque puede ser bastante compleja cuando se trata de temas específicos.

El derecho constitucional y los tribunales constitucionales son parte del sistema político en general. Cuando observamos un sistema político estable, sabemos que todas las partes del sistema funcionan armoniosamente. Ocasionalmente, algún componente del sistema —puede ser el ejército, la burocracia o la corte constitucional— comienza a funcionar de manera anómala dando lugar a lo que la gente concibe como una crisis. Pero si la estabilidad es restablecida, es porque ese componente ha vuelto a funcionar armoniosamente con el sistema, el que tal vez tuvo que cambiar de alguna forma para compatibilizar la desviación en curso. Ahora, si un sistema es constantemente inestable, los constitucionalistas pueden enfocarse en cómo el derecho constitucional contribuye a esa inestabilidad por su incompatibilidad con otros componentes del sistema, o cómo el derecho constitucional es irrelevante para su operación.

El punto clave es que para entender el derecho constitucional nacional y comparado es necesario pensar cómo el derecho y los tribunales constitucionales funcionan dentro del sistema político. Lo que es un ejemplo práctico del eslogan de los estudios jurídicos críticos “el derecho es política”. Así, si entendemos que el derecho constitucional es política en el sentido partidista, en el sentido ideológico y en el de *high politics*, entonces tenemos un nuevo panorama del derecho constitucional.

Los editores de este libro me preguntaron también si el litigio constitucional puede ser un mecanismo para lograr cambios sociales. En mi opinión, el litigio constitucional puede ser uno de los caminos que utilizan los activistas sociales para lograr el cambio social. Si tiene sentido invertir recursos en ese camino es algo que sólo puede definirse tomando en cuenta las oportunidades políticas que tienen los activistas a su alcance —y puede ser algo que sólo pueden contestar por aquellos que creen (correcta o incorrectamente) tener cierta influencia u opción estratégica—. En

algunas ocasiones la política de los tribunales constitucionales, entendida en los tres sentidos mencionados, puede ser desfavorable comparada con la posibilidad de influir a los legisladores. Pero también es posible que los tribunales constitucionales sean un mecanismo atractivo para ser usado efectivamente junto con otros mecanismos.

Aun así, vale la pena preguntarse si tiene sentido enfocarse en las distintas opciones que el litigio constitucional nos da para lograr el cambio social. Normalmente, los activistas no tienen un alto control sobre quien apoya sus metas. Estos activistas pueden creer que han seleccionado la mejor estrategia para avanzar sus metas, y es posible que consideren que el litigio constitucional no vale la pena. Ahora bien, no pueden impedir que otros utilicen los tribunales para el logro de los mismos objetivos. En los Estados Unidos hay algunos ejemplos. Así, en 1940 los líderes y estrategias del movimiento por los derechos civiles no pudieron impedir que se impugnaran —lo que consideraban inútil— los convenios que impedían la venta de casas a afroamericanos, como tampoco lo pudieron hacer en los años de 1990 y 2000 los líderes escépticos del movimiento gay para lograr por esa vía el matrimonio igualitario.

En otras palabras, el litigio constitucional es útil en algunas ocasiones y dependiendo de la configuración del sistema político, aunque también he sugerido que la cuestión no es del todo interesante. De hecho, en los lugares en que la respuesta es no, lo que sucede es que quienes pensaban utilizar el derecho constitucional dejan de hacerlo, sin que por ello desaparezcan los esfuerzos para usar el derecho constitucional en ese sentido.

Sin embargo, podemos pensar en la pregunta desde otro ángulo. En mis primeros trabajos fui bastante escéptico de utilizar el litigio constitucional para lograr cambios buscados por la izquierda. La razón de mi escepticismo no era que otros actores políticos tuvieran los medios y fueran a usarlos para resistir los cambios liderados por los jueces, como lo postularon el politólogo Geral Rosenberg o el historiador del derecho Michael Klarman;

más bien pensaba que la Suprema Corte volvería a una tradición interpretativa en la que la Constitución era el baluarte de las políticas conservadoras. A principios de 1970 pocos compartían mi expectativa, pues el recuerdo de la Corte Warren seguía vivo, o incluso en los noventa, cuando el juez William Brennan fue capaz de ganar varias victorias que conservaron la ilusión de una Corte Suprema liberal. Ahora, en cambio, me siento reivindicado —es posible que mi escepticismo sobre la Corte haya sido prematuro, pero ese fue mi único error—.

Claro que concebir a la Constitución en términos políticos me hizo pensar sobre la relación entre la política constitucional en la Corte Suprema y la política constitucional en el resto del sistema. En relación con esta última, seguí siendo un optimista; esto es, creo que si se les deja trabajar a las ramas políticas del gobierno, a larga producirán políticas progresistas. Es cierto que la revolución Reagan me hizo moderar mi optimismo. Lo hice teniendo en cuenta la idea del *American Political Development* consistente en una serie de regímenes políticos que se suceden en el tiempo. Así, por ejemplo, en mi libro *The New Constitutional Order* describo la revolución Reagan como el régimen sucesor del *New Deal/Great Society*, así como un nuevo orden constitucional que hoy describiría como una versión tardía o degenerada de esa revolución. La perspectiva optimista es que el actual orden constitucional puede ser reemplazado por uno más progresista. Así, mi visión puede ser descrita con el aforismo de Gramsci “pesimismo de la inteligencia, optimismo de la voluntad”.

De acuerdo con la visión expuesta, fui escéptico de las posibilidades que el control judicial podía brindarnos en los Estados Unidos, pues creía que los tribunales serían conservadores a largo plazo, y las ramas políticas, un poco menos, por lo que el control judicial impediría sistemáticamente la implementación de políticas progresistas. Ahora bien, con el tiempo mi escepticismo se fue moderando, principalmente, porque me di cuenta de que la soberanía parlamentaria —esto es, gobierno sin control judicial— no es más una oferta de diseño institucional. Por esa razón,

me interesé en las formas débiles o dialógicas de control judicial, las que empecé a estudiar a fines de los ochenta en relación con el derecho constitucional canadiense. Los estudios comparados muestran que el control judicial dialógico se presenta de diversas formas, las que me interesan tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

Mi interés en formas dialógicas de control judicial me han hecho aún más escéptico del control judicial. En este caso, mi visión también ha sido influida por mi interpretación de la experiencia norteamericana. Después de la Segunda Guerra Mundial, el control judicial de la legislación se enfocó principalmente en los derechos humanos. La premisa era que las legislaturas podían y de hecho violaban derechos, por lo que los tribunales podían servir como un respaldo de la política en caso de que las legislaturas fallaran, como sucedió en la Alemania nazi o en la Rusia soviética. La dificultad con esta postura era que las legislaturas también pueden promover los derechos (y no sólo violarlos), y que los tribunales constitucionales pueden equivocadamente declarar inconstitucional alguna ley que los promueva. Así, por ejemplo, creo que la legislación social y económica promueve y tal vez fortalece los derechos al bienestar, los cuales son derechos iguales que los de primera generación. Sin embargo, los tribunales americanos no sólo rechazaron que los derechos de segunda generación fueran justiciables, sino que la legislación que los promovía era incompatible con los derechos de primera generación. Para mí, esto demuestra la relevancia actual de la era *Lochner* (y es por esto también que considero que el periodo de la Corte Warren es una anomalía de la historia constitucional norteamericana y no algo que pueda repetirse frecuentemente).

Entonces, si los tribunales pueden proteger los derechos cuando la política falla, pero también pueden violarlos cuando la política funciona, ¿qué podemos hacer? La respuesta para mí era una versión de lo que los teóricos británicos llaman “constitucionalismo político” en contraposición con el constitucionalismo

judicial.<sup>6</sup> En mis primeros trabajos lo llamé “constitucionalismo populista”, mientras que Kramer lo llamaría al mismo tiempo y de forma más correcta “constitucionalismo popular”.

La terminología de Kramer, aunque es un mejoramiento de la mía, lleva a un malentendido. Algunos piensan, por ejemplo, que el constitucionalismo popular como una forma de teoría constitucional se refiere a que las visiones no mediatizadas del público tienen dimensiones constitucionales. De acuerdo con esta visión equivocada del constitucionalismo popular, éste propondría la celebración de referendos populares para muchas cuestiones (prohibiendo a los partidos políticos participar como tales), o un tipo de democracia plebiscitaria, en la que todo puede y se consulta al pueblo, o que el significado de la Constitución se determina mediante encuestas.

Para mí, sin embargo, y creo que para Kramer también, el constitucionalismo popular es una práctica que es parte de las estructuras ordinarias de la lucha política, particularmente asociada con la contienda entre partidos políticos sobre cuestiones constitucionales fundamentales. La imagen ideal es la de partidos políticos con plataformas sobre cuestiones constitucionales que buscan la aprobación del público. Pensemos en algunos ejemplos. La regulación del discurso del odio está permitida o prohibida según la concepción que se tenga de la libertad de expresión. Los sistemas de regulación del financiamiento de campañas reflejan distintas visiones entre el pueblo y el gobierno. Para algunos, los derechos sociales tienen estatus constitucional, y para otros no, etcétera. De acuerdo con el ideal que tengo, los partidos políticos buscarían la aprobación de visiones constitucionales distintas sobre estos temas.

---

<sup>6</sup> En la mayoría de las variantes británicas, la terminología es “constitucionalismo legal”; sin embargo, creo que es un error conceptual, pues el objetivo no es el derecho como tal —el derecho es al fin y al cabo el que constituye las estructuras en que se basan los constitucionalistas políticos—, sino la idea de que todo lo que se llama derecho debe hacerse valer por los tribunales. Por eso, creo que es más claro el término “constitucionalismo judicial”.

Ahora bien, si el constitucionalismo popular es mejor que el constitucionalismo judicial, es algo que sólo puede responderse atendiendo al contexto. Por ejemplo, si los partidos son sólo mecanismos para la defensa de intereses personales o están organizados alrededor de personalidades en lugar de programas (que sólo existen como retórica), falta una de las condiciones importantes para el constitucionalismo popular. Lo mismo sucede si una comunidad está dividida de tal forma que en la práctica es imposible que un grupo que es despreciado participe en la negociación política y obligue a los demás a competir por sus votos.<sup>7</sup> Los supuestos que Jeremy Waldron identifica en su artículo “Core of the Case” son otras condiciones que deben darse para que el constitucionalismo político pueda funcionar.

La experiencia norteamericana me ha enseñado que es un error enfocarse sólo en las condiciones en las que el constitucionalismo político puede ser exitoso. No tengo duda de que el mejor constitucionalismo judicial es preferible al peor constitucionalismo político, como tampoco tengo dudas de que el mejor constitucionalismo político es preferible al peor constitucionalismo judicial. La cuestión es, como lo señaló mi colega Neil Komesar, comparar alternativas imperfectas. En algunas comunidades, tanto la política como los tribunales tienen un mal desempeño, o los tribunales son un poco mejor que la política. En otras comunidades, tanto la política como los tribunales operan normalmente bien, aunque la política un poco mejor.

Dos comentarios finales sobre el constitucionalismo político. Es posible que los tribunales constitucionales formen parte del constitucionalismo político si los vemos como un mecanismo por medio del cual los partidos políticos compiten por el significado de la Constitución. Esto es, los tribunales constitucionales pueden servir como representantes de los partidos (y por tanto como representantes del pueblo). En la versión ideal del constitucio-

---

<sup>7</sup> Es importante recalcar que lo que sucede en la práctica depende también del diseño institucional constitucional —por ejemplo, si hay un sistema electoral mayoritario o proporcional, como de muchas otras cosas—.

nalismo político, los partidos tienen propuestas constitucionales contrapuestas en sus programas. Ahora bien, lo cierto es que eso no es real. Los programas de los partidos suelen tener propuestas discretas de políticas públicas acompañadas de declaraciones generales sobre la relación entre individuos, sociedad civil y el Estado. Así, en este contexto, los partidos políticos podrían usar los tribunales para articular visiones constitucionales con sus programas de tipo más mundano.

El segundo comentario se refiere a la pregunta que alguna vez hice sobre qué pasaría si la nación se viera forzada a reemplazar nuestro actual sistema de constitucionalismo judicial por uno de constitucionalismo político. Sugerí que el sistema político generaría alguna forma de constitucionalismo judicial. Por tanto, si yo intento quitar la Constitución de los tribunales, el pueblo de los Estados Unidos se la daría de nuevo. Y de acuerdo con la teoría del constitucionalismo político ésa sería una decisión fundacional. Ahora bien, se trataría de una restitución popular del constitucionalismo judicial, que lo haría distinto al ahora existente —porque esa restitución podría ser cambiada si la gente así lo considera conveniente—. En este punto, la teoría del constitucionalismo político nos regresa a mi punto de partida, un control judicial dialógico. De acuerdo con el constitucionalismo dialógico, el pueblo tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución, mientras que en los Estados Unidos el pueblo tiene la última palabra sobre el papel de la Corte.

Más recientemente he estudiado, por ejemplo, a los tribunales constitucionales como ejemplos de una clase de instituciones que buscan garantizar que los actores políticos actúen de acuerdo con las normas de buen comportamiento. Esta clase de instituciones incluyen comisiones electorales y agencias anticorrupción, y en algunas ocasiones se les refiere como la rama del gobierno de la transparencia. Estas instituciones de transparencia deben ser independientes de las ramas políticas y responder ante el sistema político. Su diseño es complejo e interesante.

Adicionalmente, he estudiado cómo las Constituciones son creadas y reformadas y cómo el Poder Judicial controla las reformas constitucionales por razones sustanciales. Esto me ha llevado a pensar más en el fundamento de un orden constitucional como el *pouvoir constituant*, una categoría más familiar en la teoría constitucional continental que en los Estados Unidos.<sup>8</sup>

Un comentario final: aun cuando estoy interesado en la teoría sobre las Constituciones y en el constitucionalismo, no creo tener una teoría constitucional en el sentido que se tiene de ello. Tengo visiones normativas que creo pueden ser incorporadas a la Constitución mediante su interpretación. Esas visiones me sitúan en la extrema izquierda en términos políticos en los Estados Unidos, por lo que en realidad no espero que sean incorporados a la Constitución durante mi tiempo de vida. No soy un teórico político y no pretendo tener una defensa sistemática, en términos teóricos, de mis visiones normativas. Como tampoco creo que mi concepción sea o deba ser, por sí misma, particularmente interesante para nadie. Trato de minimizar la discusión en mi tratamiento del derecho constitucional norteamericano (aunque mis primeros trabajos tienen una dimensión más normativa que los últimos). En lugar de eso, mi trabajo intenta extraer las premisas fundamentales que explican sistemas en lugares específicos, o, en otras palabras, utilizando doctrina sustantiva analizo y saco a la luz las características o premisas que subyacen al sistema político norteamericano. Y en tanto, estoy mucho más relacionado con el sistema político norteamericano que con cualquier otro, intento no meterme en temas sustantivos de derecho constitucional de otros sistemas, sino enfocarme en problemas estructurales y en temas de diseño constitucional. Espero diagnosticar decentemente el sistema de Estados Unidos, pero no tengo razón para pensar que lo puedo hacer para otros sistemas constitucionales.

---

<sup>8</sup> Mi actual proyecto a largo plazo es el estudio de las variedades de constitucionalismo, incluyendo el constitucionalismo autoritario, el constitucionalismo aliberal, y de particular interés para los lectores de esta colección, las nuevas Constituciones bolivarianas.

## RECUPERAR EL LUGAR DEL “PUEBLO” EN LA CONSTITUCIÓN

Roberto GARGARELLA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El “pueblo” en los márgenes de la Constitución*. III. *“Pueblo” y derechos*. IV. *“Pueblo” y poder*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inscribe en una tradición de estudios críticos del derecho, interesada en reflexionar críticamente sobre el lugar reservado al “pueblo” dentro del derecho vigente. El mismo se inspira, en particular, en autores como Mark Tushnet, preocupados por poner fin a un “derecho constitucional elitista”, y ayudar a que la Constitución empiece a “obtener su contenido a partir de las discusiones del pueblo en los foros políticos ordinarios”<sup>1</sup> y en textos como los de Roberto Mangabeira Unger, en los que se identifica (lo que Unger denominara como) “el pequeño y sucio secreto” de la vida institucional contemporánea; esto es, la

---

\* Doctor en derecho por la UBA (1991) y por la Universidad de Chicago (1993), becario Guggenheim, autor de *The legal foundations of inequality: Constitutionalism in the Americas, 1176-1860*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, y de *Latin American Constitutionalism 1810-2010, The engine room of the constitution*, Oxford University Press, 2013.

<sup>1</sup> Tushnet, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. XI.

existencia de una “hipertrofia de... prácticas y arreglos contramayoritarios”.<sup>2</sup>

Más específicamente, este escrito versará sobre el modo en que el derecho se ha ocupado de establecer distancia entre “el pueblo” y la Constitución, y los significativos pero limitados —y en parte frustrados— esfuerzos hechos por el mismo constitucionalismo, con objeto de revertir esa situación. Tensionando de ese modo el aspecto *democrático* de nuestras Constituciones, el derecho pone en cuestión sus propias premisas, que siempre son premisas *igualitarias*; esto es, decir la idea de que se trata de un pacto entre todos los miembros de la comunidad, que son considerados sujetos dotados de una *igual dignidad moral*.

En la primera parte de mi trabajo, le prestaré atención al modo en que el “pueblo” perdió peso y lugar efectivo —perdió poder de decisión y control— en la Constitución, durante los años fundacionales del constitucionalismo (en el caso de los Estados Unidos, las décadas finales del siglo XVIII, y en el caso de América Latina, desde mediados hasta fines del siglo XIX). Luego, me enfocaré en dos intentos constitucionalmente significativos, destinados a “recuperar” el lugar constitucional del “pueblo”, a través de cláusulas directamente referidas a los derechos sociales y políticos. Sostendré que, aunque auspiciosas, tales reformas pecaron por un defecto fundamental: se trató de una expansión de derechos que dejaba intocada una organización del poder originada en el siglo XVIII. Por ello mismo, dedicaré la última parte del texto a explorar algunos intentos orientados a “reincorporar al pueblo”, que operaron más directamente sobre la organización del poder —sobre la “sala de máquinas” de la Constitución—. Aunque en mi análisis me apoyaré fundamentalmente en casos latinoamericanos, asumo con cierta confianza que los juicios que haga en torno al constitucionalismo regional tendrán sentido bastante más allá de las fronteras latinoamericanas.

---

<sup>2</sup> Unger, R., *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996, pp. 72 y 73.

## II. EL “PUEBLO” EN LOS MÁRGENES DE LA CONSTITUCIÓN

En esta primera parte vamos a ver las distintas estrategias ideadas por el primer constitucionalismo latinoamericano para limitar el acceso del “pueblo” al poder. A pesar de las insistentes invocaciones retóricas realizadas por la dirigencia regional, lo cierto es que ella optó por relegar el ingreso del “pueblo” en la Constitución para una etapa posterior: el poder efectivo, por un tiempo extenso, seguiría en manos de una elite pequeña, situada en la cúspide de sociedades muy desiguales. En general, según veremos, ello se debió a la convicción de que solamente de ese modo —impidiendo que el “pueblo” jugara un papel activo en el proceso de toma de decisiones— se podrían asegurar las bases materiales del constitucionalismo, y dotar así de una base firme a la postergada ampliación de los derechos políticos de la ciudadanía.

### 1. *El “primer derecho constitucional” y sus secuelas: El limitado ingreso del “pueblo” en la Constitución*

La decisión de limitar el ingreso del “pueblo” de la Constitución fue explícita, en casi toda Latinoamérica, y justificada públicamente por algunos de sus principales doctrinarios. En el capítulo 2 de su obra más importante, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, el argentino Juan Bautista Alberdi —uno de los juristas más influyentes de su tiempo, y autor intelectual de la Constitución de 1853— sostenía que se trataba de una necesidad de época, propia de todo el constitucionalismo de la región. Contra alguno de sus colegas, que evaluaban críticamente el modo en que se había desarrollado el derecho constitucional latinoamericano, Alberdi miraba dicho desarrollo con simpatía y optimismo, y explicaba que el constitucionalismo regional había evolucionado de modo apropiado, conforme a distintas necesidades, exigencias o “angustias”, propias de cada momento.

En tal sentido, Alberdi entendía que el *primer derecho constitucional* de la región se había ocupado muy especialmente del “drama” inicial de la independencia, y la necesidad de consolidarla. De allí la —para él justificada— concentración de poder que habían promovido estas primeras Constituciones. Decía Alberdi: “La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla”.<sup>3</sup> El nuevo constitucionalismo, sin embargo —el que era propio de su época—, debía orientarse en dirección distinta del primero, conforme a las nuevas necesidades o “dramas” que tenían que ver, en su opinión, con el crecimiento económico y el desierto (territorios poco poblados, necesitados de mano de obra calificada). En sus palabras:

En aquella época se trataba de afianzar la independencia por las armas; hoy debemos tratar de asegurarla por el engrandecimiento material y moral de nuestros pueblos. Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo: hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos.<sup>4</sup>

Esta preocupación económica, de todos modos, desplazaba para más adelante —para una tercera etapa, suponemos— la apertura política, el tiempo de los derechos políticos ampliados. Para Alberdi, las necesidades propias de la época requerían la obtención de “ilimitadas y abundantísimas” libertades económicas, al mismo tiempo que libertades políticas limitadas.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981, p. 26.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>5</sup> “No participo del fanatismo inexperiencedo, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas* de *adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*”. Alberdi, Juan Bautista, “Sistema económico y rentístico”, en Alberdi, t. XIV, 1920, pp. 64 y 65.

Otras figuras decisivas en el constitucionalismo regional, como el venezolano Andrés Bello, o el colombiano José Ernesto Samper, coincidían con esa línea de análisis alberdiano. Bello —el gran autor del famoso Código Civil chileno, de 1852— consideraba que el momento exigía ocuparse de los derechos civiles, porque la ciudadanía se encontraba entonces, en su opinión, más preocupada por los derechos de propiedad (que tendría más que ver con la vida cotidiana de cada uno), que por el derecho de sufragio (que tendía a asociarse con cuestiones más bien alejadas de la vida común).<sup>6</sup> Ideas similares encontramos en el colombiano Samper, para quien podía resultar razonable la limitación de los derechos políticos, en tanto ello fuera una condición necesaria para consolidar ciertas libertades básicas imprescindibles y prioritarias.<sup>7</sup>

La confluencia entre estos pensadores reflejaba, en verdad, una coincidencia mucho más amplia que abarcaba a buena parte de la dirigencia política de la época. En efecto, el esquema institucional entonces defendido fue resultado del encuentro entre las dos principales fuerzas políticas de la época —liberales y conservadores— que en toda Latinoamérica comenzaron a unir sus fuerzas, luego de décadas de sangrientos enfrentamientos entre los miembros de una y otra facción.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> “Los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades. Ni puede ser de otra manera: los primeros son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco, cuando los negocios que deciden nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención. Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del Estado al cuidado y a la conservación de sus intereses y de su existencia, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes” Jaksic, A., *Andrés Bello. La pasión por el orden*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001, p. 121.

<sup>7</sup> Valencia Villa, A., *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1992, pp. 154 y 155.

<sup>8</sup> Una pregunta importante que aparece entonces es qué es lo que pudo explicar este repentino encuentro entre facciones enfrentadas. Aquí no me aden-

## 2. La “sala de máquinas” de la Constitución: un esquema excluyente

El periodo que se extiende desde mediados del siglo XIX hasta fines del mismo siglo, en América Latina, puede ser considerado el “momento fundacional” del constitucionalismo regional. Fue entonces cuando se dio forma a lo que en buena medida sigue siendo la *matriz fundamental* del constitucionalismo latinoamericano. En particular, allí quedó definida la estructura básica de la organización constitucional del poder —es decir, la “sala de máquinas” de la Constitución—. La forma de esa “sala de máquinas” fue resultado, entonces, de un pacto liberal-conservador. Dicho pacto, como veremos, se traduciría en órdenes constitucionales antiestatistas;<sup>9</sup> muy protectivos de ciertos derechos civiles (que, como señalaba Alberdi, ponían un especial acento en las libertades económicas —principalmente, protecciones a la propiedad y los contratos—); y a la vez muy restrictivos en materia de libertades políticas. Este nuevo y crucial acuerdo constitucional se distinguiría tanto por lo que el mismo incluiría como por lo que dejaría fuera del acuerdo fundamental de la época: tanto los asuntos relacionados con la expansión de las *libertades políticas* como todo lo relacionado con la denominada *cuestión social* —los problemas derivados de una situación marcada por injustas desigualdades—.

---

traré en el análisis de la cuestión, pero sugeriré en todo caso una posible respuesta, al menos parcial, a dicha pregunta, y que tiene que ver con la creciente presencia de fuerzas radical-democráticas, que comenzaban a reproducir en América Latina los reclamos que se habían hecho conocidos en Europa, con las revoluciones democráticas de 1848. Thomson, G., *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, editado por Guy Thomson, Londres, Institute of Latin American Studies, 2002.

<sup>9</sup> Constituciones que, como gráficamente lo expondría el colombiano Samper, se caracterizarían por promover un orden “*espontaneísta, antiolectivista*, y sobre todo, *antiestatista*.” Jaramillo Uribe, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Temis, 1964, p. 50.

Los modos en que el constitucionalismo latinoamericano decidió limitar las “libertades políticas” de las que hablaban Alberdi, Samper o Bello fueron varios. Algunos de ellos muy típicos del derecho regional, y otros más comunes y propios del constitucionalismo que llegaba de los Estados Unidos. Dentro de las limitaciones típicamente impuestas en América Latina, mencionaríamos en particular. En primer lugar, la limitación del derecho a la participación política, y en segundo lugar, las limitaciones relacionadas con un sistema político de autoridad concentrada, y por tanto restrictivo de la participación autónoma de las mayorías. De la Constitución norteamericana, según veremos, provendría el “molde” básico del constitucionalismo latinoamericano que se distinguiría por una sobrepresencia de controles, especialmente orientados a “contener” los impulsos “mayoritaristas” del sistema político.<sup>10</sup>

#### A. *Restricciones directas sobre el sufragio*

Sobre el primer tipo de limitaciones, mencionaríamos que los mecanismos restrictivos del voto fueron diversos, y también distintos para el caso del voto activo (el derecho a elegir) y pasivo (el derecho a ser elegido). Estas restricciones incluyeron, además de las limitaciones informales, como la supresión de las prácticas asamblearias<sup>11</sup>; el fraude y el uso directo de la fuerza (prácticas demasiado comunes en aquellos años), la exclusión de aquellos que no sabían leer y escribir, o que no contaban con cierto respaldo económico o posición social. También fue común que se les prohibiera el voto a las mujeres, a los esclavos, a los niños, y aun a los hijos solteros, a los sirvientes y a los empleados domésticos. El lugar de residencia (es decir, el voto limitado a los “vecinos”

---

<sup>10</sup> El convencional constituyente argentino Benjamín Gorostiaga expresó entonces que la Constitución por ellos redactada “ha sido vaciada en el molde de los Estados Unidos”.

<sup>11</sup> Expresada, por caso, en el cierre de los cabildos existentes en Buenos Aires, Ternavasio, 2002.

—la gente “decente” en los hechos—), la nacionalidad y hasta la proveniencia étnica también devinieron en razones justificatorias de la exclusión política. Las restricciones relativas al derecho a ser elegido resultaron, por lo normal, todavía mayores que las existentes para el caso de los electores. Aquí aparecieron limitaciones relacionadas con la edad, el ingreso, la propiedad y la capacidad, destinadas a asegurar la elección de los “notables”.<sup>12</sup> El establecimiento de elecciones indirectas también fue una manera en que, en toda América, se limitaron los derechos políticos de las mayorías. Según Elías Palti, a través de las elecciones indirectas se pretendía transformar al voto, meramente, en “un mecanismo de selección de *los mejores*”, que daba al gobierno representativo el carácter de una “aristocracia electiva” (cursivas en el original).<sup>13</sup> Limitaciones como las citadas determinaron que los derechos políticos básicos resultaran, en los hechos, y durante largas décadas, concentrados en un porcentaje muy minoritario de la población.<sup>14</sup>

### B. Restricciones basadas en la concentración del poder

Si las primeras restricciones referidas lo fueron “por abajo” (al afectar los derechos de participación política del electorado),

---

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, Sábato, H., *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010, y Sábato, H. y Lettieri, A. (comps.), *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>13</sup> Finalmente, tanto el carácter no obligatorio del voto como, sobre todo, su carácter público o no secreto, conspiraron contra la posibilidad de contar con una participación popular amplia en las elecciones: eran muchos los que temían exponer en público sus preferencias políticas, y así despertar, por caso, la ira de sus empleadores o la de sus adversarios políticos (en momentos en que, como dijéramos, la práctica de la violencia política estaba tan extendida). Palti, E., *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007. p. 206.

<sup>14</sup> Para el caso de la Argentina, Hilda Sábato calcula un 25% de los habilitados para hacerlo, que representaba a su vez al menos de un 5% del total de la población. Sábato, H., *op. cit.*, p. 40.

estas segundas se caracterizaron por establecer limitaciones “por arriba”, esto es, por ser limitaciones relacionadas con el vértice del poder político, y que implicaron concentrar la máxima autoridad política en una sola persona, encarnada por el Poder Ejecutivo. La decisión de concentrar el poder sobre el presidente, constituyendo regímenes —así llamados híperpresidencialistas—, representó una variedad típicamente latinoamericana dentro del constitucionalismo dominante en la época. Dicho cambio fue justificado por la especial necesidad que encontraron los líderes latinoamericanos de resistir los riesgos de la anarquía, la disgregación, y los levantamientos de masas lideradas por caudillos autoritarios. En su obra más importante, las *Bases*, Juan Bautista Alberdi propuso abiertamente alejarse del modelo norteamericano en todo lo relativo a la organización del Poder Ejecutivo, para emular el ejemplo propiciado por Juan Egaña en Chile, desde la autoritaria Constitución de 1833 —Constitución que se había convertido en ejemplar en toda América Latina, por favorecer la estabilidad política en un continente caracterizado por la falta de ella—. Para Alberdi, el ejemplo chileno había permitido reconocer que “entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante en que la anarquía le desobedece como presidente republicano”.<sup>15</sup> Fue así que en la Argentina, como en una mayoría de países de la región, se diseñaron poderes ejecutivos especialmente poderosos, que contaban —típicamente, y por ejemplo— con la facultad de declarar el estado de sitio, y con el poder de disponer la intervención, aun militar, en los estados o provincias rebeldes —poderes que no eran aceptados en Constituciones más liberales, como la de los Estados Unidos—.

---

<sup>15</sup> Alberdi, J. B., *Obras Selectas*, ed. Joaquín V. González, Buenos Aires, La Facultad, 1920, p. 181. Liberales y conservadores dieron lugar, así, y de manera paulatina, a la formación de un sistema de gobierno peculiar, desafiante del más clásico modelo de “frenos y contrapesos”, un sistema que Carlos Nino denominara híperpresidencialista. Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997.

### C. *Restricciones generales propias del constitucionalismo liberal*

Condiciones como las analizadas hasta aquí fueron típicamente propuestas, en América Latina, por grupos conservadores o liberal-conservadores. Ellos defendían ahora, como lo habían hecho siempre, la organización de un poder concentrado, con una ciudadanía alejada del manejo directo de los asuntos públicos. Tales limitaciones se sumaron a otras, más propias de la tradición constitucional norteamericana, de raigambre más liberal. Estas limitaciones se originaban en la habitual resistencia del liberalismo frente a los riesgos y excesos propios del mayoritarismo —el drama de las “facciones” mayoritarias, que era el que obsesionaba a James Madison— que llevaron a la conformación de sistemas institucionales típicamente contramayoritarios.<sup>16</sup>

De modo muy resumido (sobre un tema que requeriría un amplio trabajo por separado), podría señalar que el “molde” del constitucionalismo liberal que llegó a América Latina, desde los Estados Unidos, se caracterizó por *a*) un *sistema representativo* (diseñado a partir de un presupuesto de “desconfianza” en cuanto a las capacidades políticas de las mayorías), caracterizado por las ideas de “distinción” y “separación” entre representantes y representados;<sup>17</sup> *b*) una concepción sobre los controles al poder —elemento definitorio del constitucionalismo liberal—, en donde los *controles* “endógenos” u “horizontales” predominaban largamente sobre los controles “exógenos”, “populares”, que quedaban reducidos habitualmente al voto periódico, ejercido cada varios años;<sup>18</sup> *c*) un *sistema de* “frenos y contrapesos” —el

<sup>16</sup> En efecto, el riesgo impuesto por una facción minoritaria opresiva era menor, porque a ella se la podía vencer con el voto adverso.

<sup>17</sup> Ideas que contrastaban con las nociones de “dependencia” —del representante en el representado; del representante como “embajador” o “delegado”; y del sistema político como “espejo” de la sociedad—. Manin, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

<sup>18</sup> Ello, en reemplazo de alternativas previas, también aplicadas, que multiplicaban las instancias del control popular a través de asambleas populares,

corazón del sistema de controles internos— orientado a canalizar institucionalmente los conflictos entre distintos sectores de la sociedad, evitando las “mutuas opresiones”;<sup>19</sup> *d*) un Poder Judicial que tendió a expandir paulatinamente su propio poder, hasta ganar no sólo la capacidad de *invalidar* las decisiones de los poderes políticos, sino también la de pronunciar la “última palabra” institucional,<sup>20</sup> y *e*) un sistema de acceso a los tribunales muy limitado que llegó a incluir exigencias muy costosas, en términos económicos y de gestión, para el ingreso a los mismos.<sup>21</sup>

Llegados a este punto de nuestro análisis, entonces, tenemos un esquema general del modo en que resultó moldeado el constitucionalismo americano, en su variante latina: un sistema que se expresaba en Constituciones que, por un lado, retomaban los rasgos liberales del constitucionalismo del “equilibrio”, los límites al poder (sobre todo al poder de las mayorías) y la neutralidad (religiosa) propios del modelo de los Estados Unidos, y que por otro lado, impulsaban medidas propiamente conservadoras, como lo eran el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, las fuertes restricciones a la participación popular o la opción por un Estado más comprometido con la cuestión religiosa. En estas contradicciones quedó moldeado el constitucionalismo latinoamericano, al menos hasta comienzos del siglo XX, en donde el estallido de los temas sociales y políticos hasta entonces poster-

---

mandatos imperativos, instrucciones a los representantes, revocatoria de mandatos, rotación obligatoria en los cargos, elecciones anuales, etcétera.

<sup>19</sup> Se trataba de un sistema menos preocupado por preservar el lugar central del Poder Legislativo dentro de la estructura de poderes (como era propio de los sistemas de “separación estricta” propiciados por los grupos más radicales), que por dotar a cada rama del poder de “herramientas defensivas” equivalentes, de forma tal que se evitara el predominio de una sobre las otras.

<sup>20</sup> De ese modo, el Poder Judicial abrió espacio para la habitual crítica referida al “carácter contramayoritario” del mismo. Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

<sup>21</sup> Así, se hizo necesario contar con un abogado, pagar tasas, cumplir con formalismos crecientes; se establecieron rígidas condiciones relacionadas con el *standing* o la legitimidad necesarias para litigar, que se reservaron muy comúnmente para aquellos directamente afectados por una determinada normativa.

gados forzaría cambios decisivos dentro de la propia estructura constitucional.

### III. “PUEBLO” Y DERECHOS

La organización constitucional en general, y la situación de los derechos políticos y sociales, en particular, cambiaría significativamente con la llegada del siglo XX. Si es que aceptamos, siguiendo a Alberdi, que el “primer derecho constitucional” de la región estuvo dedicado al problema o “drama” de la independencia, y el segundo, a atender el “drama” del desierto y el atraso económico; en la nueva etapa —tercera— que se abría, el derecho constitucional iba a estar dedicado a resolver fundamentalmente cuestiones políticas y sociales que habían sido explícitamente dejadas de lado durante el siglo fundacional del constitucionalismo latinoamericano, incluyendo el acceso de la mayoría al voto, y el resguardo a los grandes dramas derivados de la llamada cuestión social.

#### 1. *Sufragio universal, constitucionalismo social y el peculiar ingreso de la clase obrera en la Constitución*

La nueva atención dedicada a los viejos temas postergados —las genuinas aspiraciones políticas y sociales de la mayoría de la comunidad— no fue producto de un mero cambio en la actitud o voluntad de la clase dirigente, sino de un largo proceso marcado por la crisis política y las luchas sociales. La crisis en cuestión era la crisis del viejo paradigma dominante —el de “orden y progreso”, que había llegado a su punto máximo de desarrollo en la década de 1880-1890, con la privilegiada asociación que muchos países latinoamericanos establecieron con la Corona Británica—. Dicha asociación había producido importantes beneficios mutuos entre Gran Bretaña y América Latina que quedaron traducidos en un extenso periodo de crecimiento económico y paz social, conseguido gracias a la contribución

económica de las materias primas locales, y la garantía política ofrecida por gobiernos de mano dura, capaces de asegurar un férreo disciplinamiento social.<sup>22</sup>

Con el comienzo del nuevo siglo XX, sin embargo, todo aquel viejo proyecto exitoso empezó a crujir. Los nuevos tiempos estarían marcados por la debacle económica del orden internacional, que vendría acompañado por la creciente movilización de los sectores subalternos, que cuestionarían tanto el carácter represivo de los gobiernos de "orden y progreso", como también la injustificable postergación política y social de la que eran víctimas. Los principales beneficios del antiguo orden habían sido apropiados por las clases dirigentes, y ahora que estallaba una radical crisis económica, que afectaba a buena parte de Occidente, los sectores subalternos pasaban a ser los primeros y principales perjudicados por el cambio de paradigma.

En términos legales, hubo un primer gran hecho diferencial entre el nuevo siglo que comenzaba y el anterior que estuvo dado por la llegada *efectiva y progresiva* del sufragio universal. Hablo de llegada *efectiva* porque el derecho al sufragio ya había sido adoptado en una diversidad de Constituciones, desde el siglo XIX (en algunos casos muy tempranamente, como en la Argentina, Colombia o Nicaragua), pero en todos los casos, y por diversas razones (que incluían limitaciones formales o informales, incluyendo al fraude), la potencia de dicho instrumento había resultado diluida: el mismo recuperaría su fuerza recién en el nuevo siglo. Y hablo de la llegada *progresiva* del sufragio, porque el mismo no se impuso, en un momento y de modo pleno en la región, sino que en diversos países se fue instalando y abriendo de modos diferentes, y normalmente en etapas sucesivas. Fue común, por caso, que primero se estableciera el sufragio masculino; que el sufragio femenino se adoptara a partir de los años cincuenta y sesenta, y que —en países con niveles altos de analfabetismo, como Brasil, Ecuador y Perú— se extendiera el sufragio a los grupos analfabe-

---

<sup>22</sup> Halperín Donghi, T., *The Contemporary History of Latin America*, Duke, Duke University Press, 1993.

tos recién hacia fines del siglo XX (en los setenta y ochenta). En definitiva, la extensión del sufragio implicó un cambio enormemente significativo en la vida pública de la región, aun cuando los efectos del mismo se expresaran gradualmente, y de modos diferentes en los distintos países (véase cuadro 1).

Junto con las referencias anteriores, vinculadas con el sufragio y la extensión de los derechos políticos, debemos hacer alusión a los cambios que aparecieron en materia de derechos sociales. En relación con esta historia puede marcarse, sin dudas, a una fecha, como momento definitivo de ruptura con el viejo orden social. Este momento es el que se dio en México a partir de 1910, y con los primeros alzamientos revolucionarios que culminarían con el dictado de la (en algún sentido también revolucionaria) nueva Constitución social. En México, en efecto, y desde comienzos del siglo, se habían producido movilizaciones de sectores obreros, campesinos e indígenas, que actuarían, en ocasiones, en coordinación con grupos más politizados, de raíces socialistas, comunistas o anarquistas. Todos ellos repudiaban el orden político vigente, encabezado por el autoritario caudillo Porfirio Díaz quien, en los hechos, y por más de treinta años (desde 1876) había conducido los destinos del país como un dictador. Los acontecimientos que se sucedieron en estos años de crisis terminal del paradigma de “orden y progreso” resultarían, en muchos casos, extraordinarios, pero para los propósitos de este trabajo me referiré exclusivamente al dictado de la Constitución de 1917.

La Constitución de 1917 representó un hecho fundamental para el constitucionalismo mundial, ya que ella fue la primera ley fundamental en el mundo que incorporó en su texto, de manera explícita y muy extensa, una larga lista de derechos sociales.<sup>23</sup> De este modo, la Constitución de México de 1917 inauguró el lla-

---

<sup>23</sup> Se trató, entonces, de una Constitución pionera, que apareció en un momento muy especial en el mundo, cuyo nacimiento fue más o menos contemporáneo con el dictado de la Constitución de la República de Weimar, en 1919; la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también en

mado *constitucionalismo social*, que pasaría a ser marca de identidad del constitucionalismo latinoamericano, desde entonces y hasta hoy. En el caso de México, la respuesta dada por la Constitución de 1917 aparecería no sólo como respuesta pionera, dentro de la región, sino también como la más radical de todas las que vendrían luego.<sup>24</sup> En particular, dentro de la Constitución de 1917 destacarían el artículo 27, que vendría a nacionalizar las riquezas del subsuelo y dar contenido a la reforma agraria, y el muy extenso artículo 123, que establecería la protección de los trabajadores y reconocería entidad a los sindicatos.<sup>25</sup>

Ahora bien, aunque es cierto que las innovaciones sociales incorporadas por la Constitución de 1917 representaron un adelanto fundamental en el derecho regional, también debemos tomar nota de las importantes limitaciones del proyecto en curso. Sintéticamente, lo que diría es que *el notable cambio incorporado por el constitucionalismo regional en materia de derechos no se tradujo en un cambio de rango similar en materia de organización del poder*. En otros términos, si tomamos en cuenta las dos partes centrales en que se divide cualquier Constitución —una parte que organiza el bill de derechos— y otra que define la organización del poder, podemos reconocer que el extraordinario avance producido en América Latina desde comienzos del siglo XX afectó centralmente a la

---

1919, y el paulatino crecimiento del llamado Estado de bienestar y de la visión económica keynesiana.

<sup>24</sup> Aunque, cabe notarlo también, la Constitución mexicana aprobada en Querétaro representaría la versión más moderada y “contenida” de las elaboradas por el embrionario constitucionalismo mexicano de la Revolución, primero en Ayala, y luego en Aguascalientes.

<sup>25</sup> Según el constituyente Pastor Rouaix, uno de los responsables intelectuales del carácter social de la Constitución, estos artículos “fueron el resultado del radicalismo revolucionario... que estaba en todas las conciencias después de las sangrientas luchas que habían transformado a la sociedad mexicana” Rouaix, P., *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959, p. 238.

sección de los derechos, pero no a la referida a la organización del poder.<sup>26</sup>

Finalmente, lo ocurrido en México en 1917 ilustra un caso bastante más general que encontraría una clara continuación en todo el resto de Latinoamérica. Para sintetizar con alguna imagen lo ocurrido, podría decirse que desde entonces el constitucionalismo regional “democratizó” la sección de los derechos constitucionales, a la vez que fortaleció los rasgos más “verticalistas” o “concentrados” de la sección constitucional referida a la organización del poder. O, para utilizar una imagen sociológica, también visible y simple, podríamos decir que lo que ocurrió entonces fue que *la clase obrera ingresó por primera vez en la Constitución, pero que lo hizo exclusivamente a través de la sección de los derechos, y no a partir de la decisiva área referida a la organización del poder*. En otros

---

<sup>26</sup> La Constitución apareció marcada entonces por un cisma interno que no resultaría inocuo en relación con el funcionamiento de la misma —se trataría de una Constitución con dos almas—. En esos años, el muy destacado jurista mexicano Emilio Rabassa describió a la Constitución de 1917, justamente, como “un documento con dos partes bien definidas: la liberal y la social” que pretendía combinar la “filosofía política de (la Constitución) de 1857,” con nuevos aspectos de contenido social, exigidos por los crecientemente influyentes sectores marginados, partícipes de la Revolución social del momento. (Rabasa 1986, 97). La parte “liberal” de la que hablaba Rabasa, remitía a una organización del poder más bien cerrada, antirousseauiana si se quiere, hostil al mayoritarismo que se asociaba con los movimientos revolucionarios locales. Rabassa atribuía este proyecto constitucional al líder político por entonces dominante, Venustiano Carranza. En los hechos, Carranza impulsaría un ordenamiento constitucional distinguido por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo (y, en este caso, la ampliación de su base de legitimidad, a partir de la elección directa del presidente), que se alejaba de los aspectos más parlamentarios que el propio Carranza le atribuía a la Constitución de 1857 —más propios de Inglaterra, Francia o España, según decía—. En México, todavía resultaba necesario el recurso a “gobiernos fuertes, capaces de contener dentro del orden” a “poblaciones indisciplinadas”. Rabasa, E., “Historia de las Constituciones mexicanas,” en Soberanes Fernández, José Luis, *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, t. I, p. 371. En definitiva, el espectacular desarrollo constitucional mexicano, en términos de derechos sociales, venía de la mano —ante todo— de un reforzamiento de los poderes presidenciales en democracia.

términos, las reformas constitucionales latinoamericanas se destacaron por las vanguardistas reformas que introdujeron en materia de derechos, a la vez que dejaban la “sala de máquinas” de la Constitución cerrada a la clase obrera.

Ya me he ocupado en otro lugar, y de modo extenso, del modo en que América Latina emuló, poco a poco, el fenómeno constitucional mexicano. Aquí simplemente recordaría que, poco después del dictado de la Constitución mexicana, varios países de la región optaron por sumarse a este camino más “social”, incorporando en sus textos extensos y profundos compromisos sociales, traducidos en derechos sociales, económicos y culturales. Así ocurriría en Bolivia en 1938; en Cuba en 1940; en Ecuador en 1945, o en Costa Rica en 1949. Particularmente, los casos de la Argentina y Brasil destacarían, en esta etapa, como los otros dos grandes ejemplos de la llegada del constitucionalismo social a la región. Uno de ellos, el de la Argentina, estuvo marcado por la presencia del presidente Juan Domingo Perón, y el otro, el de Brasil, por la figura del líder popular Getulio Vargas. Ambos presidentes promovieron el dictado de pioneras Constituciones sociales, que incluían un reforzamiento de los poderes presidenciales, junto con numerosas y robustas cláusulas dedicadas a los derechos de los trabajadores, los sindicatos, la organización familiar, o la propiedad de los recursos naturales: Perón en 1949, y Vargas en 1934 y 1937. Las Constituciones del caso fueron al mismo tiempo ejemplo de un constitucionalismo de claro perfil social, que a la vez confirmaba la presencia de gobiernos de autoridad concentrada.

## 2. *Cláusulas de inclusión política en un contexto políticamente excluyente*

Si el primer gran intento de cambio, en el cerrado constitucionalismo regional, se orientó a incorporar largas listas de derechos sociales dentro del molde de las viejas Constituciones, el segundo provino de reformas que llegaron a finales del siglo XX,

con la pretensión de reforzar un proceso de *inclusión política* que era considerado aún muy limitado. Ese proceso de inclusión política había sido inaugurado a comienzos del siglo XX, con la pretendida inclusión de la clase obrera en la Constitución. Aunque limitado y frustrado, el mismo había implicado ciertos pasos adelante en relación con los sectores trabajadores, que, al menos, habían visto reconocidos sus derechos en el texto constitucional. A fines del siglo XX, y a partir de una concepción del derecho y la democracia todavía limitados, los constituyentes latinoamericanos quisieron expandir aquel proceso inclusivo incorporando en el texto constitucional a los sectores que más notablemente habían quedado al margen del primer movimiento de cambio. Las nuevas Constituciones de finales del siglo XX se abrieron entonces a los sectores indígenas; incorporaron referencias al multiculturalismo; hablaron de modo más explícito de los derechos de las mujeres; hicieron referencias a las minorías sexuales.<sup>27</sup> La Constitución se abrió así a los grupos postergados entre los postergados —a aquellos que no habían sido “recuperados” en la primera oleada de reformas (que había concentrado sus energías, especialmente, en los desplazados del mundo del trabajo)—. Pasábamos así de Constituciones que habían puesto el acento en *cuestiones político-sociales* a nuevas Constituciones que acentuaban más las cuestiones identitarias.

Este segundo y también significativo proceso de cambio apareció inscripto en un paradigma renovado. Dentro de este nuevo paradigma, de inclusión y participación políticas, destacaron algunas reformas excepcionales y tardías, destinadas a extender el sufragio a sectores antes injustamente excluidos del mismo (es decir, iletrados). Más relevantes fueron, en cambio, las numerosas

---

<sup>27</sup> Bergallo, P., “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011; Ramírez, S., *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006, y Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Garavito, C. (comp.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

medidas destinadas a incorporar mecanismos de participación popular directa (como las que Uruguay incluía como práctica al menos desde 1917), y que aparecieron por primera vez en las Constituciones de Brasil 1988 (plebiscito, referéndum, iniciativa popular); Colombia 1991 (referéndum, plebiscito); Paraguay de 1992 (referéndum, iniciativa popular), o Argentina de 1994 (referéndum, plebiscito y consulta popular).

Iniciativas como las mencionadas representan sólo algunos ejemplos de las diversas propuestas participativas incorporadas por las nuevas Constituciones latinoamericanas. Las mismas, por lo demás, ofrecieron novedades aún más fuertes con el último constitucionalismo regional, que incluye a las Constituciones andinas de Bolivia 2009, Ecuador 2008 y Venezuela 1999.<sup>28</sup> De modo especialmente notable, la Constitución ecuatoriana pretende desafiar la tradicional organización “tripartita” de poderes, incluyendo una “cuarta” función del Estado, la cual es la de la “Transparencia y Control Social”. A través de esta instancia, se coordina a todos los organismos de control, y se promueven formas diversas de la participación popular (que incluyen la facultad popular de revocar un mandato, o las instrucciones obligatorias —la misma Constitución se asume fijando pautas irrenunciables, que autorizan la revocatoria de los mandatos de quienes no cumplen con su voluntad—).<sup>29</sup> El caso de Venezuela

---

<sup>28</sup> La Constitución boliviana destaca, frente a las otras dos, por otra razón, y es que ella es la más directamente abocada a resolver el gran “drama” (bien identificado) que ha venido afectando a la vida pública del país desde su independencia, nos referimos al drama de la marginación indígena, lo que implica a la sección mayoritaria del país, históricamente olvidada o postergada por el constitucionalismo local. Dicha integración —coronada con la elección de un presidente indígena— alcanza aún a un peculiar reconocimiento de los derechos de la naturaleza, o al propio Tribunal Constitucional Plurinacional, en donde al menos dos de sus siete miembros debe provenir del sector indígena de la población.

<sup>29</sup> Sin embargo, y frente a tales posibilidades, habrá que decir, en primer lugar, que la salida de la *muerte cruzada* puede darse una vez; es en extremo dramática; requiere de un altísimo porcentaje de votos (dos tercios de los asambleístas), e involucra la “muerte” en el cargo de sus propios promotores.

también nos ofrece un ejemplo importante, en el sentido señalado. Otra vez, nos encontramos con un texto amplio en términos de participación popular. La Constitución abre un amplio campo a la participación, en la sección de los derechos políticos, reservando cuatro artículos (del 71 al 74) a regular el “referendo popular”. De modo significativo, y por caso, el artículo 72 de la Constitución dispone que

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Vuelve a plantearse, entonces, una pregunta en torno a la productividad o no de las reformas. Quisiera responder a esta pregunta, en lo que sigue, concentrando mi atención en cuestiones que trascienden a los particulares actores y países de donde provienen dichas reformas, para vincularse con preocupaciones más estructurales.

### 3. *Derechos incluyentes vs. poder concentrado*

El balance que podemos hacer, luego de las largas décadas de vida que lleva el constitucionalismo social en América Latina, y los varios años que llevan las reformas orientadas a favorecer la participación política, no es positivo en general, aun cuando sea necesario distinguir entre unas y otras reformas. Y ello, no sólo por razones externas al constitucionalismo, sino también por razones internas a él. Según diré, *el Poder Judicial tendió a poner freno a los derechos sociales, como el poder político tendió a hacer lo propio con los nuevos derechos políticos*, en modos que no debieran resultar sorpresivos, a la luz de la naturaleza propia de la estructura institucional existente.

La situación resulta especialmente clara en relación con el constitucionalismo social, por lo cual comenzaré por referirme a éste. Respecto del mismo, hay una primera cuestión que debe analizarse, y que nos interroga acerca del porqué es que esos nuevos derechos quedaron “durmiendo” en nuestras Constituciones, durante tanto tiempo, a pesar de los años que llevan inscriptos en ellas; la cantidad de países que los inscribieron en sus textos; el ímpetu con que fueron incorporados en nuestras Constituciones, y el modo en que fueron ratificados dentro de las mismas, sistemáticamente, cada vez que llevamos a cabo un nuevo proceso de reforma constitucional.<sup>30</sup>

La dificultosa vida de los derechos sociales en la región tiene que ver con muchas cosas, pero aquí me centraré muy especialmente en el peso adquirido por el Poder Judicial en esta historia. Resumiendo drásticamente una historia sinuosa y compleja, diré que el Poder Judicial jugó un rol protagónico en la agonía (y posterior resurrección) de los derechos sociales propios del constitucionalismo latinoamericano. Durante décadas, fueron los jueces los que, en una amplísima mayoría, se dedicaron a señalar que los mismos eran derechos de segunda categoría, y como tales no directamente “aplicables” (*enforceable*) por los tribunales. Ello, luego de considerar a los mismos como categorialmente distintos de los derechos de “primera generación”; luego de señalar a los mismos como los únicos que importaban costos económicos muy altos para su implementación, y luego de concluir que —a la luz de tales implicaciones presupuestarias— eran los poderes políticos, y no los tribunales, los encargados de lidiar con esos derechos. Y fueron los jueces, también, los que, acorralados por una creciente movilización social; nuevos desarrollos doctrinarios; algunos cambios institucionales, y un creciente fenómeno de internacionalización del derecho (que llegó con nuevas demandas de jus-

---

<sup>30</sup> Una segunda pregunta, sobre la que también trataré de decir algo, se refiere a por qué, muy lentamente, esos derechos que quedaron “adormecidos” desde su dictado, y durante décadas, fueron despertando de su largo sueño, hacia fines del siglo XX.

ticia social), lentamente ayudaron a poner de pie a algunos de aquellos viejos derechos sociales adormecidos.<sup>31</sup>

*Trabas similares a las que impuso el Poder Judicial sobre el desarrollo de los derechos sociales, durante décadas, son las que impuso el poder político —y el Poder Ejecutivo en particular— sobre el crecimiento de los más recientes derechos vinculados con la participación política, en los últimos años.* En otro trabajo, he apoyado esta afirmación con ejemplos provenientes de los países más salientes en la consagración de derechos constitucionales para la participación popular. Lo que he intentado demostrar fue el modo sistemático en que esos derechos fueron bloqueados o socavados por los poderes políticos, y muy en particular por el Poder Ejecutivo concentrado, que estas nuevas Constituciones terminaron por fortalecer.<sup>32</sup> En ocasiones, dichas limitaciones provinieron de los poderes legislativos, que se negaron a reglamentar las cláusulas participativas que habían sido incorporadas en la Constitución (es decir, en relación con la reglamentación del plebiscito, en la Argentina, Zayat 2011); en otras, los Ejecutivos concentrados vetaron las iniciativas populares destinadas a poner en práctica las cláusulas constitucionales participativas, o tomaron medidas destinadas a socavar directamente esos nuevos derechos (es decir, en relación con la elección popular de jueces, en Ecuador), y en otras más, los gobiernos locales o las autoridades de gobierno, bloquearon o privaron de sentido a las medidas participativas implementadas (es decir, el derecho de consulta a las comunidades afectadas por emprendimientos mineros, como en Perú o Colombia).

---

<sup>31</sup> Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002; Bonilla, D. e Iturralde, M., *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Gargarella, R. et al., *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Ashgate, 2006, y Langford, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>32</sup> Echeverría, J., “El Estado en la nueva Constitución”, en Andrade, S. et al. (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Todas estas limitaciones —algunas, relacionadas con el alcance de los derechos sociales; otras, relacionadas con el alcance de los nuevos derechos políticos— nos hablan, entre otras cosas, del modo en que *una sección de la Constitución terminó activándose para bloquear desarrollos propios de la sección contraria*. Más específicamente, ejemplos como los citados dan cuenta del modo en que los nuevos derechos constitucionales tendieron a ser limitados o socavados por iniciativas provenientes de una organización del poder concentrada, y muy desvinculada del control ciudadano.

Desde parámetros como los descritos, parece claro, la fórmula contemporánea que pretende transformar cada nueva necesidad social que se reconoce, en un nuevo derecho constitucional, se presenta como limitada y superficial. Para nuestros antecesores, según veremos, resultaba claro que ni bastaba la creación de un nuevo derecho para atender satisfactoriamente una determinada necesidad social, desde el aparato jurídico, ni mucho menos era concebible el diseño de una estructura de derechos sin una base asentada en la participación y movilización sociales.

#### IV. “PUEBLO” Y PODER

En lo que sigue, examinaremos algunos de los varios intentos significativos que se propusieron o llevaron a cabo, en los últimos tiempos, con objeto de revitalizar una práctica institucional todavía demasiado ajena a la “decisión y control” populares. La idea de estas reformas —potenciales o reales— puede ser redescrita, en todos los casos, como una forma de colocar, efectivamente, al “pueblo” en el centro de la Constitución. En parte, los cambios y propuestas que vamos a explorar aparecieron en reacción a las dificultades propias de los intentos anteriores (es decir, creación de derechos sociales y participativos). A diferencia de las reformas examinadas previamente, las que exploraremos aquí tuvieron una virtud en común: todas ellas se animaron a trabajar sobre la “sala de máquinas” de la Constitución, mientras que las reformas

anteriores se habían realizado, más bien, de espaldas a aquélla. En otros términos, mientras las reformas previamente examinadas se ocuparon, sobre todo, de reformar el abanico de los derechos constitucionales, las nuevas operaron directamente sobre la organización del poder. El primero de esos intentos —alentado desde la política constitucional— consistió, fundamentalmente, en un nuevo tendido de puentes entre ciudadanos y tribunales, orientado a facilitar el acceso de los últimos a las cortes. El segundo —promovido de modo especial por la doctrina constitucional— se dirigió a revitalizar al Poder Legislativo, en particular, otorgándole un papel más protagónico en la confección de las políticas públicas. El último —motorizado desde el derecho internacional— se dirigió a involucrar directamente a los grupos desaventajados en la resolución de cuestiones públicas que les concernían directamente. Presento a continuación las iniciativas mencionadas, junto con una breve evaluación crítica de las mismas —destinada a balancear su potencia y alcances— en cada caso.

### 1. *Revitalización del Poder Judicial*

El primer tipo de iniciativas reformistas que vamos a repasar se relacionan con el Poder Judicial. Y aunque son muchas las medidas de cambio que se han impulsado en el ámbito judicial, aquí vamos a concentrarnos en el análisis de algunos cambios implementados en materia de acceso a la justicia. Ello, en razón de la influencia e impacto alcanzado por tales propuestas.

El repaso de la (en parte frustrada) trayectoria de los derechos sociales nos había ayudado a reconocer algunos de los diversos problemas que afectaban a la institución judicial. Se trataba, en buena medida, de problemas vinculados con la estructura judicial, y la (en buena medida buscada) “lejanía” entre sus miembros y el sector popular.<sup>33</sup> Por buenas o malas razones, lo cierto

---

<sup>33</sup> Lejanía orientada, por caso, a preservar a la justicia de las disputas políticas coyunturales; esto es, James Madison en *El Federalista*, núm. 49.

es que el diseño judicial acordado se caracterizó por la presencia de jueces seleccionados de forma muy indirecta, que (en una mayoría de casos) mantienen sus cargos de por vida, y que no están forzados a vincularse y a dialogar con la ciudadanía, durante el ejercicio de su mandato. A tales circunstancias deben sumarse, por lo demás, las formas rugosas, complejas, de *acceso a los tribunales* —las cuales terminan por agravar la “distancia” señalada entre “justicia” y “pueblo”—. Estas dificultades de acceso incluyen costos económicos importantes para litigar, la obligatoriedad del recurso a un abogado; formalismos que generan distancia; restricciones al litigio colectivo, y derechos de legitimación (*standing*) muy limitados a aquellos que se encuentran “directamente afectados” por un cierto agravio.

La contracara de esta situación —que sirve entonces para confirmarla— es que cambios aun menores realizados sobre la estructura del Poder Judicial pueden ayudar al fortalecimiento de los débiles vínculos existentes entre ciudadanos y jueces, y así a modificar —al menos en parte— los resultados de la justicia. Son este tipo de cambios los que se fueron imponiendo en diversos países latinoamericanos, orientados de modo muy especial a facilitar el acceso de los más desaventajados a la justicia.

En los países en donde se pusieron en marcha tales cambios, ellos sirvieron, de manera inequívoca, para motivar a los jueces a tomar casos que antes consideraban ajenos, y para orientarlos a decidir de un modo socialmente más consciente —tal vez, a partir de la enorme cantidad de nuevos casos que han recibido, y que los han confrontado a problemas y presiones sociales que antes no confrontaban—. En alguna investigación colectiva que hemos realizado con juristas del “sur global”, hemos podido reconocer la fuerte correlación existente entre los cambios producidos en materia de *standing*, costos y formalidades judiciales, y el surgimiento de una litigación social mucho más potente, y de resultados mucho más alentadores.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Gargarella, R. *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Ashgate, 2006. Véase también Bonilla, D. (ed.), *Constitutionalism of the*

Sólo para mencionar dos casos que probaron ser históricamente muy importantes en la región, mencionaría a los de Costa Rica 1989 y Colombia 1991. En el primero, el de Costa Rica, una reforma constitucional propició un radical cambio en materia de legitimidad para actuar ante la Corte, que vino acompañada de la ruptura con el estricto formalismo procesal que había caracterizado a la actuación del tribunal hasta el momento. Asimismo, la reforma permitió que cualquier persona quedara autorizada a abrir un caso ante una nueva Sala del Tribunal Superior —la Sala IV— sin necesidad de recurrir a un abogado; sin necesidad de pagar ninguna tasa; sin necesidad de apegarse a argumentos y reglas preestablecidos. La presentación puede ser hecha a cualquier hora del día, en cualquier lengua, sin importar la edad del reclamante, y puede ser escrita en cualquier soporte.<sup>35</sup> Los resultados de tales cambios fueron veloces y extraordinarios: en su primer año de funcionamiento, en 1990, el tribunal recibió 2,000 casos, que pasaron a ser 6,000 en 1996, 13,000 en 2002, y más de 17,000 en 2008: 200,000 casos en los primeros diecinueve años de funcionamiento —casi todos, en la actualidad, relacionados con la presentación de *amparos*—.<sup>36</sup>

La situación descrita guarda paralelos significativos con lo ocurrido en el más alto escalón del Poder Judicial, en Colombia, con la reforma constitucional de 1991. En Colombia, como en Costa Rica, una reforma constitucional dispuso la creación de un nuevo organismo judicial —aquí, una Corte constitucional que vendría a situarse junto a una ya existente Corte Suprema— que pasó desde entonces a jugar un papel absolutamente

---

*Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Gauri, V. y Brinks, D. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, y Langford, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>35</sup> Wilson, B., “Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica’s Constitutional Court,” en Gloppen, S. *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave, 2010.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 68.

protagónico en el reforzamiento de derechos sociales, al menos hasta hace tiempos recientes.<sup>37</sup> La creación de la nueva Corte colombiana vino acompañada, otra vez, de fuertes cambios en materia de litigio jurídico. Ello así, particularmente, a través de la *acción de tutela*,<sup>38</sup> que le permite a cualquier persona acceder a la justicia sin ninguna exigencia formal, sin la necesidad de incurrir en costos económicos, sin el requerimiento de contratar a un abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene un interés concreto en el asunto por el que reclama. Lo que ocurriera a partir de la puesta en marcha del mecanismo fue explosivo, en Colombia tanto como en Costa Rica: la nueva Corte tomó 236 decisiones, en su primer año de funcionamiento, 1992, y diez años después su promedio estaba bastante encima de las 1,100 (un incremento de casi un 500%). En materia de tutela, la Corte recibió unas 8,000 demandas de protección, en su primer año, y para 2001, la cifra había alcanzado las 133,273 (el número se había incrementado unas dieciséis veces). El número de decisiones anuales promedio, por parte de la Corte Constitucional, resultó 16 veces más alto, también, que el de las que eran propias de la Corte Suprema, antes de la llegada del nuevo tribunal.<sup>39</sup>

Los resultados obtenidos en Costa Rica y Colombia, a partir de la radical apertura del Poder Judicial a la ciudadanía que se produjo en ambos casos, son sin lugar a dudas espectaculares: por el número de casos que llegaron a las cortes, por el tipo de

---

<sup>37</sup> Bonilla, D. e Iturralde, M., *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Cepeda, Manuel, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 559, 2004; Lemaitre Ripoll, J., *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009, y Uprimny, R. et al., *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

<sup>38</sup> Aunque la tutela representa la más conocida e influyente de las nuevas vías de reclamo creadas por la reforma, no es la única, ya que la misma fue acompañada por la *acción popular*, la *acción colectiva*, o la *acción de incumplimiento*.

<sup>39</sup> Las cifras son de Cepeda 2004.

casos, por las decisiones obtenidas. De todos modos, el balance más justo sobre lo ocurrido en todos estos años todavía está por hacerse. Por el momento, y desde aquí, propondría una conclusión doble, capaz de rescatar la ambigüedad que me motiva al explorar estos casos.

Por un lado, señalaría que lo ocurrido ratifica, del mejor modo, el tipo de análisis efectuado más arriba, cuando dábamos cuenta de los riesgos propios de mantener una estructura del poder separada de la ciudadanía, y sugeríamos las ventajas derivadas de recuperar el lugar central del “pueblo” en la Constitución. Lo que los ejemplos citados revelan es que la buscada distancia entre habitantes y jueces redundó en una sistemática subejecución de los derechos sociales, sino en su directo rechazo desde la esfera judicial. Por ello mismo, la apertura de la puerta de los tribunales a la población tendió a traducirse, de modo inmediato, en un aumento extraordinario del litigio social, y en una serie de decisiones también inéditas en la materia —con jueces participando activamente en la puesta en marcha de los derechos sociales que antes se negaban a reconocer siquiera—.

Por otro lado, sin embargo, también es cierto que tanto en Costa Rica como en Colombia —países que pasaron a constituirse en ejemplos mundiales en materia de litigio por los derechos sociales— los niveles de pobreza y desigualdad estructural permanecen básicamente inmodificados, luego de todos estos años de activo litigio. Peor aún, según algunos, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana han sido acompañadas por un directo deterioro de los ya inatractivos índices económicos y sociales,<sup>40</sup> y según otros, tales decisiones no impactaron siquiera en la jurisprudencia de los jueces inferiores a ella.<sup>41</sup> Por supuesto, nadie sostiene que el litigio social debe ser capaz de provocar

---

<sup>40</sup> Lora, Eduardo y Carlor, Scartascini, *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*, Bogotá, Fedesarrollo-Alfaomega, 2010.

<sup>41</sup> Agradezco el diálogo con Antonio Barreto en este punto. López, D., *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Universidad de Los Andes, 2006, p. 62.

una radical transformación de la sociedad, sin la producción de otros cambios adicionales, más allá del derecho. Sin embargo, el contraste entre la espectacularidad de los cambios producidos en el ámbito judicial —arriba resumidos— y la permanencia (o el empeoramiento) de una estructura económico-social profundamente injusta, también llama la atención, y nos da razones para preocuparnos.

Por lo demás, también es cierto que los cambios conseguidos dentro del ámbito de la justicia siguen resultando demasiado dependientes de los particulares integrantes del Poder Judicial que reciben esos casos, a la vez que la integración de los tribunales sigue estando demasiado ligada a la vieja estructura de poderes, en donde el presidente sigue jugando un papel decisivo. En ese contexto, las capacidades de la población para intervenir en el proceso litigioso, de modo colectivo, constante, y en diálogo con las diversas autoridades judiciales y políticas involucradas, siguen siendo limitadas en extremo. Como resultado, los litigios de tipo social originados a partir de problemas estructurales colectivamente sufridos siguen resolviéndose de modo demasiado habitual a través de litigios individualizados, que resultan sujetos al examen de expertos que los analizan de modo aislado en sede judicial.

Como resumen provisional, diría que la buena noticia que representan ejemplos, como los de Colombia y Costa Rica, no alcanza para alejarnos suficientemente de la tradicional “objeción contramayoritaria” ni nos facilita razones para pensar en la producción de algún tipo de cambio estructural relevante, empujado desde el derecho.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> La “insuficiencia” propia de las propuestas anteriores para superar la llamada “objeción contramayoritaria” es lo que parece explicar el surgimiento de otras propuestas, orientadas, ya no a mejorar el acceso de los ciudadanos a los tribunales, sino a permitir —directamente— la participación de los mismos en la selección de los magistrados. La Constitución que fue más lejos en dicho sentido fue la de Bolivia, que estableció un sistema de elección popular para los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia; el Tribunal Constitucional; el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura. Corresponde decir, en

## 2. *Revitalización del Poder Legislativo*

El segundo de los intentos que exploraré, destinado a recuperar lugar para el “pueblo” en la Constitución, no se originó en los ámbitos judiciales (como el primero), sino en la doctrina y en la práctica del constitucionalismo. Este esfuerzo se ha orientado a revitalizar al órgano Legislativo, volviéndolo a colocar en el centro del proceso de toma de decisiones democrático. Algunas de las iniciativas que se han generado en el área han tenido origen en el mundo anglosajón, aunque, como veremos, ellas han encontrado pronto eco y continuidades en el constitucionalismo latinoamericano.

En buena medida, estos intentos de volver a poner al Congreso en el centro de la escena constitucional se debieron a la convicción de que el mismo había perdido relevancia, a expensas de las ramas del poder rivales. En el ámbito anglosajón, podría decirse, la pérdida de influencia del Legislativo se debió de modo predominante, aunque no excluyente, a la creciente influencia ganada por el Poder Judicial en la práctica de nuestras democra-

---

todo caso, que tanto en razón del diseño de iniciativas como la boliviana, como por la esperable práctica que se desarrolló desde su puesta en marcha, una experiencia “democratizadora” de la justicia como la mencionada, ha resultado frustrante. El hecho es que, antes de la elección popular de los jueces, los candidatos deben ser preseleccionados por la “Asamblea Legislativa Plurinacional” (conforme al procedimiento establecido en el artículo 182 de la Constitución), en donde cada uno de ellos debe llegar a obtener el apoyo de dos tercios de los miembros presentes en la Asamblea. El resultado obvio ha sido que absolutamente *todos* los candidatos a ocupar los cargos judiciales abiertos a la elección popular fueran candidatos ofrecidos por el partido gobernante. Una reforma “democratizadora” impulsada en la Argentina por la presidenta Cristina Kirchner —una reforma finalmente declarada abiertamente inconstitucional por la Corte Suprema Argentina, en la parte que aquí nos interesa— mostraba defectos de tonalidad semejante: se trataba de un procedimiento diseñado por el Poder Ejecutivo de turno para vincular la elección de los consejeros de la magistratura a las elecciones políticas del momento, que incluía exigencias destinadas exclusivamente a impedir que la oposición al gobierno presentase sus propios candidatos.

cias —sobre todo a partir de que el mismo asentó su capacidad para invalidar los actos de los poderes políticos, y situó a su propia palabra como “final” en el proceso decisorio—. En el ámbito latinoamericano, la pérdida de protagonismo del Legislativo se debió, de modo predominante, pero tampoco excluyente, al creciente peso que fue ganando el Poder Ejecutivo, diseñado desde sus orígenes como *primus inter pares*, dentro del esquema de “frenos y contrapesos”. Ya sea, entonces, por unas razones u otras, lo cierto es que el Poder Legislativo —considerado, desde el comienzo de su existencia, como “la rama más popular” o “más democrática” de la organización de poderes— perdió autoridad e influencia. Por ello mismo, aquellos interesados en una recuperación del lugar del “pueblo” en la Constitución vieron en el reforzamiento de los poderes del Congreso, un modo apropiado de volver a situar al “pueblo” en el centro de la vida constitucional.

La adopción de la *notwithstanding clause* en Canadá —una cláusula que le permite al Congreso insistir con sus decisiones, pese a la negativa que le pueda fijar la justicia— y el paulatino desarrollo de un modelo *Commonwealth* de constitucionalismo, o —más en general— un modelo de *revisión judicial débil*, han contribuido a fortalecer la noción de que el Parlamento tiene un papel crucial que jugar en la discusión constitucional.<sup>43</sup> Dicha recuperación del Legislativo resultó en parte alimentada y en parte animada por desarrollos doctrinarios varios, dirigidos a resaltar la especial “dignidad de la legislación”;<sup>44</sup> a reivindicar la importancia y papel efectivos del Congreso, frente a las despiadadas críticas que éste recibiera desde ciertas áreas del pensamiento

---

<sup>43</sup> Hogg, P. y Bushell, A., “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 1997; Hogg, P. *et al.*, “Charter Dialogue Revisited, Or much Ado About Metaphors,” *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2007; Sunstein, C., *The Second Bill of Rights*, Basic Books, Nueva York, 2004; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, y Waldron, J., “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

<sup>44</sup> Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Nueva York, Cambridge University Press, 1999.

académico;<sup>45</sup> y en todos los casos a potenciar las tradicionales críticas “democráticas” a la institución del control judicial de la ley. Por lo demás, el desarrollo del así llamado *constitucionalismo popular* —una doctrina constitucional que implicaba, en parte, una relectura de la historia del constitucionalismo— apoyó tales esfuerzos reivindicatorios, dejando en claro, por caso, que los mismos eran compatibles con la mejor historia del derecho constitucional.<sup>46</sup>

En América Latina, por su parte, las últimas décadas nos han permitido reconocer algunos esfuerzos doctrinarios y prácticos paralelos a los recién referidos. En los años ochenta, por ejemplo, se desarrollaron en la región una vasta cantidad de iniciativas prácticas y teóricas, destinadas a mostrar la posibilidad y deseabilidad de los esquemas parlamentarios. Dichas iniciativas —finalmente frustradas, en una mayoría de casos— encontraban su origen en la certeza de que el presidencialismo (o, más precisamente, lo que desde entonces se denominara el hiper-presidencialismo) había sido responsable principal de la recurrente inestabilidad democrática que había afectado a la región durante todo el siglo XX.<sup>47</sup> Junto a los anteriores encontramos también trabajos dirigidos a repensar el sistema institucional dominante en la región, desde una perspectiva comprometida con la democracia deliberativa.<sup>48</sup> Derivados de tales núcleos, también, encontramos

---

<sup>45</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

<sup>46</sup> Kramer, L., “Popular Constitutionalism, Circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004; Kramer, L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>47</sup> Nino, Carlos Santiago, 1987; Linz, J. y Stepan, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1978 y Linz, J. y Valenzuela, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994.

<sup>48</sup> Los estudios del profesor argentino Carlos Nino, en particular, han abierto importantes caminos y líneas de reflexión en este sentido, que se han continuado en el trabajo de algunos de sus discípulos. Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991; Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, y Nino,

florecientes trabajos vinculados con el “constitucionalismo popular”, pero anclados en el estudio de casos y temas propios de la América Latina contemporánea.<sup>49</sup>

Todos estos esfuerzos representan, desde mi punto de vista, importantes pasos adelante en la discusión sobre el control de constitucionalidad y, en general, sobre el funcionamiento de nuestro sistema de toma de decisiones. Por lo demás, desde la perspectiva de este trabajo —orientada a recuperar un papel central para el “pueblo”, dentro del marco de la Constitución—, dichos estudios resultan más que bienvenidos. Ello así, tanto por el modo en que parten del reconocimiento de las tensiones que se producen entre democracia y control judicial como por el modo en que objetan el lugar postergado que nuestras democracias constitucionales han reservado para la rama más democrática del poder.

Dicho lo anterior, sin embargo, quisiera terminar de problematizar esta alternativa, a la luz de las discusiones que hemos repasado más arriba. Y es que la reivindicación del órgano Legislativo no puede hacerse sin llamar la atención sobre la enorme brecha que se ha creado —y expandido en la práctica— entre ciudadanos y representantes políticos; la ampliación del aparato administrativo del Estado; la falta de controles populares sobre dicho aparato administrativo; la carencia de instancias institucionales de diálogo entre pueblo y legisladores; la forma en que la comunicación pública y la comunicación política han quedado dependientes del dinero que se disponga para comunicar.

Cuando advertimos la presencia de factores como los mencionados, luego, no podemos sino señalar que la reivindicación del lugar del Poder Legislativo en la discusión constitucional no significa —ni debe tomarse siquiera como aproximación a— la reivindicación del lugar del “pueblo” en dicha discusión consti-

---

Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997.

<sup>49</sup> Niembro, R. y Alterio, M., *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

tucional. Por el contrario, los desarrollos que hoy podemos ver de estas “nuevas formas de constitucionalismo” nos dejan enfrentados a sistemas de funcionamiento complejo, no siempre transparente, de difícil comprensión para el ciudadano común, y destinados a quedar, por tanto, en manos de expertos. En definitiva, muchos de quienes criticamos a las maneras tradicionales de control judicial, defendiendo la necesidad de “quitar la Constitución” de las (exclusivas) “manos de la justicia”, no nos involucramos en dicha disputa con el fin de minimizar el papel de la justicia en la discusión constitucional (papel que puede ser todavía relevante), sino para volver a establecer puentes entre la Constitución y el “pueblo”. Del mismo modo, cuando hablamos de construir puentes entre “pueblo” y Constitución no tomamos a la idea de “pueblo” como sinónimo de “Congreso,” asumiendo que este último órgano existe como sucedáneo perfecto o casi perfecto de la voluntad popular.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> A la luz de lo dicho, algunas pocas experiencias aparecidas en los últimos años, de “diálogos” que involucran a jueces, políticos, y organizaciones sociales representan alternativas alentadoras que merecen ser defendidas desde una lectura “popular” del constitucionalismo. Uno puede aplaudir, entonces, la decisión de la Corte Suprema Argentina de convocar a representantes de la Nación, las provincias, los empresarios y las organizaciones barriales, a los fines de definir colectivamente una solución respetuosa de los derechos de millones de ciudadanos afectados, frente a la grave contaminación del Riachuelo, producida por el vertido de sustancias químicas por parte de empresas irresponsables (caso *Mendoza*). Como puede aplaudir, también, lo hecho por la Corte Constitucional de Colombia, al abrir a una discusión socialmente más vasta, tendiente a resolver el drama de los *desplazados*. Tratamientos como los citados son auspiciosos, y hablan de la posibilidad efectiva de concretar procesos de conversación constitucional genuinamente inclusivos, aún —sino especialmente— en contextos difíciles, marcados por la desigualdad y la injusticia social. Sin embargo, la historia que siguió a casos como los citados nos habla también de la limitación de los mismos, en un marco institucional que no sólo no alienta, sino que parece trabajar en contra de posibilidades como las citadas. Más específicamente: el sistema de “frenos y contrapesos” no está preparado para promover el diálogo, sino para contener institucionalmente a la guerra. No ofrece canales institucionales apropiados para encauzar el diálogo entre poderes, y tiende a obstaculizar, más que a alentar, los vínculos entre ciudadanos y funcionarios públicos. Por lo dicho, uno agradece las instancias de resolución de conflictos

### 3. *Consulta directa a grupos desaventajados*

Los dos caminos reformistas explorados hasta aquí procuraban modificar el estado de cosas existente en materia institucional, ya sea fortaleciendo el acceso de los ciudadanos a la justicia, ya sea recuperando para el Congreso un papel más protagónico. El “remedio” que vamos a examinar a continuación va algo más allá de los anteriores, al salir directamente en la búsqueda de los grupos desaventajados, a los que se invita a participar en el proceso de toma de decisiones. Se trata de una manera diferente, enormemente relevante, de dotar de “voz” a grupos relegados, en cuestiones que les conciernen de modo directo, bajo la idea de un “derecho a la consulta previa”.

El derecho en cuestión ha ganado una importancia extraordinaria en tiempos recientes, a partir de al menos dos hechos políticos cruciales. Por un lado, en las últimas décadas del siglo XX, numerosas comunidades indígenas consiguieron tornar más visibles sus reclamos y comenzaron a cuestionar a los gobiernos de turno en razón de derechos que veían desplazados históricamente (ello así, no sólo, pero muy en particular, en países con población indígena numerosa, como Bolivia, Ecuador, Guatemala o Venezuela). Por otro lado, en los últimos años, muchos países de la región empezaron a explotar intensivamente recursos económicos asociados con la agricultura (por ejemplo, la soja) y, sobre todo, la minería, lo cual implicó, ya sea una nueva serie de disputas territoriales con aquellas poblaciones indígenas, o una nueva amenaza sobre su hábitat y su bienestar en relación con la naturaleza. En razón de lo dicho, puede señalarse que las crecientes tensiones que se han generado entre pueblos indígenas y gobiernos decididos a acelerar su desarrollo a través de la explotación de recursos primarios (gobiernos que pueden ser por ello

---

dialógicas que, en ocasiones más bien excepcionales, han abierto los tribunales, a la vez que lamenta el hecho de que no haya ninguna buena razón para pensar que esas formas de diálogo inclusivas se conviertan, alguna vez, en prácticas predominantes.

denominados *neodesarrollistas*) representan la principal fuente de conflictos en la América Latina actual. En dicho marco, la puesta en marcha del citado “derecho de consulta” se presenta como una forma atractiva de canalizar tales tensiones, incorporando de modo efectivo a los pueblos afectados a la mesa de toma de decisiones.

El principal apoyo jurídico del “derecho a la consulta” invocado por las comunidades indígenas afectadas fue el Convenio 169 de la OIT, que data de 1989, y que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, a lo que se suma la Declaración de la ONU de 2007, en torno a los derechos de los pueblos indígenas. La primera norma, en particular, ganó significación y reconocimiento por haber sido receptada por una amplia mayoría de países latinoamericanos, y por el alcance de sus disposiciones. Ella establece, de modo saliente, que los países adherentes al Convenio deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6.1), asegurando siempre que las consultas se efectúen “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (artículo 6.2).<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> “Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado recientemente que dicho proceso de consulta constituye ya un “principio general del derecho internacional”.<sup>52</sup> En el mismo caso, el principal tribunal latinoamericano dejó en claro los alcances que atribuía a la norma en cuestión, señalando que “cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación no solo de consultar [a la parte indígena o tribal], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.<sup>53</sup>

A pesar del valor de estas promesas realizadas desde el derecho, orientadas a generar cambios directamente al interior de la organización del poder, lo cierto es que la práctica efectiva del derecho de consulta se convirtió, desde su puesta en marcha, en una que es resistida por el poder, y diluida en su potencia. Por ejemplo, según James Anaya, relator especial de las Naciones Unidas en materia de derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de los problemas que llegan a su atención se refieren a “la falta de consulta adecuada a los pueblos indígenas, en particular sobre decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo o de extracción industrial de recursos naturales en sus territorios”.<sup>54</sup>

---

#### *Artículo 7*

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

<sup>52</sup> *Caso Saramaka v. Surinam*, sentencia del 12 de agosto de 2008, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_185\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf).

<sup>53</sup> *Ibidem*, parr. 134.

<sup>54</sup> <http://unrjamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>.

El testimonio de Anaya representa una expresión importante de un problema mayor, vinculado con las diversas formas en que los Estados que ratificaron el Convenio 169 se ocuparon de eludirlo cada vez que se les reclamaba el uso de las herramientas de consulta. Dos ejemplos cercanos y relevantes, en este sentido, los representan los quince años de disputa en torno al derecho de consulta reclamado por el pueblo u'wa, en el este de Colombia, en torno a un proyecto de explotación de petróleo; o la más reciente disputa surgida en Perú, 2009, a partir de la falta de consulta a los pueblos indígenas amazónicos en relación con proyectos mineros que los afectaban de modo directo. En otras ocasiones, el Estado nacional y los gobernantes de turno trivializaron el sentido de las consultas, convirtiendo a las mismas en meras presentaciones de sus proyectos, frente a grupos indígenas; o manteniéndose simplemente indiferentes a las opiniones expresadas por los últimos.<sup>55</sup>

El hecho es que, a resultas del nivel de trabas impuestas y hostilidades demostradas por el poder establecido, en relación con el derecho de consulta indígena, muchas comunidades afectadas han comenzado a resistirse o a negar su participación en relación con los procesos de consulta organizados desde el Esta-

---

<sup>55</sup> Según César Rodríguez Garavito y otros investigadores que se han ocupado del tema, los obstáculos que se advierten en la implementación efectiva de estos derechos de consulta derivan fundamentalmente de dos fuentes relacionadas, por un lado, con la existencia de “normas de naturaleza y contenidos muy diversos que, de hecho, frecuentemente chocan entre sí”, y que incluyen, desde “reglas de “derecho duro” (por ejemplo, leyes nacionales y tratados internacionales), vinculantes estrictamente para los Estados hasta normas de “derecho blando” o “derecho suave” (por ejemplo, reglas operativas de organismos financieros multilaterales y códigos de responsabilidad empresarial de firmas multinacionales), que operan más como guías de conducta que como estándares jurídicos en sentido propio”. Por otro lado —agregan—, aparece el problema de ver al derecho de consulta como un todo, sin reconocer que el mismo refiere a “un procedimiento con varios pasos y dilemas (desde la publicidad de los pormenores de un proyecto económico que se planea ejecutar en territorio indígena, hasta los participantes y la duración de la consulta), en cuyos detalles se juega el nivel de protección a los derechos de los pueblos y comunidades resguardadas” (Rodríguez Garavito *et al.*, 2010).

do. En otras ocasiones, las propias comunidades han organizado “consultas de buena fe”, entre grupos afines, seguidas de un referéndum, pero en todo caso directamente al margen del Estado.

#### 4. *Decisión y control en manos del “pueblo”*

Todas las iniciativas examinadas en la última parte de este trabajo compartían una virtud muy importante —sobre todo, si se las compara con las reformas examinadas en la segunda parte de este trabajo—. Me refiero a su vocación por llevar adelante cambios en el área de la Constitución que mayor necesidad tiene de ser reformada; esto es, el área relacionada con la organización del poder. En este sentido, podemos decir que en esta ocasión los esfuerzos reformistas se encontraron bien dirigidos. Lo dicho, sin embargo, no pretende ocultar los obstáculos que han hallado estas reformas para convertirse en cambios plenamente exitosos.

En relación con los dos primeros tipos de reforma estudiados —reformas dirigidas al Poder Judicial y al Poder Legislativo— podríamos decir que las mismas, a pesar de su importancia, pueden ser criticadas por haber sido innovaciones que dejaron básicamente intacta la antigua estructura decisoria, incorporada en aquellas viejas Constituciones modeladas en el siglo XVIII. En otros términos, ambos tipos de reforma compartieron la virtud de “ingresar” en la “sala de máquinas”, a la vez que el vicio de mantener intacto el viejo sistema de funcionamiento —digamos, para seguir con la metáfora, dejaron intacto el manejo de las “palancas y controles”—. Como resultado, quienes tomaban las decisiones, conforme al viejo esquema institucional, continuaron tomándolas, conforme a las nuevas propuestas.

Frente a estas dos primeras vías de cambios, la tercera línea de reformas explorada —que ilustramos con el caso de la “consulta previa” a los pueblos indígenas— representa un camino más interesante y promisorio, pero aún muy limitado. Resul-

ta claro, por un lado, dónde es que reside lo interesante de este tipo de reformas: ellas vienen a “transferir” poder directamente al ciudadano de a pie, a los grupos afectados. Aquí sí, podemos decir, se advierte la posibilidad de expandir el poder de *decisión y control* del “pueblo”, dentro de la Constitución.

Una reforma de este tipo, conviene decirlo, se alinea con otras que se han dado en la región, particularmente en estos últimos años, y a las cuales también hemos aludido: la afirmación de nuevas herramientas participativas (derechos de iniciativa popular); la creación de un nuevo tipo de controles (es decir, derechos de revocatoria); la instauración o el reconocimiento de las formas de la justicia indígena, etcétera. Nos encontramos aquí con reformas importantes, bien orientadas, y que en algunos casos han ofrecido resultados interesantes. Sabemos que Uruguay cuenta con una larga y notable historia de consultas populares; que en Venezuela —durante el gobierno de Hugo Chávez— y en Bolivia —durante el gobierno de Evo Morales— se produjeron intentos significativos de revocatoria de mandatos; sabemos que en algunos casos, como el de Colombia, la justicia indígena se ha ido articulando de un modo atractivo con la justicia más tradicional y establecida (en parte, gracias a los notables esfuerzos de la Corte Constitucional). Todas estas iniciativas son merecedoras de elogio, y uno sólo puede desear la expansión y el fortalecimiento de propuestas tales.

De todos modos, para todos los casos, conviene llamar la atención acerca de los límites que parecen propios de esas propuestas. Y es que la preservación de una estructura de poderes tan concentrada, en el marco de sociedades tan desiguales, provoca que estas interesantes acciones sobre las “palancas y controles” del poder tiendan a quedar a la merced de quienes ocupan las posiciones principales dentro de esa “sala de máquinas”. En otros términos, si las sugeridas reformas sobre los poderes Judicial y Legislativo terminaban resultando limitadas, en razón de su *timidez* —ellas no se animaban a cuestionar a la estructura de jueces y legisladores tradicional, que permanecía intacta—,

éstas últimas terminan apareciendo como fallidas en razón de su *modestia* —se trata de reformas minimalistas, que no van tan lejos como debieran—. Mientras las primeras no cuestionaban a los Poderes Judicial y Legislativo tradicionales, éstas no alcanzan a abarcar al Poder Ejecutivo, y corren el riesgo, por tanto, de quedar a la merced de la autoridad de éste. Las tensiones que se sucedieron, una y otra vez, entre los gobiernos establecidos y los pueblos originarios consultados, en razón de proyectos de explotación económica impulsados por los primeros, y que terminaron habitualmente con la desconsideración de la opinión de los últimos, reflejan bien el tipo de inconvenientes de los que hablamos. No se trata de la posibilidad de que una herramienta institucional no funcione de modo óptimo —ninguna herramienta puede prometer resultados justos o perfectos en ningún caso, ni es ello lo que se espera—. Se trata de un problema más estructural; esto es, que en razón de las diferencias de poder y capacidades entre gobiernos establecidos y grupos desaventajados, las herramientas participativas tienden a ser doblegadas por el poder predominante.

En definitiva, cuando no se modifica la raíz del problema que analizamos —la distancia que separa al “pueblo” del aparato del poder— luego, el poder establecido queda con amplias capacidades para mantener su capacidad de influencia sobre el proceso decisorio. Puede ocurrir entonces que un presidente todopoderoso organice de modo entusiasta una consulta popular, confiado en impedir resultados que le sean adversos; que la justicia indígena sólo se mueva dentro de los estrechos márgenes que le permita la justicia tradicional, o que los gobiernos de turno conviertan a las consultas indígenas en hechos insignificantes, privados de todo sentido. Recuperar para el “pueblo” un lugar central, dentro de la Constitución, no nos lleva a objetar las reformas minimalistas ya producidas, pidiendo que no se repitan, sino a reclamar que sean reforzadas, exigiendo que alcancen a las áreas que hasta hoy se han resistido a alcanzar.

Cuadro 1  
DERECHO ELECTORAL DE ACUERDO  
CON SU INTRODUCCIÓN<sup>56</sup>

|                 | <i>Voto universal</i> | <i>Voto secreto</i> | <i>Voto obligatorio</i> |      |      |
|-----------------|-----------------------|---------------------|-------------------------|------|------|
| <i>País</i>     | <i>Hombres</i>        | <i>Mujeres</i>      | <i>Analfabetos</i>      |      |      |
| Argentina       |                       | 1949                |                         | 1912 |      |
| Bolivia         | 1952                  | 1952                | 1952                    |      | 1956 |
| Brasil          | 1932                  | 1932                | 1988                    | 1932 | 1932 |
| Chile           | 1925                  | 1949                | 1925                    | 1925 |      |
| Colombia        | 1853/1836             | 1957                |                         | 1853 | 1932 |
| Costa Rica      | 1913                  | 1949                |                         | 1925 | 1893 |
| Ecuador         | 1861                  | 1929                | 1978                    | 1861 | 1945 |
| El Salvador     | 1883                  | 1939                |                         | 1950 | 1961 |
| Guatemala       | 1865                  | 1945                |                         | 1956 | 1946 |
| Honduras        | 1894                  | 1954                |                         | 1894 | 1960 |
| México          |                       | 1958                |                         |      |      |
| Nicaragua       | 1803                  | 1957                |                         | 1962 | 1984 |
| Paraguay        | 1870                  | 1967                |                         | 1967 | 1990 |
| Perú            | 1931                  | 1955                | 1979                    | 1931 | 1931 |
| Rep. Dominicana | 1865                  | 1932                |                         | 1962 | 1924 |
| Uruguay         | 1918                  |                     |                         | 1918 | 1915 |
| Venezuela       | 1894                  | 1946                |                         | 1946 | 1958 |

<sup>56</sup> Fuente: Nohlen, Dieter, disponible en: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm).

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002.
- ALBERDI, J. B., *Obras Selectas*, Buenos Aires, La Facultad, 1920.
- , *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981.
- ANAYA, J., Conferencia sobre el derecho de consulta, 2013, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2009.
- BERGALLO, P., “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BONILLA, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- e ITURRALDE, M., *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- CEPEDA, Manuel, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 559, 2004.
- EACHEVERRÍA, J., “El Estado en la nueva Constitución”, en ANDRADE, S. et al. (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- GARGARELLA, R. et al., *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Ashgate, 2006.
- GAURI, V. y BRINKS, D. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

- GEARTY, C. y MANTOUVALOU, V., *Debating Social Rights*, Londres, Hart Publishing, 2011.
- HALPERÍN DONGHI, T., *The Contemporary History of Latin America*, Duke, Duke University Press, 1993.
- HOGG, P. y BUSHELL, A., “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 1997.
- *et al.*, “Charter Dialogue Revisited, Or much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2007
- JAKSIC, A., *Andrés Bello. La pasión por el orden*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001.
- JARAMILLO URIBE, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Temis, 1964.
- KRAMER, L., “Popular Constitutionalism, Circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004.
- KRAMER, L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- LANGFORD, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LEMAITRE RIPOLL, J., *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- LINZ, J. y STEPAN, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1978.
- y VALENZUELA, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994.
- LÓPEZ, D., *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Universidad de Los Andes, 2006.
- LORA, Eduardo y CARLOR, Scartascini, *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*, Bogotá, Fedesarrollo-Alfaomega, 2010.
- MANIN, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

- MONTALVO, J., *Selections from Juan Montalvo*, editado por MacDonald Spindler, F. y Cook Books, Temple, Center for Latin American Studies-Arizona State University, 1984.
- NIEMBRO, R. y ALTERIO, M. *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- NINO, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- , *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- NOHLEN, D., *Democratización del sufragio*, 2010, disponible en: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm).
- PALTI, E., *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- PETIT MUÑOZ, E., *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*, Montevideo, Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1956.
- RABASA, E., *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- , “Historia de las Constituciones mexicanas,” en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, t. I.
- RAMÍREZ, S., *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.
- (ed.), *Justicia Global 2. La consulta previa a los pueblos indígenas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

- ROUAIX, P., *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959.
- SÁBATO, H., *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010.
- y LETTIERI, A. (comps.), *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- SUNSTEIN, C., *The Second Bill of Rights*, Nueva York, Basic Books, 2004.
- TERNAVASIO, M., *La revolución del voto. Política y elecciones en Buenos Aires, 1810-1852*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- THOMSON, G., *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, editado por Guy Thomson, Londres, Institute of Latin American Studies, 2002.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- , *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- UNGER, R., *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996.
- UPRIMNY, R., “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en UPRIMNY, R. *et al.*, *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.
- VALENCIA VILLA, A., *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1992.
- VILE, M., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967.
- WALDRON, J., *The Dignity of Legislation*, Nueva York, Cambridge University Press, 1999.
- , “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

- WILSON, B., “Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica’s Constitutional Court,” en GLOPPEN, S. *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave, 2010.
- YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en GARAVITO, C. (comp.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- ZAYAT, D. “Mecanismos semidirectos de participación,” en GARGARELLA, R. (ed.), *La Constitución en el nuevo siglo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.



# EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y EL POPULISMO CONSTITUCIONAL COMO CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES

Ana Micaela ALTERIO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Punto de partida*. III. *Constitucionalismo popular y populismo constitucional como categorías constitucionales*. IV. *El Tea Party y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿constitucionalismo popular o populismo constitucional?* V. *A modo de conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Mark Tushnet es un prolífico autor que, entre otros asuntos, ha impulsado el estudio del constitucionalismo popular. Como siempre críticas, sus construcciones han sido polémicas. Por ello, en este ensayo no me detendré a repasar sus estudios de constitucionalismo, sino más bien abordaré una de las discusiones que ha generado. Ésta tiene que ver con la idea de que la defensa a formas de constitucionalismo popular puede devenir en una especie de “populismo

\* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, profesora investigadora en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Contacto: [micaalterio@yahoo.com](mailto:micaalterio@yahoo.com).

Quisiera agradecer a Mark Tushnet, quien generosamente me aclaró algunas dudas sobre su trabajo; asimismo, a los y las participantes del Seminario de Profesores del ITAM, de donde obtuve excelentes críticas a una versión anterior de este trabajo, y especialmente a Alberto Puppo y Roberto Niembro por las finas observaciones que realizaron al mismo.

constitucional”.<sup>1</sup> De allí que en este ensayo me proponga realizar una distinción conceptual entre el constitucionalismo popular y el llamado populismo constitucional como categorías constitucionales.

En ese sentido, no me detendré a repasar las propuestas teóricas ni prácticas del constitucionalismo popular,<sup>2</sup> tampoco haré un recorrido por las experiencias calificadas como populistas ni por los múltiples intentos de teorizarlas, sino que me centraré en marcar las notas que hacen del *constitucionalismo popular* una categoría completamente diferente a aquella que se puede calificar preliminarmente como *populismo constitucional*. Digo preliminar por dos motivos: primero, porque la categoría en sí misma no ha tenido mayores desarrollos, y segundo, porque este trabajo pretende ser un primer intento de categorización que requerirá seguramente de mayor profundización y precisiones en un futuro próximo.

Existe una buena cantidad de estudios que caracterizan, analizan y/o critican al constitucionalismo popular, mas no así al populismo constitucional. Esto se debe a que el populismo ha sido estudiado principalmente por la ciencia política, pero no por la teoría constitucional. En esta última área, de hecho, constitucio-

---

<sup>1</sup> Un claro ejemplo de un autor que realiza esta confusión es Rincón Salcedo, Javier, “Las democracias andinas, entre «populismo constitucional» y «constitucionalismo popular»”, *Visages d’Amérique Latine*, núm. 3, junio de 2006. También en la academia norteamericana Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, Paper prepared for the workshop “Populism and Constitutionalism”, *Jay Heritage Center*, Rye, septiembre 2013, entre otros.

<sup>2</sup> Soy consciente de que no se puede hablar de “un” constitucionalismo popular, pero por cuestiones prácticas, en este trabajo omitiré hacer distinciones entre las distintas formas de aproximarse al mismo y más bien usaré la categoría en su “faceta normativa” generalizando puntos en común en su “mejor luz”. Sobre algunas distinciones al interior del constitucionalismo popular me permito remitir a un artículo anterior “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema*, México, núm. 8, enero-diciembre 2014, pp. 227-306. Sobre la distinción entre la faceta “normativa” y aquella “descriptiva” dentro del constitucionalismo popular, Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism and Political Organization”, *Roger Williams University Law Review*, núm. 18, 2013, pp. 1-9.

nalismo popular y populismo constitucional suelen ser tratados como lo mismo o, al menos, sin demasiado rigor conceptual. Esto puede deberse a que ambos comparten la preocupación por el papel relegado del “pueblo” en las cuestiones constitucionales. También porque los propios auspiciantes del constitucionalismo popular, en ocasiones, llaman a sus teorías “populistas”. Aunque intuyo que, mayormente, la construcción “populismo constitucional” se utiliza como sobreentendida para enfatizar la emotividad negativa que contiene el término *populismo*, cuando se trata de propuestas constitucionales que ponen el acento en la idea de pueblo o de soberanía popular.

Argumentaré aquí que la equiparación del constitucionalismo popular con el llamado populismo constitucional es un error injustificado, y, para demostrarlo, en lo que sigue intentaré precisar los contornos de ambas categorías. Si la distinción que propongo resulta exitosa, nos permitirá analizar algunos fenómenos constitucionales contemporáneos que han sido calificados tanto como de constitucionalismo popular como de populismo constitucional, a saber: el *Tea Party* estadounidense y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.<sup>3</sup>

## II. PUNTO DE PARTIDA

Muy brevemente puede decirse que el constitucionalismo popular surgió como un ejercicio ateorético, basado en estudios históricos, que intentó recuperar el debate en torno al papel del pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales.<sup>4</sup> Ahora

<sup>3</sup> No pretendo aquí hacer una comparación de estos fenómenos, sino utilizarlos como ejemplos distintos tanto de *populismo* como de constitucionalismo popular, según diversos aspectos. Para una comparación parcial de estos fenómenos entre sí, véase Savage, Ritchie, “A Comparison of «New Institutionalized» Populism in Venezuela and the USA”, *Constellations*, vol. 21, núm. 4, 2014, pp. 518-534.

<sup>4</sup> Tushnet, Mark, “Prefacio”, p. IX y Gargarella, Roberto, “Prólogo”, p. XIII, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.) *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

bien, el constitucionalismo popular puede ser abordado desde dos perspectivas: una descriptiva y otra normativa. Desde la faceta descriptiva, el constitucionalismo popular da cuenta de los distintos actores que participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales, enfatizando el papel que —en el desarrollo constitucional— han jugado las visiones populares (por momentos ubicándose en la vanguardia, borroso en otras ocasiones, pero siempre presente).<sup>5</sup>

En términos normativos, en cambio, el constitucionalismo popular insta a que los puntos de vista de las personas comunes acerca de los significados constitucionales jueguen un papel tan importante como el que tienen las élites, especialmente la Suprema Corte de Justicia, en la construcción de los entendimientos constitucionales.<sup>6</sup> En este sentido, el constitucionalismo popular se centra en las movilizaciones populares espontáneas de interpretación constitucional. Así, por más que en tanto actores constitucionales puedan dar cuenta de cortes supremas, legislaturas, partidos políticos, poderes fácticos, movimientos sociales, etcétera, al constitucionalismo popular le interesan sólo los últimos; es decir, aquellos intérpretes que, organizados o no, manifiestan sus entendimientos constitucionales desde la sociedad civil, sin tener cuotas formales de poder ni un líder que pretenda adquirirlas, sino en tanto manifestaciones populares *botton-top*.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism and Political Organization”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>6</sup> *Idem*. Si bien el constitucionalismo popular en principio combate la llamada “supremacía judicial” en la interpretación constitucional, también —ante teorías de tipo “departamentalistas” según las cuales los tres poderes del Estado tienen el mismo derecho a decidir qué es lo que se debe hacer según la Constitución— insta a que haya una interpretación *no gubernamental* de la Constitución, y que de hecho ésta sea la interpretación autoritativa final. Véase Kramer, Larry, *The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 106 y 107.

<sup>7</sup> Aclarando que estos movimientos sociales pueden tener cualquier contenido sustantivo o ideológico. Agradezco estas precisiones a Mark Tushnet, en correspondencia del 15 de julio de 2015.

Trasladando esas inquietudes a la órbita institucional, el constitucionalismo popular propicia una idea de Constitución flexible y no completamente abarcativa,<sup>8</sup> la interpretación extragubernamental de la Constitución,<sup>9</sup> desafiando la supremacía judicial<sup>10</sup>—y en ciertos casos incluso impugnando cualquier forma de control judicial de constitucionalidad—,<sup>11</sup> además intenta

<sup>8</sup> Con esta expresión quiero contraponer la idea de una Constitución como guía para la deliberación política, a la idea de Constitución como “huevo jurídico originario” (según la expresión de Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242), según la cual la Constitución encerraría una solución para cada problema jurídico que se presente. Esta última noción, sobre todo identificada con autores como Dworkin, estaría en las antípodas del constitucionalismo popular. En palabras de Tushnet, se puede distinguir “...between the *thick* Constitution and the *thin* Constitution”, con el constitucionalismo popular reivindicando este último tipo. Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 9 y 12.

<sup>9</sup> Según Kramer, éste es el principio básico del constitucionalismo popular, es decir la idea de que los ciudadanos comunes son los intérpretes principales de la Constitución, que sus visiones acerca del significado de la Constitución, expresadas colectivamente, reflejan la máxima autoridad cuando se trata de resolver desacuerdos acerca de lo que la Constitución permite, prohíbe o requiere. Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review*, 73, 2005, p. 1344.

<sup>10</sup> Tomando la definición de Kramer, por supremacía judicial se entiende la idea según la cual los jueces tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la Constitución, determinando sus decisiones el significado de la Constitución para todos. Kramer, Larry, *The people themselves*, *cit.*, p. 125. También Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, mayo 1998, pp. 333-433, distingue entre el control judicial de constitucionalidad y el control con supremacía judicial: “... concept of judicial supremacy, meaning that a Supreme Court interpretation binds parties beyond those to the instant case, including other state and national governmental actors”, p. 352. Tushnet se pronuncia en contra de la supremacía judicial en *Taking the Constitution away from the Courts*, *cit.*, cap. 1, pp. 6-32.

<sup>11</sup> Para esto se basan en estudios empíricos sobre los efectos que ha tenido el control judicial de las leyes, desmistificando las visiones dominantes y mostrando la limitada capacidad de los tribunales para frenar o revertir las políticas adoptadas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, o para imponer directamente su propia agenda. Véase Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucio-

una mayor democratización y participación en las instituciones políticas y económicas<sup>12</sup> y recupera la relación entre derecho y política.<sup>13</sup>

Por su parte, “populismo” es un concepto esencialmente controvertido,<sup>14</sup> difícil de asir fuera de contextos determinados.<sup>15</sup>

---

nalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer”, *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, núm. 112, abril de 2006. Asimismo, algunos intentan demostrar cómo el sostener un compromiso fuerte con la idea de derechos no implica necesariamente apoyar un sistema institucional con control de constitucionalidad de las leyes, y para ello se valen de la experiencia de países donde no existe tal control (fuerte) y se respetan igualmente los derechos fundamentales. Véase Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, p. 19. Claramente Tushnet en *Taking the Constitution away from the Courts* se ha pronunciado en contra del control judicial de constitucionalidad.

<sup>12</sup> Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular...”, *op. cit.*

<sup>13</sup> Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism As Political Law”, *Chicago Kent Law Review*, 81, 2006. Para un desarrollo de estos puntos me permito remitir nuevamente a Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op. cit.*

<sup>14</sup> Tomando la expresión de Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198; Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, en Mény, Yves & Surel, Yves (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave MacMillan, Estados Unidos, 2002, pp. 1-21; Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept. Populism in the Study of Latin American Politics”, *Comparative Politics*, vol. 34, núm. 1, octubre 2001; Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, Paper prepared for the workshop “Populism and Constitutionalism”, *Jay Heritage Center*, Rye, septiembre de 2013, p. 2; Rovira Kaltwasser, Cristóbal, *Populism vs. Constitutionalism? Comparative Perspectives on Contemporary Western Europe, Latin America, and the United States*, Oxford, The Foundation for Law, Justice and Society, 2013, p. 2, del mismo autor “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, *Democratization*, vol. 19, núm. 2, abril de 2012, pp. 184-208

<sup>15</sup> Así, los caracteres que se han dado de los populismos latinoamericanos, como los casos de Perón, Cárdenas, Vargas, etcétera difícilmente son iguales a los manifestados en los Estados Unidos o Rusia del siglo XIX y menos aún con los que presentan los actuales populismos de derecha surgidos en Europa. Es por esto que algunos autores no ven otra forma de definir al populismo si no es según las circunstancias particulares en que ocurre, o construyendo una

Se discute bastante su afiliación democrática, aunque la mayoría considera que el populismo es democrático, pero se trata de un caso *límite*<sup>16</sup> o *desfigurado*<sup>17</sup> de la democracia. También hay acuerdo en que está en tensión clara con el liberalismo y con los principios de la democracia constitucional, pues éstos ponen énfasis en las restricciones sobre el poder del Estado y la protección de los derechos de las minorías, ambos aspectos limitadores de la regla de la mayoría, preponderante en el caso del populismo.<sup>18</sup> En este sentido, parece difícil hablar de populismo *constitucional*, al punto de configurar casi un oxímoron.

Más allá de las dificultades señaladas se pueden advertir ciertos rasgos distintivos en los populismos:<sup>19</sup> principalmente la dis-

---

taxonomía de varios tipos de populismo o, finalmente, ofreciendo algo así como un “tipo ideal”. Véase Taggart, Paul, “Populism and the Pathology of Representative Politics”, en Mény, Yves y Surel, Yves (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, *op. cit.*, pp. 62-80.

<sup>16</sup> O de periferia interna de la política democrática. Ardití, Benjamín, “Populism as an Internal Periphery of Democratic Politics”, en Panizza, Francisco (ed.), *Populism and the Mirror of Democracy*, Londres, Verso, 2005, p. 77. Quien también lo define como un espectro de la democracia en Ardití, Benjamín, “Populism as a Spectre of Democracy: A Response to Canovan”, *Political Studies*, vol. 52, núm. 1, 2004, pp. 135-143.

<sup>17</sup> Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured. Opinion, Truth and the People*, Harvard University Press, 2014, pp. 7-9, 128 y 129, “...consider populism as a disfiguration of democracy... making the opinions of a portion of the people (albeit the largest majority) the source of legitimacy with the consequence of debilitating dissent and threatening pluralism”. *Ibidem*, p. 11.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 129; Mudde, Cas, “The Populist *Zeitgeist*”, *Government & Opposition*, vol. 39, núm. 3, 2004, p. 561; Canovan, Margaret, “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, en Mény, Yves y Surel, Yves (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>19</sup> Encontramos tres tipos de definiciones distintas de populismo que pretenden superar las dificultades aludidas: como estrategia política, como estilo o como ideología; *ibidem*, p. 6. Se define al populismo en primer lugar como “a political strategy through which a personalistic leader seeks or exercises government power base on direct, unmediated, uninstitutionalized support from large numbers of mostly unorganized followers”. Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept. Populism in the Study of Latin American Politics”, *op. cit.*, p. 14. En segundo lugar, el populismo como un estilo particular de comunicación

tinción que realizan entre “el pueblo” como unidad sociológica<sup>20</sup> reflejada en la mayoría y la “elite” corrupta, representada por la minoría.<sup>21</sup> De allí que haya una polarización de la política (mediante una simplificación dualista y antagonista: amigo/enemigo)<sup>22</sup> y una crítica al pluralismo.<sup>23</sup> Otro rasgo fundamental es el desapego a todo tipo de procedimientos propios de las democracias constitucionales so pretexto de que dificultan o alejan

---

política es “overly emotional and simplistic, pandering to «the common man» by using *his* language and symbols”. Bergsdorf, citado por Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, *op. cit.*, p. 6, y finalmente según este último autor en *ibidem*, p. 7, “as a thin-centered ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, «the pure people» versus «the corrupt elite» and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people”. Lo mismo en Mudde, Cas, “The populist *Zeitgeist*”, *op. cit.*, p. 543. Dentro de estas definiciones no se contempla la propuesta por Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 275, para quien el populismo directamente es “la esencia misma de lo político”.

<sup>20</sup> Canovan, Margaret, “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, *op. cit.*, p. 34; Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, *cit.*, p. 147.

<sup>21</sup> Parte de la retórica populista consiste en la aseveración de que el pueblo ha sido traicionado por aquellos que estaban en el gobierno. Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>22</sup> En clara referencia a Carl Schmitt, véase *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 56. Hay incluso teóricos que prefieren caracterizar al populismo desde una concepción negativa, es decir, por la creación de un “enemigo” a combatir y no desde el término positivo del “pueblo” o sus reivindicaciones. Véase por ejemplo Savage, Ritchie, “A comparison of «New Institutionalized» Populism in Venezuela and the USA”, *op. cit.*, p. 520.

<sup>23</sup> Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, *cit.*, p. 131. Es paradigmática del populismo la declaración de Sampay contra la concepción liberal de la democracia en el marco de la reforma constitucional peronista de la Argentina de 1949 “...[la] democracia... implica un acuerdo profundo de los espíritus y de las voluntades sobre la base de una vida común; *entraña una comunidad fundada sobre una concepción del mundo que excluye a las demás como la verdad repele al error*. El yerro esencial del liberalismo burgués fue concebir la sociedad democrática como un cuerpo abierto a todas las concepciones básicas de la vida común, sin tomar en consideración que fuesen destructoras de la libertad y del derecho”, citado por Melo, Julián, “El jardinero feliz: sobre populismo, democracia y espectros”, *Las Torres de Lucca*, núm. 2, enero-junio 2013, pp. 21-45.

a la política del pueblo y entorpecen la realización de la voluntad popular (que no requiere intermediaciones).<sup>24</sup> Relacionado con este punto se halla un concepto de representación particular, en el sentido de que no es mediado por instituciones, sino que se considera que el líder sabe lo que el pueblo *homogéneo* quiere.<sup>25</sup>

Esto tiene consecuencias negativas en el ejercicio del poder político, tales como el verticalismo, la falta de rendición de cuentas y el problema de la salida/sucesión en el poder. Aunque también se rescata un eventual papel positivo de los populismos, en tanto pueden lograr incluir a sectores marginados de la sociedad en la vida política mediante la distribución del bienestar social y de algún modo recuperar las “promesas incumplidas” de la democracia para el pueblo.<sup>26</sup>

### III. CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y POPULISMO CONSTITUCIONAL COMO CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES

Luego de esta brevísima caracterización, ya se pueden encontrar convergencias y divergencias entre los populismos y el constitucionalismo popular, lo que permite distinguirlos y pensar al populismo como categoría constitucional. La primera y fundamental

---

<sup>24</sup> Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>25</sup> En esta línea se encuentra “centralization of power, weakening of checks and balances, strengthening of the executive, disregard of political oppositions, and transformation of election in a plebiscite of the leader”, Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, *cit.*, p. 129. Sobre la hostilidad del populismo hacia la política representativa se explica: “Populist make a case for a greater linkage of masses to elites which can be realized through processes of direct democracy”, Taggart, Paul, “Populism and the Pathology of Representative Politics”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>26</sup> “...the popular input can reinforce the legitimacy of the system and contribute to a more lively and open public debate”. Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *op. cit.*, p. 16. Sobre la relación ambivalente entre populismo y democracia, véase Rovira Kaltwasser, Cristóbal, “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, *op. cit.*

convergencia es que ambos rescatan el papel de lo popular —“del pueblo”— en la vida política, dándole un marcado protagonismo. Ahora bien, las divergencias pueden agruparse en tres puntos: 1) la concepción de pueblo que sostienen; 2) los canales para su expresión (o de mediación de la voluntad popular), y 3) la relación que establecen con la Constitución.

1) Mientras vimos que el pueblo, para los populistas, es visto como unidad “omnicomprensiva” o unitaria,<sup>27</sup> todo lo contrario ocurre entre los populares, que ven al “pueblo” como un conjunto plural, con desacuerdos, operando de modo *permanente* y en igualdad de condiciones con el resto de los actores políticos. Así, el “pueblo” de los populares no se disuelve en un todo, sino que se va expresando ante conflictos y problemáticas puntuales, mostrando sus puntos de vista y sus disidencias tanto a través de sus representantes como por medio de la opinión pública o los movimientos sociales. De hecho, en tanto movimiento social, una de las diferencias más importantes con respecto al populismo es que lo “popular” no tiene un liderazgo centralizado, es “espontáneo” y no está organizado de modo de conquistar el poder político a nivel gubernamental.<sup>28</sup> Es decir, se trata de una noción de pueblo plural y democrática que tiene como sustrato al individuo y no de un todo orgánico ni de una sola conversación entablada por el tejido social.<sup>29</sup> En todo caso, se entiende al “pueblo” como

---

<sup>27</sup> Aquí vale decir que esta unidad se da incluso considerando las diferencias al interior del pueblo. Como explica Laclau, opera en el populismo una lógica de equivalencia-diferencia, según la cual “el momento equivalencial presupone la constitución de un sujeto político global que reúne una pluralidad de demandas sociales” y las representa hegemonícamente a través de significantes vacíos. Laclau, Ernesto, *La razón populista*, cit., pp. 91-130.

<sup>28</sup> Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, cit., p. 129. En este punto la autora intenta mostrar cómo movimientos sociales como “Occupy Wall Street”, por más que tengan una retórica populista no pueden ser catalogados de populistas; a diferencia por ejemplo del *Tea Party*, que por el contrario, no es un movimiento social y sí puede considerarse populista en tanto tiene pretensiones de ser gobierno. Sobre el *Tea Party* volveré luego.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 162 y 163: “The individualistic aspect is crucial, and it is the condition that makes the collective people a composite unity, rather than an

agente político con una voluntad consciente que se trata de institucionalizar.<sup>30</sup>

2) Por lo que a la mediación de la voluntad popular toca, para el populismo, el pueblo es el que legitima directamente las instituciones políticas sin otra mediación que la voluntad expresa y actual, donde la contienda electoral tiene solo un valor instrumental. Así, el “pueblo” se vuelve algo “sustantivo” que va más allá de las elecciones y la representación, vindicándose una relación más espontánea y un consenso directo entre éste y el líder. De esta manera, los populistas parecen asimilar la soberanía popular y el gobierno.<sup>31</sup>

Esta relación directa entre líder y pueblo junto a la transgresión de los procedimientos reglados se hace en virtud de un supuesto y necesario rebalanceo en la distribución del poder político en beneficio de las mayorías.<sup>32</sup> Por ello, algunas autoras

---

organic whole”. “...the main political character of a democracy is not so much that the people are collectively involved but that they are involved as individuals, that they have an *equal political liberty*”.

<sup>30</sup> No todos los constitucionalistas populares han hecho explícita la noción de pueblo de la que parten, y en ese sentido la corriente ha sido pasible de no pocas críticas. Véase por ejemplo Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640. Para un análisis, véase Álvarez, Luciana, “Sobre la idea de «pueblo». Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latinoamericana”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, pp. 71-93.

<sup>31</sup> Así, la noción de representación que maneja el populismo (radicalmente opuesta a las teorías modernas de representación) asume una identificación perfecta entre la voluntad del pueblo y el líder, quien tiene la última palabra respecto de lo que significa esa voluntad. Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory* 41 (3), 2013, pp. 441-481. La estrategia para lograrlo consiste, según las autoras, en una inflación de la práctica retórica en contra de la política de partidos múltiples en nombre del pueblo. *Ibidem*, pp. 450 y 451.

<sup>32</sup> Normalmente, como reacción a épocas de mal funcionamiento del sistema político: altos grados de corrupción, distanciamiento entre el electorado y los representantes, inhabilidad de la clase política para realizar la agenda y debatir problemas y soluciones, falta de canales institucionales capaces de recibir visiones no convencionales, nuevas demandas o necesidades, insatisfacción

la llaman “política de redención”<sup>33</sup> a la política populista, y en este sentido puede justificarse. Pero si bien es cierto —como se advirtió— que el populismo puede tener un papel democratizador, también puede suponer efectos negativos para la democracia si se traduce —como suele ocurrir— en propuestas que reemplazan las instituciones representativas con formas plebiscitarias de participación.<sup>34</sup> El problema con estas formas plebiscitarias es que aunque pueda parecer que empodera a las personas, en realidad les da el papel de una “audiencia” pasiva y reactiva, más que de un agente político.<sup>35</sup>

Por el contrario, todos los partidarios del constitucionalismo popular se ocupan de “mediar” la voluntad popular a través de instituciones, proponiendo cambiar el diseño para que la últi-

---

con los resultados políticos y económicos de la acción gubernamental, falta de confianza en el sistema representativo, etcéteras. Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *op. cit.*, p. 14. Esta nota de “reacción” del populismo hace que no tenga un contenido ideológico determinado. Canovan, Margaret, “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, *op. cit.*, p. 32; en igual sentido, Taggart, Paul, “Populism and the Pathology of Representative Politics”, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

<sup>33</sup> Canovan, Margaret, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, *Political Studies*, vol. 47, núm. 1, 1999, pp. 2-16. En contra de la idea de que el populismo pueda cumplir con sus promesas de redención, Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución Argentina de 1949”, en Luna-Fabritius, Adriana *et al.* (coords.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de Constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*, México, Taurus, 2012, p. 371.

<sup>34</sup> Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, *cit.*, pp. 134 y 152. Vale aclarar que el populismo no se puede equiparar a las formas plebiscitarias de democracia, aunque la personalización del poder o “cesarismo” haga que se superpongan los conceptos. Algunas de las notas que distinguen al populismo de las formas plebiscitarias es que el primero da al pueblo una presencia política, invoca la participación y movilización, mientras que las segundas le dan un papel pasivo, reactivo o de audiencia. Lo común es que ambos muestran una vocación *cesarista*, por lo que se afirma que el populismo está preparado para abrir las puertas a la transformación plebiscitaria de la democracia. *Ibidem*, pp. 172-175.

<sup>35</sup> Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *op. cit.*, p. 452.

ma palabra no esté en manos de la judicatura, pero apostando por un fortalecimiento tanto de las instituciones representativas como sociales. En este sentido, Tushnet es claro al explicar que el constitucionalismo popular no aboga por llamados a referendums directos para las cuestiones constitucionales ni por tipos plebiscitarios de democracia, sino que es una práctica inserta en las estructuras de la contienda política ordinaria, asociada en particular con la discusión sobre cuestiones fundamentales de interpretación constitucional entre los partidos políticos.<sup>36</sup>

Así, los populares prestan atención a los procedimientos y no a los contenidos para justamente habilitar, con respeto, a la pluralidad de voces y entendimientos sobre las cuestiones políticas fundamentales. Estos procedimientos tienen ínsita una idea de *ongoing discussion*, de falibilidad en las decisiones y de precariedad en el ejercicio del poder, en el sentido de que todos los resultados son revisables y que el hecho de encontrarse hoy dentro de la minoría no impide el estar mañana en la mayoría. En esta tesitura, por ejemplo Robert Post hace distintas propuestas para fortalecer los canales de comunicación entre representantes electos y la opinión pública conformada a través la participación activa de la gente.<sup>37</sup>

Por su parte, el populismo desafía la precariedad al ser el gobierno populista, el gobierno del pueblo.<sup>38</sup> Así no se considera la posibilidad de que haya otras mayorías mañana, la única opción es la antagonica, la elite corrupta gobernando en contra del pueblo. Esto claramente va contra la representación política, negando el desacuerdo en lugar de abordarlo.<sup>39</sup> Como consecuencia,

---

<sup>36</sup> Tushnet, Mark, "Constitutional Law: Critical and Comparative", introducción de este libro, p. 12.

<sup>37</sup> Post, Robert, "A Short History of Representation and Discursive Democracy", *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, pp. 5 y 8.

<sup>38</sup> Por precariedad me refiero a la duración no permanente del gobierno.

<sup>39</sup> Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty", *op. cit.*, p. 442.

compromete también el pluralismo, pues la diversidad de opiniones se ve como un fenómeno transitorio que debe ser superado logrando una profunda unidad de las masas, preferentemente bajo la conducción del líder carismático.<sup>40</sup>

3) Finalmente, desde el punto de vista específico de la relación que tienen con la Constitución, se puede decir que los populares se la *toman en serio*, y lo que desafían es la idea de que sólo los jueces puedan tener una interpretación de ésta. Así, contemplan la posibilidad de diferentes interpretaciones respecto de sus contenidos por parte de los distintos actores políticos (fundamentalmente en materia de derechos),<sup>41</sup> e incluso de modificarla cuando está en contra de la opción deliberada que la gente propicia, pero no atacan la división liberal de poderes ni los mecanismos de pesos y contrapesos, tampoco la forma representativa de gobierno democrático. Incluso, en la mayoría de los casos, admiten un control judicial de la ley débil.<sup>42</sup>

Por eso es que, ante todo, es un modelo de *constitucionalismo* que rescata el lugar del pueblo, de lo popular, en la interpretación constitucional, auspiciando diálogos inclusivos mediante formas institucionales. Unas formas que deben favorecer además que se reciban todas las voces y argumentos, un tiempo de reflexión y la igualdad de los actores, no siendo contramayoritarias. En suma, detrás de la idea de Constitución hay una idea de democracia robusta que la sostiene.

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 450.

<sup>41</sup> Así, el discurso de odio es inconsistente con la libertad de expresión según una interpretación de este último derecho, pero completamente consistente con éste, según una visión diferente. Tushnet, Mark, "Constitutional Law: Critical and Comparative", *op. cit.*, p. 13.

<sup>42</sup> En este sentido, Tushnet realiza una distinción entre formas fuertes y débiles de control judicial de constitucionalidad, prefiriendo las segundas, que se caracterizan porque: 1) la legislatura tiene el poder de repudiar las especificaciones (*specification*) —de principios constitucionales abstractos— que hacen los tribunales, y 2) el proceso interactivo de especificación y revisión —que se da entre los tribunales y la legislatura— puede ocurrir en un período de tiempo relativamente corto. Tushnet, Mark, "Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism", *Law and Philosophy* 22, Países Bajos, 2003, p. 369.

En claro contraste con lo anterior, el populismo presenta una “dimensión anti-institucional, de un cierto desafío a la normalización política, al «orden usual de las cosas»”,<sup>43</sup> que hace difícil hablar de constitucionalismo. En ese sentido, se afirma que los populistas hacen un uso *oportunist*a de la Constitución. Esto quiere decir que apelan a ella como fuente de legitimidad cuando apoya sus proclamas, y la desconocen o propician su reforma cuando les dificulta el camino.<sup>44</sup>

Ahora bien, el hecho de agregar al término populismo el adjetivo *constitucional* implica un cambio de perspectiva que, a mi criterio, tiene que ver con la posibilidad que inicialmente parecía contradictoria en sus propios términos de *institucionalizar* el populismo. Así, algunos autores hablan de un intento por institucionalizar el discurso populista dentro de sistemas estables de política democrática, o en otras palabras, institucionalizar procesos y prácticas capaces de estabilizar dichos regímenes populistas contra amenazas internas o externas.<sup>45</sup> La manera de institucionalizar es justamente a través de reformas (parciales o totales) a la Constitución.

De allí que, al hablar de populismo constitucional, el énfasis esté puesto en el *populismo*, pues basándose en una definición reduccionista de la democracia, según la cual ésta significa el poder del pueblo y *sólo* el poder del pueblo, al realizar las reformas relegan la función de los controles y límites constitucionales al poder, aunque no puedan prescindir de ellos dado su valor simbólico de adhesión.<sup>46</sup> Así, las cláusulas de tipo liberal democrático tienen

<sup>43</sup> Laclau, Ernesto, *La razón populista*, cit., p. 156.

<sup>44</sup> Según Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, *op. cit.*, p. 14, la relación entre populismo y constitución no tiene que ver con la teoría, sino con la práctica.

<sup>45</sup> Savage, Ritchie, “A comparison of ‘New Institutionalized’ Populism in Venezuela and the USA”, *op. cit.*, pp. 520, 527.

<sup>46</sup> Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., p. 9. Esta situación se debe a que, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo democrático se extendió en occidente como única forma legítima de regulación del poder, por lo que dicho mode-

una importancia crucial para la ideología y la práctica política del populismo, aunque se encuentren en tensión con el mismo.<sup>47</sup>

Algunos autores definen al populismo constitucional simplemente como *la actitud política que busca valerse de la reforma de la Constitución para defender los intereses y aspiraciones del pueblo y satisfacer sus reivindicaciones inmediatas, sin tener un objetivo a largo plazo*.<sup>48</sup> No veo en esta definición un parámetro real de evaluación de los llamados populismos constitucionales que no sea el que se califique a las reivindicaciones a satisfacer por medios constitucionales como *inmediatas* o *de corto plazo*, siempre que fuera sencillo distinguir qué reivindicaciones lo son y por qué no serían atendibles. Considero que se puede hacer un esfuerzo mayor para definir esta nueva categoría que no atienda a los intereses o aspiraciones que las reformas intentan satisfacer, sino a *las formas* y a *los contenidos* de dichas reformas, además de a la ya mencionada actitud *oportunist*a del populismo con respecto a la Constitución.

Así, podría distinguirse al populismo constitucional *por sus formas* (de acuerdo con una teoría de la democracia),<sup>49</sup> si la reforma es verticalista; es decir, si se actúa en nombre del pueblo (de la soberanía popular), pero sin su directa participación en la discu-

---

lo teóricamente encuentra poca resistencia, aunque en la práctica esto genere constituciones de tipo “semántica”, según la expresión de Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 218-222.

<sup>47</sup> Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución Argentina de 1949”, *op. cit.*, p. 343, aunque el autor habla de la importancia de las constituciones en sí y no específicamente de este tipo de cláusulas.

<sup>48</sup> Rincón Salcedo, Javier, “Las democracias andinas, entre constitucionalismo popular y populismo constitucional”, *Visages d’Amérique Latine*, núm. 3, junio de 2006, pp. 33-38.

<sup>49</sup> En realidad cualquier forma de populismo debe considerarse en relación con una teoría de la democracia que sirva como parámetro de evaluación. Véase Mény, Yves y Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *op. cit.*, pp. 3-5. También véase Kaltwasser, Cristóbal, “The Ambivalence of Populism: Threat and Corrective for Democracy”, *op. cit.*, pp. 184-208. En lo personal, asumo la crítica desde una concepción procedimental de la democracia deliberativa, pero a la misma conclusión se puede llegar desde otras concepciones no minimalistas de la democracia.

sión de la reforma o sesgando la participación sólo a los sectores afines con el oficialismo.<sup>50</sup> Incluso, si hubiera participación de distintos sectores, cuando sus opiniones disidentes son acalladas o ignoradas en el resultado<sup>51</sup> o bien, están sometidas a influencias directas del Poder Ejecutivo.<sup>52</sup> En otras palabras, cuando la participación del “pueblo” se circunscribe a efectos plebiscitarios. También se puede poner atención en el respeto de *la propia* Constitución una vez modificada. Con esto me refiero a sospechar de las múltiples y sucesivas reformas constitucionales realizadas a la par de las dificultades que va encontrando el gobierno en su accionar, incluso de reformas que éste mismo propició.<sup>53</sup> Por último, en la práctica de cambiar a los jueces constitucionales en caso de no poder reformar la Constitución y/o de tener inter-

---

<sup>50</sup> Negretto, Gabriel, en “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución argentina de 1949”, *op. cit.*, p. 345 enfatiza el que en los hechos, el proceso de elaboración de la Constitución quede en manos del partido mayoritario.

<sup>51</sup> Esto se puede corroborar prestando atención al cumplimiento de los procesos. Así por ejemplo, sobre una propuesta a cuya discusión están llamados los distintos sectores, pero a la que no se le cambia ni una coma tras su discusión, o se la aprueba en tiempos records sin posibilitar la reflexión sobre ningún punto y por el exclusivo apoyo del grupo en el poder (que tiene la mayoría suficiente para realizarla); que no es producto de un debate social previo, pueden caer sospechas importantes (no sólo por populistas, sino incluso por su calidad democrática).

<sup>52</sup> Esto restaría valor democrático a la reforma, como bien explica Bernal, Angélica M., “The Meaning and Perils of Presidential Refounding in Latin America”, *Constellations*, vol. 21, núm. 4, 2014, p. 452.

<sup>53</sup> En un sentido similar, Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *op. cit.*, p. 17 advierten sobre los riesgos de recurrir a reformas constitucionales como instrumento de gobierno. Así dicen, “[s]i la Constitución fija reglas básicas del juego, y el desarrollo del juego queda librado al espacio de la política ordinaria, acudir a reformas de la Constitución como estrategia para jerarquizar ciertas metas o finalidades acarrea el inconveniente de convertir lo extraordinario en ordinario, al tiempo que se perpetúa el cambio de las reglas del juego. Como consecuencia, el juego no se empieza a jugar jamás: se renueva constantemente la voluntad fundacional, sin que arribe el momento de comenzar a desarrollar el proyecto sugerido por la Constitución”.

pretaciones no favorables al gobierno, siempre acompañada del discurso antagonista.<sup>54</sup>

En el segundo sentido, es decir, por *los contenidos* de las reformas, el populismo constitucional —aunque institucionalizado— refleja en su Constitución al populismo. En este sentido son cláusulas constitucionales populistas si tienden a relajar los controles al gobierno, acrecentar el poder del Ejecutivo, por ejemplo, otorgándole poderes de excepción o legislativos, posibilitar reelecciones o frustrar cualquier oposición; por ejemplo, mediante el control de los medios de comunicación, la intervención en las entidades autónomas, etcétera.<sup>55</sup> De hecho, haciendo hincapié sólo en este aspecto, hay autores que definen al populismo constitucional como una categoría que hace referencia a las profundas y múltiples reformas constitucionales que tienen por objeto transformar sólo “el poder del Presidente de la República, en países donde el diseño institucional permitía un desmedido uso de prerrogativas públicas por parte del Jefe de Gobierno”.<sup>56</sup>

Un segundo tipo de cláusulas populistas se pueden encontrar en la regulación constitucional de los procesos de toma de decisiones, que omiten previsiones deliberativas, horizontales y reflexivas. Esto hace que algunos consideren que el contenido específico de las constituciones del populismo esté en la idea de

---

<sup>54</sup> Aunque sobre esto no hay que dejar de considerar en el contexto en que se da. Pues, si se piensa en el marco de Constituciones sumamente rígidas con supremacía judicial, siendo la vía de la reforma constitucional difícil y ante luchas interpretativas de larga data con la judicatura, quizá la medida no sea criticable. Piénsese sin ir más lejos el típico ejemplo de las amenazas de Roosevelt a la Suprema Corte norteamericana en la llamada era *Lochner*.

<sup>55</sup> Se puede percibir la dificultad de definir con precisión lo que sería una reforma populista frente a una reforma popular, producto de la dificultad propia de definir al populismo frente a la democracia.

<sup>56</sup> Sarmiento Erazo, Juan Pablo, “Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana”, *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, p. 572. El autor identifica las últimas reformas constitucionales de Venezuela, Ecuador, Bolivia y Colombia como de populismo constitucional y declara que “se trata de una práctica contraria a la democracia misma...”.

una democracia plebiscitaria, centralista y anti-parlamentaria, en conjunto con una visión comunitaria de los derechos. Esta última característica haría posible condicionar el ejercicio y reconocimiento de los derechos individuales al logro de objetivos colectivos cuya interpretación queda a cargo del Estado.<sup>57</sup> Aunque considero que esta visión comunitaria no tiene que ser necesariamente constitucional, sino que se puede producir en la práctica efectiva del populismo con respecto a Constituciones que incluso tienen consagrados los derechos clásicos liberales.

Ahora bien, como apunté anteriormente, las Constituciones populistas no pueden prescindir de cláusulas de tipo liberal democrático, pues necesitan de ellas como mecanismos de legitimación del poder y sostén de un discurso constitucionalista. De allí que aun mediando procesos de institucionalización, el populismo constitucional siga haciendo un uso “oportunista” de sus Constituciones, que en todo caso estarán siempre *por debajo* de la invocada soberanía popular de actuación permanente. En esta lógica, el populismo usa las instituciones como medios para obtener más poder en lugar de para limitarlo,<sup>58</sup> haciendo primar la legitimación *ideológica* frente a una legitimación procedimental o constitucional.<sup>59</sup>

#### IV. EL *TEA PARTY* Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿CONSTITUCIONALISMO POPULAR O POPULISMO CONSTITUCIONAL?

Luego de realizar esta preliminar distinción conceptual, estamos en condiciones de evaluar ciertos fenómenos constitucionales contemporáneos que han sido utilizados como ejemplos críticos para

<sup>57</sup> Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución argentina de 1949”, *op. cit.*, pp. 346 y 368.

<sup>58</sup> Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured, cit.*, p. 159

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 152. En palabras de Schmitt, “Against the will of the people, especially an institution based on discussion by independent representatives has no autonomous justification for its existence”, citado por *ibidem*, p. 160.

la errónea equiparación del constitucionalismo popular y el populismo constitucional. Me refiero al *Tea Party* norteamericano y a los nuevos constitucionalismos latinoamericanos.

Comienzo con el fenómeno del *Tea Party*. Desde la ciencia política hay cierto acuerdo en que la experiencia política del *Tea Party* puede calificarse de populista.<sup>60</sup> Si bien se puede discutir la corrección de esta nominación según los caracteres que se tengan por necesarios para denominar populista a un movimiento, su estilo político y su ideología encuadran en el fenómeno, en su versión “de derechas”.<sup>61</sup>

Al mismo tiempo, algunos autores consideran el fenómeno del *Tea Party* como propio del constitucionalismo popular.<sup>62</sup> Esta calificación se produciría puesto que se considera al *Tea Party* como un “movimiento social” que pugna políticamente por una interpretación constitucional originalista (*the “Founders” Constitution*), y para ello alude a la voluntad del pueblo.<sup>63</sup> Esta interpre-

---

<sup>60</sup> La literatura es extensa, pero por ejemplo véase Müller, Jan-Werner, “Towards a Political Theory of Populism”, trabajo para el seminario “Interpretation of Democracy” a cargo de la profesora Nadia Urbinati, Columbia University, spring semester 2014; Mudde, Cass, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, *op. cit.*; Savage, Ritchie, “A Comparison of «New Institutionalized» Populism in Venezuela and the USA”, *op. cit.*

<sup>61</sup> Esto se inserta en una ola reciente de populismos de ultra derecha, dentro de la cual se puede encontrar la candidatura de Donald Trump para la presidencia de EEUU, como en Europa al partido de la Liberación en Austria (FPÖ), el Movimiento por una Hungría Mejor (Jobbik Movement) o el Frente Nacional Francés (FN), entre otros. Estos partidos reivindican un concepto de “pueblo” basado en la etnia y liderado por la exclusión, el racismo y la xenofobia.

<sup>62</sup> Goldstein, Jared, “Can Popular Constitutionalism Survive the Tea Party Movement?”, *Northwestern University Law Review Colloquy*, vol. 105, 2011, pp. 288-299; Somin, Ilya, “The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism”, *Northwestern University Law Review Colloquy*, vol. 105, 2011, pp. 300-314; Schmidt, Christopher, “Popular Constitutionalism on the Right: Lessons from the Tea Party”, *Denver University Law Review*, vol. 88:3, 2011, pp. 523-557.

<sup>63</sup> Goldstein, Jared, “Can Popular Constitutionalism survive the Tea Party Movement?”, *op. cit.*, p. 288 “...the Tea Party movement is centrally focused on the meaning of the Constitution”, “... it seeks to implement its constitutional vision using the tools of ordinary politics”. Para una defensa del *Tea Party* como

tación pondría en jaque los postulados del constitucionalismo popular, que pareciera tener una impronta de izquierdas e inclusiva. Por el contrario, Tushnet considera que si bien no habría inconvenientes en calificar de popular al *Tea Party* en cuanto a sus contenidos, sí en cambio lo hay por no ser una movilización popular espontánea, sino más bien *top bottom* creada por un segmento del Partido Republicano.<sup>64</sup>

Para la descripción de Goldstein, el *Tea Party* utiliza una retórica constitucional con el fin de promover una agenda nacionalista, en la que el pueblo norteamericano es dibujado como un pueblo excepcional y destinado a ser líder mundial, adelantando los principios del individualismo, el gobierno limitado y la libertad de mercados.<sup>65</sup> Eso sí, con una visión fundamentalista de lo que es ser “americano”, calificando de “no americanos” a aquellos que sostienen valores y políticas opuestas<sup>66</sup> e identificando un claro enemigo a combatir: el “socialismo”.<sup>67</sup> Entre las reformas constitucionales que proponen para contrarrestar lo que consideran un crecimiento desmedido del gobierno federal, se encuentra: a) que los senadores dejen de ser electos popularmente para

---

movimiento popular, véase *The Tea Party movement and popular constitutionalism*”, *Northwestern Law Review Colloquy*, vol. 105, 2011, pp. 300-314.

<sup>64</sup> En este sentido, recordemos la diferencia que se establecía entre movimientos populares y populismos en Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, cit., p. 129.

<sup>65</sup> Goldstein, Jared, “Can Popular Constitutionalism Survive the Tea Party Movement?”, *op. cit.*, p. 290.

<sup>66</sup> Aquí se ve claramente la estrategia *populista* de dicho movimiento que “demoniza a sus oponentes”, defiende la idea de que sólo existe una concepción sobre los principios fundacionales y sobre lo que significa ser “americano”, así como sobre los valores que la Constitución protege. *Ibidem*, pp. 291, 292 y 298. Esto contradice frontalmente el punto de partida de los populares, cual es el desacuerdo razonable que existe en una sociedad plural sobre el sentido de la Constitución.

<sup>67</sup> Esta concepción de “socialismo” como enemigo es identificada con las políticas del presidente Obama, sobre todo en materia social (por ejemplo, el “Obama care”), que a su vez se ligan a otras amenazas *externas* como el islamismo. Véase Savage, Ritchie, “A Comparison of «New Institutionalized» Populism in Venezuela and the USA”, *op. cit.*, p. 526.

volver a ser electos por las legislaturas de los estados, y b) la *Repeal Amendment*, según la cual dos terceras partes de los estados podrían rechazar cualquier legislación federal.<sup>68</sup>

Vale comenzar aclarando que si bien los auspiciantes del constitucionalismo popular podrían encontrarse mayormente a la izquierda de la academia jurídica norteamericana, esto no significa que el constitucionalismo popular no sirva como marco teórico para dar cuenta tanto de los movimientos conservadores como progresistas en su calidad de intérpretes de la Constitución.<sup>69</sup> Así, considero que ideas como las sostenidas por el *Tea Party* no ponen en entredicho la relación que existe entre una democracia participativa y el constitucionalismo popular.<sup>70</sup> Quienes quieren afirmar lo contrario, lo que hacen es establecer una relación “tramposa”, en el sentido de que intentan disuadir de los valores que la participación popular en la interpretación constitucional implica, atendiendo al contenido de esa participación.

El constitucionalismo popular, insisto, pretende democratizar la interpretación constitucional a través de procedimientos

---

<sup>68</sup> Somin, Ilya, “The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism”, *Northwestern Law Review Colloquy*, vol. 105, 2011, pp. 306-308.

<sup>69</sup> En uno de sus trabajos, Siegel plantea cómo la movilización conservadora a favor del derecho individual de portar armas modificó la forma de entender la segunda enmienda, caracterizando a dicho movimiento como popular y claramente partidista, aunque no consensuado o mayoritario. Siegel, Reva B., “Dear or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller”, *op. cit.*, p. 241. Para Tushnet, no todas las movilizaciones políticas son creadoras de derecho constitucional, aunque muchas, tal vez la mayoría, sí lo sean. Asimismo, señala que algunas de esas movilizaciones son mediadas por las organizaciones políticas tradicionales, como los partidos políticos, y estima que lo que caracteriza a esas movilizaciones es la retórica que utilizan, aunque las formas son las mismas que las de la política ordinaria. Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago-Kent Law Review*, *op. cit.*, pp. 995-996. Por último, Tushnet ha sido claro en explicar que no puede atribuirse al constitucionalismo popular ningún contenido sustantivo. Correspondencia con el autor del 15 de julio de 2015.

<sup>70</sup> Como sí lo ponen en duda Goldstein, Jared A. Goldstein, “Can Popular Constitutionalism Survive the Tea Party Movement?”, *op. cit.*, p. 291.

más participativos.<sup>71</sup> En ese sentido, voces como las del *Tea Party* serán escuchadas y participarán en el diálogo por la interpretación constitucional, como las de cualquier otro partido o movimiento social. De allí a calificar al *Tea Party* como movimiento social especialmente considerado por el constitucionalismo popular, es otra cosa. Pero aun suponiendo que así fuera, el argumento de que existen movimientos sociales excluyentes para quitarle legitimidad a la demanda de mayor participación social se asemeja a aquel que invoca, por ejemplo, las experiencias del fascismo o nazismo (que pudieron haber alcanzado el poder por medio del voto mayoritario, aunque no son democráticos) para disuadir sobre las bondades de la democracia.

Veamos ahora qué ha ocurrido con el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. Comenzaré aclarando que esta denominación también es objeto de controversia, aunque aquí la utilizaré para aludir a los fenómenos constitucionales ocurridos en Venezuela, Ecuador y Bolivia a partir de 1999.<sup>72</sup> Se podría de-

---

<sup>71</sup> Como explica Tushnet, esa participación requiere organización, y ésta se puede dar o bien fuera del sistema político, como es el caso de los movimientos sociales; o bien dentro del sistema político, sea como un tercer partido o como facción dentro de un partido mayoritario (aquí estaría el *Tea Party*). Tushnet, Mark, "Popular Constitutionalism and Political Organization", *op. cit.*, p.2.

<sup>72</sup> En igual sentido lo consideran Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)", en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf>, p. 350. (Aunque también puedan distinguirse algunos de estos rasgos en otras Constituciones o prácticas constitucionales). A estos procesos se los califica también de "rupturistas". Véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor, Roberto (ed), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 30; "transformadores" según la expresión de De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, México, Siglo XXI-Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2010, pp. 85 y ss; o "refundacionales", Bernal, Angélica, "The Meaning and Perils of Presidential Refounding in Latin America", *op. cit.* Me permito remitir a un artículo anterior donde analizo más profundamente este fenómeno: Alterio,

cir que lo que tuvieron en común estas reformas constitucionales fue que se realizaron con el propósito declarado de dar remedio a la marginación político-social de ciertos grupos (especialmente el caso de los indígenas)<sup>73</sup> y a la desigualdad social resultado de la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado.<sup>74</sup> Asimismo, tienen de novedad que se realizaron con vistas a superar el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido), para avanzar en la definición de ésta como fórmula democrática donde el poder constituyente expresa su voluntad.<sup>75</sup>

En cuanto a su modelo constitucional, se pueden señalar algunas notas en común con el constitucionalismo popular, dado que ambos parten de la idea de la participación ciudadana como eje del sistema político institucional.<sup>76</sup> Esa participación va mu-

---

Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema*, núm. 8, enero-diciembre de 2014, México, UNAM, pp. 227-306.

<sup>73</sup> Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, aludiendo claramente al caso de la constitución boliviana, disponible en: [http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Constitucionalismo\\_atinoamericano.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf), p. 2. En igual sentido, Pérez Calvo, Alberto, “Características del nuevo Constitucionalismo latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 29.

<sup>74</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 15. Pero sin diluirse una vez cumplida su misión. Véase Noguera Fernández, Albert, “What do we mean when we talk about «Critical Constitutionalism»? Some Reflections on the New Latin American Constitutions”, en Nolte, Detlef y Schilling Vacaflo, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America*, *op. cit.*, p. 102. En igual sentido, Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución argentina de 1949”, *op. cit.*

<sup>76</sup> Al punto que se hable de estas Constituciones casi como de “orgías participacionistas”. Véase Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la *polis*: crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 177, en alusión a la Constitución ecuatoriana.

cho más allá del acto constituyente o de la elección de representantes, pues se prodiga a lo largo de los textos constitucionales en ámbitos como la iniciativa popular, legislativa y constitucional o el referendo aprobatorio, consultivo, revocatorio y abrogatorio.<sup>77</sup> También se refleja en instancias ciudadanas de control de la gestión pública<sup>78</sup> y en el reconocimiento de formas de democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas.<sup>79</sup> Finalmente, no se agota en las instancias formales, sino que surge también de la previsión de mecanismos informales de participación, como el derecho de resistencia, etcétera.<sup>80</sup> En suma, se halla en el nue-

---

<sup>77</sup> Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”, p. 10, disponible en: <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>. Por ejemplo, la Constitución venezolana en su artículo 70 prevé la participación ciudadana en la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas mencionadas, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. En Ecuador, los artículos 103-113 consagran la consulta popular y la revocatoria del mandato.

<sup>78</sup> Como la creación del “Poder Ciudadano” en la Constitución de Venezuela (título V, capítulo IV), el “Poder de transparencia y control social” en la ecuatoriana del 2008 (capítulo quinto, título IV “Participación y organización del poder”) y función de “Participación y control social” en la boliviana de 2009 (artículos 241 y 242). Véase Noguera, Albert, “Las nuevas Constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa; 2013, p. 17. Como explica el autor: “Se trata, sobre todo en el caso de Ecuador, de un órgano de contra-poder, conformado por representantes de la sociedad civil, contra las decisiones del gobierno, aunque en la práctica, la intromisión del gobierno en el proceso de nombramiento de sus miembros haya mermado sus potencialidades de control y enfrentamiento contra el Poder”.

<sup>79</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 117, también De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur, op. cit.*, pp. 118-122, en lo que se llama democracia intercultural.

<sup>80</sup> Contemplado expresamente en el artículo 98 de la Constitución de Ecuador. Sobre el tema véase Noguera Fernández, Albert, “What do we mean when we talk about «Critical Constitutionalism?»”, *cit.*

vo constitucionalismo latinoamericano una voluntad expresa de “trascender el constitucionalismo de elites hacia un constitucionalismo popular”.<sup>81</sup>

Ahora bien, otras notas de estas mismas Constituciones hacen dudar de la efectividad que puedan tener las primeras. Es decir, es difícil esperar que se desarrolle una amplia participación de la ciudadanía con una organización del poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente.<sup>82</sup> Estas “otras” notas, pero sobre todo, la práctica política que se ha desarrollado en estos países en los últimos años, son las que han permitido calificar —en distinta medida— a Venezuela, Ecuador y Bolivia como casos de *populismo*.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 42. Como expresan Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor, “Introduction”, *cit.*, p.19 “It would be mistaken to describe the constitutional changes of Venezuela, Bolivia and Ecuador simply as top-down processes; this would not do justice to their multi-faceted nature. ...The aforementioned constitutions were perceived as instruments to reconfigure the relationships between the state and citizens ... the adoption of the new constitutions was part of bottom-up process, including legal mobilization, and was among the central demands of social movements and citizens that were discontent with the previous social and political order”.

<sup>82</sup> Gargarella, Roberto, “El «nuevo constitucionalismo latinoamericano»: Un constitucionalismo que no termina de irse”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México, 4 de febrero de 2015, pp. 6 y 12.

<sup>83</sup> Digo en distinta medida porque el caso de Bolivia podría ser el más discutible de los tres, en el sentido en que Morales ha tenido que dialogar más y someterse al control intenso por parte de los movimientos sociales (a quienes rinde cuentas) que sus pares Correa, Chávez y Maduro. Negretto, por ejemplo, no considera a Bolivia como país populista, en cambio sí a Ecuador y Venezuela. Sobre el análisis puntual a cada uno de estos países véase López Maya, Margarita y Panzarelli, Alexandra, “Populism, Rentierism, and Socialism in the Twenty-First Century: The Case of Venezuela”. Crabtree, John, “From the MNR to the MAS: Populism, Parties, the State, and Social Movements in Bolivia since 1952” y Montúfar, César, “Rafael Correa and His Plebiscitary Citizens’ Revolution”, todos en Torre, Carlos de la y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Washington D. C., Woodrow Wilson Center Press, 2013, pp. 239-268, 269-293 y 295-321, respectivamente.

Así, el uso instrumental de la legislación, la concentración de poder en el Ejecutivo, la destrucción de las instituciones que generaban algún tipo de control y las restricciones a algunas libertades fundamentales (particularmente la libertad de prensa),<sup>84</sup> han hecho que hasta los originales defensores del modelo se hayan volcado a la crítica.<sup>85</sup> Todo esto al tiempo que “el poder popular tiende a ser invocado o citado, como acompañamiento o como aclamación, pero no como poder autónomo...”.<sup>86</sup> En este

---

<sup>84</sup> Torre, Carlos de la y Arnson, Cynthia, “Introduction: The Evolution of Latin American Populism and the Debates Over Its Meaning”, en Torre, Carlos de la y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Washington D. C., Woodrow Wilson Center Press, 2013, p. 4.

<sup>85</sup> En este sentido, véase los artículos de opinión de Rodríguez Garavito, César, “Los derechos humanos y la «nueva» izquierda latinoamericana”, *Open Democracy*, 12 de marzo de 2014, De Sousa Santos, Boaventura, “¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?”, *Revista Crisis*, núm. 18. Me interesa destacar de aquí la crítica a Rafael Correa, que explica cómo el presidente ha ido “sacrificando” los objetivos de largo plazo de la Constitución (como la defensa de los recursos naturales), por otros como la explotación minera o petrolera, según él necesarios ahora para que el modelo en algún futuro pueda lograr sus objetivos. Así, quienes se oponen a Correa, como los pueblos indígenas afectados, son vistos como “obstáculos al desarrollo”, o víctimas de manipulaciones por parte de dirigentes corruptos, etcétera. En ese sentido ironiza De Sousa: “La participación ciudadana es bienvenida, pero sólo si es funcional y eso, de momento, sólo puede garantizarse si recibe una mayor orientación del Estado, es decir, del Gobierno... Periodistas son intimidados, activistas de movimientos sociales son acusados de terrorismo y la consecuente criminalización de la protesta social parece cada vez más agresiva”. Y sigue “El contacto directo con los ciudadanos no tiene como objetivo que estos participen en las decisiones, sino más bien que las ratifiquen mediante una socialización seductora que se presenta desprovista de contradicción”. Para concluir “La erosión de las instituciones, típica del populismo, es peligrosa sobre todo cuando estas no son fuertes desde el principio... Y es que cuando el líder carismático abandona la escena (como ocurrió trágicamente con Hugo Chávez), el vacío político alcanza proporciones incontrolables debido a la falta de mediaciones institucionales”. Del mismo autor véase también la más reciente “Carta Abierta de Boaventura De Sousa Santos al presidente Rafael Correa”, *Otra América*, 12 de diciembre de 2014, todas disponibles en Internet.

<sup>86</sup> Gargarella, Roberto, “El «nuevo constitucionalismo latinoamericano»: un constitucionalismo que no termina de irse”, *op. cit.*, p. 25.

sentido, explica Negretto que de los mecanismos de participación ciudadana sólo se han hecho efectivos aquellos que tienen un impacto puramente plebiscitario y antideliberativo, como es el caso del referéndum<sup>87</sup>. En el caso de Ecuador, el problema se acrecienta si se consideran las últimas reformas a la Constitución de 2008 para conseguir la reelección indefinida.<sup>88</sup>

Ahora bien ¿se puede hablar del nuevo constitucionalismo latinoamericano como un tipo de *populismo constitucional*? Considero que la respuesta debe ser relativa. Y esto porque pienso que los niveles de análisis deben diferenciarse para evitar caer en las trampas a las que aludí más arriba.

Por un lado, las reformas constitucionales que dieron lugar a que se configurara el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” fueron apoyadas masivamente<sup>89</sup> e intentaron responder a necesidades puntuales de los países protagonistas.<sup>90</sup> A nivel insti-

---

<sup>87</sup> Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución argentina de 1949”, *op. cit.*, p. 370.

<sup>88</sup> En diciembre de 2015, la asamblea aprobó varias reformas constitucionales, incluyendo algunas cláusulas transitorias que posponen la entrada en vigor de las mismas hasta 2017, evitando así la posibilidad de reelección para Correa.

Para un informe crítico sobre el punto, véase Bernal Pulido, Carlos, “¿Es inconstitucional utilizar el procedimiento de enmienda para reformar la Constitución del Ecuador con el fin de establecer la reelección (*sic*) indefinida del presidente?”, Informe presentado el 3 de septiembre de 2014 por Guillermo Lasso Mendoza, en un *amicus curiae*.

<sup>89</sup> Así, el referéndum para aprobar la Constitución venezolana del 15 de diciembre de 1999 contó con una aprobación del 71% de los votos. En el caso de Ecuador, el referéndum que se llamó para consultar a la ciudadanía sobre la necesidad de reformar la Constitución (el 15 de abril de 2007) tuvo un apoyo del 81.5% de los votos. Por su parte, el referéndum para aprobar la Constitución (del 28 de septiembre de 2008) contó con un apoyo del 65%. En el caso de Bolivia, el 61% de los votantes aprobaron la Constitución en referéndum del 25 de enero de 2009. Fuente: Linares, Sebastián, “The Democratic Génesis of a Constitution: Venezuela, Ecuador and Bolivia in Comparative Perspective”, presentación facilitada por el autor.

<sup>90</sup> Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *op. cit.*, pp. 9-11.

tucional, como anticipé, gran parte de ellas podrían encuadrarse dentro del constitucionalismo popular, sobre todo en razón de la amplia participación (de distintos sectores) con que contaron en su origen y que previeron para su desarrollo posterior,<sup>91</sup> así como por el interés que mostraron en generar Constituciones normativas que fueron largamente más allá de objetivos cortoplacistas.<sup>92</sup> Claramente las Constituciones son perfectibles, pero considero que siendo un intento de innovar en busca de generar una identidad propia, podrían servir de base para comenzar un proyecto democrático fuerte, susceptible de futuras mejoras.

Por otro lado, el *uso* acomodaticio u oportunista que se ha dado de esas Constituciones, omitiendo el cumplimiento de ciertas partes y utilizando parcialmente o de forma desvirtuada otras, gracias al previsible y desmedido poder que ha concentrado el Ejecutivo, hace que sea fácil hablar de populismo. Ahora bien, ese populismo no está *necesariamente* ligado a la forma o contenido de aquellas Constituciones iniciales *tout court*, no es un completo *populismo constitucional*, sino que está ligado al modo de hacer política de los líderes en el poder, que se valieron del gran apoyo mayoritario para sortear cualquier freno, e incluso previsión constitucional que fuera en contra de sus liderazgos.

De allí que venga a cuento lo advertido por Curtis y Gargarella: “la concreción de las promesas de una Constitución... dependen del buen funcionamiento de la política ordinaria”.<sup>93</sup> Y en ese sentido valga recordar que la enorme cantidad y variedad de experiencias populistas que se han dado en el mundo no se pueden asociar a algún tipo de Constitución en particular, sino

---

<sup>91</sup> Aunque también cabe la crítica al diseño institucional que desde su origen estuvo signado por la contradicción. En este sentido, como explican Curtis y Gargarella en *Ibidem* p. 29 “...la relación entre un «presidencialismo» que se fortalece o consolida y las cláusulas constitucionales que quieren promover la participación popular no es pacífica, sino que más bien es de tensión. Ocurre que, en principio, el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa”.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 17.

más bien al desprecio por cualquiera de ellas.<sup>94</sup> Ahora bien, en la medida en que prosperen las reformas constitucionales que estos mismos líderes proponen para, por ejemplo, reelegirse de forma indefinida, acrecentar su propio poder, obviar los controles preestablecidos, dismantelar cualquier oposición, etcétera, ese nuevo constitucionalismo se puede transformar en *populismo constitucional*.

Para concluir, podría decirse que el desafío que enfrentan las constituciones populares es el de la *institucionalización* plena de sus mandatos, y en ello juega un papel fundamental el constitucionalismo.<sup>95</sup> Es que una de las razones de ser de la Constitución tiene que ver con la generación de cierta estabilidad y claridad en las reglas del juego democrático, y dentro de estas reglas son fundamentales las de garantías a la oposición y las de distribución y control de poderes. Se pueden pensar diferentes arreglos institucionales, lo que no cabe es que no haya ninguno, y esta afirmación vale para cuando contamos con Constituciones que quedan en letra muerta o se reforman tan frecuentemente que no logran establecer ninguna estabilidad político-democrática.

Los méritos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a nivel institucional, aunque parciales, se pueden concretar únicamente bajo una idea de democracia robusta enfocada en acrecentar la participación ciudadana, el diálogo entre los componentes de estos Estados pluriculturales y en tanto incluyan en la

---

<sup>94</sup> Aunque a mi criterio puede considerarse que las Constituciones presidencialistas allanan el camino institucional para el desarrollo del populismo, lo cierto es que se encuentran experiencias populistas también en países parlamentarios.

<sup>95</sup> Esto se puede relacionar con el grado de consolidación democrática que tenga un país. Así, según Cas Mudde y Cristóbal Rovira Kaltwasser, es más probable que el populismo tenga efectos negativos sobre la calidad democrática en países con democracias poco consolidadas —entendiendo por estas últimas justamente aquellas que tienen mayor debilidad institucional, sobre todo en cuanto al acceso al poder político—, que en países con democracias consolidadas, donde el populismo puede tener incluso efectos positivos. Véase “Populism and (liberal) Democracy: a Framework for Analysis” en Mudde, Cas y Rovira Kaltwasser, Cristóbal (eds.), *Populism in Europe and the Americas. Threat or Corrective for Democracy?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, p. 22 y ss.

esfera político-social-económica a sectores sociales marginados durante siglos. Si eso se vulnera mediante la subestimación de los ciudadanos por considerarlos “poco esclarecidos, malintencionados, infantiles, ignorantes, fácilmente manipulables por políticos oportunistas o enemigos procedentes de la derecha...”,<sup>96</sup> como algunos hacen, y/o por el incesante protagonismo presidencial, se vulnera el propio espíritu del nuevo constitucionalismo.

En suma, podría decirse que mientras hay acuerdo en que en la *práctica política* los países en cuestión son *populistas; institucionalmente* se mezclaron en las Constituciones fundantes una intención por realizar metas del constitucionalismo popular —de participación y empoderamiento ciudadanos—, con previsiones de populismo constitucional —como la concentración y centralización del poder—; ambas contradictorias. De ahí que resulte tan difícil evaluar estos nuevos constitucionalismos, y su calificación sea tan escurridiza, como lo es la que intenta distinguir entre democracia y populismo. Sin embargo, esa dificultad no debe impedirnos buscar claridad para poder rescatar algunas y criticar otras de las disposiciones de los nuevos constitucionalismos, pues la simple actitud de descartarlos por sus desarrollos populistas es simplista y nos hace caer en una lógica dicotómica falaz que termina auspiciando el también deficiente modelo establecido con anterioridad. En suma, no todo lo popular es populista y caer en esa equiparación, nos deja sólo ante la alternativa elitista.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Habiendo establecido estas diferencias fundamentales, aunque preliminares, se puede concluir que la importancia que la corriente del constitucionalismo popular da al pueblo, a la decisión de las mayorías, a la participación y valoración de la gente común, no tiene por qué implicar derivas populistas. El populismo, si bien es

---

<sup>96</sup> De Sousa Santos, Boaventura, “¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?”, *op. cit.*

difícil de definir, cuenta con un historial de experiencias y estudios al respecto muy rico, que le imprimen rasgos característicos bien distintos a los del constitucionalismo popular. Esos rasgos perviven en la novedosa noción de populismo constitucional con la particularidad de que se utiliza la reforma constitucional para darles cierta estabilidad y legitimación.

Por su parte, aunque algunos autores consideran que han existido experiencias de constitucionalismo popular, éstas son escasas, informales y más bien idealizadas. Por ello es que la doctrina intenta hacer una especie de reconstrucción normativa del constitucionalismo, agregándole el componente popular para que sirva de crítica al diseño institucional elitista vigente en la mayoría de los países occidentales y de alternativa para el cambio. Es en esa lógica que el constitucionalismo popular abre las puertas de la Constitución a todas las manifestaciones populares y a sus distintas interpretaciones constitucionales. Es decir, propicia la deliberación sobre las cuestiones fundamentales en un marco de pluralismo, que incluye a movimientos sociales que incluso no son afines a esa apertura.

No es difícil imaginar que propuestas como la del constitucionalismo popular encuentran la resistencia de los defensores del *statu quo* y despiertan los temores propios de lo desconocido. En efecto, una forma fácil y común de contrarrestarlas es encasillándolas como populistas y trasladándoles las eventuales consecuencias negativas de este fenómeno sin mayor rigor.<sup>97</sup> Lo cierto es que, como he tratado de demostrar, el constitucionalismo popular y el populismo constitucional son dos cosas muy distintas, cuyo único factor común es tener al pueblo en el centro de sus construcciones.

---

<sup>97</sup> Sobre todo, como apunté, por la carga valorativa negativa que de por sí tiene la palabra.

# 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.<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> Tushnet, Mark y González Bertomeu, Juan, "Justiciability", *Routledge Handbook on Constitutional Law*, Routledge, 2013.

comunidad jurídica no sólo de su país, sino del mundo.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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-

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 3-17.

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

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 irredentemente 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.

---

<sup>4</sup> Las variantes débiles se analizan en la sección III.

<sup>5</sup> 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...<sup>6</sup>

## 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,

---

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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”).<sup>10</sup>

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-

---

<sup>7</sup> Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press 1986.

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

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

<sup>10</sup> *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.<sup>11</sup> 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*.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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-

---

<sup>11</sup> 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.

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

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

## 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”).<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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”.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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”.<sup>19</sup> 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-

---

<sup>14</sup> Tushnet, Mark, *ibidem*; Michelman, *op. cit.*, pp. 473-475.

<sup>15</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts, cit.*, p. 162.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 155-163.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>18</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights, cit.*, pp. 43-76.

<sup>19</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts, cit.*, p. 174.

troducción de cambios sociales significativos.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 154; Peabody, *op. cit.*, pp. 670-671.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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

---

<sup>22</sup> Tushnet, Mark, “Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>23</sup> *Idem.*

que en general estuvieran de acuerdo con mis puntos de vista, todo estaría bien”.<sup>24</sup> El problema obvio, agrega el autor, es que lo que usted y yo pensamos acerca de una decisión concreta podría diferir.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

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).<sup>27</sup>

#### 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-

---

<sup>24</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, cit., pp. 155.

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

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 155-163.

<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> Según la interpretación de Michelman, la Constitución delgada de Tushnet es un núcleo básico de principios morales que “todo estadounidense reconocería como incontestables”.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup> El carácter delgado de la Constitución se debe justamente a su generalidad, al

---

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

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

<sup>30</sup> Michelman, *op. cit.*, p. 463.

<sup>31</sup> Sanford Levinson defiende 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”,<sup>32</sup> 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”.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

¿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.<sup>36</sup> Si el desarrollo de estos principios lo exigiera, al menos las cláusulas menos importantes de la Constitución gruesa podrían ser ignoradas.<sup>37</sup> Tushnet

---

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

<sup>33</sup> *Idem*; Peabody, op. cit., p. 665.

<sup>34</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, cit., p. 11.

<sup>35</sup> Michelman, op. cit., pp. 464-468.

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

<sup>37</sup> Peabody, op. cit., p. 665.

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

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

---

<sup>38</sup> 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, afirmarí, 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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

---

<sup>39</sup> González Bertomeu, Juan y Saffón, 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.

<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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

---

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

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 292.

Corte es esencial para proteger a la Constitución”.<sup>43</sup> 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-

---

<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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”),<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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

---

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

<sup>45</sup> Tushnet, Mark, “Against Judicial Review”, *op. cit.*

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 1-3.

o la existencia de un Senado muy débilmente representativo de la mayoría de la población.<sup>47</sup> Esta omisión —o bajo énfasis— es llamativa.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

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

---

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

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> *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.<sup>50</sup> 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...?”<sup>51</sup>

El autor insiste en que tal solución “contribuiría a una reflexión seria sobre la Constitución fuera de los tribunales”.<sup>52</sup> 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.

---

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

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

<sup>52</sup> *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.<sup>53</sup> Un defensor de los derechos sociales podría ser un defensor del CJC. Después de todo, el propio Tushnet llegó a serlo.

---

<sup>53</sup> 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...*,<sup>54</sup> y para sorpresa de muchos,<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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...”.<sup>57</sup> Así, el control débil “invita a la

---

<sup>54</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, *op. cit.*

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> 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”.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> Como en el caso anterior, la idea central es que el

---

<sup>58</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, *cit.*, p. 66.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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).<sup>62</sup> 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

---

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

<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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

---

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

<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> Tushnet concluye a partir de esto que el sistema canadiense ha mutado en la práctica a un CJC fuerte.<sup>66</sup>

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

---

<sup>65</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, op. cit.*, p. 61.

<sup>66</sup> *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.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup>

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

---

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

<sup>68</sup> *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.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> En esto

---

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

<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

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.<sup>72</sup> 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-

---

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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”.<sup>73</sup> El respeto de la Constitución sería compatible con los incentivos de los funcionarios.<sup>74</sup>

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

---

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup> 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-

---

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

<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup>

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.

---

<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup> 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

---

<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup>

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,

---

<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> 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”.<sup>81</sup> 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

---

<sup>80</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, *cit.*, pp. 173.

<sup>81</sup> *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.<sup>82</sup> Tushnet afirma, con razón, que la tradición constitucional de los Estados Unidos “reconoce un número relativamente escaso de deberes constitucionales” en cabeza del Estado.<sup>83</sup> 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”.<sup>84</sup>

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

---

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> *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.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup> 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

---

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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.

# LA RAZÓN SIN VOTO: LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA Y MAYORITARIA DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

Luís Roberto BARROSO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas concepciones de Mark Tushnet*. III. *La jurisdicción constitucional*. IV. *El papel contramayoritario de las cortes supremas*. V. *La crisis de la representación política*. VI. *El papel representativo del Supremo Tribunal Federal*. VII. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Mis caminos académicos y los del profesor Mark Tushnet se han cruzado algunas veces a lo largo de los años. Aún en la década de 1980, al inicio de mi carrera como profesor, leí textos suyos cuando él era una figura preeminente en el movimiento conocido como *Critical Legal Studies*. Mucho más adelante, pasamos a encontrarnos, aquí y allí, en seminarios y eventos académicos. Durante mi estancia como *visiting scholar* en Harvard, en 2011, tuvimos la oportunidad de intercambiar ideas en más de una ocasión. En dos encuentros en universidades diversas, debatimos directamente, integrando un mismo panel. La primera vez fue en la Pontificia

\* Ministro del Supremo Tribunal Federal. Profesor titular de derecho constitucional de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ). Magister en derecho por la Universidad de Yale. Doctor y libre-docente por la UERJ. Profesor visitante en la Universidad de Poitiers, Francia (2010). *Visiting Scholar* en la Universidad de Harvard (2011).

Universidad Católica, en Porto Alegre, Brasil, donde discutimos el papel de los precedentes en el derecho en general y en el derecho constitucional en particular. Los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* han recorrido una trayectoria de relativo acercamiento en los últimos tiempos. La ley escrita, votada por el Legislativo, pasó a tener importancia mucho más grande en países como Estados Unidos, Reino Unido y Canadá; por otro lado, el respeto a los precedentes, en consecuencia de decisiones judiciales de los tribunales superiores, pasó a tener mucho más significado en países como Brasil, México o Chile. Soy un defensor de la valorización y de la observancia amplia de la jurisprudencia, en nombre de la igualdad, de la seguridad jurídica y de la mayor eficiencia del sistema judicial. Eso, naturalmente, conlleva un cierto cambio cultural de los juristas formados en la tradición romano-germánica. En esa materia, nuestras posiciones eran sustancialmente concordantes.

Nuestro otro debate fue en la Universidad de Harvard, en Cambridge, Estados Unidos, a propósito de las relaciones entre derecho y política y, en particular, del papel de las supremas cortes y tribunales constitucionales en una democracia. En esa materia, con relación en algunas cuestiones, teníamos puntos de observación distintos. Tales divergencias no eran propiamente filosóficas o ideológicas. En realidad, al menos en gran parte, ellas pueden ser atribuidas a la experiencia reciente de nuestros países en lo que concierne a la jurisdicción constitucional. De hecho, en Estados Unidos, comenzando en el periodo de la presidencia de Richard Nixon, pero sobre todo luego de la ascensión de Ronald Reagan, la Suprema Corte americana sufrió el impacto de una ola conservadora, poniendo en riesgo ciertas conquistas traídas por la jurisprudencia progresista que tuvo como símbolo la Corte Warren. En Brasil, por otra parte, después de la redemocratización, en 1988, y sobre todo a partir de mediados de los años 2000, el Supremo Tribunal Federal se convirtió en un importante instrumento de protección de los derechos fundamentales y de avance social. En diversos momentos, el Tribunal desempeñó un papel decisivo al contrabalancear la tradición de hegemonía del

Poder Ejecutivo y al superar la inercia del Congreso Nacional en temas importantes.

El texto que sigue es, de cierta manera, la profundización de este último diálogo, relacionado especialmente con las funciones desempeñadas por la jurisdicción constitucional en regímenes democráticos.<sup>1</sup> Antes de exponer mis propias ideas y de relatar algunos aspectos de la experiencia brasileña, he preparado un capítulo inicial con la síntesis sumaria de algunas posiciones de Mark Tushnet, recogidas en tres de sus principales libros.

## II. ALGUNAS CONCEPCIONES DE MARK TUSHNET

En su libro *Taking the Constitution away from the Courts*,<sup>2</sup> publicado en 1999, Mark Tushnet cuestiona duramente la tradición norteamericana de jurisdicción constitucional (*judicial review*)<sup>3</sup> y de supremacía judicial en la interpretación y aplicación de la Constitución. Sostiene que, al contrario de lo que cree el conocimiento convencional —o, al menos, la visión liberal-progresista—, la defensa de los derechos fundamentales tiene mejores guardianes en los ciudadanos, en la política y en el Legislativo que en la Suprema Corte. Radicalizando el argumento un poco más allá, Tushnet afirma que si la Suprema Corte norteamericana anunciara que ya no ejercería la jurisdicción constitucional, eso haría poca diferencia para la sociedad y para el pueblo norteamericano, inclusive en lo que se refiere a la protección de sus derechos. El libro defiende un

---

<sup>1</sup> El presente texto es una adaptación de un trabajo mayor, titulado *La razón sin voto: el Supremo Tribunal Federal y el gobierno de la mayoría*, todavía inédito.

<sup>2</sup> *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

<sup>3</sup> Normalmente, la expresión *judicial review* se traduce como control de constitucionalidad. Sin embargo, he optado por la expresión más abarcadora *jurisdicción constitucional*. Es que las supremas cortes o tribunales constitucionales desempeñan un papel más abarcador que sólo declarar leyes inconstitucionales o no, como la interpretación de la legislación conforme a la Constitución y la superación de eventuales omisiones inconstitucionales, para citar dos ejemplos.

llamado *constitucionalismo popular*,<sup>4</sup> que saque la Constitución de los tribunales y de su visión elitista del derecho constitucional, y la devuelva al pueblo y a sus representantes. De paso, Tushnet critica a los autores liberales y progresistas defensores del *judicial review*, por tener miedo del pueblo y de sus decisiones, y creer en la ilusión “de que la Suprema Corte nos puede salvar de nosotros mismos”.

En otro libro, titulado *Weak Courts, Strong Rights*,<sup>5</sup> publicado en 2008, Mark Tushnet explora dos temas diversos, tratando de hacer una importante conexión entre ellos: el papel de las cortes constitucionales en una democracia y las condiciones de posibilidad de asegurar derechos sociales en la Constitución. Para los propósitos del presente artículo, hay que destacar la distinción que el autor hace entre *forma fuerte* y *forma débil* de jurisdicción constitucional. El modelo fuerte es el practicado en los Estados Unidos y en los países que han seguido la fórmula que allá prevalece, desde *Marbury v. Madison*, juzgado en el 1803. En él, la interpretación de la Constitución hecha por la Suprema Corte es final y no susceptible de revisión. A la inversa, en lo que llama de modelo débil, el Poder Legislativo o el Ejecutivo pueden eventualmente rechazar o superar decisiones dictadas por la Corte Suprema. Los modelos que invoca son Nueva Zelanda, Reino Unido y Canadá. En Canadá, particularmente, dos disposiciones constitucionales dan lugar a una fórmula “dialógica” de jurisdicción constitucional, lo que permite, como su nombre indica, una conversación entre instituciones judiciales y legislativas sobre ciertos temas. En la práctica, no existen precedentes relevantes en la materia en Canadá mismo. Pero el concepto de diálogo institucional o diálogo constitucional ha permitido la adopción de “islas” de control débil en sistemas que adoptan el control fuerte, como bien intuyó Tushnet.

---

<sup>4</sup> Tushnet habla en “populist constitutionalism”. Pero en algunos países, el término *populista* tiene una connotación negativa, identificando políticas demagógicas de corto plazo y efectos negativos a lo largo del tiempo.

<sup>5</sup> Tushnet Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University, 2008.

Por fin, en *Why the Constitution Matters*,<sup>6</sup> publicado en 2010, Mark Tushnet trata de desmitificar la creencia, ampliamente arraigada en la teoría constitucional, de que el principal papel de una Constitución es la definición y la protección de los derechos fundamentales. Según él, la Constitución es verdaderamente importante, no porque protege determinados derechos fundamentales, sino porque estructura el funcionamiento de la política. Es en el ámbito de la política ordinaria, y no de la Constitución, donde se toman las grandes decisiones que repercuten concretamente sobre la vida de las personas. El proceso legislativo y el Congreso son mucho más influyentes que el proceso judicial y las decisiones de la Suprema Corte, según él cree. Más que eso, Tushnet trata de demostrar, con variados ejemplos, cómo la política influye en la Suprema Corte misma y su definición de cuáles sean los derechos fundamentales. En ese punto, él sustenta el argumento de que casi siempre la Suprema Corte se alinea a la voluntad de la mayoría nacional o al menos al sentimiento que se hizo prevaleciente en las elites. Y concluye que tratar la interpretación constitucional como una forma de política es algo positivo.

Puestas esas ideas, toca contrastarlas con lo que se pasa en un mundo diverso del americano.

### III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, los países de Europa continental y los que siguen la tradición romano-germánica, de modo general, asistieron a un importante cambio de paradigma con relación en el diseño y la teoría constitucionales: la transición del Estado legislativo de derecho para el Estado constitucional de derecho.<sup>7</sup> En el modelo antiguo, la Constitución era comprendi-

---

<sup>6</sup> Tushnet Mark, *Why the Constitution matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

<sup>7</sup> Sobre el tema, véase Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, pp. 14-17, y Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, 2005, pp. 21-41.

da esencialmente como un documento político, cuyas normas no eran aplicables directamente, quedando pendiente de desarrollo por el legislador o por el administrador. Tampoco había el control de constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial —o, donde había, era tímido y poco relevante—. En ese ambiente, prevalecía la centralidad de la ley y la supremacía del parlamento. En el Estado constitucional de derecho, la Constitución pasa a valer como norma jurídica. A partir de entonces, ella no sólo disciplina el modo de producción de las leyes y actos normativos, sino también establece determinados límites para su contenido, además de imponer deberes de actuación al Estado. En ese nuevo modelo, prevalece la centralidad de la Constitución y la supremacía judicial, como tal entendida la primacía de un tribunal constitucional o suprema corte en la interpretación final y vinculante de las normas constitucionales.

La expresión “jurisdicción constitucional” se refiere a la interpretación y aplicación de la Constitución por órganos judiciales. En el caso de Brasil —y de los países que siguen el modelo americano en general— esa competencia es ejercida por todos los jueces y tribunales, situándose el Supremo Tribunal Federal en la cima del sistema. La jurisdicción constitucional comprende dos actuaciones particulares. La primera, de aplicación directa de la Constitución a las situaciones en ella contempladas. Por ejemplo, el reconocimiento de que determinada competencia es del gobierno federal y no de los estados, o el derecho a la libertad de expresión sin censura previa. También se inserta en la aplicación directa de la Constitución la competencia, más compleja y políticamente delicada, de subsanar omisiones inconstitucionales, en los casos en que la ausencia de norma reguladora frustra el ejercicio de un derecho fundamental. La segunda actuación tiene que ver con la aplicación indirecta de la Constitución, que ocurre cuando el intérprete la utiliza como parámetro para verificar la validez de una norma infraconstitucional (control de constitucionalidad) o para atribuir a ella el mejor sentido, en medio de diferentes posibilidades (interpretación conforme a la Constitu-

ción). En suma: la jurisdicción constitucional comprende el poder ejercido por jueces y tribunales en la aplicación directa de la Constitución, en el desempeño del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos del poder público en general y en la interpretación del ordenamiento infraconstitucional conforme a la Constitución.

Desde el punto de vista político-institucional, el desempeño de la jurisdicción constitucional por supremas cortes o tribunales constitucionales en el mundo envuelve dos tipos de actuación: la contramayoritaria y la representativa. La actuación contramayoritaria es uno de los temas más analizados en la teoría constitucional, que hace muchas décadas discute la legitimidad democrática de la invalidación de actos del Poder Legislativo y Ejecutivo por órgano jurisdiccional. Ya la función representativa ha sido largamente ignorada por la doctrina y los formadores de opinión en general. No obstante, en algunas partes del mundo, y destacadamente en Brasil, este segundo papel se hizo no sólo más visible, sino circunstancialmente más importante. El presente capítulo trata de dar luz sobre ese fenómeno, que ha pasado curiosamente desapercibido, a pesar de ser, posiblemente, la más importante transformación institucional de la última década.

#### IV. EL PAPEL CONTRAMAYORITARIO DE LAS CORTES SUPREMAS

El Supremo Tribunal Federal, como las cortes constitucionales en general, ejerce el control y constitucionalidad de los actos normativos, inclusive aquellos emanados del Poder Legislativo y del jefe del Poder Ejecutivo. En el desempeño de esa atribución, puede invalidar actos del Congreso Nacional —compuesto por representantes elegidos por el pueblo brasileño— y del presidente de la República, electo con más de media centena de millones de votos. Vale decir: once ministros del STF (en realidad seis, puesto que basta la mayoría absoluta), que jamás han recibido un voto

popular, pueden sobreponer su interpretación de la Constitución a la que se hizo por agentes políticos investidos de mandato representativo y legitimidad democrática. A esa circunstancia, que genera una aparente incongruencia en el ámbito de un Estado democrático, la teoría constitucional dio el apodo de “dificultad contramayoritaria”.<sup>8</sup>

Pese a resistencias teóricas puntuales,<sup>9</sup> ese papel contramayoritario del control judicial de constitucionalidad se hizo casi universalmente aceptado. La legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional ha sido puesta con base en dos fundamentos principales: *a)* la protección de los derechos fundamentales, que corresponden al mínimo ético y a la reserva de justicia de una comunidad política,<sup>10</sup> no susceptibles de ser atropellados por deliberación política mayoritaria, y *b)* la protección de las reglas del juego democrático y de los canales de participación política de todos.<sup>11</sup> La mayor parte de los países del mundo confiere al Poder Judicial y, más particularmente a su suprema corte o corte constitucional, el estatus de centinela contra el riesgo de la tiranía de las mayorías.<sup>12</sup> Así, se evita que puedan acabar el proceso democrático u oprimir a las minorías. En estos días hay un razonable consenso en que el concepto de democracia trasciende la idea de gobierno de la mayoría, exigiendo la incorporación de otros valores fundamentales.

---

<sup>8</sup> La expresión se hizo clásica a partir de la obra de Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 1986, pp. 16 y ss. La primera edición del libro es de 1962.

<sup>9</sup> Por ejemplo, Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346, y Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, 2000.

<sup>10</sup> La equiparación entre derechos humanos y reserva mínima de justicia la hace Robert Alexy en diversos de sus trabajos. Véase, por ejemplo, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

<sup>11</sup> Para esa visión procesalista del papel de la jurisdicción constitucional, véase Hart Ely, John, *Democracy and Distrust*, 1980.

<sup>12</sup> La expresión fue utilizada por John Stuart Mill en *On Liberty*, 1874, p. 13: “La tiranía de la mayoría es ahora generalmente incluida entre los males contra los cuales la sociedad necesita ser protegida...”.

Uno de esos valores fundamentales es el derecho de cada individuo a igual respeto y consideración,<sup>13</sup> es decir, a ser tratado con la misma dignidad que los demás —lo que incluye tener sus intereses y opiniones tomados en cuenta—. La democracia, por lo tanto, para más allá de la dimensión procedimental de ser el gobierno de la mayoría, posee igualmente una dimensión sustantiva, que incluye igualdad, libertad y justicia. Es eso que la transforma, verdaderamente, en un proyecto colectivo de autogobierno, en el que nadie es deliberadamente abandonado. Más que el derecho de participación igualitaria, democracia significa que los vencidos en el proceso político, así como los segmentos minoritarios en general, no están desamparados y entregados a la propia suerte. Precisamente lo contrario, conservan su condición de miembros igualmente dignos de la comunidad política.<sup>14</sup> En casi todo el mundo, el guardián de esas promesas<sup>15</sup> es la suprema corte o el tribunal constitucional, por su capacidad de ser un fórum de principios<sup>16</sup> —o sea, de valores constitucionales, y no de política— y de razón pública —es decir, de argumentos que puedan ser aceptados por todos los involucrados en el debate—.<sup>17</sup> Sus miembros no dependen del proceso electoral y sus decisiones deben dar argumentos normativos y racionales que las soporten.

Toca registrar que ese papel contramayoritario de Supremo Tribunal Federal ha sido ejercido, como es propio, con razonable parsimonia. De hecho, en las situaciones en que no están en juego derechos fundamentales y los presupuestos de la democracia, la Corte debe ser deferente para con la libertad de conformación

---

<sup>13</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 181. La primera edición es de 1977.

<sup>14</sup> Mendonça, Eduardo, *A Democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramayoritária*, tesis de doctorado escrita bajo mi supervisión, UERJ, mimeografiada, 2014, p. 84.

<sup>15</sup> La expresión consta del título del libro de Garapon, Antoine, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 1999.

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981.

<sup>17</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, 2005. La primera edición es de 1993.

del legislador y la razonable discrecionalidad del administrador. Por eso mismo, es relativamente bajo el número de disposiciones de leyes federales efectivamente declaradas inconstitucionales bajo la vigencia de la Constitución de 1988.<sup>18</sup> Es cierto que, en una singularidad brasileña, hay algunos precedentes de disposiciones de enmiendas constitucionales cuya invalidez ha sido declarada por el STF.<sup>19</sup> Pero, también aquí, nada de especial significación, en cantidad y calidad. Anótese, por relevante, que en algunos casos emblemáticos de judicialización de decisiones políticas —como la legitimidad o no de las investigaciones con células madre embrionarias, la validez o no de ley federal que establecía acciones afirmativas en favor de negros en el acceso a universidades y la constitucionalidad del decreto del presidente de la República que demarcó una extensa área del Estado de Roraima como reserva indígena—, la posición del Tribunal, en todos ellos, fue de autocontención y de preservación de la decisión tomada por el Congreso Nacional o por el presidente de la República.

Hasta acá se trató de justificar la legitimidad democrática del papel contramayoritario ejercido por la jurisdicción constitucional, así como demostrar que no hay superposición plena entre el concepto de democracia y el principio mayoritario. Antes de analizar el tema de la función representativa del STF y concluir el presente ensayo, toca enfrentar una cuestión compleja y delicada en todo el mundo, materializada en la siguiente indagación:

---

<sup>18</sup> Con base en el estudio elaborado por la Secretaría de Gestión Estratégica, del Supremo Tribunal Federal se pudieron identificar 93 disposiciones de ley federal declaradas inconstitucionales, desde el inicio de vigencia de la Constitución de 1988 —un número poco expresivo, aún más cuando se considera que han sido editadas, en el mismo periodo, nada menos que 5,379 leyes ordinarias federales, sumadas a otras 88 leyes complementarias—.

<sup>19</sup> Véase STF, DJ 09.03.1994, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches; STF, ADI 1.946, DJ 16.05.2003, Rel. Min. Sydney Sanches; STF, DJ 18.02.2005, ADI 3.128, Rel. p/ el fallo Min. Cezar Peluso; STF, DJe 19.05.2011, MC en la ADI 2.356, Rel. p/ el fallo Min. Ayres Britto; STF, DJe 19.12.2013, ADI 4.357 y ADI 4.425, Rel. Min. Luiz Fux.

¿hasta qué punto se puede afirmar, sin aferrarse a una ficción o a una idealización desconectada de los hechos, que los actos legislativos corresponden, efectivamente, a la voluntad mayoritaria?

## V. LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Desde hace muchas décadas, en todo el mundo democrático, es recurrente el discurso acerca de la crisis de los parlamentos y de las dificultades de la representación política. Desde Escandinavia hasta América Latina, una mezcla de escepticismo, indiferencia e insatisfacción señala la relación entre la sociedad civil y la clase política. En los países en los que el voto no es obligatorio, los índices de abstención revelan el desinterés general. En países de voto obligatorio, como Brasil, un porcentaje muy bajo de electores es capaz de recordar en quién ha votado en las últimas elecciones parlamentarias. Disfuncionalidad, corrupción, captura por intereses privados son temas globalmente asociados a la actividad política. Y, sin embargo, en cualquier Estado democrático, la política es un producto de primera necesidad. Pero las insuficiencias de la democracia representativa, en la fase actual, son excesivamente obvias para que sean ignoradas.

La consecuencia inevitable es la dificultad del sistema representativo de expresar, efectivamente, la voluntad mayoritaria de la población. Como he dicho, el fenómeno es en cierta medida universal. En los Estados Unidos, cuya política interna tiene una visibilidad global, los excesos del financiamiento electoral, la infiltración no deseada de la religión en el espacio público y la radicalización de algunos discursos partidarios han deteriorado el debate público y alejado a los ciudadanos comunes. Vicisitudes similares afectan países de América Latina y de Europa, con populismos de izquierda, en una, y de derecha en otra. En Brasil, por igual, se vive una situación delicada, en que la actividad política se desconectó de la sociedad civil, que pasó a verla con

indiferencia, desconfianza o desprecio. A lo largo de los años, la amplia exposición de las disfunciones del financiamiento electoral, de las relaciones oblicuas entre el Poder Ejecutivo y parlamentarios y del ejercicio de cargos público para provecho propio reveló los males de un sistema que genera mucha indignación y pocos resultados. En suma: la doctrina, que antes se interesaba por el tema de la dificultad contramayoritaria de los tribunales constitucionales, comienza a poner su atención en el déficit democrático de la representación política.<sup>20</sup>

Esa crisis de legitimidad, representatividad y funcionalidad de los parlamentos ha generado, como primera consecuencia, en diferentes partes del mundo, un fortalecimiento del Poder Ejecutivo. En los últimos años, sin embargo, y con especial expresión en Brasil, se ha verificado una expansión del Poder Judicial y, notablemente, del Supremo Tribunal Federal. En curiosa paradoja, el hecho es que en muchas situaciones jueces y tribunales se hicieron más representativos de los anhelos y demandas sociales que las instancias políticas tradicionales. Es raro, pero vivimos un momento en que la sociedad se identifica más con sus jueces que con sus parlamentarios. Un ejemplo ilustra bien la afirmación: cuando el Congreso Nacional aprobó las investigaciones con células madre embrionarias, el tema pasó desapercibido. Cuando la ley fue cuestionada en el STF, se vio un debate nacional. Es imperativo tratar de comprender mejor ese fenómeno, explorar eventuales potencialidades positivas y remediar la distorsión que él representa. La teoría constitucional todavía no ha elaborado analíticamente el tema, a pesar de la constatación inevitable: la democracia ya no fluye exclusivamente por las instancias políticas tradicionales.

---

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, Graber, Mark A., "The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order", *Annual Review of Law and Social*, vol. 4, 2008, pp. 361 y 362; Véase también Roberto Barroso, Luís, "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, 2005, p. 41.

## VI. EL PAPEL REPRESENTATIVO DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*“El gran arte en política no es oír a los que hablan, sino a los que callan”.*

Etienne LAMY

A lo largo del texto se buscó destacar la sustantivación del concepto de democracia, que, además de no identificarse integralmente con el principio mayoritario, ha buscado nuevos mecanismos de expresión. Uno de ellos ha sido la transferencia de poder político —acá incluido cierto grado de creación judicial del derecho— para órganos como el Supremo Tribunal Federal. El presente tópico trata de explorar ese fenómeno, tanto en su dinámica interna como en sus causas y consecuencias. En el arreglo institucional contemporáneo, en que se da la confluencia entre la democracia representativa y la democracia deliberativa,<sup>21</sup> el ejercicio del poder y de la autoridad es legitimado por votos y por argumentos. No hay dudas de que el modelo tradicional de separación de poderes, concebido en el siglo XIX y que sobrevivió al siglo XX, ya no logra justificar, en toda su extensión, la estructura y funcionamiento del constitucionalismo contemporáneo. Para utilizar un lugar común, parodiando a Antonio Gramsci, vivimos un momento en que el viejo ya murió y el nuevo todavía no ha nacido.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> La idea de democracia deliberativa tiene como precursores autores como John Rawls, con su énfasis en la razón, y Jürgen Habermas, con su énfasis en la comunicación. Sobre democracia deliberativa, véase, entre muchos, en lengua inglesa, Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy?*, 2004; en portugués, Pereira de Souza Neto, Cláudio, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006.

<sup>22</sup> Gramsci, Antonio, *Cadernos do Cárcere*, 1926-1937. Disponible, en la versión en español, en: <http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>: “La crisis consiste precisamente en el hecho de que el viejo está muriendo y el nuevo no puede nacer. En ese intervalo, una gran variedad de síntomas mórbidos aparecen”. Véase también la

La doctrina de la dificultad contramayoritaria, estudiada anteriormente, se asienta en la premisa de que las decisiones de los órganos electivos, como el Congreso Nacional, serían siempre expresión de la voluntad mayoritaria. Y que, al revés, las decisiones dictadas por una corte suprema, cuyos miembros no son electos, jamás serían. Cualquier estudio empírico desacreditaría ambas proposiciones. Por numerosas razones, el Poder Legislativo no siempre expresa el sentimiento de la mayoría.<sup>23</sup> Además del ya mencionado déficit democrático resultante de las fallas del sistema electoral y partidario, es posible señalar algunas otras. En primer lugar, minorías parlamentarias pueden funcionar como *veto players*,<sup>24</sup> obstruyendo el procesamiento de la voluntad de la misma mayoría parlamentaria. En otros casos, el autointerés del Poder Legislativo lo lleva a decisiones que frustran el sentimiento popular. Además de eso, parlamentos en todo el mundo están sujetos a la captura eventual por intereses especiales, eufemismo que identifica el atendimiento a intereses de ciertos agentes influyentes desde el punto de vista político o económico, aun cuando estén en conflicto con el interés colectivo.<sup>25</sup>

Por otra parte, no es raro ni sorprendente que el Poder Judicial, en ciertos contextos, sea mejor intérprete del sentimiento mayoritario. Un sinnúmero de razones contribuyen para eso.

---

entrevista del sociólogo Zigmunt Bauman, disponible en: <http://www.thu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-nao-nasceu%60%60-entrevista-com-zigmunt-bauman>.

<sup>23</sup> Sobre el tema, véase Barrett Lain, Corinna, “Upside-down Judicial Review”, *The Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012, p. 113. Véase también Klarman, Michael J., “The Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1996-1997, p. 49.

<sup>24</sup> *Veto players* son actores individuales o colectivos con capacidad de parar el juego o impedir el avance de una agenda. Sobre el tema, véase Abramovay, Pedro, *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*, 2012, pp. 44 y s.

<sup>25</sup> Ese tema ha sido objeto de estudio, en los Estados Unidos por parte de la llamada *public choice theory*, que busca desmitificar la asociación entre ley y voluntad de la mayoría. Para uno resumen de esos argumentos, véase Brandão, Rodrigo, *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a ultima palavra sobre o sentido da constituição*, 2012, p. 205.

Comienzo por una, que es menos explorada por la doctrina en general, pero particularmente significativa en Brasil. Los jueces son reclutados, en la primera instancia, por medio de concurso público. Eso significa que personas provenientes de diferentes orígenes sociales, desde que hayan cursado una facultad de derecho y hayan hecho un estudio sistemático aplicado, pueden ingresar en la magistratura. Esa orden de cosas produjo, a lo largo de los años, un drástico efecto democratizador del Poder Judicial. Por otra parte, el acceso a un puesto en el Congreso envuelve un costo financiero elevado, que obliga al candidato, con frecuencia, a buscar financiamientos y asociaciones con diferentes actores económicos y empresariales. Eso produce una inevitable alianza con algunos intereses particulares. Por esa razón, en algunas circunstancias, los jueces son capaces de representar mejor —o con más independencia— la voluntad de la sociedad. Se podría contraponer que este argumento no es válido para los integrantes del Supremo Tribunal Federal. En la práctica, sin embargo, la casi integralidad de los ministros que componen la Corte son egresados de carreras jurídicas cuyo ingreso se hace por disputados concursos públicos.<sup>26</sup>

Otras razones diversas se añaden a ésta. En primer lugar, los jueces poseen la garantía de un cargo vitalicio. Como consecuencia, no están sujetos a las circunstancias de corto plazo de la política electoral, ni tampoco, al menos en principio, a tentaciones populistas. Una segunda razón es que los órganos judiciales sólo pueden actuar por iniciativa de las partes: las demandas judiciales

---

<sup>26</sup> En la composición de julio de 2014 Celso de Mello era integrante del Ministerio Público de São Paulo. Gilmar Mendes y Joaquim Barbosa vinieron del Ministerio Público Federal. Carmen Lúcia y Luís Roberto Barroso eran procuradores del Estado. Luiz Fux y Teori Zavascky provienen, respectivamente, de la magistratura estadual y federal. Rosa Weber, de la magistratura laboral. Los otros tres ministros, aunque no concursados para ingreso en las instituciones que integraban, vinieron de carreras vencedoras: Marco Aurélio Mello (Fiscalía del Trabajo y, después, ministro del TST), Ricardo Lewandowski (desembargador del Tribunal de Justicia de São Paulo, habiendo ingresado en la magistratura por el quinto constitucional) y Dias Toffoli (abogado-general de la Unión).

no se enjuician de oficio. Además, los jueces y tribunales no pueden juzgar más allá de lo que ha sido pedido, y tienen el deber de oír a todos los interesados. En el caso del Supremo Tribunal Federal, además de la actuación obligatoria del procurador-general de la República y del abogado-general de la Unión en diversas acciones, hay la posibilidad de convocación de audiencias públicas y de la actuación de *amici curiae*. Finalmente, pero no menos importante, las decisiones judiciales necesitan ser fundamentadas. Eso significa que para que sean válidas, jamás podrán ser un acto de pura voluntad discrecional: el orden jurídico impone al juez de cualquier grado el deber de presentar razones; es decir, los fundamentos y argumentos de su razonamiento y convencimiento.

Conviene profundizar un poco más en este último punto. En una visión tradicional y puramente mayoritaria de la democracia, ella se resumiría a una *legitimación electoral* del poder. Por ese criterio, el fascismo en Italia o el nazismo en Alemania podrían ser vistos como democráticos, al menos en el momento en que se instalaron en el poder y por el periodo en que tuvieron apoyo de la mayoría de la población. Incluso, por este último criterio, hasta el periodo Médici, en Brasil, pasaría en la prueba. No es una buena tesis. Además del momento de la investidura, el poder se legitima también por sus acciones y propósitos.<sup>27</sup> Toca acá retomar la idea de democracia deliberativa, que se funda precisamente en una *legitimación discursiva*: las decisiones políticas deben ser producidas tras un debate público libre, amplio y abierto, al fin del cual se indiquen las *razones* de las opciones hechas. Por eso afirmé anteriormente que la democracia contemporánea se hace de votos y argumentos. Un *insight* importante en ese dominio es traído por el jusfilósofo alemán Robert Alexy, que se refiere a la corte constitucional como *representante argumentativo de la sociedad*. Según él, la única manera de reconciliar la jurisdicción constitucional con la democracia es concebirla también como repre-

---

<sup>27</sup> Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, *Teoria do poder*, parte I, 1992, pp. 228-231, en que habla sobre la legitimidad *originaria, corriente y finalística* del poder político.

sentación popular. Personas racionales son capaces de aceptar argumentos sólidos y correctos. El constitucionalismo democrático posee una legitimación discursiva, que es un proyecto de institucionalización de la razón y la corrección.<sup>28</sup>

Toca hacer algunas observaciones adicionales. La primera de ellas, de carácter terminológico. Si se admite la tesis de que los órganos representativos pueden no reflejar la voluntad mayoritaria, la decisión judicial que invalide un acto del Congreso puede no ser contramayoritaria. Lo que ella será, invariablemente, es *contrarrepresentativa*,<sup>29</sup> entendiéndose el parlamento como órgano por excelencia de representación popular. De parte eso, toca hacer un contrapunto a la asertiva, hecha algunos párrafos arriba, de que los jueces eran menos susceptibles a tentaciones populistas. Eso no significa que estén inmunes a esa disfunción. En una época de juicios televisados, cobertura de la prensa y reflejos en la opinión pública, el impulso de agradar al público es un riesgo que no puede ser descartado. Pero pienso que cualquier observador imparcial será testigo de que ésta no es la regla. Conviene advertir todavía otro riesgo. Los jueces son aprobados en concursos difíciles y competitivos, que exigen larga preparación, constituyendo personal capacitado del servicio público. Tal hecho puede traer la pretensión de sobreponer una cierta racionalidad judicial a las circunstancias de los demás poderes, cuya lógica de actuación, muchas veces, es más compleja y menos cartesiana. Por evidente, la arrogancia judicial es tan mala como cualquier otra, y debe ser evitada.

El hecho de no estar sujetas a ciertas vicisitudes que asuelan a las dos ramas políticas de los poderes no es, naturalmente, garantía de que las supremas cortes se inclinarán en favor de las posiciones mayoritarias de la sociedad. La verdad, sin embargo,

---

<sup>28</sup> Alexy, Robert, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 578 y ss.

<sup>29</sup> Tal particularidad ha sido bien captada por Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramayoritaria*, 2014, pp. 213 y ss.

es que una observación atenta de la realidad revela que es eso mismo lo que sucede. En los Estados Unidos, décadas de estudios empíricos demuestran el punto.<sup>30</sup> También en Brasil ha sido así. En dos pronunciamientos relevantes, el Supremo Tribunal Federal confirmó la prohibición del nepotismo en los tres poderes,<sup>31</sup> en clara alineación con las demandas de la sociedad en materia de moralidad administrativa. La tesis vencida era la de que sólo el legislador podría imponer ese tipo de restricción.<sup>32</sup> También al apreciar la legitimidad de la creación del Consejo Nacional de Justicia —CNJ— como órgano de control del Poder Judicial y al afirmar la competencia concurrente del Consejo para instaurar procesos disciplinarios contra magistrados, el STF atendió al anhelo social por la reforma del Poder Judicial, a pesar de la resistencia de sectores de la magistratura misma.<sup>33</sup> En cuanto a la fidelidad partidaria, la posición del STF fue todavía más audaz, al determinar la pérdida del cargo al parlamentario que cambiase de partido.<sup>34</sup> Si bien ha sufrido crítica por exceso de activismo, no

---

<sup>30</sup> Barrett Lain, Corinna, “Upside-Down Judicial Review”, *The Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012-2103, p. 158. Véase también Dahl, Robert A., “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 285, y Rosen, Jeffrey, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, 2006, p. XII: “Lejos de proteger a las minorías contra la tiranía de las mayorías o contrabalancear la voluntad del pueblo, los tribunales, a lo largo de la mayor parte de la historia americana, se han inclinado por reflejar la visión constitucional de las mayorías”. En la misma línea, como señalado, véase Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999, p. 153.

<sup>31</sup> Así se dio en el juicio de la ADC núm. 13, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, y en la edición de la Súmula Vinculante núm. 13, que prohíbe el nombramiento de parientes hasta el tercer grado para cargos en comisión o funciones gratificadas.

<sup>32</sup> En defensa del punto de vista de que el CNJ no tendría el poder de imponer tal prohibición, véase Streck, Lenio *et al.*, “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”, disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>.

<sup>33</sup> ADI núm. 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, y ADI núm. 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>34</sup> MS núm. 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia.

hay dudas de que la decisión atendió a un anhelo social que no obtuvo respuesta del Congreso. Otro ejemplo: en el juicio, todavía no concluido, en el que se discute la legitimidad o no de la participación de empresas privadas en el financiamiento electoral, el STF, claramente reflejando un sentimiento mayoritario, apunta hacia la disminución del peso del dinero en el proceso electoral.<sup>35</sup> La Corte acaba realizando, en porciones, de modo incompleto y sin posibilidad de sistematización, la reforma política por la cual la sociedad clama.

Pero más allá del papel puramente representativo, las supremas cortes desempeñan, ocasionalmente, el papel de vanguardia iluminista, encargada de empujar la historia cuando ella se atasca. Se trata de una competencia peligrosa, que debe ser ejercida con gran parsimonia, por el riesgo democrático que representa y para que las cortes constitucionales no se transformen en instancias hegemónicas. Pero de vez en cuando se trata de un papel imprescindible. En los Estados Unidos fue por impulso de la Suprema Corte que se declaró la ilegitimidad de la segregación racial en las escuelas públicas, en el juicio de *Brown v. Board of Education*.<sup>36</sup> En Sudáfrica, le tocó al Tribunal Constitucional abolir la pena de muerte.<sup>37</sup> En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal dio la última palabra sobre la validez de la criminalización de la negación del holocausto.<sup>38</sup> La Suprema Corte de Israel reafirmó la absoluta prohibición de la tortura, aun en la hipótesis de interrogatorio de sospechosos de terrorismo, en un ambiente social conflagrado, que se hizo indulgente con tal práctica.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> ADI núm. 4.650, Rel. Min. Luiz Fux.

<sup>36</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>37</sup> S v. Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3, disponible en: <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.pdf>.

<sup>38</sup> 90 BVerfGE 241 (1994). Véase Brugger, Winfried, "Ban on Or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law", *Tulane European & Civil Law Forum*, núm. 17, 2002, p. 1.

<sup>39</sup> *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel & The General Security Service*. HCJ 5100/94 (1999), disponible en: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf).

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal equiparó las uniones homosexuales a las uniones estables convencionales, abriendo camino para el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>40</sup> Tal vez esa no fuera una posición mayoritaria en la sociedad, pero la protección de un derecho fundamental a la igualdad legitimaba la actuación. Asimismo, se pasó con el permiso para la interrupción del embarazo de fetos anencefálicos.<sup>41</sup> Son ejemplos emblemáticos del papel iluminista de la jurisdicción constitucional. En esos dos casos específicos, un fenómeno llamó la atención. En razón de la naturaleza polémica de ambos temas, una cantidad expresiva de juristas se posicionó contrariamente a las decisiones — “no por ser contrarios al mérito, absolutamente no...” —, sino por entender que se trataba de materia de la competencia del legislador, y no del STF. Como había derechos fundamentales en juego, esa no parece ser la mejor posición. Ella contrapone el principio formal de la democracia —las mayorías políticas tienen legitimidad para decidir— a los principios materiales de la igualdad y la dignidad de la persona humana, favoreciendo el primero en ambos casos.<sup>42</sup> Se antepone el procedimiento sobre el resultado, lo que no parece un buen criterio.<sup>43</sup>

A veces ocurre en la sociedad una reacción a ciertos avances propuestos por la Suprema Corte. En los Estados Unidos, ese fenómeno recibe el nombre de *backlash*. Un caso paradigmático de reacción del Legislativo se dio contra el juicio de *Furman v. Georgia*,<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> ADPF núm. 132 y ADI núm. 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

<sup>41</sup> ADPF núm. 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>42</sup> Sobre principios formales y materiales, y criterios para la ponderación entre ambos, véase Alexy, Robert, “Principios formales” en Travessoni, Alexandre *et al.* (orgs.), *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva*, 2014. En la p. 20, escribió Alexy: “Admitir una competencia del legislador democráticamente legitimado de interferir en un derecho fundamental simplemente porque él es democráticamente legitimado destruiría la prioridad de la constitución sobre la legislación parlamentaria ordinaria”.

<sup>43</sup> Como se verifica del tópico I del texto, Mark Tushnet tiene una posición diferente en relación con ese punto.

<sup>44</sup> 408 U.S. 238 (1972).

en 1972, en el cual la Suprema Corte consideró inconstitucional la pena de muerte aplicada en 39 estados de la Federación.<sup>45</sup> El fundamento principal era la falta de criterio en las decisiones de los jurados y el impacto desproporcional sobre las minorías. En 1976, sin embargo, la mayoría de los estados habían aprobado nuevas leyes sobre pena de muerte, soslayando el fallo de la Suprema Corte. En *Gregg v. Georgia*,<sup>46</sup> la Suprema Corte mantuvo la validez de la nueva versión de la legislación penal de aquel estado. También en *Roe v. Wade*,<sup>47</sup> la célebre decisión que descriminalizó el aborto, las reacciones fueron inmensas, hasta hoy dividiendo opiniones de manera radical.<sup>48</sup> En Brasil hubo pocos casos de reacción normativa a decisiones del Supremo Tribunal Federal; por ejemplo, con relación al fuero especial para ciertas autoridades,<sup>49</sup> a las tasas municipales de iluminación pública,<sup>50</sup> a la progresividad de las alícuotas del impuesto sobre propiedad urbana,<sup>51</sup> al cobro

---

<sup>45</sup> Para un de la cuestión, véase Barrett Lain, Corinna, *Upside-down judicial review*, pp. 12 y ss., disponible en el sitio Social Science Research Network-SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1984060> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060> (fecha de consulta: 12 de enero de 2012).

<sup>46</sup> 428 U.S. 153 (1976).

<sup>47</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>48</sup> Sobre el tema, véase Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, núm. 131, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=990968>.

<sup>49</sup> La Ley núm. 10.628/02 fue una respuesta legislativa a la decisión del STF en el Inq 687-QQ, Rel. Min. Sydney Sanches. Sin embargo, en un caso singular de reacción jurisdiccional a la reacción legislativa, el STF declaró la inconstitucionalidad de la ley, afirmando que no tocaría al Congreso. Mediante ley ordinaria, revisar la interpretación del texto constitucional dada por el Tribunal. Véase STF, ADI 2.797, DJ 19.12.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>50</sup> La enmienda constitucional núm. 39/02 superó el entendimiento que había sido establecido por el STF en el juicio del RE 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão.

<sup>51</sup> La enmienda constitucional núm. 29/2000 superó el entendimiento de la Corte y admitió expresamente la progresividad.

de contribución previsional de inactivos<sup>52</sup> y a la definición del número de concejales en las cámaras municipales.<sup>53</sup>

En favor de la tesis que se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, acerca del importante papel democrático de la jurisdicción constitucional, es posible presentar una colección significativa de decisiones del Supremo Tribunal Federal que han contribuido para el avance social en Brasil. Todas ellas tienen naturaleza constitucional, pero producen impacto en una rama específica del derecho, como se enuncia abajo:

*Derecho civil*: prohibición de prisión por deuda en el caso de depositario infiel, reconociendo la eficacia y prevalencia del Pacto de San José de Costa Rica en relación con el derecho interno.

*Derecho penal*: declaración de la inconstitucionalidad de la prohibición de progresión para el régimen más favorable de cumplimiento de pena, en el caso de crímenes hediondos y equiparables.

*Derecho administrativo*: prohibición del nepotismo en los tres poderes.

*Derecho a la salud*: determinación de provisión gratuita de medicamentos necesarios al tratamiento del sida en pacientes sin recursos financieros.

*Derecho a la educación*: derecho a la educación infantil, allí incluidos el atendimiento en guarderías y el acceso a la preescuela, reconociendo el deber del poder público de dar efectividad a ese derecho.

*Derechos políticos*: prohibición del libre cambio de partido después de la elección, bajo la pena de pérdida del cargo, por violación al principio democrático.

*Derechos de los trabajadores públicos*: regulación, por vía de *mandado de injunção*, del derecho de huelga de servidores y trabajadores del servicio público.

---

<sup>52</sup> La enmienda constitucional núm. 41/03 superó el entendimiento que había sido firmado en el juicio de la ADI 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>53</sup> La enmienda constitucional núm. 58/09 superó en parte el entendimiento que había sido firmado en el juicio del RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

*Derecho de las personas con discapacidad física:* derecho de pase libre en el sistema de transporte colectivo interestatal a personas con discapacidad, comprobadamente pobres.

*Protección de las minorías:*

- *Judíos:* la libertad de expresión no incluye manifestaciones de racismo, incluido el antisemitismo.
- *Negros:* validación de acciones afirmativas en favor de negros, trigueños e indios.
- *Homosexuales:* equiparación de las relaciones homosexuales a las uniones estables convencionales y derecho al matrimonio civil.
- *Comunidades indígenas:* demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol en área continua.

*Libertad de investigación científica:* declaración de la constitucionalidad de las investigaciones con células madre embrionarias.

*Derecho de las mujeres:* derecho a la anticipación terapéutica del parto en el caso de feto anencefálico; constitucionalidad de la Ley Maria da Penha, que reprime la violencia doméstica contra la mujer.

Tres últimos comentarios antes de finalizar.

Primero: la jurisdicción constitucional, como se trató de demostrar arriba, ha servido bien al país. La preocupación por abusos de parte de jueces y tribunales no es infundada, y hay que estar preparados para evitar que ocurran.<sup>54</sup> Sin embargo, en el mundo real, son muy limitadas las decisiones del Supremo Tribunal Federal a las cuales se pueda imputar la culpa de haber excedido la frontera aceptable. Y en los pocos casos en que eso ocurrió, el mismo Tribunal trató de remediar.<sup>55</sup> Por lo tanto, no

---

<sup>54</sup> Para una reflexión sobre el tema, teniendo como marco teórico la teoría de los sistemas, de Niklas Luhmann, véase Fernandes Campilongo, Celso, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, 2001, p. 63.

<sup>55</sup> En el juicio que involucraba la demarcación de la Tierra Indígena Raposa Serra do Sol, en embargos de declaración, se restringió el alcance de las

se debe despreciar, por un temor imaginario, las potencialidades democráticas y civilizatorias de una corte constitucional. La crítica a la actuación del STF, deseable y legítima en una sociedad plural y abierta, proviene más de actores insatisfechos con algunos resultados y de un nicho académico minoritario, que opera bajo premisas teóricas diversas de las que van aquí enunciadas. A ese propósito, toca formular una pregunta crucial:<sup>56</sup> ¿el argumento de que la jurisdicción constitucional ha actuado en estándares antidemocráticos no debería venir acompañado de una insatisfacción popular con el papel desempeñado por el Supremo Tribunal Federal? Qué decir, entonces, si ocurre exactamente lo contrario: en Brasil y en el mundo, los índices de aprobación que ostenta la Corte Constitucional suelen estar muy arriba de los del Legislativo.<sup>57</sup> Por cierto que no se deben extraer de ese hecho conclusiones precipitadas ni excesivamente abarcadoras. Sin embargo, una crítica formulada con base en una visión formal de la democracia, pero sin pueblo, no debe impresionar.

El segundo comentario es intuitivo. Como ya se tuvo la oportunidad de afirmar muchas veces, la decisión política, como regla general, debe ser tomada por quienes fueron votados. Por lo tanto, el Poder Legislativo y el jefe del Poder Ejecutivo tienen una preferencia general *prima facie* para tratar de todas las materias de interés del Estado y de la sociedad. Y, cuando hayan actuado, los órganos judiciales deben ser deferentes para con las elecciones legislativas o administrativas hechas por los agentes públicos legitimados por el voto popular. La jurisdicción constitucional sólo se debe imponer, en estos casos, si la contrariedad a la Constitución

---

llamadas “condicionantes” allí establecidas, para explicitar que no vinculaban, prospectivamente, nuevas demarcaciones. V. Pet. 3388–ED, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

<sup>56</sup> Véase Mendonça, Eduardo, *A Democracia das massas e a democracia das pes-soas: Uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, 2014, p. 19 y 20.

<sup>57</sup> Según encuesta del IBOPE, llevada a cabo en 2012, el índice de confianza de los brasileños en el STF es de 54 puntos (en una escala de 0 a 100). El del Congreso es 39 puntos. Véase <http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>.

es evidente, si hay afronta a derecho fundamental o se comprometen los presupuestos del Estado democrático. Sin embargo, como el elector habrá intuido hasta acá, la jurisdicción constitucional desempeña un papel mayor cuando el Poder Legislativo no haya actuado. Es en las lagunas normativas o en las omisiones inconstitucionales en donde el STF asume un papel de eventual protagonismo. Como consecuencia, en el fondo, es el Congreso mismo el que detiene la decisión final, inclusive sobre el nivel de judicialización de la vida.

Amerita registro incidental, antes de finalizar el presente trabajo, un fenómeno conocido en la doctrina como *diálogo constitucional* o *diálogo institucional*.<sup>58</sup> Si bien la Corte Constitucional o Corte Suprema sea el intérprete final de la Constitución en cada caso, tres situaciones dignas de nota pueden subvertir o atenuar esa circunstancia, a saber: *a)* la interpretación de la Corte puede ser superada por un acto del Parlamento o del Congreso, normalmente mediante enmienda constitucional; *b)* la Corte puede devolver la materia al Poder Legislativo, estableciendo un plazo para deliberación, o *c)* la Corte puede convocar al Legislativo a actuar, el llamado “apelo al legislador”. En la experiencia brasileña, hay diversos precedentes relativos a la primera hipótesis, como en el caso del techo remuneratorio de los servidores públicos<sup>59</sup> y de la base de cálculo para incidencia de contribución previsional,<sup>60</sup> además de los ya referidos anteriormente en este mismo tópico.

---

<sup>58</sup> La expresión tiene origen en la doctrina canadiense. Véase Hogg, Peter y Bushell, Allison A., “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Chart Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 75.

<sup>59</sup> ADI 14, Rel. Min. Celio Borja, j. 13.09.89. Al inicio de la vigencia de la Constitución de 1988, el STF entendió que el techo remuneratorio del artículo 37, XI no se aplicaba a las “ventajas personales”, frustrando, en la práctica, la contención de los abusos en esa materia. Se necesitaron dos enmiendas constitucionales para superar ese entendimiento: la de núm. 19, de 1998, y la de núm. 41, de 2003.

<sup>60</sup> RE 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 16 dic. 1994.

Con relación a la segunda hipótesis, referente al establecimiento de un plazo para que el Congreso legisle, hay precedentes en relación con la creación de municipios<sup>61</sup> o a la reformulación de los criterios adoptados en el Fondo de Participaciones de los Estados,<sup>62</sup> aunque no siempre se dé el adecuado cumplimiento dentro del periodo señalado por la decisión. Finalmente, en relación con la tercera hipótesis, por muchos años fue ése el sentido dado por la jurisprudencia del STF al *mandado de injunção*.<sup>63</sup> Un caso muy significativo de diálogo institucional informal se dio en relación con el artículo 7o., I de la Constitución, que prevé la edición de una ley complementaria disciplinando la indemnización compensatoria contra la dimisión arbitraria o sin justa causa de un trabajador. En el juicio de *mandado de injunção*, la plenaria del STF deliberó que iría a establecer, él mismo, el criterio indemnizatorio, teniendo en cuenta la omisión de más de dos décadas del Congreso en hacerlo.<sup>64</sup> Ante tal perspectiva, el Congreso aprobó en tiempo récord la Ley 12.506/2011, proveyendo al respecto.

Más recientemente, dos casos de diálogo institucional tuvieron lugar. Al decidir la acción penal contra un senador de la República, el STF, por mayoría apretada de votos, interpretó el artículo 55, VI y su § 2o. en el sentido de competir a la casa legislativa decretar la pérdida de cargo del parlamentario que sufriera una condenación criminal ejecutoriada.<sup>65</sup> Los ministros que

---

<sup>61</sup> ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau.

<sup>62</sup> ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes. En este caso, el STF estableció el plazo de dieciocho meses para que el Congreso Nacional subsanara la omisión relativa a la edición de la ley complementaria exigida por el artículo 18, § 4o. de la CF, tenida como indispensable para la creación de Municipios por ley estadual. Véase también ADI.

<sup>63</sup> El *mandado de injunção* es una acción creada por la Constitución brasileña destinada a remediar omisiones legislativas inconstitucionales. Por un largo periodo, el STF entendió que la única decisión posible en *mandado de injunção* era comunicar al Congreso Nacional su estado de demora y omisión. Posteriormente, el Tribunal pasó a crear, él mismo, la norma faltante, normalmente por analogía con alguna ley existente.

<sup>64</sup> MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>65</sup> AP 565, Rel. Min. Carmen Lúcia (caso Ivo Cassol).

afirmaron la posición vencedora registraron su crítica severa a la fórmula impuesta por la Constitución, instando el Congreso a visitar el tema.<sup>66</sup> Poco tiempo después del juicio, el Senado Federal aprobó una propuesta de enmienda constitucional superadora de ese tratamiento deficiente de la materia. A fines de 2014, la propuesta todavía se encontraba en tramitación en la Cámara de Diputados. En otro caso, un diputado federal fue condenado a más de trece años de prisión, en régimen inicial de privación de la libertad.<sup>67</sup> Sometida la cuestión de la pérdida de su cargo a la Cámara de Diputados, la mayoría deliberó no casarlo. En *mandado de segurança* impetrado contra esa decisión, el relator concedió limitar, bajo el fundamento de que en caso de prisión en régimen encerrado la pérdida del cargo debería darse por declaración de la Mesa y no por deliberación política de la Plenaria.<sup>68</sup> Antes del juicio de mérito de *mandado de segurança*, la Cámara de Diputados suprimió la previsión de voto secreto en la materia y deliberó por la casación.

Lo que se deduce de ese registro final es que el modelo vigente no puede ser caracterizado como de supremacía judicial. El Supremo Tribunal Federal tiene la prerrogativa de ser el intérprete final del derecho, en los casos que son a él sometidos, pero no es el dueño de la Constitución. Justamente, al contrario, el sentido y el alcance de las normas constitucionales son establecidos en interacción con la sociedad, con los demás poderes y con las instituciones en general. La pérdida de interlocución con la sociedad, la eventual incapacidad de justificar sus decisiones o de ser comprendido, perjudicaría el acatamiento y la legitimidad del Tribunal. Por otra parte, cualquier pretensión de hegemonía sobre los demás poderes sujetaría el Supremo a un cambio en su diseño institucional o a la superación de sus precedentes por modificación en el derecho, competencias que pertenecen al Congreso Nacional. Así que el poder del Supremo Tribunal

---

<sup>66</sup> V. mi voto en el MS 32.326, Rel. Luís Roberto Barroso.

<sup>67</sup> AP 396, Rel. Min. Carmen Lúcia (caso Natan Donadon).

<sup>68</sup> MS 32326, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

Federal tiene límites claros. En la vida institucional, como en la vida en general, nadie es demasiado bueno, y, sobre todo, nadie es bueno solo.

## VII. CONCLUSIÓN

En las décadas que se siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial, se verificó una vertiginosa ascensión institucional del Poder Judicial y de la jurisdicción constitucional. No sería una exageración afirmar que prevaleció, en diferentes partes del mundo, el modelo americano de constitucionalismo, con sus características de centralidad de la Constitución, control judicial de constitucionalidad y judicialización de las controversias relativas a derechos fundamentales. En el presente texto traté de demostrar que las cortes supremas —como el Supremo Tribunal Federal brasileño, por ejemplo— pasaron a desempeñar, simultáneamente, al papel contramayoritario tradicional, una función representativa, por la cual atienden a demandas sociales que no han sido satisfechas por el proceso político mayoritario. Por evidente, en el desempeño de tal atribución, el juez constitucional no está autorizado a imponer sus propias convicciones. Basado en material jurídico relevante (normas, doctrinas, precedentes), en principios constitucionales y en valores civilizatorios, le toca interpretar el sentimiento social, el espíritu de su tiempo y el sentido de la historia. Con la dosis correcta de prudencia y de osadía.

Como se nota claramente, soy un defensor de la jurisdicción constitucional. A mi crédito, tengo esa posición desde muy antes de convertirme en juez constitucional. Creo que ella desempeña un papel relevante aún en democracias maduras, como en Estados Unidos, Alemania o Canadá. Pero la considero todavía más importante en países de redemocratización reciente o de democratización tardía. En esos Estados, como suele suceder, el proceso político mayoritario no logra satisfacer plenamente las demandas sociales, en razón de distorsiones históricas en la distribución de poder y riqueza. Por cierto, no se debe vivir la ilusión de que

el Poder Judicial sea inmune a esas distorsiones. Sin embargo, circunstancias asociadas al modo de investidura de sus miembros, a sus garantías institucionales y al tipo de relación que mantienen con la sociedad (que no es ligada al voto o a objetivos de corto plazo) potencializa su aptitud para el uso de la razón y la protección de los derechos fundamentales. Por evidente, la condición imprescindible es que logre escaparse de la política ordinaria —como ha sido, afortunadamente, el caso de Brasil—.

Es innecesario enfatizar que ésta es una visión distinta a la que Mark Tushnet sostuvo en algunos de sus escritos.<sup>69</sup> Pero con relación a un sinnúmero de otras materias, conexas o no con la jurisdicción constitucional, tenemos posiciones totalmente alineadas. No es difícil ilustrar esa afirmación con algunos ejemplos. Tal como él, considero que, en una democracia, la política es un artículo de primera necesidad. Los tribunales no deben callar la voz de las calles ni desconsiderar el papel del Congreso como una instancia privilegiada del debate público. Pienso igualmente que las decisiones políticas, en línea de principio, deben ser tomadas por quienes tienen voto. Además, aun cuando se admita que la Corte Suprema tiene la última palabra sobre el sentido de la Constitución, ella debe ser capaz de tomar en cuenta las aspiraciones de las fuerzas sociales y de las demás instituciones políticas. No se trata de una corte de sí misma. Por fin, en muchas situaciones, será más constructivo y democrático que la jurisdicción constitucional adopte una postura de moderación, optando por el diálogo institucional en lugar de la imposición de su visión. Estoy convencido de que Tushnet endorsaría todas esas ideas.

En cualquier caso, en la concordancia o en la divergencia, lo que queda fuera de duda es que Mark Tushnet es un pensador denso, vigoroso y creativo, que ha influenciado de modo significativo la teoría constitucional contemporánea y varias generaciones de estudiosos.

---

<sup>69</sup> Si bien, en *Weak Courts, Strong Rights*, él atenuó su posición anterior de que las cuestiones constitucionales deberían ser completamente sacadas de los tribunales.



# CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y CRÍTICA A LA SUPREMACÍA JUDICIAL: POSIBLES LECCIONES PARA BRASIL

Miguel G. GODOY\*

SUMARIO: I. *Introducción: no puede existir Constitución sin pueblo.* II. *El constitucionalismo popular y su crítica como punto de partida.* III. *Consideraciones finales: definir el sentido de la Constitución de forma popular y dialógica.* IV. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN: NO PUEDE EXISTIR CONSTITUCIÓN SIN PUEBLO

El presente artículo tiene como objetivo hacer una crítica a las ideas de supremacía judicial y última palabra, tomando como punto de partida las ideas del constitucionalismo popular y la reivindicación del pueblo como un actor necesario en la interpretación de la Constitución. En este sentido, se destaca la obra e

\* Asesor del ministro del Supremo Tribunal Federal (STF). Doctor y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal del Paraná (UFPR), Brasil. Realizó investigaciones y estudios en la Harvard Law School bajo la orientación del profesor Mark Tushnet (2013) y fue investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) bajo la orientación del profesor Roberto Gargarella (2010). Investigador becario del CNPq-Brasil. Miembro e investigador del Núcleo de Investigación “Constitucionalismo y democracia: filosofía y dogmática constitucional contemporáneas”, de la Universidad Federal del Paraná (UFPR), Brasil. E-mail: [miguelggodoy@hotmail.com](mailto:miguelggodoy@hotmail.com).

importancia del profesor Mark Tushnet, uno de los principales y más destacados exponentes del constitucionalismo popular.

Si la Constitución, más que organizar el poder del Estado, constituye el compromiso fundamental de una comunidad de personas que se reconocen recíprocamente como libres e iguales,<sup>1</sup> entonces el significado y el contenido de las normas constitucionales también sólo adquieren sentido cuando el pueblo participa en la tarea de interpretación y concretización de la Constitución. Es decir, el sentido de la Constitución debe ser construido y definido colectivamente entre el pueblo y las instituciones sociales. En este sentido, se subraya el papel fundamental de jueces y cortes en la interpretación constitucional y en la aplicación de la misma. Sin embargo, la realización de la Constitución no puede solamente vivir de la interpretación del Poder Judicial en general, y de la Suprema Corte en particular. Al revés, la Constitución sólo puede ser plenamente realizada por la política democrática. En una sociedad que se pretenda democrática e igualitaria, la tarea de interpretar la Constitución, definir el contenido y alcance de sus previsiones, debe ser realizada de forma conjunta y compartida por los poderes, las instituciones y el pueblo.

En Brasil, especialmente a partir de la Constitución de 1988, la recepción y el desarrollo de teorías hermenéuticas y de aplicación de la Constitución tuvieron como consecuencia una creencia exacerbada en la transformación del Estado y de la sociedad a través del derecho y de sus aplicadores. El péndulo corrió excesivamente para un lado —el lado del derecho—. De ahí la necesidad de retomar la interpretación y aplicación de la Constitución no sólo a través del Poder Judicial y de las teorías de interpretación y aplicación, sino también a través de la política democrática.

Si es cierto que la Constitución es norma y debe ser cumplida, por otro lado ella sólo se realiza plenamente por medio de la

---

<sup>1</sup> Neto, Menelick de Carvalho y Scotti, Guilherme, *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Princípiosológicas e a Superação do Sistema de Regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, pp. 19 y 20.

política democrática. Una política democrática que, en Brasil, ha dejado de lado su elemento más fundamental: el pueblo. De ahí la importancia del constitucionalismo popular, comprendido como un movimiento teórico crítico de la idea de la supremacía judicial y de la última palabra, y defensor de un rol central para el pueblo en la interpretación de la Constitución

## II. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y SU CRÍTICA COMO PUNTO DE PARTIDA

Se puede decir que el constitucionalismo popular consiste en un movimiento teórico crítico, surgido en los Estados Unidos como reacción a las posturas conservadoras de la Corte Rehnquist, la cual puso fin a una actuación más activa y progresista de la Corte Warren a favor de los derechos civiles. Esa postura conservadora de la Corte Rehnquist se mantiene, de cierta manera, hasta hoy, fiel a una actuación extremadamente contenida y basada en su autoridad última para interpretar la Constitución.

El constitucionalismo popular es un movimiento crítico que congrega diversos autores, como Mark Tushnet,<sup>2</sup> Richard Parker,<sup>3</sup> Larry Kramer,<sup>4</sup> Akhil Amar,<sup>5</sup> entre otros, y que busca desafiar la idea de supremacía judicial en la interpretación de la Constitución;<sup>6</sup> criticar posturas de defensa de la revisión judicial de las leyes que se basan en una sensibilidad antipopular;<sup>7</sup> y que valora la interpretación extrajudicial que ciudadanos, grupos,

---

<sup>2</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

<sup>3</sup> Parker, Richard, *Here, The People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

<sup>4</sup> Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

<sup>5</sup> Amar, Akhil y Hirsch, Alan, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, Nueva York, Simon & Schuster, 1998.

<sup>6</sup> Tushnet, *op. cit.*

<sup>7</sup> Parker, *op. cit.*

movimientos sociales e instituciones hacen de la Constitución.<sup>8</sup> O sea, el constitucionalismo popular reúne una serie de autores y diferentes perspectivas que poseen como denominador común *a)* una crítica contundente al monopolio interpretativo de la Constitución por parte del Poder Judicial y *b)* el rescate del pueblo como un actor fundamental en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución.

Sin embargo, la adopción de teorías nacidas en realidades distantes de la brasileña (o latinoamericana en general), como es el caso del constitucionalismo popular, exige cautela y atención. Si por un lado es importante traer a la luz una de las principales discusiones de la teoría constitucional contemporánea, por otro es necesario tener cuidado en traducir este debate para los problemas locales, de tal forma que esa apropiación posibilite descubrir los problemas jurídicos, políticos y sociales de nuestra realidad.

Por esto es necesario destacar la opción de tomar al constitucionalismo popular como un punto de partida; es decir, como un instrumental teórico crítico para que repensemos nuestras teorías y prácticas judiciales y políticas. En este sentido, busco, sobre todo, valerme más de las reflexiones y críticas teóricas del constitucionalismo popular que de sus propuestas normativas. Si por un lado no me parece adecuado importar las alternativas normativas e institucionales propuestas por el constitucionalismo popular, como por ejemplo la extinción del control judicial de constitucionalidad de las leyes,<sup>9</sup> el *impeachment* de jueces<sup>10</sup> o la primacía del Parlamento sobre los demás poderes,<sup>11</sup> por otro lado sus reflexiones y críticas teóricas propician un repensar y un nuevo diseño sobre nuestras prácticas e instituciones judiciales y políticas.

---

<sup>8</sup> Kramer, *op. cit.*

<sup>9</sup> Tushnet, *op. cit.*

<sup>10</sup> Kramer, *op. cit.*

<sup>11</sup> Waldron, Jeremy, *A Dignidade da Legislação*, trad. de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

Aun así, alguien quizá pudiera invocar como crítica al constitucionalismo popular el hecho de que tal movimiento ha surgido en el seno de la academia estadounidense, y no en el seno del pueblo, o que sus reflexiones se dirigen exclusivamente a los Estados Unidos. Otros podrían decir que las extremas desigualdades que afecta a naciones como Brasil u otros países de Latinoamérica impiden una participación adecuada del pueblo en la interpretación de la Constitución, como es reivindicada por los constitucionalistas populares. Algunos más podrían aún decir que las críticas del constitucionalismo popular no se aplican a la realidad brasileña, puesto que muchas de las transformaciones sociales en Brasil se dieron en razón de decisiones de las cortes, y no por medio de los representantes directos del pueblo, y que así sus propuestas normativas de mitigación de la revisión judicial de las leyes son muy poco interesantes.

Tales críticas, sin embargo, conforme apunta Roberto Gargarella, están mal orientadas.<sup>12</sup> La crítica fundamental del constitucionalismo popular reside en el desacoplamiento entre el derecho y el pueblo. O sea, el constitucionalismo popular al criticar de forma severa la idea de supremacía judicial y última palabra y reivindicar un papel protagonista del pueblo, nos obliga a repensar sobre el profundo distanciamiento que hoy existe entre el derecho que tenemos y las personas sobre las cuales ese derecho se aplica.<sup>13</sup> Cuando hablamos sobre derechos fundamentales, como el derecho a la salud, a la vivienda digna, a la educación, entre otros, buena parte de los ciudadanos escuchan lo que decimos, pero no encuentran ni reconocen su propia voz en ésta que les habla de derechos que para ellos son distantes o muy mal concretizados.

En países que padecen de desigualdades extremas y opresiones evidentes (como es el caso de Brasil) se notan también for-

---

<sup>12</sup> Gargarella, Roberto, “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”, en Alterio, Ana Micaela y Ortega, Roberto Niembro (orgs.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

<sup>13</sup> *Idem*.

mas extraordinarias de confrontación y de resistencia popular. El derecho que se muestra siempre tan lejos, de difícil acceso y concretización, se transforma en objeto de cuestionamiento, desafío, hasta mismo de desobediencia, transformación, por parte del pueblo. O sea, no son raras las situaciones en que el pueblo denuncia, cuestiona, desafía y hasta transforma un derecho que le pertenece, pero que no posee.

Por todo esto, el constitucionalismo popular tiende mucho a contribuir con las teorías y prácticas políticas y judiciales de nuestro tiempo, mediante la deconstrucción del discurso histórico y tradicional bajo el cual se erigió la revisión judicial de las leyes, dando luces sobre la equivocada asociación entre supremacía de la Constitución y supremacía judicial interpretativa, pero sobre todo, por invocar un papel activo del pueblo en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución —lo que consecuentemente acaba por desvelar los problemas de nuestra estructura institucional y de nuestra política democrática—.

1. *Desmitificando el fallo Marbury v. Madison*  
*y qué nos enseña esto*

El pueblo, por medio del poder constituyente, establece la Constitución, la cual es jerárquicamente superior a todas las demás normas creadas por los poderes constituidos. Por eso, las leyes y los actos normativos que contraríen la Constitución son desprovistos de validez y, por lo tanto, no generan derechos y obligaciones. La tarea de garantizar la supremacía de la Constitución es deber de todos los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), así como de todos los ciudadanos. El control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos es, así, una tarea compartida por todos los poderes, instituciones y pueblo.

El control de constitucionalidad realizado por el Poder Ejecutivo y por el Poder Legislativo es llamado “control político de constitucionalidad”. El control de constitucionalidad realizado

por el Poder Judicial es llamado de “control judicial de constitucionalidad” o “revisión judicial de las leyes”. Es por medio de la actividad político-democrática ordinaria como el pueblo y sus representantes dan densidad y concreción a las provisiones constitucionales, mediante la creación de leyes y políticas públicas. El pueblo no votaría en representantes que faltaran al respeto o no obedecieran justamente aquello que ellos quieren ver realizado —la Constitución y sus derechos allí previstos—. Y para garantizar que eso no ocurra, existen medios y formas para el control de constitucionalidad.

La legitimidad de los poderes Legislativo y Ejecutivo en la concretización de la Constitución reside entonces justamente en el hecho de que sus miembros son representantes electos directamente por el pueblo. Y como tal están democráticamente legitimados a definir el contenido y la aplicación de las normas constitucionales por medio de leyes y políticas públicas. Pero si la legitimidad de los poderes Legislativo y Ejecutivo se fundamenta en su representación democrático-popular, ¿en qué se fundamenta la legitimidad del Poder Judicial para revisar e invalidar judicialmente las leyes y actos de los otros poderes una vez que los jueces no son electos por el pueblo? ¿Cómo aceptar que la última palabra sobre la constitucionalidad de una ley o una política pública quede en las manos de los jueces o aun en las manos de los pocos jueces del Supremo Tribunal Federal? Si el pueblo no tiene control sobre el Poder Judicial, concederle la posibilidad de revisar la constitucionalidad de las leyes, políticas públicas y actos normativos de los otros poderes, ¿no se estaría abriendo la posibilidad de que la voluntad del pueblo sea reemplazada por la voluntad de algunos jueces, en general poco conocidos, y a quienes no se puede controlar?<sup>14</sup>

La asociación entre supremacía de la Constitución y revisión judicial de las leyes se hizo de forma precursora en los Estados Unidos, en el comienzo del siglo XIX, y fue Alexander Hamil-

---

<sup>14</sup> Gargarella, Roberto, *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004, p. 68.

ton quien intentó responder a las cuestiones antes mencionadas en un trabajo conocido como *El Federalista* núm. 78.<sup>15</sup> Hamilton argumentó que el hecho de que el Poder Judicial tenga la capacidad de negar validez a una ley del Poder Legislativo no significa de ninguna manera que los jueces sean superiores a los legisladores. Para Hamilton, no hay necesidad de hablar de supremacía judicial, sino de supremacía de la Constitución, ésta comprendida como la voluntad constituyente del pueblo. De acuerdo con Hamilton, la revisión judicial de las leyes tampoco significa que el Poder Judicial no considere o ponga abajo la voluntad del pueblo. Al revés, el poder del Poder Judicial al invalidar una ley sirve justamente para garantizar y reafirmar la voluntad soberana del pueblo —representada en última análisis por la Constitución—. Por lo tanto, al invalidar una ley, el Poder Judicial protege y ratifica la Constitución, el documento que más fielmente refleja la voluntad popular.

Esa argumentación de Alexander Hamilton fue luego retomada y reforzada por el entonces presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, John Marshall, en el famoso fallo *Marbury v. Madison*<sup>16</sup> resuelto en 1803. Es importante destacar que ese debate se inició porque la Constitución estadounidense no previó en su texto el control judicial de las leyes. De ahí la intensa discusión sobre la legitimidad del Poder Judicial para negar validez a las leyes y actos de los otros poderes. Marshall desarrolla un raciocinio tan lógico cuanto bien fundamentado. Para él, la invalidez de una ley inconstitucional es una consecuencia lógica de la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes. Así, siendo la Constitución la norma superior del ordenamiento jurídico, compete a todo juez o tribunal realizar la interpretación de la Constitución y de las demás leyes y, consecuentemente, negar aplicación a cualquier ley que afronte la Constitución. Más allá de eso, el Poder Judicial tiene una mejor capacidad para la inter-

---

<sup>15</sup> Hamilton, Alexander, *The Federalist*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 508-517.

<sup>16</sup> 5 U.S. 137 (1803).

pretación de la Constitución, dado su relativo y beneficioso alejamiento de la política ordinaria y de las presiones mayoritarias de turno, compitiéndole así también la protección de las minorías.

Fue con base en estos argumentos que, supuestamente, el fallo *Marbury v. Madison* asentó en los Estados Unidos el control judicial de las leyes, confiriendo a los jueces y cortes el poder de invalidar leyes y actos de los otros poderes. A partir de ahí también, supuestamente, se concluyó que la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene la última palabra sobre la interpretación constitucional. Sin embargo, tal conclusión no puede ser lógica y consecuencia automática del poder de revisión judicial de las leyes por parte del Poder Judicial.

Para mostrar la falacia de la conclusión de supremacía judicial del Poder Judicial en la interpretación de la Constitución, Larry Kramer procede a una reconstrucción histórico-crítica de los orígenes del control judicial de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos, bien como el proceso de gradual exclusión del pueblo en el proceso de interpretación y definición de los significados y contenidos de la Constitución.<sup>17</sup>

Kramer inicia su reconstrucción histórica apuntando tres importantes acontecimientos y fallos anteriores a la decisión de *Marbury v. Madison* que demuestran la necesidad y la relevancia de la participación popular en la interpretación final de la Constitución cuando se está frente a un caso en que el Poder Legislativo comprende las normas constitucionales de una manera y el Poder Judicial de otra. Esos acontecimientos y fallos demuestran cómo en la época de la fundación de los Estados Unidos, los estadounidenses no sólo concebían, sino apoyaban al gobierno popular. Lo que se nota, por tanto, es cómo el pueblo, sin ser concebido como una abstracción vacía o mito filosófico, participó en la implementación de la Constitución, conservando para sí el derecho de interpretar y definir el significado de las normas constitucionales.

---

<sup>17</sup> Kramer, *op. cit.*

Los padres fundadores tenían miedo de los peligros de un gobierno popular. Por otro lado, al mismo tiempo eran cautelados por sus posibilidades y sentían un profundo respeto por su importancia, puesto que la Constitución estadounidense había sido, de cierta manera, producto de la movilización popular. Y era este mismo pueblo que en todo momento estaba actuando directamente y presionando a sus representantes para que la Constitución fuera interpretada y aplicada de forma adecuada. Simplemente entregar esta tarea en las manos exclusivas del Poder Judicial era algo impensable en aquel entonces. Más allá de esto, la revisión judicial de las leyes surgió años antes del fallo *Marbury v. Madison*, lo cual sólo sistematizó y repitió argumentos construidos e invocados en otros fallos previos.

La comprensión moderna de que la interpretación de la Constitución compete solamente a los jueces y cortes no refleja la concepción original del constitucionalismo estadounidense (un constitucionalismo del cual Brasil es heredero). Vale decir, a pesar de la amplia aceptación política y popular que actualmente se tiene sobre la última palabra de la Suprema Corte en la interpretación constitucional, esta comprensión no es lógica, no es creación o fruto del fallo *Marbury v. Madison*, y tampoco encuentra amparo histórico, tradicional o consuetudinario. La historia estadounidense y su práctica jurídico-constitucional demuestran justamente que la definición de los contenidos de la Constitución siempre fueron una tarea compartida entre los poderes, y principalmente entre ellos y el pueblo.

Si actualmente se acepta que la Suprema Corte sea la última intérprete de la Constitución, eso no significa que tal postura sea pacífica, encuentre su fundamentación en la historia o en la práctica judicial o que siquiera sea una comprensión correcta. Al revés, por más de dos siglos, cada esfuerzo de afirmación a favor de la supremacía judicial era seguido de una reafirmación del constitucionalismo popular. En un pasado no tan lejano, los ciudadanos estadounidenses siempre llegaron a la misma conclusión: la de que es su derecho y responsabilidad decir finalmente lo que significa la Constitución.

Por eso, más que realizar una revisión histórica de los orígenes del control judicial de constitucionalidad de las leyes, es necesario rescatar y restablecer el papel activo e imperioso del pueblo en la tarea de interpretación de la Constitución —algo que fue olvidado en la historia y la práctica del derecho constitucional contemporáneo—.<sup>18</sup>

## 2. *El constitucionalismo popular y sus lecciones*

La crítica a la supremacía judicial y la defensa de la participación del pueblo deben posibilitar una efectiva interpretación de la Constitución que sea distribuida entre los poderes, órganos, instituciones y entre todos ellos y el pueblo. De esta forma, se retira la exclusividad de las cortes y se comparte la tarea de interpretar la Constitución. La interpretación realizada por el Poder Judicial es importante, y tiene mucho peso, sobre todo porque es ejecutada por especialistas, pero debe ser encarada como una más, y no como la única correcta.<sup>19</sup>

El constitucionalismo popular parte del presupuesto de que las interpretaciones sobre el contenido, alcance y límites de las previsiones más fundamentales de la Constitución solamente pueden ser establecidos en un ambiente público radicalmente democrático. En este sentido, Mark Tushnet establece una diferencia entre lo que él llama la Constitución delgada (*thin Constitution*) y Constitución gruesa (*thick Constitution*).<sup>20</sup>

La Constitución delgada representa los compromisos más fundamentales del pueblo, lo que en los Estados Unidos corresponden a los principios de la Declaración de Independencia y el preámbulo de la Constitución de 1787.<sup>21</sup> La Constitución delgada representa, así, los compromisos inmodificables del pue-

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 6-8.

<sup>19</sup> Tushnet, *op. cit.*, pp. X-181.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 9-12.

<sup>21</sup> Mark Tushnet entiende también como parte integrante de la Constitución delgada los derechos humanos orientados al autogobierno. Véase Tushnet,

blo estadounidense, y la actualización de estos compromisos a las circunstancias históricas y actuales de cada momento a lo largo de la historia debe ser realizada por el pueblo. La Constitución gruesa, a su vez, sería compuesta por las normas específicas de la Constitución, sus enmiendas y la construcción jurisprudencial típica del *common law*. Para Tushnet, la Constitución gruesa es contingente y es más usualmente interpretada y modificada por los poderes constituidos.

El constitucionalismo popular debe reivindicar siempre la Constitución delgada. Es decir, la concretización de los principios más básicos que fundamentan y establecen el norte debe ser realizada por el pueblo, a través de un debate público, abierto y democrático.<sup>22</sup>

Defensores del derecho al aborto, por ejemplo, creen que la posición antiabortista es tiránica para las mujeres. Por otro lado, los antiabortistas creen que la posición a favor del aborto es tiránica para los embriones porque tal acto pondría término a una vida latente. De la misma manera, algunos defienden las políticas afirmativas y de inclusión y otros se posicionan vehementemente en contra de ellas. Este desacuerdo fue claramente expuesto en Brasil cuando se instituyeron cuotas (la reserva de un porcentual de vacantes) para negros e indígenas en las universidades públicas. Esta política afirmativa de inclusión fue duramente criticada por diversos sectores de la sociedad y cuestionada, incluso, ante el Supremo Tribunal Federal.<sup>23</sup>

El resultado de este caso es bastante conocido: no sólo la reserva de vacantes para negros e indígenas fue declarada constitucional por el Supremo Tribunal Federal, sino que también generó una reacción política a favor de mayor inclusión de sectores marginalizados de la sociedad por medio de la ampliación de políticas públicas afirmativas de inclusión. Estos ejemplos mues-

---

Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 181.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 12-31.

<sup>23</sup> ADPF 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 26/04/2012.

tran cómo los desacuerdos sólo pueden resolverse a través de una sólida y democrática discusión pública. El caso de las cuotas en Brasil es un ejemplo de esto, porque a pesar del desacuerdo de sectores de la sociedad, las medidas de inclusión fueron judicialmente reafirmadas y luego en seguida ampliadas por decisiones políticas de los gobernantes y representantes del pueblo. Así, estas políticas públicas de ampliación no sólo fueron basadas en un apoyo legal, sino también popular. Sin embargo, el desacuerdo aún permanece, pues todavía existen sectores de la sociedad que siguen manifestándose contra las políticas afirmativas de inclusión por medio de cuotas. Es decir, las decisiones son tomadas, pero los desacuerdos permanecen.

El desacuerdo sobre la atribución de contenido y alcance a los principios constitucionales sólo puede resolverse en un ambiente libre y democrático. Los ciudadanos que no están de acuerdo con la decisión deben respetarla, pero tienen el derecho de insistir y de intentar persuadir a otros ciudadanos para mostrarles que la decisión adoptada no es la que mejor cumple con los compromisos básicos que los unen. Nuevamente, la democracia es la única salida para la solución de conflictos.<sup>24</sup>

Por otro lado, cuando estas cuestiones más fundamentales son simplemente entregadas al Poder Judicial para que decida en última instancia cuál es la interpretación adecuada de la Constitución, se vacían las competencias y deberes de los representantes del pueblo y se excluye el propio pueblo de esta tarea fundamental. Esta postura favorece a la supremacía judicial sin cualquier justificación que la ampare y, además, promueve la irresponsabilidad de los legisladores y gobernantes, los que ante cuestiones polémicas se eximen de ejercer su función y delegan la decisión definitiva para la Suprema Corte. La revisión judicial de las leyes luego pasa a servir a los intereses de los políticos que buscan evitar posicionarse sobre las controversias constitucionales que les podrían generar costos electorales negativos.<sup>25</sup> Así, al

---

<sup>24</sup> Tushnet, *op. cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 57, 58, 65 y 66.

mismo tiempo que se exige a los representantes del pueblo de hacer justamente lo que les compete hacer y se atribuye al Poder Judicial la última palabra sobre el significado de la Constitución, se excluye automáticamente al pueblo de la tarea de definir los rumbos de sus propias vidas.

Muy a menudo se asocia la idea de que una victoria en la arena judicial es más importante que una victoria en la arena política. Ésta es una idea que la práctica constitucional demuestra ser equivocada. Una victoria exclusivamente en el espacio judicial promueve, en general, buenos efectos sólo en el corto plazo al poner fin al caso. Sin embargo, esto no garantiza que sus efectos seguirán firmes y permanentes en el largo plazo.<sup>26</sup> Un ejemplo claro es el famoso fallo *Brown v. Board of Education*.<sup>27</sup> Si por un lado, el caso *Brown* representó un gran avance al declarar inconstitucional la segregación racial en las escuelas de los Estados Unidos en 1954, por otro lado, hasta 1964 sólo una minoría de las escuelas en el sur de los Estados Unidos cumplía la decisión de la Suprema Corte. Esto demuestra cómo una victoria judicial es importante, pero cómo ella también es dependiente de una serie de otras medidas y acciones políticas y gubernamentales.

Decisiones exclusivamente judiciales muchas veces ponen fin a las discusiones y cambios que se venían promoviendo gradualmente. Al establecer una decisión final para el conflicto, la decisión judicial pone fin a la disputa, pero ella también puede generar una gran reacción negativa y llevar tiempo para que sea integralmente cumplida. En este tipo de situación existen cuatro escenarios posibles: *a*) la victoria judicial también es una victoria política; *b*) vencer judicialmente, pero perder políticamente; *c*) perder judicialmente, pero ganar políticamente, y *d*) perder judicialmente y también políticamente.

El fallo *Brown v. Board of Education* representó una victoria judicial al prohibir políticas de segregación y también una victoria política al integrar un grupo antes discriminado; lo anterior hizo

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>27</sup> 347 U.S. 483 (1954).

que el grupo se integrara de forma más contundente en el debate público. Sin embargo, el fallo *Brown* es una victoria política parcial, apenas desde un punto de vista ideológico, moral, democrático e igualitario. Aunque haya sido una victoria importante, no fue una victoria política amplia, con apoyo y apelo popular, no fue capaz de generar en el corto plazo una victoria política en términos legislativos y de políticas públicas, algo que ocurrió sólo una década después, con la aprobación de la Ley de los Derechos Civiles en 1964.<sup>28</sup> En Brasil se puede destacar el caso de la concesión de fármacos para el tratamiento del SIDA (VIH), como un ejemplo de victoria judicial y también política. El gran número de demandas judiciales que se presentaron en todo el país exigiendo de los poderes públicos el suministro de fármacos para el tratamiento del sida (VIH) resultó en innumerables órdenes judiciales que obligaron al Estado a suministrar los fármacos reclamados. Esta victoria judicial hizo que el Estado creara por ley (Ley 9.313/1996) una política de tratamiento universal y gratuito a quienes tenían el sida (VIH).

En este mismo sentido, el caso de las cuotas anteriormente referido también representó una victoria judicial y política para los defensores de las políticas afirmativas y de inclusión. La victoria judicial promovió también una victoria política, que consistió en la institución de las cuotas en otras universidades públicas del país, la ampliación por ley de la reserva de vacantes para incluir no solamente negros e indígenas, sino también alumnos de bajo ingreso de escuelas públicas (Ley 12.711/2012).<sup>29</sup>

Un ejemplo de victoria judicial y derrota política es el caso *Roe v. Wade*<sup>30</sup> sobre el aborto en los Estados Unidos. La decisión final de la Suprema Corte a favor del derecho de elección de las mujeres interrumpió un proceso público de construcción sobre

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>29</sup> La Ley 12.711 del 29 de agosto de 2012 estableció la reserva de 50% de las vacantes de las universidades públicas para alumnos egresos de escuelas públicas y de bajos ingresos, negros, pardos e indígenas.

<sup>30</sup> 410 U.S. 113 (1973).

el tema que se venía realizando a través del debate popular y democrático en los estados. La decisión causó un fuerte rechazo social (*backlash*) en muchos estados que se demoraron en cumplir integralmente la decisión de la Suprema Corte. En general, esto ocurre porque la decisión final sobre el caso muchas veces desmoviliza aquellos que venían luchando por los cambios deseados y, así, acaba por fortalecer el rechazo de los que se salieron perdedores en la demanda.<sup>31</sup>

Como dijo la jueza (*Justice*) Ruth B. Ginsburg de la Suprema Corte de los Estados Unidos, delante del debate público que ocurría, la Suprema Corte podría haber adoptado una postura de autorrestricción judicial, según la cual la Corte manifestaría su posición en defensa del cambio (en este caso a favor de la libertad de elección de las mujeres), pero dejaría la decisión final al cargo del proceso político y democrático mayoritario.<sup>32</sup>

En Brasil, un caso que quizá represente una victoria judicial y una derrota política sea el fallo Raposa Serra do Sol,<sup>33</sup> en el cual el Supremo Tribunal Federal reconoció la demarcación de tierras indígenas promovidas por el Estado y determinó la desocupación de las tierras por aquellos que allí estaban y que no eran indígenas. La decisión, por un lado, representó una victoria judicial inmediata a favor de la protección de los pueblos indígenas, pero, por otro lado, causó una fuerte reacción política contraria a la demarcación de tierras indígenas y a favor de los ruralistas (*agribusiness*). Esta reacción política hasta hoy sigue fuerte y se refleja en la gradual retracción de nuevas demarcaciones de tierras indígenas, en las continuas tentativas de revertir legislativamente las formas de demarcación de estas tierras y en los cons-

---

<sup>31</sup> Tushnet, Mark, *¿Por qué la Constitución importa?*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 143-145.

<sup>32</sup> “My criticism of Roe is that it seemed to have stopped the momentum that was on the side of change... The court can put its stamp of approval on the side of change and let that change develop in the political process”. Disponible en: [https://socialreader.com/me/channels/3945/content/Lx1H8?utm\\_source=webapp&utm\\_medium=fbshare&utm\\_content=articlePage](https://socialreader.com/me/channels/3945/content/Lx1H8?utm_source=webapp&utm_medium=fbshare&utm_content=articlePage).

<sup>33</sup> Pet. 3.388. Rel. Min. Carlos Britto. Julg. 19/03/2009.

tantes embates de los legisladores patrocinados por los ruralistas y los órganos de protección de los indígenas.

Un ejemplo de derrota jurídica y victoria política es el caso del aborto en Canadá. Al contrario de lo que ocurrió en los Estados Unidos, la Suprema Corte canadiense declaró inconstitucional la ley que autorizaba el aborto, porque el proceso de aprobación de la ley desobedeció exigencias procedimentales del debido proceso legislativo. El Parlamento podría, así, editar una nueva ley que atendiera los criterios requeridos por la Corte y exigidos por el proceso legislativo. Sin embargo, no hubo conveniencia política para esto, y el Parlamento abandonó la propuesta legislativa que regularía el aborto. La falta de una ley reguladora para la realización del aborto hizo que los procedimientos abortivos fueran regulados por las normas generales de los procedimientos médicos. Esto acabó por facilitar la realización del aborto por parte de las mujeres que así desearan proceder. La derrota judicial representó a su vez una victoria política del derecho de elección de la mujer.<sup>34</sup>

Un caso de derrota judicial y derrota política fue el movimiento por los derechos sociales en los Estados Unidos en la década de 1960. Había un rechazo popular tan grande a los derechos sociales en este periodo, que la Suprema Corte era el único lugar posible de reivindicarlos. Sin embargo, cuando se cambió la composición de la Suprema Corte incluso ella dejó de defender a los derechos sociales, y así la derrota fue completa.

En Brasil es posible mencionar como ejemplo de una derrota jurídica y también política la imposibilidad de castigar penalmente a los agentes de la dictadura militar de 1964-1985. El Supremo Tribunal Federal juzgó improcedente la demanda ADPF 153, que buscaba dar a la Ley de Amnistía brasileña (Ley 6.683/1979) una interpretación conforme a la Constitución brasileña de 1988, y así posibilitar la apuración y penalización de los agentes de la dictadura que hubieran practicado crímenes de lesa

---

<sup>34</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., pp. 136 y 137.

humanidad. Esta derrota judicial representó también un retroceso a las iniciativas legislativas que tenían por objetivo justamente responsabilizar a los agentes de la dictadura.

Sin embargo, la decisión judicial también provocó un fuerte rechazo social y una enérgica reacción popular de diversos representantes del pueblo e instituciones de la sociedad que aún sustentan el debate vivo y buscan así revertir la decisión judicial tomada por el Supremo Tribunal Federal. En este sentido, son de destacarse las reacciones que se siguieron, como el manejo de recursos contra la decisión tomada por el Supremo Tribunal Federal, la creación de la Comisión Nacional de la Verdad,<sup>35</sup> la cual impulsó la creación de innumerables comisiones de memoria y verdad en los estados y municipalidades y la proposición de nuevas demandas judiciales<sup>36</sup> basadas en entendimientos distintos de aquellos invocados por el Supremo Tribunal Federal; por ejemplo, las demandas basadas en el entendimiento de que los crímenes de secuestro tienen efectos permanentes, y por esto no pueden ser abarcados por la Ley de Amnistía, ya que sus efectos todavía permanecen.<sup>37</sup>

Estos ejemplos demuestran cómo la supremacía judicial, aunque bien intencionada, no sólo no garantiza la mejor interpretación y aplicación de la Constitución, sino que también puede acabar por promover resultados imprevistos y no deseados. Las demandas judiciales tienen un papel importante en la medida en que hacen que el pueblo y sus representantes tomen conocimiento sobre estas demandas y se las tomen en serio. Sin embargo, cuando se apuestan todas las fichas en una lucha exclusivamente judicial, se deja de lado la contrapartida fundamental,

---

<sup>35</sup> Ley 12.528/2011.

<sup>36</sup> Destaque para la demanda judicial 0004204-32.2012.403.6181 promovida por el Ministerio Público Federal en São Paulo para la penalización del coronel Carlos Alberto Brilhante Ulstra, comandante del destacamento de Operaciones Internas de São Paulo (DOI-CODI-SP) en el periodo de 1970-1974 en donde ocurrieron torturas y asesinatos durante la dictadura militar.

<sup>37</sup> Piovesan, Flávia y Soares, Inês Virgínia Prado, *Direitos humanos atual*, São Paulo, Elsevier, 2014.

que es también mostrar y persuadir a los demás ciudadanos y representantes de que esta demanda no es vana.<sup>38</sup>

Por esto, el constitucionalismo popular no sólo critica de forma contundente a la supremacía judicial, sino también reivindica el rescate de la participación popular en esta tarea tan importante, que es definir el contenido y alcance, el significado, en fin, de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución.<sup>39</sup> Es cierto que la inclusión y participación del pueblo en la vida pública, en la interpretación y aplicación de la Constitución, presupone, necesariamente, la concretización de derechos fundamentales mínimos que en sociedades periféricas y marcadas por una profunda desigualdad, como es el caso de Brasil, son sistemáticamente negados e impiden esta participación. Reivindicar el rescate de un papel protagonista del pueblo en la vida pública, en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución, no significa ignorar esta situación de privación, desigualdad y exclusión. Al revés, el constitucionalismo popular debe ser invocado exactamente por cuenta de la existencia de estas condiciones precarias, y debe, así, servir justamente para denunciar estas situaciones y exigir el debido cumplimiento de la Constitución y la necesaria inclusión del pueblo.<sup>40</sup>

Lo que el constitucionalismo popular muestra es cómo la Constitución no puede ser comprendida como un documento meramente técnico, manejado lejanamente del pueblo sólo por juristas o representantes del pueblo. Al revés, los compromisos más fundamentales asumidos por una sociedad a través de su Constitución sólo pueden ser definidos por medio de la participación popular más directa y activa del pueblo, el que junto

---

<sup>38</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., pp. 136 y 138.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>40</sup> Sobre la satisfacción de derechos *a priori* al proceso democrático y el conflicto entre substancialismo X procedimentalismo véase: Godoy, Miguel Guallano de, *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 110-119.

con otros actores, representantes e instituciones, determinará los rumbos de la vida pública y colectiva de su sociedad.<sup>41</sup>

### III. CONSIDERACIONES FINALES: DEFINIR EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE FORMA POPULAR Y DIALÓGICA

El sentido de la Constitución debe ser construido y definido colectivamente entre el pueblo y las instituciones de su sociedad. En este sentido, es cierto que el Poder Judicial tiene un papel fundamental en la interpretación y aplicación de la Constitución. Sin embargo, la realización de la Constitución no puede vivir solamente de la interpretación que jueces y cortes hacen de ella. Al revés, la Constitución solamente puede ser plenamente realizada por la política democrática.<sup>42</sup>

El Estado constitucional fue conquistado por la falta del Estado de derecho. La defensa y afirmación del Estado constitucional sigue hasta hoy con la democracia, que debe ser cumplida diariamente en la concretización de los derechos fundamentales,<sup>43</sup> los cuales, juntamente con la soberanía popular, presuponen la titularidad del poder del Estado, el cual, en último análisis, reside en el pueblo. Por esta razón, la democracia no puede ni debe ser encarada como mera técnica jurídica o de representación, sino como presupuesto, experimentación, sustancia y pauta para toda actuación política y jurídica.<sup>44</sup> Cuando en Brasil el Supremo Tribunal Federal ejerce su competencia, también dice de qué forma comprende la Constitución y, por lo tanto, cómo ella debe ser realizada. Sus interpretaciones y decisiones sobre la Constitu-

---

<sup>41</sup> Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., p. 196.

<sup>42</sup> Bercovici, Gilberto, *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 325.

<sup>43</sup> Müller, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 4a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

<sup>44</sup> Godoy, Miguel Gualano de, *op. cit.*, p. 56.

ción, sin embargo, no son y no pueden nunca pretenderse absolutas, bajo pena de excluir a los demás poderes, instituciones y el propio pueblo de la tarea de definir los contenidos y límites de la Constitución y sus normas.

Las decisiones de jueces y cortes son importantes para asegurar que los conflictos y desacuerdos tendrán una respuesta, pero el Poder Judicial debe ser consciente de que sus respuestas definitivas son, en verdad, siempre provisionales, temporarias, precarias, sujetas a la revisión y a la superación. Son decisiones que ponen fin a un proceso judicial, pero no al debate público y al proceso democrático. Esto significa retomar, por lo tanto, el entendimiento de que en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución, el Poder Judicial, los jueces y cortes, pueden mucho, pero no pueden todo.

Jueces y cortes son uno más entre varios responsables por la definición del significado de la Constitución. Si la Constitución es apenas lo que el Supremo Tribunal Federal dice que ésta es, no viviremos más en una democracia, sino en un gobierno de jueces y cortes.

En una sociedad que se pretenda democrática e igualitaria —y la Constitución brasileña de 1988 así nos constituye— la tarea de interpretar la Constitución, definir el contenido, los alcances y límites de sus previsiones, debe ser una tarea conjunta y compartida por el pueblo en el ejercicio de su ciudadanía, por cada rama de poder según sus competencias y por las instituciones de acuerdo con sus funciones.<sup>45</sup> Aunque haya disensos sobre el contenido y significado de los derechos, se puede y se debe alcanzar al menos un acuerdo sobre el procedimiento que va a definir el valor y el alcance de estos derechos. De esta manera, es posible concebir al procedimiento democrático como una condición necesaria de la legitimidad de la decisión, pues los derechos que fundamentan dicho proceso, la satisfacción de estos derechos, definirán el valor epistémico y también, consecuentemente,

---

<sup>45</sup> Fisher, *Loius*, 1988, pp. 3-6 y 231-276.

la legitimidad del proceso democrático-deliberativo.<sup>46</sup> Es precisamente porque existe un desacuerdo entre los ciudadanos sobre el contenido y alcance de las normas constitucionales que hablar, discutir y deliberar son acciones necesarias.

La única forma de resolver los problemas de coexistencia, las diferencias sobre el contenido de los derechos y del propio proceso democrático de toma de decisión, es promoviendo el diálogo mutuo sobre dichos problemas.<sup>47</sup> Vale decir que en tanto existe una pluralidad innegable y diferencias tan profundas (quizá insuperables) es necesario dialogar, discutir, comunicar. Así, al fin y al cabo, vale la máxima de la paradoja del lenguaje: “nos comunicamos porque no nos comunicamos”.<sup>48</sup> Es el diálogo y la deliberación que posibilitan esta comunicación que, en razón de las profundas diferencias existentes, en otros contextos no ocurriría.

Por lo tanto, es necesario encarar al proceso democrático como un procedimiento continuo (*ongoing process*). El proceso nunca se detiene, nuevas razones siempre pueden ser analizadas (a favor o en contra de la decisión tomada), de tal forma que el resultado del proceso no es, necesariamente, permanente. El consenso es así algo que se sabe precario, y la decisión es una decisión que se sabe provisoria.

En esta tarea seguramente existirán desacuerdos profundos, embates, disputas y lados opuestos. Es en el disenso donde se construye la democracia, son los desacuerdos que desvelan viejos dogmas y son las deliberaciones que permiten nuevas posibilidades y experiencias. Errores y decisiones equivocadas seguramente también han de existir. Y es precisamente por ellos y por su inevitabilidad que no se puede admitir una decisión definitiva y abso-

---

<sup>46</sup> Godoy, Miguel Gualano de, *op. cit.*, p. 118.

<sup>47</sup> Martí, José Luis, *La República deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 172.

<sup>48</sup> Neto, Menelick de Carvalho, “A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”, *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, vol. 1, núm. 1, 2001, pp. 11-20.

luta —una última palabra— sobre el significado de la Constitución, debiéndose preservar siempre la posibilidad del desacuerdo y de reanudar un debate democrático, igualitario y popular.

Los diálogos interinstitucionales, una categoría a ser más bien explorada, nos posibilitan que se establezca otra dinámica entre las ramas del poder, las instituciones y el pueblo. Al revés de insistir en la disputa por la última palabra sobre el significado de la Constitución o en la dicotomía entre una actuación judicial activa o pasiva de jueces y cortes, los diálogos abren las posibilidades para una interacción colaborativa entre diversos actores; nos permite evaluar no sólo la forma de actuación de cada uno de estos actores, sino también las distintas concepciones de legitimidad que fundamentan sus actuaciones y las razones que justifican sus argumentos.

Estas críticas a las ideas de supremacía judicial y última palabra que el constitucionalismo popular nos ofrece (especialmente el destacado trabajo del profesor Mark Tushnet), así como la categoría surgente de los diálogos, deben servirnos como herramientas y movernos a mejorar la comprensión y el ejercicio de la revisión judicial de las leyes y la definición del contenido y alcance de las normas constitucionales, a fin de que también se expandan los poderes y la participación del pueblo en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAR, Akhil y HIRSCH, Alan, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, Nueva York, Simon & Schuster, 1998.

BERCOVICI, Gilberto, *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

GARGARELLA, Roberto, *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004.

———, “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”, en ALTERIO, Ana Micaela y ORTEGA, Ro-

- berto Niembro (orgs.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- GODOY, Miguel Gualano de, *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- HAMILTON, Alexander, *The Federalist*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004.
- MARTÍ, José Luis, *La República deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MÜLLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 4a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- NETO, Menelick de Carvalho, “A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”, *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, vol. 1, núm. 1, 2001.
- y SCOTTI, Guilherme, *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- PARKER, Richard, *Here, The People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- PIOVESAN, Flávia y SOARES, Inês Virgínia Prado, *Direitos humanos atual*, São Paulo, Elsevier, 2014.
- TUSHNET, Mark, *¿Por qué la Constitución importa?*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- , *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy, *A Dignidade da Legislação*, trad. de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

# CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: UNA TENSIÓN INEVITABLE

Rodrigo Díez GARGARI\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Democracia y constitucionalismo: una tensión inevitable*. III. *Hacia las reformas constitucionales inconstitucionales o inconvencionales. ¿Quién decide qué entra o no a la Constitución?*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente texto, como el libro del que forma parte, gira alrededor de las ideas de Mark Tushnet, profesor de derecho constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, y uno de los principales exponentes del movimiento conocido como “constitucionalismo popular”.

Tushnet caracteriza al “constitucionalismo popular” así:

¿Qué es el derecho constitucional popular? A lo largo de este libro lo he descrito como un derecho orientado a alcanzar los principios de la Declaración de Independencia y del Preámbulo de la Constitución. Específicamente, se trata de un derecho comprometido con el principio de los derechos humanos universales, justificables por la razón y al servicio del auto gobierno.<sup>1</sup>

---

\* Profesor de teoría general del derecho en la Escuela Libre de Derecho. Maestro en derecho por la Universidad de Harvard y abogado por la Escuela Libre de Derecho.

<sup>1</sup> Tushnet, Mark, *Taking Away the Constitution from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2000, p. 191. La traducción es mía. El original

Para entender las implicaciones es útil el comentario de Roberto Niembro:

En términos generales el constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales, aunque no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”. El punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo.<sup>2</sup>

A pesar de las aportaciones del “constitucionalismo popular” al debate jurídico, sus ideas no han arraigado en México. Acaso sea porque el término (populismo) tiene un sabor que resulta un tanto chocante por la historia que han vivido muchos países latinoamericanos; por el idioma; por la supuesta lejanía intelectual con los autores anglosajones. En fin, las razones pueden ser muchas y muy variadas.

Hoy, en México, la discusión jurídica tiene como eje rector los ideales de lo que se conoce como “neoconstitucionalismo”. De acuerdo con Susanna Pozzolo, el movimiento se caracteriza por los siguientes elementos:

- Principios versus normas;
- Ponderación versus subsunción;
- Constitución versus independencia del legislador, y

---

dice así: “What is populist constitutional law? Throughout this book I have described it as a law oriented to realizing the principles of the Declaration of Independence and the Constitution’s Preamble. More specifically, it is a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of self-government”.

<sup>2</sup> Niembro, Roberto, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía*, núm. 38, abril 2013, p. 193. Otro buen texto sobre aspectos generales del constitucionalismo popular es el de Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, *Revista de Libros para la Fundación Caja Madrid*, núm. 112, 2006.

— Jueces versus libertad del legislador.<sup>3</sup>

Con rigor o sin él, por cualquier lado se escuchan referencias a las distinciones entre principios y reglas, al concepto sustancial de la democracia,<sup>4</sup> al papel de los tribunales como principales protectores de los derechos humanos, o a la ponderación como mecanismo ideal para solucionar cierto tipo de conflictos. Estas ideas provienen de fuentes distintas (Dworkin, Alexy, Ferrajoli, etcétera) y en ocasiones no son del todo compatibles, al menos desde un punto de vista teórico. Pero la realidad no se ocupa de sutilezas, y hoy buena parte de los abogados usan como referente este vocabulario.

En este contexto, es fácilmente explicable la importancia que ha cobrado el papel de los jueces, especialmente los constitucionales. Asimismo, ante esa situación, es entendible que el “constitucionalismo popular” no haya encontrado eco. ¿Cómo conciliar el neoconstitucionalismo con una postura que sugiere dudar sobre las supuestas ventajas de los jueces para interpretar la Constitución?

Sin embargo, estoy convencido de que el “constitucionalismo popular” puede abrir caminos que vale la pena recorrer. Mi intención, desde luego, no es hacer proselitismo. Lo que intentaré es reflexionar acerca de algunas cuantas ideas de Mark Tushnet que pueden ser útiles. Tushnet podrá convencer o no, eso es lo de menos. Su mayor virtud es, sin temor equivocarme, la invitación a dudar de ideas que damos por hechas y sobre las cuales hemos dejado de reflexionar, de pensarlas críticamente. Por eso me gustaría concluir este apartado con una cita muy atinada de Fernando Escalante: “Ésta es una visión panorámica,

---

<sup>3</sup> Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. II, 1998, p. 340.

<sup>4</sup> Para una buena discusión sobre el término “democracia sustancial” se recomienda el debate entre Ferrajoli y Bovero. Bovero, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002; Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, núm. 19, octubre de 2003.

y brevísima además; lo que hay de importante es lo que pueda leerse después; lo que hay que saber es siempre otra cosa y está en otra parte”.<sup>5</sup>

## II. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO: UNA TENSIÓN INEVITABLE

La diferencia radica en que se muestra entonces, sin ambages, el precio que debe pagarse por ello.

Robert ALEXY

Desde sus orígenes, el constitucionalismo se ha entendido como un límite jurídico al poder. Así lo reconoce, entre muchos, Rolando Tamayo:

Voy a caracterizar al constitucionalismo como los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política. Encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación jurídica al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico por un gobierno “del derecho”.<sup>6</sup>

Si bien en un principio el “constitucionalismo” se entendió como un límite frente al gobierno, hoy en día ese límite funciona también contra los particulares y contra las mayorías en las asambleas representativas. Ahí es donde la tensión se manifiesta con mayor claridad.

Actualmente nos hemos acostumbrado a vivir con tribunales constitucionales que anulan leyes, y acaso por eso no le damos

---

<sup>5</sup> Escalante Gonzalbo, Fernando, *Una idea de las ciencias sociales*, Madrid, Paidós, 1999, p. 20.

<sup>6</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2006, p. 93.

demasiadas vueltas a esta tensión. Pero ignorarla no la desaparece. Si en toda democracia el pueblo debe participar directa o indirectamente en la toma de decisiones, ¿cómo justificar que un tribunal no electo anule una ley? Se trata del famoso argumento contramayoritario.

En defensa de la compatibilidad entre tribunales constitucionales y democracia, hay un sinnúmero de autores. Dworkin, por ejemplo, la lectura “moral” de los jueces como una condición para la democracia:

Quando entendemos mejor la democracia, vemos que la lectura moral de una Constitución política no es antidemocrática sino, al contrario, es prácticamente indispensable para la democracia. No digo que no haya democracia a menos que los jueces tengan el poder de anular lo que una mayoría cree que es lo correcto y justo. Muchos arreglos institucionales resultan compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no les otorgan a los jueces el poder que tienen en la estructura norteamericana. Ninguno de esos arreglos, sin embargo, es en principio más democrático que el otro. La democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero no insiste en que no la tengan.<sup>7</sup>

Ferrajoli, por su parte, acude al concepto de “democracia sustancial”. Para el jurista italiano, la democracia sustancial se

---

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution”, *The New York Review of Books*, vol. 43, núm. 5, 21 de marzo de 1996, disponible en: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1996/mar/21/the-moral-reading-of-the-constitution/> (fecha de consulta: 20 de abril de 2015). La traducción es mía; el original dice así: “When we understand democracy better, we see that the moral reading of a political constitution is not antidemocratic but, on the contrary, is practically indispensable to democracy. I do not mean that there is no democracy unless judges have the power to set aside what a majority thinks is right and just. Many institutional arrangements are compatible with the moral reading, including some that do not give judges the power they have in the American structure. None of these varied arrangements, however, is in principle more democratic than others. Democracy does not insist on judges having the last word, but it does insist that they must not have it”.

erige como un límite a las mayorías respecto de lo que se puede decidir. A partir de esa premisa, es fácil llegar a la conclusión: no hay nada más democrático que un tribunal encargado de proteger los derechos humanos, incluso contra la voluntad de la mayoría.

No importa cuántos argumentos se puedan esgrimir para justificar las funciones de los tribunales constitucionales, ninguno es capaz de resolver satisfactoriamente el problema. La tensión está ahí y ahí permanecerá, y disimularla no nos lleva a ninguna parte. Un tribunal capaz de anular las decisiones de la mayoría tiene un tinte no muy democrático. Una cosa muy distinta es si, a pesar de ello, ese camino es el más adecuado para alcanzar ciertos fines. Es a lo que se refería Isaiah Berlín cuando hablaba de la libertad positiva:

Una cosa es decir que yo pueda ser coaccionado por mi propio bien, que estoy demasiado ciego para verlo; en algunas ocasiones puede que esto sea para mi propio beneficio y desde luego puede que aumente el ámbito de mi libertad. Pero otra cosa es decir que, si es mi bien, yo no soy coaccionado, porque lo he querido, lo sepa o no, y soy libre (o “verdaderamente” libre) incluso cuando mi propio cuerpo terrenal y mi pobre y estúpida inteligencia lo rechazan encarnizadamente y luchan con la máxima desesperación contra aquellos que, por muy benévolamente que sea, tratan de imponerlo.<sup>8</sup>

No todo lo bueno (en términos de diseño institucional) tiene que ser forzosamente democrático. ¿Por qué insistir en ello? Acaso no sea sino el anhelo ilustrado que pretende acomodar los valores de occidente en una sola bolsa, como si todos fueran compatibles entre sí.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Isaiah Berlín, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998, p. 234.

<sup>9</sup> Sobre ese anhelo tan propio de la Ilustración, vale la pena leer Berlín, Isaiah, “The Counter-Enlightenment”, *Against the Current*, Princeton University Press, 2001.

Precisamente de eso nos habla el comentario de Robert Alexy que aparece como epígrafe de este apartado: “la diferencia radica en que se muestra entonces, sin ambages, el precio que debe pagarse por ello”.<sup>10</sup> El comentario aparece en un artículo sobre el famoso caso de los guardianes del muro. Después de la reunificación alemana, el Tribunal Constitucional alemán se enfrentó al problema de qué hacer con los soldados que mataron civiles que intentaban cruzar el muro. ¿Valía como justificación que lo hicieron obedeciendo órdenes de superiores dictadas con base en normas válidas en ese ordenamiento jurídico? La tensión es clara: si los sancionaban, el Tribunal Constitucional estaría aplicando retroactivamente la ley; no hacerlo, por otro lado, era convalidar un acto repugnante. El Tribunal Constitucional alemán decidió sancionarlos. Alexy está de acuerdo con la decisión, pero no con los argumentos sobre los cuales descansa. En su decisión, los jueces resolvieron el problema de la no aplicación retroactiva diciendo que en casos como éste la decisión no implicaba una violación de dicho principio. Lo que nos dice el jurista alemán es que en un caso como éste bien podemos elegir la sanción de los soldados por encima del principio de no retroactividad de la ley. Lo que no es admisible es pretender que no se afecta de ningún modo al principio de la no retroactividad. Alexy sugiere que reconozcamos sin ambages el costo de la decisión. Lo mismo vale para la tensión entre constitucionalismo y democracia.

La polémica entre democracia y constitucionalismo es muy larga, y no es necesario un recuento de las distintas posturas. Es suficiente con decir, creo, que hoy el debate está casi cerrado a favor de los creyentes en las virtudes de los tribunales. Actualmente, casi nadie se atrevería a decir en público que la protección de los derechos no debe estar en manos de un tribunal. Sostenerlo

---

<sup>10</sup> Alexy, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, p. 208.

suenan no sólo incoherente, sino hasta de mal gusto. Nadie mejor que un juez constitucional para decidir sobre conflictos constitucionales, ¿o no?

### 1. ¿Por qué los jueces?

Sin importar cuál sea nuestra posición sobre el rol de los tribunales constitucionales, nunca está de más poner en duda nuestras concepciones. Justamente en ese terreno Tushnet nos puede servir de apoyo. ¿Es verdad que la mejor manera de proteger los derechos humanos es a través de un tribunal? ¿Realmente el mecanismo del *judicial review* es el más adecuado? ¿No habrá alternativas?

Tushnet, como buen “constitucionalista popular”, desconfía de los tribunales, especialmente de su supuesta capacidad para llevar a cabo juicios sobre la Constitución. En este punto es necesario hacer un paréntesis para explicar brevemente los dos tipos de Constitución según Tushnet. Por un lado está la “Constitución gruesa”; es decir, las normas que se refieren a la organización del gobierno. Por el otro está la “Constitución delgada”; es decir, los principios que él encuentra en la Declaración de Independencia y en el preámbulo del Constitución norteamericana:

Pero Lincoln continúa: “el pueblo habrá dejado de ser su propio amo si la política gubernamental sobre cuestiones que afectan a la totalidad se determina por decisiones de la Suprema Corte al momento en que dichas cuestiones se plantean en un litigio entre partes”.<sup>11</sup>

Tushnet no se anda por las ramas: la discusión sobre la “Constitución delgada” no debería ser monopolio de los tribunales. De hecho, él sostiene que el pueblo (el *We the People* de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos) está en una mejor posición que los jueces para llevar a cabo esta discusión: “*I argue throughout this book that disagreements over the thin Constitution’s*

---

<sup>11</sup> Tushnet, Mark, *Taking Away the Constitution from the Courts*, cit., p. 11.

*meanings are best conducted by the people, in the ordinary venues for political discussion*".<sup>12</sup>

Este punto de vista podrá parecer exótico, pero no deja de tener su atractivo, especialmente porque nos obliga a pensar más a fondo sobre ideas de las que ya no dudamos. Incluso si estamos del lado del *judicial review*, una postura como ésta invita a ir un poco más allá, a dudar de las propias convicciones. Esta duda tiene especial relevancia en una época y en un lugar en el que nos han formado para aceptar ciegamente que el *judicial review* norteamericano es casi la única manera de llegar al Estado de derecho y que la mejor sentencia de la historia es *Marbury v. Madison*.<sup>13</sup>

Desafortunadamente, la mayoría de los argumentos para apoyar el *judicial review* y el papel de los tribunales constitucionales son circulares y no ahondan en aspectos que no sean los estrictamente formales. Uno de los argumentos recurrentes se puede resumir así: si la Constitución es una norma jurídica y los tribunales están encargados de aplicar las normas jurídicas, entonces los tribunales pueden anular una ley cuando contradice la Constitución. Esto es cierto, no cabe duda. Lo que no es tan claro es por qué el Poder Judicial habría de tener una posición privilegiada. Esta misma crítica se le ha hecho a la sentencia *Marbury v. Madison* desde una perspectiva que se conoce como "departamentalismo".<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 14. "Lincoln creía que el proyecto que la Constitución estableció para el pueblo de los Estados Unidos consistía en defender los principios de la Declaración: el principio de que todas las personas son iguales, el principio de los derechos inalienables. Ésta es la Constitución delgada". La traducción es mía.

<sup>13</sup> Aunque en Estados Unidos abundan los trabajos críticos sobre *Marbury v. Madison*, en México es muy raro encontrar autores que se atrevan a criticar esta sentencia. Para una buena postura crítica vale la pena leer Valdés, Clemente, "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005.

<sup>14</sup> Esta postura sostiene que cada uno de los poderes es intérprete máximo de la Constitución dentro de su propio ámbito y que no hay razón para considerar que el Poder Judicial pueda imponer su criterio a los otros dos.

Como lo decía anteriormente, este texto pretende ser una invitación a discutir, a profundizar un diálogo. Creo que hasta el más convencido de las bondades del *judicial review* aceptaría esta invitación después de leer las palabras de Abraham Lincoln:

Pero Lincoln continúa: “el pueblo habrá dejado de ser su propio amo si la política gubernamental sobre cuestiones que afectan a la totalidad se determina por decisiones de la Suprema Corte al momento en que dichas cuestiones se plantean en un litigio entre partes.”<sup>15</sup>

## 2. ¿A qué le tenemos miedo?

Aunque no tengan la fuerza de la postura dominante, sí hay alternativas al *judicial review* de corte norteamericano. Una es, precisamente, el constitucionalismo popular, que promueve un derecho constitucional que se desenvuelva más allá de los tribunales, un derecho constitucional protagonizado por el pueblo. Otra alternativa es el constitucionalismo de corte británico, en el cual el Parlamento es soberano.<sup>16</sup>

Al menos en nuestro país, estas dos opciones suelen despertar sospechas. La primera puede evocar a un personaje especialmente chocante en Latinoamérica: el líder populista. La segunda provoca suspicacia frente a los posibles abusos de las asambleas.

¿Por qué no despierta los mismos temores un posible abuso de los tribunales? La complejidad de la pregunta ameritaría un estudio propio. Sin embargo, en este texto aventuro una de las muchas respuestas: por lo menos en México, acaso sea el Poder Judicial de la Federación el poder menos desgastado. Nos han desengañado tanto los otros dos poderes que hemos desarrollado

---

<sup>15</sup> Tushnet, Mark, *Taking Away the Constitution from the Courts*, *cit.*, p. 9. Desde luego, esto se aplica para una democracia consolidada en la que el pueblo tiene vías efectivas para influir en la toma de decisiones.

<sup>16</sup> En años recientes, el régimen constitucional británico ha sufrido cambios considerables. Para una buena visión general véase Jackson, Vicki C. y Tushnet, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2006.

una confianza (no sin reparos, desde luego) hacia los jueces, especialmente a los constitucionales.

Que algunos suelen preferir a los jueces constitucionales para decidir sobre ciertos asuntos no me sorprende. Lo interesante son los argumentos. Como decía, me parece que muchos parten de peticiones de principio y no ofrecen una respuesta del todo satisfactoria. No faltan algunos buenos argumentos para sostener que son los jueces quienes deben decidir estos problemas, sólo sostengo que la moda intelectual del momento ha generado una idolatría de la figura del juez y la aceptación acrítica de muchos de los postulados del neoconstitucionalismo.

Para salir de ese laberinto, nos podemos valer de Tushnet, sin que ello implique aceptar sus ideas. Basta con aceptar la pertinencia de sus dudas.

Uno de los argumentos más comunes de quienes dan por hecho que los jueces son los indicados para abordar problemas constitucionales sostiene que las asambleas (el Poder Legislativo) son instituciones que, al definir sus poderes, buscan un interés propio. Esto no es otra cosa sino reconocer que el Legislativo se comporta de manera estratégica. A menos que seamos muy ingenuos, esto se puede decir también de los jueces. ¿Un tribunal constitucional no busca fortalecer su papel y sus atribuciones a partir de los casos que resuelve? ¿Un tribunal no hace política? Obviamente sí. En palabras de Alec Stone Sweet:

[La Corte] legitima ciertas rutas y deslegitima otras, y envía señales al parlamento, el poder judicial y a los propios litigantes que algunas líneas de litigio constitucional se han cerrado mientras que otras se han abierto.<sup>17</sup>

Otro argumento muy común para defender el papel protagónico de los jueces (especialmente frente al Legislativo) es el temor

---

<sup>17</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 96. La traducción es mía. El original dice así: “[The Court] legitimates some policy routes and delegitimates others, and signals to parliament, the judiciary, and to future litigants that some lines of constitutional contestation have been closed off or narrowed, while others have been opened up”.

a que el constituyente permanente pueda hacer lo que quiera. “Si la Corte no puede analizar la constitucionalidad o convencionalidad de las reformas constitucionales —exclaman los que apoyan a los jueces—, ¿eso significa que el constituyente puede hacer cualquier cosa?”. La misma pregunta la podríamos hacer respecto de la Corte: si la Corte puede analizar la constitucionalidad o convencionalidad de las reformas constitucionales, ¿eso significa que un tribunal constitucional puede hacer cualquier cosa?”. En la misma línea argumentativa, hay una idea que ha cobrado fuerza recientemente. “Imagina —dice nuestro interlocutor imaginario— que el día de mañana el constituyente restablece la esclavitud. ¿No debería oponerse la Corte a una reforma de este tipo?”. Se trata de un argumento un tanto engañoso. Desde luego que la Corte (y todos los demás) deberíamos oponernos a algo así. Por desgracia, en una sociedad que ha alcanzado tal nivel de bajeza como para restablecer la esclavitud, muy seguramente los medios jurídicos servirán de muy poco. En un escenario así, la discusión tendría que darse en otro lado, no en los tribunales.

Se trata de la falacia de la pendiente resbaladiza sobre la cual ya nos advirtió hace algún tiempo Thomas De Quincey:

Si uno comienza por permitirse un asesinato pronto no le da importancia a robar, del robo pasa a la bebida y a la inobservancia del día del señor, y se acaba por faltar a la buena educación y por dejar las cosas para el día siguiente.

Según otro argumento muy popular, los jueces están mejor capacitados para enfrentar estos problemas debido a su formación como abogados. No estoy tan seguro, y la duda merece un apartado propio.

### 3. *¿Por qué abogados?*

Antes de empezar, me gustaría desarrollar un poco más la pregunta de este apartado: ¿de verdad hay buenas razones para que sólo los abogados puedan ser parte de un tribunal constitu-

cional? Suena a provocación, lo acepto. En alguna medida lo es. Pero mi intención no es generar una polémica innecesaria. En verdad, me parece una duda que puede arrojar luz sobre un buen número de problemas.

Para empezar, me gustaría recuperar la idea de la “Constitución delgada”, la compuesta por los principios señalados en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Sin mayor esfuerzo es posible trazar una cierta similitud (en términos muy generales, desde luego) entre ésta y los principios de los que nos hablan Alexy o Dworkin. Sé muy bien que los “principios” de Alexy y Dworkin tienen diferencias importantes, y que Tushnet no necesariamente se refiere a ellos cuando habla de la “Constitución delgada”; sin embargo, el vínculo que me interesa es muy general. Me basta con que el lector acepte que en la mayoría de las Constituciones occidentales hay una parte dura, técnica, encargada de apuntalar el andamiaje de la maquinaria, y otra parte menos técnica donde suelen ubicarse derechos humanos y principios.

Para nadie es un secreto que la labor más visible de los tribunales constitucionales se da alrededor de la discusión de los derechos humanos. ¿La crítica a una figura pública está protegida por la libertad de expresión? ¿Es discriminatoria una disposición que ordena la baja inmediata de un militar con VIH?<sup>18</sup> Éstos son los casos que atraen la atención pública y que han ayudado a consolidar la relevancia actual de los tribunales constitucionales.

Si hoy en día las normas más importantes de un ordenamiento jurídico son los derechos humanos; si los derechos humanos son principios antes que reglas; si los tribunales constitucionales resuelven la colisión de principios mediante un ejercicio de ponderación, ¿qué razón hay para que las personas que deciden respecto de estos problemas sean abogados? A algunos les parecerá

---

<sup>18</sup> Véase amparo en revisión 307/2007, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=90737> (fecha de consulta: 20 de abril de 2015).

una pregunta descabellada, pero si la pensamos con calma no es así. Desde luego, los abogados son útiles en un tribunal, pero creo que esto es así a condición de que desempeñen una función técnica. Si voy a demandar la ejecución de una hipoteca o el incumplimiento de una obligación de un concesionario en materia de telecomunicaciones, obviamente quiero que el encargado de resolver el conflicto conozca perfectamente las reglas juego; es decir, quiero un técnico capacitado en el manejo de ciertas reglas. Sin embargo, no me parece tan claro que un abogado esté en una mejor posición (sólo por ser abogado) que cualquier otra persona para decidir si el grito de “puto” en un estadio está protegido por la libertad de expresión. Si los tribunales constitucionales lidian principalmente con la Constitución “débil”, no estoy seguro de que ser abogado sea una condición necesaria para hacer un buen trabajo.

Pero dejemos este paréntesis, al menos por ahora. A continuación, me gustaría abordar la tendencia según la cual un tribunal constitucional debe decidir la constitucionalidad de las leyes, pero también la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Se trata de una discusión que últimamente ha cobrado especial relevancia.

#### 4. *El entusiasmo por los derechos humanos*

No obstante, como sistema, el derecho natural es impracticable por su vaguedad y, paradójicamente, por su inestabilidad: el simple enunciado de los derechos humanos, que son la mínima expresión de la tradición iusnaturalista, ha sufrido al menos tres modificaciones sustantivas en los últimos 200 años...

Fernando ESCALANTE

Sea como fuere, el lenguaje de los derechos, inferior al otro [el de las obligaciones] en precisión normativa, es superior a él en utilidad retórica.

Ricardo GUIBOURG

Hay un problema para el cual el constitucionalismo popular puede resultar especialmente útil. Me refiero a la falta de crítica en relación con el discurso de los derechos humanos. Tal parece que hoy en día el vocabulario jurídico empieza y se agota con los derechos humanos. Eso, aunque no lo queramos ver, tiene un lado negativo: hemos dejado de ser críticos.

Las consecuencias positivas derivadas del desarrollo de los derechos humanos en las últimas décadas son claras.<sup>19</sup> Sin embargo, el “lado oscuro” no es tan obvio, o al menos hay un esfuerzo considerable por no verlo. Acaso Ricardo Guibourg sea uno de los juristas que han visto esto con mayor claridad:

Decepcionados ante la tarea legislativa —cuyos defectos, entre otras condiciones, han generado una notable crisis de la noción de representatividad democrática— nos volcamos hacia los principios, los incluimos en nuestros textos constitucionales y, a falta de esta inclusión, los aplicamos con el mismo entusiasmo que siempre ha presidido los razonamientos del derecho natural.<sup>20</sup>

Hoy en día es común escuchar a personas con una fe ciega en que los derechos humanos pueden resolverlo todo. No debemos olvidar que el mismo derecho humano (libertad de expresión)

---

<sup>19</sup> A pesar de ello, no deja de haber voces que manifiestan dudas sobre el impacto real de los derechos humanos en la vida de buena parte de la población.

<sup>20</sup> Guibourg, Ricardo, “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Ciencia jurídica y Constitución: ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2008.

que sirve para que un gobierno represor no censure a un artista sirve para legitimar la aportación de dinero privado a las campañas presidenciales.<sup>21</sup> Y es que los derechos humanos (como casi cualquier otra norma jurídica tan vaga) no puede determinar un resultado específico. A pesar de los intentos de los abogados por distinguir con claridad entre el derecho y la política, la línea divisoria es muy sutil. Como bien lo han dicho los representantes del movimiento de *Critical Legal Studies* (al cual también pertenece Tushnet), es imposible distinguir entre derecho y política.

### III. HACIA LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES O INCONVENCIONALES. ¿QUIÉN DECIDE QUÉ ENTRA O NO A LA CONSTITUCIÓN?

Ya hemos visto que Tushnet desconfía de la capacidad de los tribunales para tomar decisiones respecto de lo que él llama “Constitución delgada”. Ésta puede ser una posición extrema. En realidad, la mayoría de los abogados están dispuestos a aceptar el *judicial review*. El único límite en el que casi todos estaban de acuerdo era el de las reformas constitucionales.

Pero ¿no podría un tribunal decidir respecto de la constitucionalidad de las normas constitucionales? En el caso mexicano, también cabría preguntar si es posible hacer un control de convencionalidad de la Constitución. Durante mucho tiempo una pregunta así hubiera sido considerada como algo descabellado. Hoy, la situación es diferente. Esta idea, dogma incuestionable no hace mucho tiempo, empieza a perder fuerza frente a la limitación del poder reformador de la Constitución.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Véase *caso Citizens United v. Federal Election Commission*, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-205.ZS.html> (fecha de consulta: 20 de abril de 2015).

<sup>22</sup> Un artículo que analiza muy bien este cambio es: Roznai, Yaniv, “Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migrations and Success of a Constitutional Idea”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 61, 2013.

En este debate se pueden encontrar, a grandes rasgos, dos posturas. Por un lado, están quienes consideran absurdo que un tribunal constitucional pueda analizar la constitucionalidad de la norma suprema. Sus razones, la mayoría de las veces, suelen ser superficiales y de un formalismo bastante ramplón. Al parecer, este grupo sostiene que una Constitución no admite contradicciones. ¿Por qué? Porque así se los enseñaron en la escuela, nada más. Alguien les dijo que las Constituciones no se pueden contradecir, y lo demás no lo escucharon. Sin embargo, casi cualquier lector es capaz de detectar no una, sino muchas contradicciones en la Constitución. Es obvio en un texto tan extenso y cuya vida va para los cien años.

La norma que suelen citar a la menor provocación es el artículo 133 constitucional:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la Republica, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.<sup>23</sup>

Del otro lado están quienes sí ven contradicciones en la Constitución, lo cual no es un descubrimiento muy original. De hecho, es bastante obvia. Lo relevante es su inclinación por los tribunales para resolver estos conflictos. Pensemos en un ejemplo concreto, que ya ocurrió en México: ¿la limitación para que un particular contrate espacio en medios de comunicación masiva

---

<sup>23</sup> El artículo 133 es de los más problemáticos de nuestra Constitución, especialmente porque se tomó de la Constitución de los Estados Unidos, en donde, por regla general y sujeto a varios requisitos, el derecho federal está por encima del local. Eso no ocurre en México, y de ahí vienen los problemas. Para entender las dificultades de este artículo, vale la pena consultar la ejecutoria del amparo en revisión 120/2002.

para tratar de influir en las preferencias electorales viola la libertad de expresión a pesar de que dicha limitación esté prevista en la Constitución?<sup>24</sup> Yo veo un conflicto entre la limitación y el derecho irrestricto a la libertad de expresión. Que esa tensión deba ser resuelta por un tribunal, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) en el caso mexicano, eso ya no es tan claro.

Si bien la segunda postura es más “novedosa”, no por eso puede ser menos dogmática. Hoy en día, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la norma favorita de quienes pertenecen a este bando es el artículo 1o. constitucional, párrafos segundo y tercero:

#### Artículo 1o...

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El párrafo segundo establece el principio “pro persona”. El párrafo tercero, por su parte, reconoce los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Encuentro esta postura dogmática porque se esfuerza demasiado en tratar de pasar por alto tensiones que no podemos ignorar tan fácilmente. ¿Eso significa que estamos condenados a seguir manejando el derecho desde la primera postura y asumir ingenua-

---

<sup>24</sup> Véase amparo en revisión 2021/2009 (el “amparo de los intelectuales”), disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=2021&Anio=2009&Tipo.Asunto=2&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0> (fecha de consulta: el 20 de abril de 2015).

mente la inexistencia de contradicciones? Bajo ningún motivo: un dogmatismo no es mejor al otro.

¿Por qué no reconocer las tensiones? Tal vez no sea tan reconfortante, pero estoy seguro de que es más útil. En este problema, Tushnet puede sernos de gran ayuda. En lugar de debatirnos en torno a formalismos, ¿no será mejor plantear el problema desde otra perspectiva? Hacernos una pregunta distinta, pues, de lo contrario, me parece que se trata de un problema que muy pronto nos conduce a un callejón sin salida. Como decía Martín Díaz a propósito de las necesidades constitucionales del presente:

En este caso, los exégetas son insuficientes; lo que se requiere es un grupo formado en la comprensión de las funciones sociales del derecho y no concentrado en los aspectos mecánicos de su operación. El tiempo actual evoca cualidades distintas.<sup>25</sup>

Ninguna de las posturas referidas conducen a buen puerto porque ambas llegan a conclusiones muy contundentes partiendo de un material que es todo menos eso. Me explico. El derecho es, en muy buena medida, lenguaje, y eso significa que padece los mismos defectos que éste, entre los que destacan la ambigüedad y la vaguedad. Yo creo, sin ningún ánimo de ser conciliador, que el texto constitucional admite ambas lecturas. ¿Cuál es la correcta? No es posible decirlo, al menos no desde esa posición. En lugar de preguntarnos qué dice la Constitución para luego concluir diciendo que claramente dice esto o aquello, podemos tomar otra dirección. En vista de la vaguedad y ambigüedad y de la posibilidad de varias lecturas al interpretar la Constitución, ¿por qué centrar la atención en determinar qué es lo mejor en términos de funcionamiento institucional? Para ello, el primer paso sería establecer un objetivo. Pongamos que sea el Estado de derecho. Pues bien, si en lugar de seguir leyendo la Constitución como si fuera un texto sagrado nos preguntamos cuál es la mejor

---

<sup>25</sup> Díaz y Díaz, Martín, “La transición constitucional (notas sobre las condiciones del reemplazo)”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 189.

interpretación para alcanzar el Estado de derecho, estaremos en una mejor posición. No digo que la respuesta sea fácil, pero al menos tiene la ventaja de no disfrazar tensiones y de obligarnos a ser explícitos sobre nuestros objetivos. Al menos sabremos de qué estamos hablando y sobre qué estamos discutiendo, y eso no es una cuestión menor.

Todo esto bajo ningún motivo es una discusión exclusivamente académica. De hecho, la Corte ha discutido diversos asuntos en los que estos problemas han sido centrales. Dos ejemplos especialmente relevantes son la contradicción de tesis 293/2011 y la discusión sobre la posible inconstitucionalidad del arraigo.

### 1. *La contradicción 293/2011*

Pocos asuntos han generado tanta polémica como la contradicción 293/2011. La contradicción se planteó entre un criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito<sup>26</sup> y otro del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.<sup>27</sup>

El problema fundamental era el siguiente: si la Constitución establece una restricción a un derecho humano que goza de mayor protección en un tratado internacional, ¿qué norma aplicar?

La historia de la discusión es más o menos conocida. El ponente fue el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y, en primera instancia, presentó un proyecto en el que se inclinaba por la opción según la cual se debía aplicar el derecho más favorable

---

<sup>26</sup> Tesis de rubros: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS” y “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

<sup>27</sup> Tesis de rubros: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN” y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.

por encima de la propia Constitución. Sin embargo, en vista de la oposición de buena parte de los ministros, decidió presentar un nuevo proyecto.

El segundo proyecto señalaba que en caso de haber conflicto entre una restricción expresa prevista en la Constitución y un derecho humano reconocido en un tratado internacional, prevalecería la restricción constitucional. En cualquier otro supuesto, el parámetro de regularidad estaría compuesto por la Constitución y por los derechos humanos reconocidos en tratados.

Incluso después de que el ministro Zaldívar presentó el segundo proyecto, el asunto no fue fácil. Una muestra de ello es que hay cuatro votos concurrentes, un voto aclaratorio (el del propio ministro Zaldívar) y dos votos particulares.<sup>28</sup>

Desde mi perspectiva, el problema que se planteó en la contradicción 293/2011 no tiene solución. Quiero decir que para ambas posturas hay argumentos razonables. Esto es así, en primer lugar, por las características propias del lenguaje: ambigüedad y vaguedad. Además, por eso que señala Karl Llewellyn:

...en cualquier caso lo suficientemente dudoso como para hacer respetable un litigio, las premisas disponibles —premisas legítimas e impecables con base en las técnicas jurídicas tradicionales— son al menos dos, y las dos son contradictorias al aplicarlas al caso concreto.<sup>29</sup>

#### A. *Prevalencia de las restricciones constitucionales*

La postura según la cual deben prevalecer las restricciones constitucionales suele apoyarse en una parte del artículo 1o.

<sup>28</sup> Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659> (fecha de consulta: 28 de abril de 2015).

<sup>29</sup> Llewellyn, Karl, "Some Realism about Realism", *Harvard Law Review*, núm. 44, p. 1239. La traducción es mía. El original dice así: "... in any case doubtful enough to make litigation respectable the available authoritative premises —i.e., premises legitimate and impeccable under the traditional legal techniques— are at least two, and that the two are mutually contradictory as applied to the case in hand".

constitucional, en el artículo 133 de la Constitución, y en la idea del Constituyente permanente.

El primer párrafo del artículo 1o. dispone:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Según el artículo 133:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Así, quienes apoyan esta postura suelen apoyarse, por un lado, en la jerarquía constitucional (artículo 133) y en la posibilidad, y, por otro lado, en el reconocimiento del artículo 1o. constitucional, en el sentido de que las restricciones a los derechos humanos se pueden llevar a cabo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Por último, lo del Constituyente permanente sirve para decir que una vez que el Constituyente decide algo, ahí acaba la discusión, y que un tribunal no puede declarar inválida una norma de un “órgano” con tal legitimidad democrática.

Quienes apoyan esta postura desconfían del rol de los tribunales constitucionales como instancias de decisión respecto del contenido de la Constitución. Normalmente su objeción la plantean en estos términos: “bastante poder tiene la Corte para inter-

pretar la Constitución. Si, además, puede decidir qué entra y qué no, entonces se convertirá en un súper poder”.

Como se puede ver, son argumentos formalistas, pero no por eso necesariamente prescindibles. ¿Qué ocurre del otro lado?

### *B. Prevalencia del derecho humano que resulte más favorable*

La postura según la cual se debe preferir el derecho previsto en un tratado por encima de una restricción constitucional descansa, principalmente, en el cuarto párrafo del artículo 1o:

Artículo 1o...

...

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Se trata del famoso principio *pro persona*<sup>30</sup> y el argumento no carece de fuerza. La reserva frente a la otra postura suele plantearse así: “el Constituyente no puede decir lo que sea, debe respetar los derechos humanos”. Cuando éste viola derechos, el encargado de resolver el conflicto debe ser precisamente el tribunal constitucional. De lo contrario, ¿de qué sirve el *pro persona*? Ciertamente es una pregunta que debemos plantearnos.

La discusión de los ministros transcurrió, principalmente, en la arena de lo formal. A pesar de que se hizo mención del Estado constitucional de derecho y de ideas similares, el debate giró alrededor del *pro persona* y del artículo 133 constitucional. El problema, como decía, es que ninguno de los artículos es contun-

---

<sup>30</sup> Sobre el principio “*pro persona*” se recomienda Caballero, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 103-133.

dente. ¿Por qué preferir una interpretación a otra? La discusión fue muy interesante, pero se dejaron de lado algunos temas centrales. Por ejemplo: ¿un tribunal está en una mejor posición que una asamblea para decidir sobre el contenido de la Constitución? ¿No corremos el riesgo de limitarnos a desplazar la instancia de decisión de un poder a otro?

En la medida en que la Constitución no dice nada sobre la posibilidad de que la Corte decida el contenido de la Constitución (lo que entra o lo que sale), me inclino porque estas decisiones las tome el Congreso (Constituyente o como se le quiera decir). Para aceptar un cambio tan radical, sería necesario, creo, un texto contundente. Eso no ocurre hoy. Sin embargo, se trata de una opinión, y sé que es debatible.

Derivada de esta contradicción, resultó esta jurisprudencia:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado;

lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO” y “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HU-

La jurisprudencia no es del todo clara. Primero dice que las normas de derechos humanos no se relacionan en términos jerárquicos, y un poco más adelante aclara que en caso de una restricción expresa en la Constitución, entonces prevalecerá ésta. Entonces sí que se relacionan en términos jerárquicos. Una cosa es que no se haya querido decir así por diversas razones; sin embargo, cuando dos normas chocan, una de ellas siempre prevalece, pues dicha norma tiene mayor jerarquía. Esta falta de claridad generó problemas en la discusión del amparo directo en revisión 1250/2012, de la cual se hablará a continuación.

Como sea, se ve que muchos de los temas en los que el constitucionalismo popular pone énfasis se discuten hoy con implicaciones prácticas, no limitadas al aula ni a la reflexión. Las decisiones que se tomen en este terreno bien pueden cambiar radicalmente la práctica jurídica.

## 2. *La inconstitucionalidad del arraigo. ¿De cuál arraigo?*

En la primera mitad de abril de 2015, la Corte se enfrentó a otro problema que muestra la relevancia de los temas del constitucionalismo popular. Me refiero al amparo directo en revisión

---

MANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS” y “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

1250/2012, caso en el que se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

Aparentemente, el artículo 133 bis no era compatible con el 16 constitucional, el cual limita el arraigo única y exclusivamente para los delitos de delincuencia organizada:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Sin embargo, el artículo décimo primero transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 18 de junio de 2008, parece abrir la puerta para ampliar el catálogo de delitos.

En este asunto me gustaría distinguir dos supuestos: por un lado, la inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y, por otro, la posible inconveniencia de la figura del arraigo prevista en el artículo 16 de la Constitución.

*A. Inconstitucionalidad del artículo 133 bis*

En el amparo directo en revisión 1250/2012, la mayoría de los ministros votaron a favor de la constitucionalidad del artículo referido. El argumento principal fue el artículo décimo primero transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Así, aunque el artículo 16 constitucional parece señalar que el arraigo sólo procede en el caso de delitos de delincuencia organizada, en tanto entra en vigor el nuevo sistema penal, el Congreso puede ampliar el catálogo de delitos.

Me parece un argumento deficiente, especialmente porque el artículo décimo primero transitorio es un transitorio de un decreto, no un artículo de la Constitución. Es cierto que no hay jerarquía alguna entre un artículo ordinario y uno transitorio, pero esto sólo aplica cuando los artículos pertenecen a normas de la misma jerarquía, lo cual no ocurre en este caso. De acuerdo con la opinión de Miguel Bonilla:

La disposición transitoria pertenece a un decreto de reformas a la Constitución, no a la Constitución misma. Para demostrarlo, basta dar lectura al artículo primero transitorio del mismo “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado el 18 de junio de 2008...<sup>32</sup>

*B. Inconvencionalidad del arraigo previsto  
en el artículo 16 de la Constitución*

La discusión sobre el arraigo también se refiere al arraigo “constitucional”, por llamarlo de algún modo. Según el punto de vista de los opositores del arraigo, esta figura es contraria al principio de presunción de inocencia reconocido en la propia Constitución (artículo 20) y en tratados internacionales, especialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8):

Artículo 20...

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

...

Artículo 8. Garantías Judiciales.

...

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

Desde la academia se ha criticado mucho la figura del arraigo tanto por los abusos que se han cometido al implementarlo como por su supuesta inconstitucionalidad o inconvencionalidad. En principio, suelo desconfiar de buena parte de estos argumentos. Primero, porque la furia con la que se esgrimen suele desviar la mira y, al final, no queda claro qué se está criticando. Segundo, sus adeptos suelen recurrir a una estrategia por demás engañosa:

<sup>32</sup> Bonilla López, Miguel, *Tribunales, normas y derechos*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 362.

insisten con monotonía incansable la clara inconstitucionalidad del arraigo. Siempre que en un debate jurídico complejo alguien asegure que la conclusión es clara, de inmediato hay que poner más atención a lo que viene.

Sobre el primer argumento me valdré de las palabras de Miguel Bonilla:

Además, cuando se sostiene que sería bueno, deseable, conveniente que el arraigo desapareciera o que tiene que erradicarse porque, por ejemplo, estadísticamente se ve que no funciona, o porque en cierto número de casos se han advertido violaciones a derechos humanos o cualquier otro argumento de este tipo..., en verdad se está discutiendo no sobre el Derecho positivo, sino sobre política legislativa.<sup>33</sup>

En cuanto al segundo, me parece que si bien es posible sostener la supuesta inconveniencia del arraigo (por aquello de la vaguedad y la ambigüedad), la cuestión es todo menos clara. Partir de esa falsa claridad sólo cancela el debate racional e imposibilita el diálogo.

En lo personal, me inclino por la constitucionalidad del arraigo. Primero, no creo que un tribunal deba tener la última palabra sobre el contenido de la Constitución. Segundo, porque la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) derivada de la contradicción de tesis 293/2011 dispone claramente que las restricciones constitucionales prevalecen sobre los tratados. Pero ¿en verdad es tan clara? Tal parece que no, pues durante la discusión del amparo directo en revisión 1250/2012, el ministro Zaldívar sostuvo:

En mi voto concurrente y en las discusiones posteriores que se han dado en otros asuntos sostuve lo siguiente y con base en esto voy a fijar mi posición en este asunto:

Primero. Que las restricciones también son interpretables y se tiene que hacer caso por caso.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 340.

Segundo. Que las restricciones al ejercicio de un derecho solamente pueden ser válidas aquéllas que se compadezcan con un Estado democrático y un sistema de derechos; de otra manera estas restricciones no serían legítimas.

Tercero. Que todas las restricciones como excepciones al principio general, que es el ejercicio de los derechos son de aplicación estricta o limitativa; esto, por lo demás no es ningún criterio interpretativo moderno es un principio general de interpretación del derecho en el cual todas las excepciones son de aplicación estricta, aquí la regla general es el ejercicio de los derechos y la excepción es la restricción. Nuestro sistema constitucional –como no podría ser de otra manera– establece, consagra un sistema de derechos, un sistema de libertades no un sistema de restricciones.

Cuarto. Que cuando la tesis habla de que se estará a lo dispuesto en la norma constitucional, se refiere a todo el texto constitucional no solamente al texto de la restricción.

Quinto. Que las restricciones a los derechos humanos no pueden ser interpretadas en el sentido de hacerlos nugatorios o vaciarlos totalmente de contenido.

Sexto. Que a la luz del nuevo paradigma constitucional, todo el texto de la Constitución debe ser reinterpretado de la manera más favorable a la persona, maximizando el ámbito protector de los derechos y minimizando sus posibles restricciones.

Séptimo. Que esta operación en ocasiones tendrá el efecto de que en algunos casos las restricciones constitucionales se desdibujen o desvanezcan y en otros se apliquen cabalmente en un análisis que deberá hacerse –como ya dije– caso por caso.

Octavo. Que existen casos en los que no es posible lograr la armonización de los contenidos constitucionales debido a que distintas normas constitucionales regulan de forma diferenciada un mismo derecho y, que en tal supuesto debe aplicarse el principio *pro personae* de su vertiente de criterio de preferencia de normas; de tal manera que se prefiera la norma que favorezca en todo momento la protección más amplia de las personas.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver\\_taquigraficas/13042015PO.pdf](https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/13042015PO.pdf) (fecha de consulta: 19 de abril de 2015).

Si las restricciones son interpretables por la Corte, entonces la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) no tiene ningún sentido y pierde toda utilidad. Bien o mal (desde una perspectiva teórica o de diseño institucional), la jurisprudencia parecía haber resuelto el problema a favor de la Constitución. Pero lo dicho por el ministro Zaldívar nos deja con la duda.

Detrás de esta discusión se asoman, de nuevo, los grandes temas del constitucionalismo popular, esas ideas que damos por hechas y sobre las cuales Tushnet y otros nos invitan a dudar. Podemos estar de acuerdo o no con el constitucionalismo popular. Lo rescatable es que, al traer a la mesa dudas como las planteadas, obtenemos un panorama más amplio desde el cual podemos dialogar con mayor profundidad y debatir con más racionalidad. No es poca cosa.

## DESENMASCARANDO EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO

Roberto NIEMBRO ORTEGA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los diferentes usos del término “constitucionalismo”*. III. *¿Qué es el constitucionalismo autoritario?* IV. *El constitucionalismo autoritario revisitado*. V. *Una teoría crítica para el constitucionalismo autoritario*. VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo está enfocado en revisar la conceptualización que se ha hecho hasta el momento del constitucionalismo autoritario, con el fin de darle mayor rigor analítico, pues la precisión conceptual de una categoría es indispensable para su utilidad. Como veremos, el constitucionalismo autoritario sirve para entender y denunciar una nueva forma de ejercer el poder de manera autoritaria. Asimismo, el trabajo plantea la necesidad de una teoría crítica que combata el constitucionalismo autoritario.

\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Maestro en Teoría del Derecho por la Universidad de Nueva York (Hauser Global Scholar). Diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Agradezco a Stephen Holmes, Mark Tushnet, Roberto Gargarella, Luis Pomed, Lewis Kornhauser, Micaela Alterio y a mis colegas del seminario de Teoría del Derecho por sus valiosos comentarios y críticas.

Para Mark Tushnet, el constitucionalismo autoritario es un modelo normativo intermedio entre el constitucionalismo liberal y el autoritarismo, que denota compromisos moderados con el constitucionalismo.<sup>1</sup> De acuerdo con el autor, el propósito de su trabajo es delinear una posibilidad conceptual que tiene cierta conexión con la realidad empírica, pero no el de calificar un sistema en particular.<sup>2</sup>

Quiero precisar que este no es un trabajo empírico sobre regímenes híbridos. Mi aproximación al constitucionalismo autoritario, al igual que la de Tushnet, es conceptual. En mi concepción, el constitucionalismo autoritario no identifica un régimen distinto, sino que se refiere a una forma muy sofisticada de ejercer el poder por elites gobernantes que tienen una mentalidad autoritaria en Estados cuyo desarrollo democrático es precario.<sup>3</sup> Esta forma de ejercer el poder se basa en una Constitución de corte liberal democrática que en lugar de limitar el poder del Estado y empoderar a las personas sin poder es usada práctica e ideológicamente con fines autoritarios.

En una primera impresión, el constitucionalismo autoritario parece ser un concepto absurdo y sin sentido. De acuerdo con Linz, el autoritarismo se refiere a un régimen en el que algunas o todas de las siguientes características están presentes: a) hay un pluralismo limitado en contraste con un pluralismo casi ilimita-

---

<sup>1</sup> Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *Harvard Public Law Working Paper*, paper núm. 13-47, 2013, pp. 4, 5, 7, y 9, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2369518&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369518&download=yes).

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>3</sup> Elkins, Ginsburg y Melton han usado el *Unified Democracy Scores* para identificar regímenes autoritarios. Los países con un *score* mayor o igual a 0.16 son considerados democráticos, y los países con *score* menor a 0.16 son clasificados como autoritarios. Elkins, Zachary *et al.*, "The Content of Authoritarian Constitutions", en Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 141, 144 y 145

En mi opinión, el constitucionalismo autoritario es útil para pensar en Estados que si bien serían clasificados como democráticos, conforme a la clasificación de Elkins, Ginsburg y Melton, su desarrollo democrático es bajo o intermedio.

do; b) no hay una movilización política extendida e intensa; c) el poder político no es legalmente y/o de facto responsable frente a los ciudadanos aunque puedan responder a sus demandas; d) el poder es ejercido dentro de límites no bien definidos, pero predecibles; e) la posición de los gobernantes depende en parte del apoyo de un líder o grupo en lugar del apoyo de los ciudadanos; f) hay un solo partido o un partido privilegiado, y g) las elites dirigentes no tienen una ideología acabada que les sirva como guía.<sup>4</sup> En contraste, el constitucionalismo significa, entre otras cosas, limitar el poder del Estado y empoderar a los sin poder.<sup>5</sup>

El concepto de constitucionalismo autoritario enfatiza la tensión, por un lado, entre el ejercicio del poder dentro de límites no bien definidos, la falta de responsabilidad de los gobernantes frente a los ciudadanos y la forma en que las elites gobernantes ejercen violencia y la esconden mediante una Constitución,<sup>6</sup> y, por el otro, la idea del constitucionalismo liberal democrático. Esta tensión entre el ejercicio autoritario del poder y la presencia de una Constitución liberal democrática y el discurso constitucionalista hace que el constitucionalismo autoritario cause perplejidad. Sin embargo, eso no la hace una categoría absurda. De hecho, resulta muy útil para entender y denunciar las inconsistencias entre, por un lado, las funciones que ciertas instituciones como

---

<sup>4</sup> Linz, Juan, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner Publishers, 2000, pp. 159-165.

<sup>5</sup> Waldron, Jeremy, "Constitutionalism: A Skeptical View", *NYU School of Law Public Law Research Paper*, paper núm. 10-87, 2012, pp. 12-16 y 25, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1722771](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722771), Whittington, Keith E., "Constitutionalism", en Whittington, Keith E. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 281

Reconozco que esta forma de entender el constitucionalismo puede ser muy limitada y que hay formas muy distintas de entenderlo, sin embargo, utilizo esta definición, ya que me interesa enfatizar este contraste. Cass R. Sunstein, "Constitutions and democracies: an epilogue", en Jon Elster & Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988, pp. 327 y 328

<sup>6</sup> Madison, James, *The Federalist*, Clinton Rossiter (ed.), núm. 10, Signet Classics, 1961, p. 75

los derechos, la separación de poderes, etcétera y la ideología del constitucionalismo que está detrás cumplen en un régimen democrático, y, por el otro, las funciones que esas mismas instituciones y el discurso constitucionalista cumple en un constitucionalismo autoritario.

En otras palabras, el propósito de la categoría no es esconder o justificar estas inconsistencias, sino la de entender, desenmascarar y criticar esta forma de ejercicio del poder. Así, es una categoría atractiva en la medida en que sirve como herramienta de crítica.<sup>7</sup>

En mi opinión, las características que definen al constitucionalismo autoritario ameritan la creación de una nueva categoría. En efecto, el constitucionalismo autoritario, a diferencia de otras categorías, enfatiza un fenómeno distinto, como una forma de ejercer el poder por elites con mentalidad autoritaria bajo el ropaje de una Constitución liberal democrática, lo que les permite conservar prácticas autoritarias encubiertas por un discurso constitucionalista.

Existen estudios muy útiles para pensar sobre el constitucionalismo autoritario. Para nuestros efectos, los más interesantes son aquellos que se enfocan en las Constituciones de regímenes autoritarios. Estos estudios nos muestran, por ejemplo, que el contenido de las Constituciones en regímenes democráticos y autoritarios no difiere en gran medida. Las diferencias radican en que en los regímenes autoritarios tienen pocos derechos, son menos específicos, y no hay independencia judicial.<sup>8</sup> Asimismo, de forma destacada, es muy valioso el trabajo sobre autoritarismo encubierto, en el que se describe cómo las nuevas genera-

---

<sup>7</sup> Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *op. cit.*, p. 98: "Singapore is not a bad place to live...yet, of course, it is not a liberal democracy... from a normative point of view the central question, probable unanswerable now, is whether a Singapore without authoritarian constitutionalism would be a liberal democracy or fully authoritarian state. If the latter, authoritarian constitutionalism may be normatively attractive for Singapore".

<sup>8</sup> Elkins, Zachary *et al.*, "The Content of Authoritarian Constitutions", *op. cit.*, pp. 141 y 143.

ciones de autoritarismos utilizan los mismos mecanismos legales existentes en regímenes democráticos para encubrir y disimular sus prácticas autoritarias, con el fin de evitar costos que de lo contrario les serían impuestos por actores internacionales y nacionales.<sup>9</sup>

Otros estudios identifican a los teóricos que pueden considerarse como los padres fundadores del constitucionalismo autoritario, entre ellos, G. W. F. Hegel y Carl Schmitt.<sup>10</sup> Asimismo, hay trabajos que discuten el autoritarismo inherente a los regímenes democráticos, llamando la atención sobre la tendencia de las fuerzas políticas que ganan el poder democráticamente para aprobar leyes electorales que dificultan la competencia.<sup>11</sup> Finalmente, hay autores que apuntan a la forma en que ciertas comunidades e individuos son gobernados autoritariamente dentro de regímenes liberales.<sup>12</sup>

Ahora bien, una revisión de la literatura no es el propósito de este ensayo. Como ya se ha dicho, se trata de definir una categoría que nos sirve para entender y criticar una forma en que se ejerce el poder con base en una Constitución liberal democrática en sistemas no estrictamente autoritarios, pero que tampoco pueden considerarse democracias liberales. Sólo una vez que entendemos lo qué es el constitucionalismo autoritario es que podemos empezar a criticarlo y combatirlo. De hecho, el propósito final de

---

<sup>9</sup> Varol, Ozan, "Stealth Authoritarianism", *Iowa Law Review*, vol. 100, 2015 (forthcoming), disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2428965](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2428965).

<sup>10</sup> Crist, Renato, "G.W.F. Hegel: precursor del constitucionalismo autoritario", Carl Schmitt: jurista del constitucionalismo autoritario", en Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo, *La República en Chile teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, LOM Ediciones, 200645, pp. 46-78. Slagstad, Rune, "Liberal constitutionalism and its critics", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988, p. 103

<sup>11</sup> Pildes, Richard H., "The Inherent Authoritarianism in Democratic Regimes", en Sajó, Andrés (ed.), *Out of and Into Authoritarian Law*, Kluwer Law International, 2003, pp. 125 y 126

<sup>12</sup> Dean, Mitchell, "Liberal Government and Authoritarianism", *Economy and Society*, núm. 31, 2002, p. 37.

este trabajo es ayudarnos “a entender” a la gente que vivimos en un constitucionalismo autoritario y convocar a su contribución crítica.

Empezaré este trabajo explorando qué entendemos por constitucionalismo. Como veremos en la sección siguiente, con “constitucionalismo” es posible referirse a una ideología, a una teoría, a una narrativa, o a cierto tipo de instituciones. También es posible usar el concepto para describir a algunos o a todos éstos. Más aún, hay una pluralidad de ideologías, teorías, narrativas e instituciones que se engloban con el término “constitucionalismo”. Esta pluralidad es lo que hace que haya tantas “especies” de constitucionalismo. En segundo lugar, revisaré los pocos trabajos que han utilizado el concepto de “constitucionalismo autoritario” para describir ciertos países. En estos trabajos es posible encontrar algunos puntos comunes, aunque también hay diferencias. Posteriormente, pondré en entredicho que el constitucionalismo autoritario se caracterice por una Constitución con un contenido autoritario, y argumentaré que las elites tienen una mentalidad autoritaria. Para sostener esta tesis, me enfocaré en las funciones que en el constitucionalismo autoritario tiene una Constitución de corte liberal democrático y cómo es que el discurso constitucionalista es usado con propósitos autoritarios. Finalmente, sugeriré algunas tareas para una teoría constitucional crítica que quiera combatir al constitucionalismo autoritario.

## II. LOS DIFERENTES USOS DEL TÉRMINO “CONSTITUCIONALISMO”

### 1. *El constitucionalismo como ideología*

La palabra “ideología” puede definirse de maneras distintas.<sup>13</sup> En este trabajo entenderé por ideología un sistema de ideas políticas

---

<sup>13</sup> Eagleton, Terry, *Ideology an Introduction*, 3a. ed., Verso, 2007, pp. 1 y 2.

que contribuyen a configurar el significado de un concepto político.<sup>14</sup>

Para Jeremy Waldron,<sup>15</sup> el constitucionalismo como ideología es parte del liberalismo del miedo. De acuerdo con Shklar, en quien se apoya Waldron, el liberalismo del miedo busca asegurar la libertad frente a los abusos del poder y proteger a los indefensos de la intimidación.<sup>16</sup> El liberalismo reconoce que la coerción estatal es necesaria, pero busca controlarla y evitar la arbitrariedad. Quiere prevenir el uso arbitrario, no previsible, innecesario y no autorizado del uso de la fuerza, así como actos de crueldad y tortura llevados a cabo por militares, paramilitares y la policía.<sup>17</sup> El liberalismo del miedo está en contra de cualquier acto extralegal, secreto o no autorizado de los funcionarios públicos o sus delegados,<sup>18</sup> y defiende el establecimiento de procedimientos jurídicos accesibles.<sup>19</sup> Se preocupa por el miedo sistemático, que puede darse por la expectativa de la crueldad institucional.<sup>20</sup>

El objeto del liberalismo es asegurar las condiciones políticas necesarias para el ejercicio de la libertad personal.<sup>21</sup> En este sentido, valora las instituciones que la hacen posible, como el gobierno limitado y el control del poder político distribuido de manera desigual.<sup>22</sup> El Estado de derecho o *rule of law* es considerado como el instrumento principal para restringir al gobierno.<sup>23</sup> Asimismo,

---

<sup>14</sup> Norval, Aletta J., "Review Article: The Things We Do with Words—Contemporary Approaches to the Analysis of Ideology", *British Journal of Political Science*, núm. 3, 2000, pp. 318-325

<sup>15</sup> Waldron, Jeremy, "Constitutionalism: A Skeptical View", *op. cit.*, p. 14.

<sup>16</sup> Shklar, Judith N., "Liberalism of Fear", en Rosenblum, Nancy L. (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, 1989, p. 27

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 37.

defiende la igualdad en derechos y su protección, un gobierno representativo y un Poder Judicial independiente.<sup>24</sup>

Las bases de este tipo de liberalismo son el pluralismo y el compromiso con la idea de que “todo adulto debe tener la posibilidad de tomar sin miedo o el favor de alguien el mayor número de decisiones que sean compatibles con el mismo tipo de libertad para todos los demás”.<sup>25</sup> El liberalismo prohíbe la interferencia en la libertad de otros y evita decirle a la gente cómo conducir sus vidas o qué decisiones tomar. La autoridad no debe imponer creencias y ni siquiera un vocabulario, debe diferenciarse la esfera pública y la esfera privada, y deben fijarse los límites a los funcionarios públicos.<sup>26</sup>

Claro está que no todos coinciden con que ésta es la ideología que distingue al constitucionalismo. Distintas ideologías contienden para fijar el significado de este concepto político,<sup>27</sup> cuyo contenido se va configurando a través del uso que se hace del concepto en el discurso.<sup>28</sup> De hecho, hay muchos tipos de liberalismo,<sup>29</sup> y el liberalismo no es la única ideología que guía al constitucionalismo. Como Frank Michelman ha llamado la atención, la doctrina política del constitucionalismo comprende ideas liberales, constitucionales, democráticas y progresistas.<sup>30</sup>

Más aún, algunos autores nos invitan a considerar la posibilidad de un constitucionalismo no liberal<sup>31</sup> o a-liberal,<sup>32</sup> que

---

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>26</sup> *Ibidem*. pp. 23 y 24.

<sup>27</sup> Norval, Aletta J., “Review Article: The Things We Do with Words...”, *op. cit.*, p. 325.

<sup>28</sup> Hunt, Alan, *Explorations in Law and Society Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge, 1993, p. 137

<sup>29</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 223.

<sup>30</sup> Michelman, Frank, “What (if anything) is progressive-liberal democratic constitutionalism?”, *Widener Law Symposium Journal*, núm. 4, 1999, p. 181.

<sup>31</sup> Walker, Graham, “The idea of nonliberal constitutionalism”, en Shapiro, Ian y Kymlicka, Will (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, Nueva York, New York University Press, 1997, p. 154.

reducen la importancia o califican los valores occidentales de la autonomía individual y la neutralidad del Estado. Un ejemplo, según Walker, de constitucionalismo no liberal es Israel.<sup>33</sup> En este tipo de sistemas, el individuo no es visto como un ente valioso, sino como participante en un sistema al que le debe adhesión.<sup>34</sup> Según esta visión, los derechos individuales no son mecanismos necesarios para limitar el poder.<sup>35</sup>

Otro ejemplo de esta contienda ideológica lo presenta el constitucionalismo feminista. De acuerdo con Baines, Barakerez y Kahana, el constitucionalismo feminista

Aspira a explorar la relación entre el derecho constitucional y el feminismo, examinado, poniendo en cuestión y redefiniendo la misma idea de constitucionalismo desde una perspectiva feminista. El constitucionalismo feminista exige no sólo revisar tópicos clásicos con nuevas perspectivas, sino presentar nuevas preguntas, introducir nuevos tópicos, y encargarse de cambiar el foco de las discusiones constitucionales.<sup>36</sup>

## 2. *El constitucionalismo como teoría*

Una teoría constitucional puede tener como objeto responder distintas preguntas, según el tiempo, el lugar y los intereses de la gente que hacen la teoría. En otras palabras, varían según el contexto.

---

<sup>32</sup> Thio, Li-Ann, "Constitutionalism in Illiberal Politics", en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 133.

<sup>33</sup> Walker, Graham, "The idea of nonliberal constitutionalism", *op. cit.*, pp. 155 y 159.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>36</sup> Beynes, Beverly *et al.*, "Introduction: The Idea and Practice of Feminist Constitutionalism", en Beynes, Beverly *et al.* (eds.), *Feminist Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

Hay distintos tipos de teorías. Las teorías conceptuales se enfocan en el contenido y significado de conceptos; las teorías positivas, en las fuerzas e instituciones, y las teorías normativas, en las implicaciones que tienen los conceptos, las fuerzas y las instituciones para la moralidad política.<sup>37</sup>

Las teorías ideales sugieren el tipo de Constitución que debe adoptarse asumiendo un cumplimiento perfecto, y las teorías no ideales asumen la existencia de violaciones a la Constitución.<sup>38</sup> También hay teorías basadas en el texto que argumentan lo que consideran más acorde con el texto constitucional, teorías que buscan explicar la práctica, teorías sustantivas que buscan identificar los valores que deben protegerse por los jueces, y teorías formales que se enfocan en la metodología.<sup>39</sup>

En términos generales, las teorías constitucionales comparan el propósito de explicar y justificar instituciones, prácticas y soluciones. Las teorías describen y prescriben lo que la gente debe hacer.<sup>40</sup> Más aún, nos ayudan a entender el origen y el propósito de los argumentos y ver la pantalla completa.<sup>41</sup> Las teorías constitucionales están basadas, a su vez, en otras teorías, lo que en la sección anterior llamé ideologías. De hecho, las teorías constitucionales tienen como efecto que no se controvertan las ideologías, justificando instituciones y prácticas imbuidas por esas ideologías.

Claro está que las ideologías no son totalmente coherentes y se conforman por ideas que provienen de distintas tradiciones de

---

<sup>37</sup> Solum, Lawrence B., "Constitutional Possibilities", *Indiana Law Journal*, vol. 83, 2008, p. 308. Para una descripción distinta de teorías conceptuales, normativas y empíricas véase Whittington, Keith E., "Constitutionalism", *op. cit.*

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>39</sup> Fallon, Richard H., "How to Choose a Constitutional Theory", *California Law Review*, vol. 87, 1999, p. 538.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 540, 541 y 549; Strauss, David A., "What Is Constitutional Theory", *California Law Review*, 1999, p. 582.

<sup>41</sup> Baker, Thomas E., "Constitutional Theory in a Nutshell", *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 13, 2004, pp. 58 y 59.

pensamiento, lo que a su vez se refleja en las teorías, aun cuando las ideologías y las teorías buscan ser lo más coherentes posibles. Las teorías buscan ser normativamente atractivas y puntualmente descriptivas.<sup>42</sup>

Algunos autores son escépticos sobre la posibilidad de que las teorías guíen a la práctica. En cambio, consideran que las teorías son útiles para entender la práctica y nos pueden servir para desentrañar algo que puede estar detrás de la práctica.<sup>43</sup> En esa medida, son una herramienta crítica.

Dependiendo de los propósitos o preocupaciones de la gente que hace la teoría, su alcance puede ser amplio o limitado. La mayoría de las teorías se enfocan en una institución o práctica y no tratan de explicar o justificar el sistema constitucional en su conjunto. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la mayoría de las teorías tratan de justificar y/o explicar el control de la ley o la interpretación constitucional.<sup>44</sup>

Un ejemplo de teoría es el constitucionalismo popular que incentiva la participación popular en la discusión e interpretación de la Constitución. Más aún, los autores que lo conforman defienden un control judicial débil en oposición a un control judicial fuerte,<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Dorf, Michael C., “Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning”, *Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1996-1997, p. 1767.

<sup>43</sup> Lessig, Lawrence, “The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be”, *Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1996-1997, pp. 1837 y 1838.

<sup>44</sup> Farber, Daniel A., “Legal Pragmatism and the Constitution”, *Minnesota Law Review*, vol. 72, 1987-1988, pp. 1331 y 1332.

<sup>45</sup> Kramer, Larry, “‘The Interest of the Man’: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, 2006-2007, p. 697; Kramer, Larry, “Popular constitutionalism circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004, p. 959; Kramer, Larry, “The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court”, *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 4, 2001, p. 5; Post, Robert C. y Siegel, Reva B., “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 373, 2007, p. 42; Post, Robert C. y

e incluso algunos proponen quitar la Constitución de las manos de los tribunales.<sup>46</sup>

### 3. *El constitucionalismo como narrativa*

Por narrativas entiendo las historias que diferentes personas o comunidades cuentan sobre la Constitución o sus disposiciones, las cuales compiten con el fin de definir la narrativa colectiva.<sup>47</sup> Las narrativas son parte del discurso constitucional, y son tantas como experiencias, visiones, etcétera. Cada narrativa busca persuadir y convencer a su audiencia para que adopte el significado que defiende de la Constitución o de alguna de sus disposiciones.<sup>48</sup> Este significado no está fijo de una vez por todas, por lo que hay un ejercicio continuo de interpretación<sup>49</sup> en el que participan jueces, funcionarios, movimientos sociales y la gente en general.<sup>50</sup>

Las narrativas no sólo compiten en fijar la comprensión contemporánea de la constitución, sino también argumentan sobre la importancia que se le debe dar y proponen distintas visiones y alternativas,<sup>51</sup> esto es, un ideal posible y deseable.<sup>52</sup> Más aún,

---

Siegel, Reva B., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1027.

<sup>46</sup> Tushnet, Mark, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, 1999; Tushnet, Mark, “Popular constitutionalism as political law”, *Chicago-Kent Law Review*, núm. 81, 2006, p. 991.

<sup>47</sup> Tribe, Laurence H., “America’s Constitutional Narrative”, *Daedalus Journal of the American Academy of Arts & Science*, vol. 1, 2012, p. 28; Cover, Robert M., “The Supreme Court 1982 Term Foreword: Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, pp. 25 y 33.

<sup>48</sup> Tribe, “America’s Constitutional Narrative”, *op. cit.*, p. 19; Brooks, Peter, “The Rethoric of Constitutional Narratives: A Response to Elaine Scarry”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 2, 1990, p. 131

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>51</sup> Cover, Robert M., “The Supreme Court 1982 Term Foreword...” *op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 10.

las narrativas enfatizan ciertos puntos y dejan otros de lado. Por ejemplo, si quieren promover la participación popular en la interpretación constitucional relatan una historia en la que la gente común son los actores principales y no los jueces. Para hacer su historia convincente se enfocan en el texto constitucional y hacen referencia a sus orígenes,<sup>53</sup> además de hacer implícita o explícitamente ciertos argumentos de tipo normativo o positivo.<sup>54</sup>

Un ejemplo de narrativa sobre las Constituciones y sobre algunas de sus disposiciones es el constitucionalismo estratégico, que nos invita a pensar cómo es que los pesos y contrapesos sirven a las elites. De acuerdo con esta narrativa, las elites se imponen límites en su beneficio. Así, los gobiernos democráticos existen cuando los poderosos descubren que pueden adquirir un beneficio de su instauración.<sup>55</sup> Por tanto, para entender la estabilidad de los gobiernos democráticos hay que fijarse en cómo es que éstos benefician a las elites gobernantes.<sup>56</sup> Las Constituciones buscan generar cooperación, pues incluso hasta el gobierno más poderoso la necesita, otorgando protecciones legales o derechos a los más débiles.<sup>57</sup>

De acuerdo con el constitucionalismo estratégico, la Constitución también refleja asimetrías de poder, siendo que los límites sólo se imponen<sup>58</sup> cuando hay organizaciones políticas que hacen que las elites gobernantes pongan atención y acepten restricciones a su propia discreción.

---

<sup>53</sup> Tribe, Laurence H., "America's Constitutional Narrative", *op. cit.*, pp. 20, 31 y 34; Brooks, Peter, "The Rethoric of Constitutional Narratives: A Response to Elaine Scarry", *op. cit.*, p. 130.

<sup>54</sup> Solum, Lawrence B., "Narrative, Normativity, and Causation", *Michigan State Law Review*, 2010, p. 598.

<sup>55</sup> Holmes, Stephen, "Constitutions and Constitutionalism", en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 191, 192 y 198.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 191 y 215.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 214 y 215.

Otro ejemplo de narrativa es el constitucionalismo popular de Larry Kramer. En su libro *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*,<sup>59</sup> Kramer nos ofrece una narrativa distinta sobre la práctica del control judicial en la historia norteamericana. El autor argumenta que siempre ha habido participación popular en los problemas constitucionales, y que la supremacía judicial no es una característica esencial del control judicial en los Estados Unidos. De esta forma, critica la narrativa tradicional de que los jueces son los últimos intérpretes de la Constitución.

#### 4. *Constitucionalismo como instituciones*

Otra forma de utilizar la palabra “constitucionalismo” es para referirse a ciertas instituciones. Por ejemplo, Santiago Nino distingue entre Constitucionalismo mínimo y constitucionalismo completo. En el primero, hay una Constitución en el vértice del sistema legal. La Constitución organiza al poder político y regula las relaciones entre el Estado y sus sujetos, e impone límites al Poder Legislativo. La Constitución puede ser escrita o no y puede tener cualquier contenido. Por otro lado, en el constitucionalismo completo no sólo hay reglas que organizan el poder, sino también los procedimientos y el contenido de la ley.

De forma similar, Ronald Dworkin considera que el constitucionalismo es un “sistema que establece derechos individuales que la legislatura no tiene el poder de poner en peligro”.<sup>60</sup> Según Klarman, cuando este tipo de sistema contiene un control judicial, como suele hacerse, entonces se llama constitucionalismo exigible o justiciable.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Kramer, Larry, “The People Themselves”, *Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>60</sup> Dworkin, Ronald, “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, vol. 3, núm. 1, 1995, p. 2.

<sup>61</sup> Klarman, Michael J., “What’s so Great About Constitutionalism?”, *Northwestern Law Review*, vol. 93, 1998-1999, p. 146.

Otro ejemplo es lo que se conoce como el *new common wealth model of constitutionalism*, que según Stephen Gardbaum lo conforman Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido. Estos países han establecido una alternativa al constitucionalismo norteamericano basado en derechos protegidos constitucionalmente y un control judicial fuerte. Lo que persigue este nuevo modelo es separar el control judicial de la supremacía judicial otorgando la última palabra a las legislaturas.<sup>62</sup>

##### 5. *El constitucionalismo como ideología, teoría e instituciones*

Finalmente, están las propuestas en las que el término “constitucionalismo” se utiliza para referirse al mismo tiempo a una ideología, a una teoría y a cierto tipo de instituciones. Este es el caso, según Comanducci y Guastini, del neoconstitucionalismo.<sup>63</sup>

De acuerdo con estos autores, la ideología del neoconstitucionalismo pone en segundo plano la limitación del poder del Estado, en tanto éste es considerado como un aliado. El neoconstitucionalismo se enfoca en la protección de los derechos fundamentales y pugna por la constitucionalización del ordenamiento.<sup>64</sup> Asimismo, estima que hay un deber moral de obedecer a la Constitución.<sup>65</sup> El proceso de constitucionalización del sistema jurídico significa: 1) la adopción de una Constitución rígida que incorpora derechos fundamentales; 2) la existencia del control

---

<sup>62</sup> Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, 2011, p. 709.

<sup>63</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2005, p. 75; Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2005, pp. 50-58. Además, véase Carbonell, Miguel, (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2007; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El Canon Neoconstitucional*, Trotta, 2010.

<sup>64</sup> Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico...” , *op. cit.*, pp. 50-58.

<sup>65</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo...” , *op. cit.*, p. 85.

judicial de la ley; 3) la Constitución tiene fuerza normativa; 4) una sobreinterpretación de la Constitución, lo que significa que hay múltiples normas implícitas derivadas de la Constitución, y no hay discrecionalidad legislativa, pues todo está previsto por la Constitución; 5) la Constitución regula también las relaciones entre particulares; 6) las leyes deben interpretarse conforme con la Constitución, y 7) la Constitución influye las cuestiones políticas.<sup>66</sup>

Por su parte, la teoría del neoconstitucionalismo describe los logros de la constitucionalización del sistema y se enfoca en la estructura y el rol de la Constitución. Pugna, además, por una interpretación de la Constitución distinta a la de la ley.<sup>67</sup>

Finalmente, se utiliza el neoconstitucionalismo para referirse a dos instituciones particulares, una Constitución rígida con derechos fundamentales y el control judicial de la ley.<sup>68</sup>

### III. ¿QUÉ ES EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO?

Como ha sido expuesto en el apartado anterior, el constitucionalismo es un concepto cuyo contenido es controvertido, el cual es objeto de debate permanente. Como una manifestación de ese debate está la discusión sobre la conceptualización del constitucionalismo autoritario.

En esta parte del ensayo exploraré los pocos trabajos que han utilizado la categoría de constitucionalismo autoritario para referirse a ciertos países. Este mapeo nos servirá para identificar las características que lo definen según la literatura especializada. Pondré en entredicho dos de estas características, lo que a su vez

---

<sup>66</sup> Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico...”, *op. cit.*, pp. 50-58.

<sup>67</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

<sup>68</sup> Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico...”, *op. cit.*, pp 50 y 51.

me servirá para distinguir entre el autoritarismo constitucional y el constitucionalismo autoritario.

Hay que tener en mente que estamos hablando de constitucionalismo autoritario y no de autoritarismo electoral<sup>69</sup> o autoritarismo competitivo.<sup>70</sup> El constitucionalismo autoritario difiere de éstos en dos sentidos. El autoritarismo electoral o autoritarismo competitivo se refiere a un tipo de régimen distinto, mientras que el constitucionalismo autoritario no.

Así, de acuerdo con mi concepción, el constitucionalismo autoritario enfatiza una manera en que las elites gobernantes con mentalidad autoritaria ejercen el poder en Estados no completamente democráticos, en los que su Constitución liberal democrática, en lugar de limitar el poder del Estado y empoderar a los sin poder, es utilizada práctica e ideológicamente de manera autoritaria.

Una segunda diferencia es el énfasis que el constitucionalismo autoritario pone en el aspecto constitucional y no en las elecciones con múltiples partidos o en competencias electorales injustas.

### 1. *La literatura existente sobre constitucionalismo autoritario*

Podemos empezar nuestro repaso con el caso de Singapur, clasificado por Mark Tushnet como constitucionalismo autoritario. De acuerdo con Tushnet, en el constitucionalismo autoritario, las libertades tienen un nivel medio de protección, y las elecciones son razonablemente libres y justas.<sup>71</sup> En el caso de Singapur, hay “intersticios tolerados por el régimen en los que se respetan

---

<sup>69</sup> Schedler, Andreas, “The Logic of Electoral Authoritarianism”, en Schedler, Andreas (ed.), *Electoral Authoritarianism The Dynamic of Unfree Competition*, Lynne Rienner Publishers, 2006, p. 1.

<sup>70</sup> Levitsky, Steven y Way, Lucan A., *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

<sup>71</sup> Tushnet, Mark, “Authoritarian Constitutionalism” *op. cit.*, p. 8.

las libertades, incluyendo la libertad de diferir<sup>72,72</sup> Por ejemplo, de los tres casos notables en que las personas han sido detenidas sin juicio al ser consideradas una amenaza a la seguridad nacional, sólo una puede ser considerada arbitraria.<sup>73</sup> La ley de sedición que prevé penas por criticar al gobierno no ha sido utilizada por un largo período, aun cuando las autoridades tienen algunos otros métodos para perseguir a los críticos;<sup>74</sup> por ejemplo, utilizan la ley de difamación para reclamar daños.<sup>75</sup> Asimismo, la corte protege a los funcionarios públicos de declaraciones falsas o acusaciones falsas de corrupción.<sup>76</sup> Hay una influencia indirecta del gobierno sobre los consejos directivos de los periódicos<sup>77</sup> y las leyes electorales han sido modificadas con el fin de asegurar el control del partido gobernante.<sup>78</sup>

Después de describir este tipo de prácticas y leyes, Mark Tushnet señala:

La ideología del constitucionalismo autoritario está cerca de una punta del espectro que va de un liberalismo fuerte tipo norteamericano o europeo a un constitucionalismo que justifica *fácilmente* restricciones a la libertad. Es constitucionalismo porque evoca justificaciones de tipo liberal y no de un tipo autoritario.<sup>79</sup>

Parte de esta ideología la explica Lee Kuan Yew: “en el Este, el objetivo principal es lograr *una sociedad bien ordenada* de manera que todos puedan disfrutar al máximo sus libertades”<sup>80</sup> (énfasis añadido). Asimismo, Li-Ann Thio explica que hay una inclinación hacia lo nacional y a la sociedad sobre el individuo. La gente

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 14.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 29 y 30.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>80</sup> Citado por Tushnet, p. 82.

busca ser gobernada por personas honorables en lugar de establecer mecanismos de rendición de cuentas, además no dan un gran valor a la expresión política, lo que explica la protección que se le da los funcionarios públicos en casos de difamación.<sup>81</sup> Valoran el consenso en lugar del disenso,<sup>82</sup> rechazan el individualismo y estiman positivamente el discurso orientado a las responsabilidades y al bien común.<sup>83</sup>

Una segunda descripción del constitucionalismo autoritario es hecha por Somek, basada en el régimen austriaco vigente de 1933-38. Somek señala que la Constitución preveía la mayoría de los rasgos de una Constitución liberal, salvo el democrático.<sup>84</sup> Esto significa que el gobierno no depende de la aprobación del electorado ni es responsable ante un órgano representativo.<sup>85</sup>

Así, en el caso austriaco, la Constitución tenía un contenido autoritario. Era la Constitución, y no las prácticas, la que rechazaba la democracia. La descripción de Somek incluye otros rasgos interesantes: 1) el gobierno deseaba mantener una semblanza de legalidad y continuidad con la Constitución de 1920;<sup>86</sup> 2) la doctrina constitucional buscaba explicar los nuevos desarrollos utilizando términos descriptivos que implícitamente tenían una agenda normativa;<sup>87</sup> 3) el líder jugaba un papel fundamental en la fundación y preservación del Estado,<sup>88</sup> y 4) el programa de regeneración nacional estaba basado en la doctrina social católica, en el fin de la integración social y en una sociedad cor-

---

<sup>81</sup> Thio, Li-Ann, "Constitutionalism in Illiberal Politics", *op. cit.*, p. 144.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>84</sup> Somek, Alexander, "Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933 to 1938 and its Legacy", en Joerges, Christian y Singh Ghaleigh, Navraj (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Hart Publishing, 2003, p. 362.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 367.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 370.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 362, 377 y 378.

porativa, así como en la imagen de los austriacos como los mejores alemanes.<sup>89</sup>

Una descripción similar del constitucionalismo autoritario la encontramos en el trabajo de Turkuler Isiksel enfocado en Turquía. Isiksel señala que en este tipo de régimen, la Constitución, en lugar de limitar el poder, establece mecanismos de opresión.<sup>90</sup> La Constitución es utilizada como un mecanismo de dominación política que niega las premisas del constitucionalismo y refleja una ideología autoritaria.<sup>91</sup> Según Isiksel, la Constitución turca de 1982 está permeada por el espíritu de los estados de emergencia y está diseñada para limitar las libertades en lugar de limitar al gobierno.<sup>92</sup> De hecho, la Constitución contiene disposiciones que permiten la expansión del gobierno de emergencia.<sup>93</sup> Así, Isiksel concuerda con Somek en que en el constitucionalismo autoritario la Constitución tiene un contenido autoritario, pero no coinciden en cuál es ese contenido. Para Isiksel, el énfasis que Somek pone en la falta de asambleas democráticas no hace justicia al principal reto que presenta el constitucionalismo autoritario al constitucionalismo: limitar el uso arbitrario, absoluto y no responsable del poder.<sup>94</sup>

Más aún, Isiksel enfatiza cómo las libertades están subordinadas a una concepción opresiva del orden público y de la seguridad, en la que el Estado es el centro de la cultura política.<sup>95</sup> De acuerdo con la autora, en el caso de Turquía, el Consejo Nacional de Seguridad compuesto por militares de alto rango y ministros de gobierno puede, *de facto*, dirigir las operaciones de las tres ramas de gobierno. Además, los militares pueden juzgar a civiles y no

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 362, 366 y 369.

<sup>90</sup> Isiksel, Turkuler, "Between Text and Context: Turkey's Tradition of Authoritarian Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 702 y 709

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 709, 726.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 719.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 718.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 709 y 710.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 710 y 726.

están sujetos al control civil.<sup>96</sup> Mientras que el tribunal constitucional no ha hecho interpretaciones progresistas de la Constitución.<sup>97</sup>

Otra descripción similar del constitucionalismo autoritario es la de Tschorene sobre Chile de 1830 en adelante. Según Tschorene, la Constitución de 1830 y su legislación complementaria establecían una verdadera dictadura constitucional, en la que el presidente era el garante de la seguridad nacional y del orden público, así como un poder ilimitado.<sup>98</sup> Asimismo, los valores de orden y paz aparecían en primer plano.<sup>99</sup>

También enfocado en Chile, especialmente en el desarrollo y el discurso que justifica la existencia del Consejo de Estado como órgano consultivo del Poder Ejecutivo,<sup>100</sup> Muñoz León nos dice que el constitucionalismo autoritario chileno

enfatisa la mantención del orden social antes que la expansión de las libertades públicas o de la justicia; prioriza la continuidad histórica por sobre la experimentación institucional, y considera a la propiedad y las formas de sociabilidad desplegadas en torno a ella —la familia, la empresa— como pilares de la sociedad chilena.<sup>101</sup>

Según este último autor, el constitucionalismo autoritario se ha expresado en la práctica constitucional configurando la realidad histórica de diversas instituciones; por ejemplo, organizando

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 717 y 718.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pp. 722 y 723.

<sup>98</sup> Tschorne, Samuel, *Authoritarian Constitutionalism and Political «Stability» in Chile: The Role of Law and Institutions in the History of Chile (1820-1925)*, 2014; Ruiz-Tagle, Pablo, “El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia”, en Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo, *La República en Chile Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*, LOM Ediciones, 2006, pp. 93-106

<sup>99</sup> Tschorne, Samuel, *Authoritarian Constitutionalism and Political...*, *cit.*, p. 29.

<sup>100</sup> Discurso que justifica la existencia del Consejo de Estado en el saber y la experiencia acumulada. Muñoz León, Fernando, “Árbol genealógico del Consejo de Estado. El constitucionalismo autoritario en nuestra historia”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 214 y 215.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 212.

el poder político alrededor de la presidencia de la República en detrimento del Congreso, garantizando la protección judicial de la propiedad y estableciendo el orden social como fuente de legitimidad. Además, ha influido en el plano del discurso constitucional con el fin de justificar ciertas instituciones políticas como el Consejo de Estado.<sup>102</sup>

## 2. *Características comunes*

Del repaso de la literatura especializada sobre el constitucionalismo autoritario podemos extraer las siguientes características comunes: la defensa del orden, inclinación hacia la comunidad sobre el individuo, preferencia del consenso en lugar del disenso —aun cuando no sea claro si existe una ideología autoritaria que lo distinga—. Asimismo, un nivel intermedio de protección de los derechos y libertades o prácticas de tipo autoritario. Y la existencia de una Constitución con contenido autoritario —aunque no haya coincidencia en cuál sea ese contenido—.

La pregunta es si con estas características es posible hablar de *constitucionalismo*, pues entre ellas no hay algo que lo defina como constitucionalista en el sentido liberal democrático. Por esta razón es que debemos volver a considerar si es correcto que al *constitucionalismo* autoritario lo defina una Constitución con contenido autoritario y si es cierto que no existe una ideología autoritaria.

## IV. EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO REVISITADO

### 1. *¿Constituciones con contenido autoritario o liberal democrático?*

Como se ha visto de acuerdo con la literatura especializada, una de las características comunes del constitucionalismo autoritario es la existencia de una Constitución con contenido autoritario. En

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 212, 213 y 245.

mi opinión, esta característica no puede definir al constitucionalismo autoritario si es que queremos hablar de *constitucionalismo*. En efecto, resulta más congruente que en los casos en que hay una Constitución con contenido autoritario, como en Austria de 1933 a 1938, Turquía de 1982 al presente, Chile con la Constitución de 1830, y tal vez Singapur<sup>103</sup> hablemos de *autoritarismo constitucional*, y no de constitucionalismo autoritario. En el *autoritarismo constitucional*, la práctica sigue el contenido de la Constitución, en la que no existe ningún compromiso con el constitucionalismo que sirva como parámetro para evaluar dichas prácticas. Por el contrario, en el constitucionalismo autoritario hay una Constitución con un contenido liberal democrático al cual debieran ajustarse las prácticas autoritarias.

Esta distinción puede parecer pedante, y seguramente debemos seguir pensando en el autoritarismo constitucional y en el constitucionalismo autoritario como situaciones que nos plantean retos semejantes. Ahora bien, si lo que estamos buscando es claridad analítica, este puede ser un buen lugar para empezar. Más aún, la distinción no es baladí en términos prácticos. Como se verá, en el constitucionalismo autoritario, la Constitución con contenido liberal democrático es utilizada para sostener un discurso constitucionalista que sirve para legitimar y sostener sistemas con prácticas autoritarias.

En pocas palabras, el constitucionalismo autoritario hace referencia a una forma de ejercer el poder de forma autoritaria, apoyado en una Constitución liberal democrática. Claro, una Constitución que no cumple con las promesas del constitucionalismo,<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> En efecto, en la Constitución vigente encontramos el artículo 5A.(1) “Sujeto a la parte III, el Presidente puede negar discrecionalmente su aprobación de cualquier reforma constitucional (distinta a la prevista en el artículo 5 (2a.)), si la reforma o cualquiera de sus disposiciones, directa o indirectamente limita sus poderes discrecionales”.

<sup>104</sup> Okoth-Ogendo, H. W. O., “Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox”, en Greenberg, Douglas *et al.*, *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 66.

lo que hace del constitucionalismo autoritario un constitucionalismo muy débil.

## 2. *¿Ideología autoritaria?*

Un punto sobre el que me interesa detenerme es sobre el tipo de ideología que mantienen las elites en el constitucionalismo autoritario. Sobre el tema, Tushnet señala

La ideología del constitucionalismo autoritario se acerca a una de las puntas del espectro que tiene, por un lado, al liberalismo fuerte tipo americano o a la socialdemocracia europea, y por el otro, a un constitucionalismo que justifica fácilmente restricciones a libertad individual. Aun cuando se trata de una ideología constitucionalista en tanto el tipo de justificaciones que se emplean para restringir las libertades son acordes con el constitucionalismo y no con una ideología autoritaria.<sup>105</sup>

En otras palabras, en el constitucionalismo autoritario los líderes hacen valer justificaciones de tipo liberal, y éstas definen su ideología.<sup>106</sup> Así, lo que distingue al constitucionalismo autoritario es la conducta o prácticas del gobierno.

¿Es correcto decir que las elites gobernantes en el constitucionalismo autoritario no tienen una ideología autoritaria? ¿Cómo podemos saber si la ideología de las elites es o no autoritaria? En tanto no tenemos un escáner que nos permita identificarla, es necesario fijarnos en el comportamiento de las elites. Así, la ideología debe ser compatible con lo que podamos observar y debe hacer más comprensible su comportamiento.<sup>107</sup> Además, debemos atender tanto el contenido como las funciones de su comportamiento; por ejemplo, podemos enfocarnos en el contenido

---

<sup>105</sup> Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *op. cit.*, p. 84.

<sup>106</sup> Agradezco al profesor Tushnet por esta aclaración.

<sup>107</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 93

de la Constitución, en sus reformas, en las prácticas de las elites y en las funciones que cumplen.

Empecemos por las prácticas. Ya se ha dicho que en el constitucionalismo autoritario hay prácticas autoritarias o un nivel intermedio de protección de los derechos y libertades. La pregunta es si esta evidencia nos permite afirmar que las elites tienen una ideología autoritaria. Tushnet piensa que no, en tanto las elites utilizan justificaciones de tipo liberal para restringir derechos, y yo agregaría justificaciones que están basadas en la Constitución.

En mi opinión, este tipo de prácticas nos dan una clave sobre la ideología de las elites, aunque reconozco que hay ambigüedades. Por ejemplo, es razonable preguntarse si la aprobación de reformas constitucionales de gran envergadura en unas pocas semanas con deliberación escasa, la amenaza a periodistas por el Estado y bandas del narcotráfico, el aumento de la tortura por la policía, o la restricción de la protesta social constituyen señales de una ideología autoritaria.<sup>108</sup> O si más allá del tipo de prácticas tiene que haber un patrón de repetición. En otras palabras, la calificación autoritaria de la ideología con base en prácticas resulta débil, en tanto hay desacuerdo sobre lo que éstas transmiten.

Piénsese ahora en el contenido de la Constitución. Como se señaló, para hablar de *constitucionalismo* autoritario y no de autoritarismo constitucional es necesario que la Constitución tenga un contenido de tipo liberal democrático. Si esto es así, la tesis de la ideología autoritaria parece debilitarse. En efecto, sería raro afir-

---

<sup>108</sup> Todos estos son ejemplos de la realidad mexicana. Hasta ahora nos habíamos movido en un plano abstracto; sin embargo, en este apartado es necesario empezar a ejemplificar. La aprobación de reformas constitucionales sin deliberación sustancial versaron sobre el régimen del petróleo y los hidrocarburos, las telecomunicaciones y la educación. Las amenazas a periodistas han sido documentadas, entre otros, por Human Rights Watch, disponible en línea: <http://www.hrw.org/es/world-report-2011/mexico-0>. La represión de la protesta puede documentarse desde el inicio del actual sexenio hasta las últimas detenciones realizadas en las protestas por la desaparición de 43 estudiantes en Ayotzinapa. El aumento de la tortura ha sido denunciado por varias ONG y el relator de la tortura de la ONU.

mar que las elites que pusieron una Constitución con un contenido liberal democrático tienen una ideología autoritaria.

La deficiencia de esta conclusión formal es que no toma en cuenta cómo en el constitucionalismo autoritario, la Constitución y el discurso constitucionalista son utilizados con fines autoritarios. Sólo si entendemos cómo opera es que podemos descifrar la ideología de las elites gobernantes. Veamos.

### 3. *Funciones prácticas e ideológicas de la Constitución en el constitucionalismo autoritario*

En una democracia liberal donde el poder está distribuido de manera igualitaria y extendida a las disposiciones constitucionales que teóricamente tienen el propósito de limitar el poder, efectivamente cumplen ese cometido.<sup>109</sup> Por el contrario, el constitucionalismo autoritario pone de cabeza a la Constitución liberal democrática.<sup>110</sup> Las elites utilizan la Constitución para controlar a sus oponentes o fortalecer la apariencia de legitimidad del sistema,<sup>111</sup> sin que éstas sirvan para limitar el poder o empoderar a los sin poder. De hecho, la aplicación de la Constitución varía según los intereses de la elite gobernante.

Empecemos por identificar los distintos tipos de disposiciones que contiene una Constitución de contenido liberal democrático. Utilizando la Constitución mexicana como ejemplo, tenemos: 1) derechos y libertades, 2) atribución de competencias y división del poder en distintas ramas del gobierno, 3) reglas electorales, 4) instituciones representativas y sus procedimientos, 5) distribución del poder entre federación, estados y municipios, 6) supuestos de responsabilidad de los funcionarios públicos, procedimientos y sanciones, 7) poderes sobre la economía, la propiedad, bienes y

---

<sup>109</sup> Holmes, Stephen, "Constitutions and Constitutionalism", *op. cit.*, p. 207.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 211; Isiksel, Turkuler, "Between Text and Context...", *op. cit.*, p. 714.

<sup>111</sup> Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *op. cit.*, pp. 53, 62 y 69.

servicios públicos, 8) procedimiento para reformar la Constitución, etcétera.

En una democracia liberal, este tipo de disposiciones tienen diversas funciones: dan poder a ciertas instituciones que permiten la cooperación y coordinación entre la gente o la obtención de información; limitan el poder estableciendo lo que se puede o no hacer, o cómo deben hacerse las cosas,<sup>112</sup> o pueden dar poder a los sin poder.<sup>113</sup> Lo que distingue al constitucionalismo autoritario es que las funciones de limitación del poder y empoderamiento de los sin poder desaparecen.

Por su parte, de acuerdo con Ginsburg y Simpsen,<sup>114</sup> las Constituciones en regímenes autoritarios tienen las siguientes funciones: coordinar múltiples actores, controlar a los subordinados, permitir la cooperación, establecer instrucciones, hacer anuncios, esconder prácticas, proveer de legitimidad a ciertas voces, aumentar la credibilidad, desmoralizar a posibles oponentes, describir un estado de cosas posible, estructurar el discurso y proveer de un lenguaje político.

Estas funciones se pueden clasificar en prácticas e ideológicas. Entre las funciones prácticas está coordinar actores o controlar subordinados, permitir la cooperación, etcétera. Entre las funciones ideológicas tenemos hacer anuncios, esconder prácticas, proveer de legitimidad a ciertas voces, etcétera. Como se ha mencionado, en una democracia liberal, la Constitución también busca lograr la cooperación y la coordinación, así como legitimar

---

<sup>112</sup> Waldron, Jeremy, "Constitutionalism: A Skeptical View", *op. cit.*, pp. 20 y 21.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>114</sup> Ginsburg, Tom y Simpsen, Alberto, "Introducción", en Ginsburg, Tom y Simpsen, Alberto (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 2-14. Podemos guiar nuestro análisis sobre las funciones de las Constituciones en el constitucionalismo autoritario partiendo de las funciones que las Constituciones tienen en regímenes autoritarios, pues como hemos visto, el contenido de las Constituciones en regímenes autoritarios y democráticos es muy parecido. Lo que las distingue, y esto es lo importante, es el contexto en el que son aplicadas.

el ejercicio del poder. La diferencia se encuentra en que en el constitucionalismo autoritario, la Constitución no sirve para limitar el poder o empoderar a los sin poder. De esta forma, con la Constitución se busca legitimar, o en su caso, estabilizar el poder, generando aspiraciones continuas, al mismo tiempo que se hace imposible cualquier cambio sustancial.

Así, en el constitucionalismo autoritario, la Constitución liberal democrática no limita a las elites gobernantes. Por ejemplo, las reglas que regulan las elecciones sirven para coordinar la sucesión en el poder de manera pacífica, sin que ello signifique un empoderamiento del electorado; la separación de poderes vertical y horizontal es un mecanismo de coordinación entre elites, pero no de control mutuo; las reglas que prevén sanciones por el ejercicio indebido del servicio público sirven para controlar a los subordinados, etcétera. De esta forma, que las elites gobernantes utilicen el lenguaje de una Constitución liberal democrática no reporta ningún beneficio a los gobernados. De hecho, hace las cosas aún peores en tanto utiliza el discurso constitucionalista para encubrir funciones autoritarias, lo que puede llevar al desencanto o rechazo del constitucionalismo, optando por transiciones autoritarias.

En mi opinión, este uso instrumental y aplicación flexible de la Constitución nos dice algo más sobre la ideología de las elites. En efecto, según Linz, que en este punto sigue a Theodor Geiger, las elites autoritarias tienen una mentalidad —en contraposición a una ideología en cuanto a su rigor— más emocional que racional, que les permite reaccionar de manera flexible ante distintas situaciones. La mentalidad es fluctuante y con poco rigor, cercana al presente o al pasado, sin ser utópica.<sup>115</sup> A diferencia de las ideologías, las mentalidades son débiles y flexibles.

Así, las ideas que guían a las elites autoritarias les permiten adoptar Constituciones con un contenido que, en teoría, debe limitar su poder, pero que implementan acorde con su conveniencia. Su mentalidad pragmática les permite adaptarse fácilmente

---

<sup>115</sup> Linz, Juan, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, cit., pp. 162 y 163.

a las situaciones que se van presentando, y adoptar disposiciones de tipo liberal democrático en la medida en que les reportan un beneficio.<sup>116</sup>

#### 4. *El discurso constitucionalista en el constitucionalismo autoritario*

Ya he llamado la atención sobre las funciones prácticas que tiene una Constitución en el constitucionalismo autoritario. En este apartado me enfocaré en las funciones ideológicas de la Constitución. Para entenderlas, puede ser de utilidad cambiar nuestra perspectiva y ver a la Constitución como un discurso del poder,<sup>117</sup> y no sólo como un instrumento de gobierno.

Desde esta perspectiva, la Constitución es un discurso escrito con base en el cual las élites gobernantes pueden adoptar un discurso hablado del constitucionalismo. Así, apelan a la Constitución, al Estado de derecho, al respeto de los derechos humanos o a la democracia, todos éstos previstos en la Constitución. En esa medida, el texto constitucional importa, pues hace creíble el discurso hablado del constitucionalismo.<sup>118</sup> Claro está que no hay un andamiaje que haga realidad el constitucionalismo; esto es, entendimientos, prácticas y principios.<sup>119</sup> En pocas palabras, los gobernantes no tienen un compromiso con la limitación del poder.

De esta forma, el discurso constitucionalista es superficial en tanto no busca promover la ideología liberal democrática que es necesaria para que funcione una Constitución de ese tipo. Me refiero a una ideología que valore al individuo, la pluralidad, la neutralidad del Estado, la participación y el desacuerdo, entre

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 162-164.

<sup>117</sup> Cabo, Carlos de, *Pensamiento crítico constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 46 y 47.

<sup>118</sup> Como dice Alan Hunt, el derecho es importante en la medida en que tiene dimensiones simbólicas e ideológicas. Hunt, Alan, *Explorations in Law and Society Toward a Constitutive Theory of Law*, *cit.*, p. 4.

<sup>119</sup> Walker, Graham, "The idea of nonliberal constitutionalism", *op. cit.*, p. 165.

otros. Por el contrario, una de las bases del constitucionalismo autoritario es la promoción del orden, la primacía de la comunidad y el consenso, etcétera.

Este discurso constitucionalista —escrito y hablado— se utiliza con el fin de estabilizar o generar la creencia de legitimidad de la dominación.<sup>120</sup> Estabilizar la dominación puede ser más fácil que legitimarla, más aún cuando se trata de un régimen viejo. En efecto, cuando se trata de un régimen en el que con el paso del tiempo la gente se ha podido percatar de que la Constitución no es respetada y que el discurso hablado son sólo palabras, entonces se reduce su potencial legitimador.

Para lograr estos objetivos, las elites gobernantes necesitan generar esperanzas continuas a través de la Constitución y otros instrumentos legales, aun cuando al mismo tiempo hacen imposible cualquier cambio sustancial. De esta forma, la Constitución se aliena y se convierte en un arma enemiga.<sup>121</sup>

#### *A. Crear esperanzas continuas a través de la Constitución y otros instrumentos legales*

Para lograr este propósito, las elites gobernantes tienen que generar la ilusión de un posible cambio. Esto lo logran, por ejemplo, otorgando derechos que representan los intereses de los sin poder sin cambiar las condiciones que los hagan realidad —sociales, políticas y económicas—.

Comúnmente este otorgamiento de derechos va acompañado de teorías que postulan que la parte dogmática y orgánica de la Constitución son independientes o conllevan una relación

---

<sup>120</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, cit., p. 15. Claro que el discurso constitucional no es el único que se utiliza para estabilizar y legitimar el régimen. Hunt, Alan, *Explorations in Law and Society Toward...*, cit., p. 117, 134 y 135. De Cabo señala que la ideología constitucional legitima y da opacidad al sistema, Cabo, Carlos de, *Pensamiento crítico constitucionalismo crítico*, cit., p. 80.

<sup>121</sup> Cabo, Carlos de, *Pensamiento crítico constitucionalismo crítico*, cit., p. 83.

pacífica.<sup>122</sup> De acuerdo con esta perspectiva, es posible avanzar enfocándose sólo en la parte dogmática. Sin embargo, como ha argumentado Roberto Gargarella en relación con la experiencia latinoamericana, esta tesis es dudosa. Según el autor, las Constituciones deben ser vistas como compuestas por elementos relacionados e interdependientes, así como debe reconocerse la influencia que la organización del poder tiene sobre toda la Constitución y, por tanto, la necesidad de poner atención sobre la misma.<sup>123</sup> No reconocer esta relación entre los elementos de la Constitución puede servir para ocultar las omisiones del poder para cumplir con la Constitución, oscurecer las dificultades impuestas por el presidente para el cumplimiento de los derechos, o ignorar la omisión del congreso para hacer efectivas las cláusulas de participación democrática.<sup>124</sup>

Así, la lógica del constitucionalismo autoritario puede servirnos para entender, por ejemplo, por qué en las últimas décadas, en Latinoamérica las reformas constitucionales se han enfocado en otorgar más derechos, sin llevar a cabo una modificación sustancial de la organización vertical del poder.<sup>125</sup> Más aún, en los casos en que sí se han modificado o establecido procedimientos más democráticos o de participación popular, a nivel legal o en la práctica no han sido respetados.<sup>126</sup>

En esos casos, paradójicamente, los derechos reflejan los intereses de los sin poder, pero promueven los intereses de las elites.<sup>127</sup> La lógica es que el derecho tiene que responder en alguna medida a las necesidades sociales para poder ser represivo; esto

---

<sup>122</sup> Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 158

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 157, 159, 161, 172, 184, 186, 187, 205 y 206.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>125</sup> *Ibidem*, pp. 148, 172, 185 y 186.

<sup>126</sup> De acuerdo con Roberto Gargarella, esto ha pasado en Ecuador y Venezuela. *Ibidem*, pp. 173-177.

<sup>127</sup> Sobre esta idea Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, *cit.*, p. 38.

es, para asegurar el control de las elites.<sup>128</sup> En efecto, las personas sin poder tienen una pequeña ganancia, y las elites conservan el control del Estado.<sup>129</sup>

De hecho, si las personas sin poder no fueran incluidas o tomadas en cuenta por el discurso constitucionalista, sería muy difícil que éste fuera persuasivo.<sup>130</sup> La generación efectiva de esperanzas constitucionales depende de la identificación real de aspiraciones sociales liberales e igualitarias.<sup>131</sup> El engaño sólo es posible porque las normas constitucionales reflejan necesidades, relaciones y aspiraciones de las personas sin poder.<sup>132</sup>

Esta adopción real, pero tramposa, de los postulados del constitucionalismo, crea la ilusión de vivir en un Estado constitucional.<sup>133</sup> Es una ilusión porque no hay evidencias contundentes de que la creencia sea falsa, pues la previsión de derechos humanos, la separación de poderes y la existencia de algunas prácticas constitucionales hace creer a la gente que es posible lograr un Estado constitucional. En otras palabras, el discurso satisface el deseo de la gente de vivir en un país donde el poder está limitado. Sin embargo, en las condiciones existentes eso es imposible.<sup>134</sup> No hay indicio de que en las condiciones presentes la Constitución pueda, efectivamente, limitar el poder sin depender de las consideraciones pasajeras de la elite dirigente.

---

<sup>128</sup> Uso las categorías de Nolte y Selznick de una manera un poco distinta. Nolte, Philippe y Selznick, Philip, *Law and Society in Transition*, 2a. ed., Transaction Publishers, 2001, p. 29.

<sup>129</sup> Collins, Hugh, *Marxism and law*, Clarendon Press, 1982.

<sup>130</sup> Eagleton, Terry, *Ideology an Introduction*, *cit.*, pp. 14, 15 y 26.

<sup>131</sup> Warren, Mark, "Liberal Constitutionalism as Ideology: Marx and Habermas", *Political Theory*, vol. 17, 1989, p. 525.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 526.

<sup>133</sup> Como explica E. P. Thompson, para que el derecho pueda cumplir su función ideológica, debe aparecer ajeno a la manipulación y parecer justo, siendo justo en algunas ocasiones. Thompson, E. P., *Whigs and Hunters. The origin of the Black Act*, Phanteon Books, 1975, p. 263.

<sup>134</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, *cit.*, p. 42.

### B. *Hacer implausible cualquier cambio sustancial*

A la vez que las elites gobernantes generan esperanzas continuas, hacen imposible cualquier cambio sustancial. Para ello deben esconder y reproducir la realidad.<sup>135</sup> Por ejemplo, esconder los acuerdos políticos detrás del escenario usando los procedimientos democráticos como fachada,<sup>136</sup> presentar los intereses del grupo como si fueran los intereses de todos,<sup>137</sup> obstruir la creación de grupos opositores manipulando las reglas electorales o cooptándolos si éstas logran emerger.<sup>138</sup>

Al mismo tiempo se oscurecen las condiciones en las cuales las promesas de la Constitución pudieran hacerse realidad.<sup>139</sup> Esto se logra poniendo el foco en ciertas contingencias sociales o relaciones de poder y dejando otras de lado.<sup>140</sup> Por ejemplo, pueden llamar la atención sobre las disposiciones que prevén derechos humanos y relegar las que regulan la organización del poder. Enfatizar la importancia de reglas electorales claras y elecciones periódicas, y nada más.<sup>141</sup>

Las elites también usan la Constitución para proveer de símbolos y generar apariencias con el fin de disimular prácticas autoritarias.<sup>142</sup> Simulan combatir las condiciones que les permiten

---

<sup>135</sup> Schedler, Andreas, "The Logic of Electoral Authoritarianism", *op. cit.*, p. 1. En términos de Carlos de Cabo, se busca oscurecer a través del lenguaje. Cabo, Carlos de, *Pensamiento crítico constitucionalismo crítico*, *cit.*, p. 58.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>137</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, *cit.*, p. 14.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>139</sup> Warren, Mark, "Liberal Constitutionalism as Ideology: Marx and Habermas", *op. cit.*, p. 512.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>141</sup> Aun cuando para los padres fundadores de la Constitución norteamericana las elecciones fijas y frecuentes son un mecanismo importante, también tenían claro que se necesitan de precauciones auxiliares, entre las cuales destaca la generación de intereses opuestos y rivales. Madison, James, *The Federalist*, Clinton Rossiter (ed.), núm. 10, Signet Classics, 1961, p. 319

<sup>142</sup> Feeley, Malcolm M., "Review: Law, Legitimacy, and Symbols: An Expanded view of Law and Society in Transition", *Michigan Law Review*, vol. 77, 1979, p. 905.

aplicar la Constitución de acuerdo con sus deseos; por ejemplo, combatir la corrupción, fortalecer a la sociedad civil<sup>143</sup> y la verticalidad del sistema político, contrarrestar la ignorancia sobre la política y la Constitución,<sup>144</sup> la desigualdad estructural,<sup>145</sup> etcétera.

Entre estas condiciones, hay que resaltar la existencia de una coalición autoritaria<sup>146</sup> que torna inefectivos los controles constitucionales. Esta coalición se genera otorgando beneficios a los funcionarios públicos, la oposición, los partidos políticos y fuerzas sociales, como los medios de comunicación. En efecto, la falta de virtud entre los gobernantes permite crear una coalición autoritaria entre el gobierno y las fortunas privadas.<sup>147</sup> De tal forma que, como se dice en *El Federalista*, no quedan motivos para resistir la invasión de los derechos y libertades, no hay ambición que frene la ambición, no existen intereses opuestos o rivales ni controles mutuos.<sup>148</sup>

Finalmente, las elites gobernantes pueden buscar confundir las causas de las prácticas autoritarias y justificar las relaciones existentes de poder,<sup>149</sup> pues confundiendo las causas se extraen del ámbito de acción política,<sup>150</sup> y justificándolas hacen que la

<sup>143</sup> Vale la pena recordar que de acuerdo con Madison, los controles del poder necesitan de leyes y del espíritu vigilante de la gente. Madison, James, *The Federalist*, cit., p. 350.

<sup>144</sup> Mark Tushnet dice que si los participantes en un sistema no pueden identificar con claridad quién viola la Constitución, entonces la gente no puede coordinarse en contra de quien lo hace. Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *op. cit.*, p. 49.

<sup>145</sup> Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism...*, cit., p. 206.

<sup>146</sup> Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *op. cit.*, p. 51.

<sup>147</sup> "Remember that for republican governments to function properly private fortunes should not be sources of danger, improbability of mercenary and perfidious combination of the several members of government, accountability and sufficient virtue among men of self government". Madison, James, *The Federalist*, cit., p. 343

<sup>148</sup> Madison, James, *The Federalist*, cit., p. 319.

<sup>149</sup> Warren, Mark, "Liberal Constitutionalism as Ideology: Marx and Habermas", *op. cit.*, p. 514.

<sup>150</sup> *Idem.*

distribución del poder aparezca como correcta o buena.<sup>151</sup> Un ejemplo de confusión es apuntar a la Constitución como la causa de los males o como el obstáculo del cambio, hacer una reforma constitucional y terminar subvirtiéndola a través de las leyes que la regulan o de las prácticas de la autoridad. Un ejemplo de justificación es apelar a elecciones periódicas y procedimientos representativos sin mayor deliberación, o a la decisión de tribunales independientes e imparciales que en la realidad son controlados por el poder.

En suma, entre las funciones ideológicas está la generación continua de esperanzas con el fin de conservar a la gente dentro del juego, a la vez que se hace imposible cualquier cambio sustancial.

En mi opinión, estas características nos permiten concluir que las elites del constitucionalismo autoritario sí tienen una mentalidad autoritaria, que se refleja en cómo ejercen el poder a través de la fachada de una Constitución de tipo liberal-democrática, la cual les permite sustentar un discurso constitucionalista.

## V. UNA TEORÍA CRÍTICA PARA EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO

Este trabajo no puede concluir con la conceptualización del constitucionalismo autoritario, sino debe esbozar una línea de trabajo para el futuro. Tal vez la tarea más obvia de una teoría crítica para el constitucionalismo autoritario es denunciar las prácticas autoritarias explícitas, como la manipulación electoral y la violación de derechos humanos. Sin duda, esta denuncia es importante; sin embargo, hay otras fallas subliminales que a largo plazo pueden ser incluso más perniciosas. Estoy pensando en los efectos del discurso constitucionalista como máscara del ejercicio del poder entre límites constitucionales que no son efectivos.

---

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 513.

Una teoría crítica constitucional debe dar luz y emancipar a la gente.<sup>152</sup> Como James Madison escribió hace muchos años, “la gente debe ser iluminada, despertada, unida, vigilar al gobierno y obedecerlo”.<sup>153</sup> La pregunta es dar luz sobre qué y emancipada de qué.

En una democracia liberal, donde las instituciones del constitucionalismo funcionan regularmente para limitar el poder y empoderar a las personas sin poder, resulta plausible que una teoría se enfoque en explicar o justificar cómo es que los órganos representativos funcionan, cómo se hacen las reformas constitucionales, qué es el Estado de derecho, etcétera. Sin embargo, en el constitucionalismo autoritario, esto es claramente insuficiente.

Una teoría que en el constitucionalismo autoritario se limite a explicar y justificar las instituciones liberales democráticas sin destapar y criticar el uso de esas mismas instituciones y del discurso constitucionalista con fines autoritarios es parte del problema, y no la solución. Esto es porque esas instituciones son las que sirven a las elites gobernantes en el constitucionalismo autoritario para encubrir las prácticas autoritarias.

Soy consciente de que criticar el uso del discurso constitucionalista en el constitucionalismo autoritario no es una tarea fácil, pues requiere salvar el contenido utópico del constitucionalismo, al mismo tiempo que criticar las funciones autoritarias que tiene en ciertos contextos.<sup>154</sup> Esto puede ser aún más difícil cuando la gente entiende que el constitucionalismo es *per se* algo

---

<sup>152</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, cit., pp. 54 y 58. Así, De Cabo señala que el pensamiento crítico puede considerarse como el esclarecimiento y autoconciencia de los conflictos, luchas y esperanza de una sociedad así como de la forma de intervenir en ellos. Cabo, Carlos de, *Pensamiento crítico constitucionalismo crítico*, cit., p. 33.

<sup>153</sup> Madison, James, “Who are the best keepers of the people’s liberties?”, en *The Papers of James Madison*, J. C. A. Stagg (ed.), University of Virginia Press, 2010, p. 426.

<sup>154</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, cit., p. 88. De Cabo habla de las tareas de defensa, crítica y superación del constitucionalismo crítico Cabo, Carlos de, *Pensamiento crítico constitucionalismo crítico*, cit., p. 74.

bueno.<sup>155</sup> Así, la crítica del discurso constitucionalista del constitucionalismo autoritario puede ser tachada incorrectamente, y en algunos casos intencionalmente, de autoritaria. Sin embargo, aun ante los riesgos, parece ser el único camino que permita al largo plazo vivir en una sociedad auténticamente democrática.<sup>156</sup> Este posible malentendido hace importante distinguir entre el contenido del constitucionalismo y las funciones que cumple el discurso constitucionalista en el constitucionalismo autoritario. La crítica se enfoca en este último.

En esta tarea crítica la academia tiene un papel importante. Como se sabe, la educación y las escuelas son uno de los instrumentos principales para articular y diseminar una ideología,<sup>157</sup> por lo que los maestros tienen una oportunidad única para reproducir o criticar el constitucionalismo autoritario. Los teóricos del constitucionalismo tienen la tarea de bajar al constitucionalismo de su pedestal y analizar sus funciones críticamente. Parafraseando a E. P. Thompson, deben exponer la farsa que se esconde detrás del discurso constitucionalista.<sup>158</sup>

La primera tarea de un teoría crítica puede ser identificar cómo el sistema genera esperanzas continuas sin dar las herramientas necesarias para hacerlas realidad, y cómo esas esperanzas promueven los intereses de la elite. Un caso que ya hemos mencionado es el de la incorporación a la Constitución de un catálogo de derechos fundamentales sin cambiar la distribución del poder. O el caso en que se prevén mecanismos de participación directa que en la práctica o a través de las leyes reglamentarias son obstruidos.

En México, por ejemplo, desde hace muchos años hay en la Constitución derechos civiles, políticos y sociales. Además, exis-

---

<sup>155</sup> Estoy parafraseando a Mark Tushnet "la mayoría de la gente cree que los derechos son algo bueno". Tushnet, Mark, "A Critique of Rights: An Essay on Rights", *Texas Law Review*, vol. 62, 1984, p. 1363

<sup>156</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, cit., p. 34 y 35.

<sup>157</sup> Collins, Hugh, *Marxism and law*, cit., p. 50. Además de la educación están las Iglesias y los medios de comunicación.

<sup>158</sup> Thompson, E. P., *Whigs and Hunters. The origin of the Black Act*, cit., p. 266.

te un procedimiento judicial específico para la protección de los derechos fundamentales conocido como el amparo. Pero también por muchos años —hasta la reforma constitucional de 2011 y legal de 2013 en materia de amparo con las que han empezado a haber algunos cambios— su procedencia fue restringida jurisprudencialmente por la práctica de los tribunales; ya fuera interpretando ampliamente las causales de improcedencia,<sup>159</sup> o restringiendo el interés jurídico necesario para su promoción al identificarlo con el derecho subjetivo.<sup>160</sup> En estos casos, los derechos fundamentales reflejan los intereses de las personas sin poder, pero en la práctica fortalecen los intereses de las elites gobernantes generando esperanzas que no podían ser alcanzadas.

En segundo lugar, una teoría crítica debe señalar las condiciones que impiden la existencia de una democracia liberal. Estas condiciones pueden ser históricas, estructurales, humanas, culturales, sociales, etcétera.<sup>161</sup> Una de las que más me interesa resaltar es la existencia de coaliciones autoritarias. Por ejemplo, en México esta coalición autoritaria está conformada por el partido político en el gobierno y los medios de comunicación. En efecto, las dos empresas que tienen más del 90% de la audiencia y la infraestructura de televisión abierta<sup>162</sup> tienen una estrecha relación con el Partido Revolucionario Institucional (PRI), que gobernó México por más de setenta años, y que gracias a su apoyo pudo ganar de nueva cuenta la presidencia de la República en las elecciones de 2012.

Como una muestra clara de constitucionalismo autoritario, en 2013 se reformaron los artículos 6o., 7o. y 28 de la Constitución para establecer la competencia como principio rector de las telecomunicaciones, así como para fortalecer la comisión de compe-

---

<sup>159</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2010, p. 135.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>161</sup> Solum, *op. cit.* nota 37, pp. 317-320 y 329.

<sup>162</sup> Huerta-Wong, Juan Enrique y Gómez García, Rodrigo, *Concentración y diversidad de los medios de comunicación y televisión en México*, Nueva Época, núm. 19, 2013, p. 113.

tencia económica dándole la facultad de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y a la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. Sin embargo, a decir de expertos, a través de la legislación secundaria se establecieron trabas para declarar a las empresas que conforma el duopolio como agentes preponderantes en el mercado y limitó —en lugar de reforzarlas— las facultades del Instituto Federal de Telecomunicaciones.<sup>163</sup> En pocas palabras, la reforma legal anuló los cambios prometidos por la reforma constitucional. Ante esta situación, una teoría crítica debe denunciar como la misma elite que reformó la Constitución para introducir un discurso emancipatorio, la vacía de contenido para proteger a los miembros de la coalición autoritaria que supuestamente buscaba controlar.

En tercer lugar, una teoría crítica debe llamar nuestra atención sobre los intereses parciales que son presentados como intereses de todos y cómo los procedimientos democráticos son utilizados como una fachada democrática. Doy otro ejemplo. Después de varios intentos fallidos, en 2013 se reformó la Constitución mexicana para permitir la inversión privada en la explotación del petróleo y los hidrocarburos. Esta reforma fue negociada en la opacidad, por lo que se llamó el Consejo Rector del Pacto por México, conformado por un grupo de diputados y senadores, representantes de los partidos políticos y del gobierno en turno.

Las discusiones de este Consejo Rector no fueron públicas, y sólo se entregaron al Congreso para su aprobación.<sup>164</sup> De hecho, aun cuando se trataba de una reforma constitucional, y de con-

---

<sup>163</sup> Corral, Javier, “La iniciativa Peña-Televisa”, *El Universal*, 1o. de abril de 2014, disponible en: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/04/69536.php>; Levy, Irene, “Simulaciones”, *El Universal*, 12 de enero de 2014, disponible en: <http://www.eluniversalmas.com.mx/columnas/2015/01/110556.php>.

<sup>164</sup> Lo que se denuncia es la falta de deliberación por los congresistas en sede parlamentaria, pues como bien dice Manin, las iniciativas pueden ser redactadas por expertos siempre y cuando sean debatidas por los representantes

formidad con el artículo 135 de la Constitución se requería una deliberación sustancial de cara al público, la Cámara de Diputados aprobó la reforma un día después de recibirla por parte del Senado y las legislaturas estatales en unos cuantos días, incluso en horas.<sup>165</sup>

Unos días después de su aprobación, se hizo su presentación a nivel nacional a través de la televisión, en un acto en el que participó el presidente, los diputados y senadores, y la clase política en general, la que defendió la reforma como inevitable y con la promesa de mejorar los precios de la electricidad y las gasolinas. Además, se enfatizó la necesidad de la reforma y el respeto de las reglas constitucionales para su aprobación.

En este caso, una teoría crítica debe llamar la atención sobre tres puntos. Primero, la presentación de los intereses particulares de las compañías petroleras como el interés general. Segundo, podría cuestionarse qué tan inevitable y necesaria era la reforma que se hizo. Por último, cómo el procedimiento parlamentario no se utilizó para refinar o integrar distintas visiones sobre un tema de interés público,<sup>166</sup> sino como fachada democrática.

---

electos. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 191.

<sup>165</sup> *Reforma energética rompe record en tiempo de aprobación constitucional*, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2013/12/en-83-horas-la-reforma-energetica-es-constitucional-17-congresos-la-avalan/#axzz2r5KR9aMK>; *La reforma energética avanza en los Congresos Estatales*, disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2013/12/13/reforma-energetica-aprobacion-congresos-estatales>. *Entre protestas, seis congresos estatales refrendaron la reforma energética*, y disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2013/12/13/en-10-minutos-comision-del-congreso-de-queretaro-aprueba-reforma-energetica-7765.html>. Vale la pena resaltar que esta forma expedita de tramitar las reformas constitucionales se ha convertido en una característica del gobierno y el congreso en turno.

<sup>166</sup> Madison, James, *The Federalist*, *cit.*, pp. 76-79. "It is interesting that for Isiksel one of the evidence that office-holders and citizens takes its constitution seriously is the diligent weighing of the wording of particular constitutional provisions by political actors, and widespread public debate about the merits of proposed amendment". Isiksel, Turkuler, "Between Text and Context...", *op. cit.*, p. 704.

Finalmente, una teoría crítica debe reflexionar sobre cómo el uso del discurso constitucionalista afecta la cultura de la legalidad; esto es, las ideas, actitudes, valores y creencias de la gente sobre la Constitución y el constitucionalismo.<sup>167</sup> Para algunos, el discurso constitucionalista puede crear la ilusión de que un cambio es posible, aun cuando las condiciones presentes no lo permiten y las que lo pueden hacer posible se esconden o confunden. Este grupo vive en el engaño y en la opresión.

Para otros, el discurso constitucionalista puede generar el desencanto con el constitucionalismo y orillarlos a aceptar un régimen autoritario.<sup>168</sup> En los dos casos las elites gobernantes han logrado algo muy valioso: que la gente se convierta en pasiva y renuncien a su espíritu crítico.

En el primer supuesto, una teoría crítica tiene que empezar por iluminar a la gente sobre cómo opera el constitucionalismo autoritario. En relación con el segundo grupo, debe convencerlos de que las Constituciones pueden ser herramientas de emancipación en diferentes condiciones. Y en los dos casos debe explicitar cuáles son esas condiciones, cómo cambiarlas e incentivar el cambio social.<sup>169</sup> En ambos supuestos encontrará fuertes reticencias de la coalición autoritaria para conservar el *statu quo*, lo que requerirá de acciones políticas prolongadas.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> Friedman, Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975, p. 194.

<sup>168</sup> Éste es claramente el caso de México. De acuerdo con el *Latinobarometro* en 2013 sólo el 37% de los mexicanos creía en la democracia, el 16% prefería un régimen autoritario, y el 37% pensaba que era lo mismo. Mientras que en 1995 el 49% creía en la democracia, lo que significa una pérdida del 12% en casi veinte años, disponible en: [http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD\\_INFORME\\_LB\\_2013.pdf](http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_INFORME_LB_2013.pdf). De acuerdo con Arnaldo Córdova, este retroceso se debe a las prácticas autoritarias de las élites gobernantes. Córdova, Arnaldo, “El desencanto con la democracia”, *La Jornada*, 24 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2013/11/24/opinion/015a1pol>.

<sup>169</sup> Geuss, Raymond, *The Idea of a Critical Theory Habermas...*, cit., p. 72.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 75.

## VI. CONCLUSIÓN

El término “constitucionalismo” se usa para referirse a una ideología, a una teoría, a una narrativa, a cierto tipo de instituciones o a varias de ellas a la vez. Con el constitucionalismo autoritario nos referimos a una forma autoritaria de ejercer el poder en Estados democráticos poco desarrollados, con base en una Constitución de tipo liberal democrática, que en lugar de limitar el poder y empoderar a las personas sin poder, cumple funciones autoritarias.

Después de revisar las pocas conceptualizaciones que se han hecho del constitucionalismo autoritario, planteé la reconsideración del contenido de la Constitución, pues a mi entender, el constitucionalismo autoritario para ser constitucionalismo requiere de una Constitución de tipo liberal-democrático. Asimismo, argumenté que las elites gobernantes tienen una ideología autoritaria, como se desprende del uso ideológico que hacen de la Constitución.

De hecho, una Constitución liberal democrática es una herramienta esencial del constitucionalismo autoritario como medio para estabilizar y/o legitimar el régimen, ya que ayuda a encubrir prácticas autoritarias, y a generar expectativas democráticas permanentes. Esto es así, pues las instituciones que teóricamente sirven para limitar el poder no cumplen ese cometido. La Constitución se utiliza para generar una ilusión, pues si bien refleja los intereses de las personas sin poder, lo hace para preservar los intereses de la elite gobernante. Ante este escenario planteé la necesidad y los retos de una teoría crítica. ¿Qué tan viables sean sus logros es algo que está por verse?

*Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*

*Un homenaje a Mark Tushnet*

Roberto Gargarella y Roberto Niembro Ortega (coordinadores)  
se terminó de imprimir en el mes  
de septiembre de 2016, en los Talleres Gráficos  
del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro,  
dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la  
dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez  
su tiraje consta de 2 000 ejemplares.

Este libro fue pensado con dos objetivos principales; por un lado, nos proponemos homenajear la reconocida trayectoria del profesor Mark Tushnet; por el otro, queremos ayudar a difundir en Hispanoamérica su teoría constitucional, que representa uno de los pensamientos más abiertos y avanzados que hoy pueden encontrarse en el área. Por ello, consideramos que la difusión de este prolífero autor es necesaria. A pesar de los valiosos aportes que ha realizado al derecho constitucional, a la teoría constitucional y al derecho constitucional comparado, los mismos resultan aún insuficientemente conocidos en nuestro medio.

Para el logro de los objetivos propuestos, se invitó a autores de diversas procedencias y experiencias profesionales que han sido sus alumnos, han trabajado y/o conocen profundamente la teoría del profesor Tushnet. Entre los autores que participan en el libro hay argentinos, brasileños y mexicanos, que son jueces o desempeñan funciones en las cortes supremas de sus respectivos países, se dedican de tiempo completo a la academia o trabajan como abogados postulantes. Además, se trata de autores que piensan críticamente sobre las propuestas del homenajeado.

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



[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)



ISBN. 978-607-02-8234-8



9 786070 282348