

**Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999, 245 páginas**

Liberar a la Constitución de los tribunales, emanciparla de ellos y devolverla al pueblo (*we, the people*) es la romántica reivindicación de Tushnet, quien pretende en este libro persuadir de las virtudes y, aún más, de las ventajas de un «derecho constitucional populista» —*a populist constitutional law*— frente al actual y poco vibrante «derecho constitucional elitista». ¿Qué es lo que ha llevado a los ciudadanos y a los políticos a aceptar pasivamente el extraordinario —y, según muchos, excesivo— protagonismo de los tribunales en la construcción del derecho constitucional? En opinión de Tushnet, ha sido la pérdida de algo fundamental que debe ser recuperado: el sentimiento constitucional, la conciencia de la responsabilidad colectiva en la construcción del proyecto constitucional. La Constitución, sin duda, es —debe ser— algo más que «lo que los jueces dicen que es».

El libro de Tushnet puede leerse desde dos enfoques (por no decir eso de que admite dos niveles de lectura). Por un lado es un libro sobre la *judicial review*, y más exactamente, de buenos argumentos contra la *judicial review*, contra la autoridad definitiva de los jueces para determinar lo que es y no es conforme a la Constitución. Por otro, es un libro de teoría de la Constitución, porque lo que en última instancia el autor propone es revisar la noción de Constitución, al menos, la aplicable a una Constitución como es la americana, cargada de historia, con más de doscientos años de vigencia y raramente enmendada.

Para desarrollar su discurso en defensa de un derecho constitucional populista, el autor establece de partida una distinción que le servirá de base en su argumentación posterior; se trata de la distinción entre lo que él llama la constitución «delgada» (*the thin Constitution*) y la constitución «gruesa» (*the thick constitution*). La terminología puede no ser muy sofisticada y resulta de penosa traducción, pero acierta a describir de modo bastante gráfico a qué se refiere el autor. La constitución «gruesa» incorpora numerosos preceptos en los que se detalla la organización y el modo de funcionamiento del gobierno. Estos son preceptos importantes que guían la actuación del poder, pero no son preceptos que habitualmente provoquen grandes controversias interpretativas. En parte porque este tipo de cláusulas constitucionales suelen ser bas-

---

\* Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

tante claras; en parte porque los afectados por ellas no tienen en general inconveniente en acomodar a ellas su actuación; y también porque los particulares, normalmente, no están atentos a normas que no les tocan directamente y que, por eso, rara vez están presentes en litigios ordinarios. Pero, sobre todo, lo que distingue a los preceptos de la constitución «gruesa» es que no son por sí mismos capaces de movilizar al público, no producen emoción alguna y, de ahí, que su eventual inobservancia genere, todo lo más, incruento debate entre especialistas. Para decirlo de un modo más claro, aventura Tushnet que «pocos de nosotros enviaríamos a nuestros hijos e hijas a luchar por el derecho del presidente a requerir opinión por escrito del funcionario principal de cualquier departamento administrativo» (Art.II Sec.2 de la Constitución). La Constitución «delgada» es, en este aspecto, radicalmente distinta. Consiste, básicamente, en aquello que implica las garantías fundamentales de igualdad y libertad. No está compuesta, advierte Tushnet, de preceptos concretos de la Constitución, no es la Primera Enmienda; si hubiera que ceñirse a un documento, la *thin Constitution* la encontramos en los principios de la Declaración de Independencia y en el Preámbulo de la Constitución. Para explicar la relación entre la Constitución como documento y la constitución «delgada», el autor se sirve de una imagen empleada por Lincoln: la Unión y la Constitución son el «marco de plata» alrededor de la «manzana de oro», el cuadro fue hecho en torno a esa *apple of gold*, los principios de la Declaración de Independencia, y sería un error creer que la pintura consiste en el marco.

El derecho constitucional populista reivindica esa constitución «delgada». La gente «de la calle» se siente comprometida por esa constitución como nunca podría estarlo en relación con la constitución «gruesa» y la *thin Constitution* es admirable de un modo en que aquélla no puede serlo; protege derechos que los individuos han llegado a considerar auténticamente fundamentales después de siglos de luchas y, lo que es más importante a juicio del autor, quizás sea el compromiso de la nación con esa constitución «delgada» lo que convierte al pueblo de los Estados Unidos en comunidad, lo que une al pueblo en un común proyecto moral: la consecución de una sociedad justa.

Como ya se ha advertido, esa constitución «delgada» no coincide exactamente con el *bill of rights* de la Constitución, ubicado principalmente en las diez primeras Enmiendas. Aunque no sea posible referirse a un texto concreto que la contenga, la interpretación de lo que vale por «*thin constitution*» puede ser objeto de discrepancia y, en este punto se plantea la cuestión acerca de quién o quienes han de ser los encargados de determinar el alcance de sus mandatos. Una respuesta casi automática es que los tribunales son los órganos adecuados, puesto que a ellos se encomienda la resolución de litigios en los que los derechos de particulares están en juego. Esta es una conclusión a la que conduce la tradición de la *judicial review* pero, advierte Tushnet, la deseabilidad de esta solución puede ser cuestionada. A su modo de ver, la conquista del derecho constitucional populista requiere liberar a la Constitución del dominio de los tribunales. Se gana con ello mucho y, como pretende demostrar, no se pierde tanto.

En cierto modo, ya se dijo, el libro consiste en una larga reflexión sobre la *judicial review*, sobre su legitimidad, su justificación y sus consecuencias. Los argumentos que el autor emplea para proyectar escepticismo sobre lo inevitable de la *judicial review* no son desconocidos, pero sí resulta novedosa la forma en que los enlaza. Una de las consecuencias indeseables de la *judicial review*, según el autor, ha sido la de fomentar la creencia de que ciertas cuestiones fundamentales para los individuos, cuestiones constitucionales, deben ser decididas en y por los tribunales y, por tanto, quedan apartadas de la discusión política y, en esta medida, del debate público.

La más o menos tácitamente aceptada idea de que la última palabra en la interpretación de la Constitución —también de los valores y de los principios constitucionales— la tienen los tribunales y, más precisamente, el Tribunal Supremo, es la causa, en opinión del autor, de cierta desidia o incluso irresponsabilidad del legislador cuando ha de enfrentarse a problemas de interpretación constitucional. No es infrecuente, por ejemplo, que el Congreso, en la duda acerca de la constitucionalidad de aspectos concretos de la legislación que se tramita, se decida por su aprobación sin mayor debate, trasladando a los tribunales la tarea de decidir en su momento si los preceptos de la ley son, finalmente, compatibles con la Constitución. Una de las razones que explican este comportamiento es precisamente la asumida «supremacía judicial»: independientemente de la conclusión a la que el Congreso llegue acerca de la constitucionalidad de los proyectos de ley que en su seno de debaten, los tribunales son «libres» a la hora de interpretar la Constitución. La interpretación que de ella haya hecho el Congreso no les vincula. En opinión de Tushnet, la situación sería distinta si el Congreso cobrara conciencia de su «deber» de aprobar leyes que excluyan todo riesgo de enfrentamiento con la Constitución, esto es, si el Congreso actuara persuadido de que su actuación no será supervisada por los tribunales.

Según muchos académicos, habitualmente de tendencia «liberal», la ausencia de *judicial review* supondría un enorme riesgo para los derechos de minorías que no cuentan con voz en el Congreso. El ejemplo favorito, en este punto, sigue siendo la celeberrima sentencia de *Brown v. Board of Education* que impulsó la política de desegregación racial en las escuelas. Pero Tushnet considera que es ingenuo considerar que los derechos están mejor garantizados por los tribunales que por el legislador. El ejemplo que pone, como contraste, es la actual posición del Tribunal Supremo contra la legislación que impulsa *affirmative actions*. Incluso si se admite que los tribunales están mejor capacitados para resolver «técnicamente» problemas de hermenéutica, esto escasamente justifica su supuestamente implícito poder para deducir de la constitución mandatos «no escritos».

En el libro se consideran soluciones alternativas a la forma establecida de control judicial de la constitucionalidad, que incluyen, por ejemplo, formas de control interno (como «mociones de inconstitucionalidad» que den lugar a debates específicos sobre problemas de constitucionalidad de los proyectos legislativos), o control compartido con el Presidente (el autor indica que hasta mediados del siglo pasado el poder de veto presidencial se empleó invariablemente para obstaculizar la entrada en vigor de leyes dudosamente constitu-

cionales a juicio del Presidente). En cualquier caso, el autor presenta datos y argumentos convincentes que hacen pensar que el control *judicial* de la constitucionalidad nunca ha dejado de tener un claro carácter político. Prueba de ello es que la historia de las relaciones entre el Tribunal Supremo y las ramas políticas del gobierno ha sido, no podía ser de otra forma, más de cooperación que de enfrentamiento; y nadie ignora que, desde hace tiempo, los *hearings* en el Senado que preceden al nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo son, antes que nada, la ocasión para examinar las posiciones «liberales» o «conservadoras» de los aspirantes, que se traslucen según su modo de «entender» la Constitución.

En definitiva, Tushnet aboga por potenciar el debate público, político, de las cuestiones «realmente» fundamentales, y rehusar abandonarlas en manos de los tribunales. El temor que muchos muestran a devolver al pueblo el poder de decidir sobre aquellos asuntos que directamente le afectan —y desde luego que entre ellos están los que se refieren a las condiciones de ejercicio de las libertades o a la garantía de la igualdad— probablemente revela el recelo hacia «la gente» y la excesiva confianza en la élite judicial. Las consideraciones que realiza a propósito de las dudosas ventajas de la práctica de deducir derechos «no enumerados» de la constitución, frente a la más extendida en las democracias europeas, de ampliar el espacio de los derechos legales, tienen extraordinario interés.

No es por casualidad que el autor eligiera un caso recientemente resuelto por el Tribunal Supremo, *City of Boerne v. Flores*, para iniciar su narración. En Boerne el Tribunal Supremo declaró que a los tribunales —en exclusiva— incumbía la interpretación del contenido y alcance de los derechos constitucionales. Lo peculiar de este caso fue que la interpretación que el legislador había hecho del derecho en concreto —la libertad religiosa— era notablemente más generosa que la propuesta por el Tribunal y, también por esta razón, el Tribunal la consideró inaceptable. Un conocido artículo, anterior a *Boerne*, en el que se examinaban otros casos en los que ya se había producido esta paradójica situación, llevaba por inquietante título el siguiente: «Cuando el Tribunal Supremo restringe los derechos constitucionales ¿puede el Congreso salvarnos?». Tushnet propone una respuesta.