

MARK TUSHNET



¿Por qué la Constitución importa?

Universidad
Externado
de Colombia

MARK TUSHNET



¿Por qué la
Constitución importa?

Universidad
Externado
de Colombia

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

N^o 63

Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.º 63

¿Por qué la Constitución importa?

MARK TUSHNET

**¿Por qué la
Constitución importa?**

ALBERTO SUPELANO
Traductor

Universidad Externado de Colombia

Serie orientada por CARLOS BERNAL PULIDO

ISBN 978-958-710-929-0

ISBN EPUB 978-958-710-929-0

© **2012, 2010, MARK TUSHNET**

© **2012, ALBERTO SUPELANO (TRAD.)**

© **2010, YALE UNIVERSITY PRESS**

© **2012, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Tel. (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición en castellano: abril de 2012

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Título original: *Why the constitution matters*, London: Yale University Press, 2004, 188 pp.

Ilustración de cubierta: *Firma de la Constitución americana, 1787*, por Howard Chandler Christy, 1940

Composición: David Alba

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi agente Sydelle Kramer por sugerirme este proyecto, y a Michael O'Malley de Yale University Press por apoyarlo. Francisco Michelman, L. Michael Seidman y Adrian Vermeule hicieron útiles comentarios a un borrador y me salvaron de algunos errores bochornosos.

INTRODUCCIÓN

¿Por qué la Constitución importa? Si usted compró este libro, es probable que ya tenga una respuesta a esta pregunta. Tal vez piense que la Constitución importa porque protege nuestros derechos fundamentales. La respuesta que doy aquí es diferente: la Constitución importa porque da estructura a nuestro proceso político. Y es que la fuente última -y a veces la inmediata- de cualquier protección que tengamos de nuestros derechos fundamentales no es la Constitución sino la política.

Esta es una breve presentación de las razones por las cuales su primera respuesta, relacionada con los derechos fundamentales, no es del todo correcta.

La gente no coincide en cuáles son nuestros derechos fundamentales, y nadie cree realmente que todo lo que la Corte Suprema dice sobre esos derechos es la última palabra. Algunas personas piensan que la Constitución garantiza a una mujer embarazada el derecho a abortar, otras no, y algunas piensan que el feto tiene un derecho constitucional a la vida que se debe hacer valer incluso en contra de la mujer. Algunas personas piensan que la Segunda Enmienda protege el derecho individual a poseer armas para protegernos por nosotros mismos; otras piensan que esta es una interpretación absurda de esa enmienda, la cual se refiere explícitamente a una "milicia bien reglamentada", y que es una política socialmente desastrosa en algunas ciudades de nuestro país. En vista de

estas diferencias, decir que la Constitución importa porque protege nuestros derechos fundamentales no nos dice nada.

Tampoco ayuda decir: "muy bien, tal vez la Constitución - las palabras escritas en los folletos que están a disposición de nuestros congresistas- no proteja nuestros derechos fundamentales, pero la Corte Suprema sí los protege cuando interpreta la Constitución". Después de todo, la Corte Suprema ha dicho que una mujer tiene el derecho constitucional a decidir si aborta y que la Segunda Enmienda protege nuestro derecho a poseer armas de fuego. Así es como la Constitución protege nuestros derechos básicos: a través de la interpretación constitucional de la Corte Suprema.

No obstante, en general las decisiones de la Corte Suprema no eliminan los desacuerdos que tenemos acerca de cuáles son nuestros derechos fundamentales. Aquí tengo que ser cuidadoso. A veces el simple hecho de que la Corte Suprema interprete la Constitución de una manera u otra afecta lo que la gente cree que la Constitución dice. Las personas situadas cerca del centro del espectro político, que no prestan mucha atención a la disposición constitucional que la Corte ha interpretado, pueden decirse: "¿Qué sé realmente de la Constitución? Ante todo, tengo predisposiciones o prejuicios desinformados sobre su significado. Pero si la Corte Suprema dice que eso es lo que significa, debe tener razón. Después de todo, los magistrados saben mucho más de la Constitución que yo". Sin embargo, en los temas más polémicos que trata la Corte -he usado el aborto y la Segunda Enmienda como ejemplos, pero hay un sinnúmero de ellos- mucha gente se preocupa

bastante y mantiene firmes opiniones con respecto a cuáles son nuestros derechos fundamentales. Sus opiniones no van a cambiar simplemente por una decisión de la Corte Suprema o incluso por una serie de decisiones sobre el mismo tema. De hecho, algunas personas considerarán las decisiones de la Corte como una razón para modificar su composición eligiendo un presidente diferente que nombre otro tipo de magistrados. En otras palabras, usarán la política para tratar de cambiar la Corte Suprema y, por medio de la Corte, la interpretación dominante de la Constitución y, así, cambiar el contenido de los derechos fundamentales que hoy tenemos los estadounidenses. Como explica el segundo capítulo, los "derechos fundamentales" responden a la pregunta de por qué importa la Constitución solo si entendemos cómo afecta la política a la Corte Suprema.

Claro que usted puede estar contento porque la Corte Suprema está protegiendo los derechos fundamentales que a usted le gustan. Pero si sabe algo de historia constitucional, sabe que no siempre ha sido así. No es que la Corte Suprema por fin haya alcanzado gran "discernimiento" y nunca cambiará de opinión. Algún día, quizá muy pronto, empiece a proteger derechos que usted cree que no se debería proteger y deje de proteger los que a usted le gustan.

Si piensa que los asuntos que hoy más le preocupan serán mucho menos importantes en pocos años, no le importará. Tomará lo que tiene ahora y se irá contento. Pero debería admitir entonces que lo que importa no es la

Constitución, ni siquiera la Corte Suprema, sino esta Corte Suprema particular.

Lo que dice la Corte Suprema acerca de cuáles son nuestros derechos depende en forma compleja de la situación política. Nadie piensa que los magistrados de la Corte Suprema leen los periódicos de la mañana o los blogs políticos para entender nuestra situación política y, por tanto, cómo deben interpretar la Constitución (por cierto, algunos magistrados han dicho, creíblemente, que no leen ningún periódico). Pero ellos son parte de nuestro sistema político. Llegan a la Corte porque un presidente cree que si pone en la Corte a esta persona en vez de esa otra favorecerá algunos de sus intereses políticos de corto y largo plazo. Según se dice, Abraham Lincoln afirmó: "no podemos preguntar a un hombre qué hará, y si se lo preguntáramos, y nos respondiese, lo despreciaríamos. Por ello debemos nombrar hombres cuyas opiniones sean conocidas". A veces los intereses políticos son realmente de corto plazo, como cuando Franklin Roosevelt nombró magistrados en quienes confiaba que votarían a favor de sus programas del New Deal. A veces los intereses políticos son de más largo plazo, como cuando Ronald Reagan trató de nombrar magistrados que desarrollarían y articularían a lo largo de su carrera una visión constitucional que seguiría afectando la política nacional mucho después de dejar la presidencia. Los senadores votan a favor o en contra de un candidato por razones políticas similares.

Como muestran estos ejemplos, el presidente es un jugador esencial a la hora de determinar la visión de los derechos fundamentales que adoptará la Corte Suprema. La

mayoría de las veces los presidentes dejan la Corte tal como la encuentran, porque hay otras cosas que les importan más: por ejemplo, la economía nacional y la política de salud para Bill Clinton. La transformación de la Corte Suprema gastaría mucho el capital político de un presidente, en particular si la Corte no objeta fuertemente sus fallos recientes. Pero a veces un presidente decide que la transformación de la Corte es un proyecto central de su administración. El éxito de esa campaña depende de que haya suficientes vacantes en la Corte Suprema durante su periodo presidencial y de eventos en otras partes del sistema político, en particular, de que el Senado esté claramente en manos de los aliados del presidente o suficientemente dividido para que los senadores del partido de oposición decidan gastar *su* capital político en una dura lucha contra una nominación transformadora.

Detrás del presidente y los senadores está, por supuesto, el pueblo estadounidense. El hecho de si participamos y cómo participamos en el proceso político es lo que establece las condiciones en las que actúan nuestros políticos y de este modo las condiciones para que actúe la Corte. A veces los magistrados cambian de opinión debido a grandes cambios sociales. Creo que esto es raro, pero casi con certeza explica el cambio de opinión de la Corte sobre el estatus constitucional de las mujeres, los gays y las lesbianas. Ningún presidente ha nombrado a alguien en la Corte por sus opiniones sobre esos temas, y es casi seguro que algunos magistrados eran indiferentes a los argumentos constitucionales expuestos a favor de las mujeres, los gays y las lesbianas en la época en que fueron

nombrados^{1}. Sin embargo, cuando la sociedad cambió, debido en parte a las movilizaciones políticas por y en nombre de esas comunidades, también cambiaron las opiniones de algunos magistrados.

Aquí, el proceso político también estructura a la Corte Suprema, y así es como la Constitución importa para nuestros derechos fundamentales.

Algunas de las cosas que muchos creemos que son fundamentales en nuestras políticas nacionales son un resultado de la legislación y no de las interpretaciones de la Corte Suprema acerca de la Declaración de Derechos. Los juristas recientemente han puesto atención a lo que se puede llamar "La Constitución fuera de la Constitución". Quizá deberíamos reservar el término en mayúsculas para las palabras escritas en el documento que se exhibe en los Archivos Nacionales. Pero la idea de una constitución fuera de la Constitución parece esencial para entender nuestro sistema constitucional. Consideremos la seguridad social. Revocar la Ley de Seguridad Social básica sería casi con certeza más difícil que reformar la Constitución. En otras palabras, la Ley de Seguridad Social está tan profundamente arraigada en nuestro orden político como cualquier parte de la Constitución escrita. Por esa razón, y debido a su importancia social, la Ley se debería considerar "constitucional".

Para determinar qué está en la constitución fuera de la Constitución se necesita una valoración cuidadosa, y la lista debería ser razonablemente breve. Además, existen complejidades para determinar exactamente qué significa incluir algo en esa lista. Por una parte, no puede significar

que el Congreso es incapaz de modificar los términos de una ley que es parte de la constitución fuera de la Constitución. Seguramente puede reformar los detalles de la Ley de Seguridad Social, por ejemplo, y lo ha hecho, no siempre para ampliar su cobertura. Necesitamos tener algún concepto de reforma permisible que podamos usar para distinguirla de una derogación a gran escala. Y no puede significar que una corte pueda invalidar justificadamente una ley porque es en cierta medida incongruente con la Ley de Seguridad Social. No obstante, sin importar cómo desarrollemos la idea, tendremos algunos esquemas legislativos en la lista. Mis candidatos incluyen la red de seguridad social general del estado de bienestar moderno, la estructura básica del derecho ambiental moderno y las disposiciones básicas de nuestras leyes de derechos civiles.

Mi siguiente punto debería ser obvio, pero permítanme ser explícito: la constitución fuera de la Constitución consiste en *leyes* promulgadas por el Congreso. Estas leyes son resultado de nuestra política. Así, la Constitución es de nuevo importante porque proporciona la estructura mediante la cual actuamos políticamente para lograr que nuestros representantes promulguen leyes que llegarán a ser parte de la constitución fuera de la Constitución.

Más allá de todo esto, son realmente importantes algunos aspectos relacionados con la forma en que nos organizamos como sociedad y que políticamente damos por sentados pero que no podemos asociar fácilmente con la Constitución escrita. Por ejemplo, no esperamos que un presidente que actúa como comandante en jefe de a las

fuerzas militares la orden de suprimir a sus adversarios políticos, y al mismo tiempo esperamos que los oficiales del ejército hagan lo que sus jefes civiles les dicen que hagan. Podemos esforzarnos en ubicar en la Constitución escrita estas proposiciones que damos por sentadas -por ejemplo, podemos ver algunas partes de la idea del control civil del ejército en la disposición que prohíbe que los miembros del congreso desempeñen cargos en la rama ejecutiva- pero lo que podemos encontrar no parece concordar bien con la importancia de los supuestos en nuestro sistema constitucional general.

Otra implicación: la Constitución escrita ni siquiera proporciona el marco dentro del cual argumentamos acerca de cuáles derechos son fundamentales. "¿Dónde se ve mencionado en los Archivos Nacionales ese derecho?" no es un buen argumento contra la pretensión de que un derecho es fundamental, y no solo porque la Corte Suprema (controversialmente) ha reconocido derechos "no enumerados", es decir, derechos que no se mencionan en el texto constitucional. No es un buen argumento porque algunos de nuestros derechos fundamentales son el resultado de la aprobación de leyes importantes - fundamentales- en el Congreso.

Muchas de las cosas que la mayoría de los estadounidenses piensan que son nuestras políticas más importantes son el resultado directo de decisiones políticas, y la Corte Suprema tiene poco que decir sobre ellas. Poco antes de las elecciones de 2008, el pueblo estadounidense estaba preocupado por la economía, la atención de la salud, las guerras en Irak y Afganistán, la educación y los

impuestos. En 2009 la lista era casi idéntica, y la inmigración se consideraba un poco más importante que unos meses antes. ¿Qué dice la Constitución sobre estos asuntos? La pregunta es necesaria para que entendamos por qué -y, más importante, cómo- importa la Constitución.

Si creemos que la Constitución solo importa en los casos resueltos por la Corte Suprema, no pensaremos que la Constitución importa en los asuntos que más nos preocupan. Esa puede ser una de las razones por las que, pese a los mejores esfuerzos de algunos grupos de presión, ningún candidato a la presidencia de la época moderna haya logrado que el público se interese mucho en sus candidatos a la Corte Suprema, o en los de su rival. Quizá algunas medidas que la administración Obama ha adoptado para tratar la economía, o algunos componentes del plan de atención a la salud que desarrolla, planteen cuestiones constitucionales que lleguen a la Corte Suprema. Pero sean cuales fueren esas cuestiones -y podría no haber ninguna- solo las tratará como asuntos periféricos de los programas de la administración. Incluso las decisiones de la Corte Suprema sobre los derechos de las personas detenidas en Guantánamo solo tienen una ligera conexión con los esfuerzos de la nación por combatir el terrorismo: el despliegue de fuerzas armadas en el extranjero, las operaciones clandestinas y las investigaciones de no ciudadanos en el extranjero son seguramente más importantes para el éxito de esos esfuerzos que si hay un juicio público sobre el estatus de un puñado de detenidos donde la admisibilidad de testigos de oídas es limitada: el

asunto que estaba en juego en la más importante de las decisiones de la Corte Suprema.

Creo que aquí es conveniente hacer una pausa. Empecé esta introducción diciendo que la respuesta de "derechos fundamentales" a la pregunta "¿Por qué importa la Constitución?" no es del todo correcta. Mucho de lo que he escrito hasta ahora, y buena parte del primer capítulo, intenta desmitificar la idea de que la Constitución importa porque protege nuestros derechos fundamentales. Pero la desmitificación no se debería llevar muy lejos. El adverbio *muy* es importante. Muchos de los ejemplos de la introducción reconocen que la respuesta atinente a los "derechos fundamentales" es relevante, pero no lo suficiente para dar una plena explicación de la importancia de la Constitución. Si usted une todos los reconocimientos, obtendrá algo como esto: la Constitución importa porque simboliza el compromiso de nuestra cultura política con la idea de que tenemos derechos fundamentales. Eso no nos dice nada respecto de cuáles son esos derechos fundamentales o cómo son protegidos, pero sí nos dice que la protección de los derechos fundamentales es importante para nosotros.

Lo que necesitamos saber es por qué y cómo importa la Constitución en los asuntos que más nos preocupan, los cuales incluyen pero no se limitan a la protección de nuestros derechos fundamentales, sean cuales fueren. Sabemos por qué importan las elecciones: nombran en el cargo a los políticos que formularán las políticas que más nos importan. Si la Constitución importa, es porque tiene algo que ver con la política y las elecciones.