

Constitucionalismo *y Judicial Review*



Mark Tushnet



Constitucionalismo y Judicial Review





MARK TUSHNET

Catedrático de Derecho Constitucional
en la Universidad de Harvard

CONSTITUCIONALISMO Y *JUDICIAL REVIEW*

Estudio Preliminar de:

César Landa Arroyo

Decano de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Edición de:

Pedro Grández Castro

Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
y en la Pontificia Universidad Católica del Perú

PALESTRA EDITORES

LIMA – 2013

Palestra
Extramuros

CONSEJO EDITORIAL

Owen Fiss
Gustavo Zagrebelsky
Robert Alexy
Manuel Atienza
José Juan Moreso

COORDINADORES DE LA COLECCIÓN

Pedro P. Grández Castro
Óscar Súmar Albújar

CONSTITUCIONALISMO Y JUDICIAL REVIEW

Mark Tushnet

Primera edición de Palestra Editores SAC. mayo de 2013

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA
OBRA SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

- © Copyright: Mark Tushnet
- © Copyright 2013: Palestra Editores S.A.C.
Jr. Ica 435 of. 201 Lima 1 - Perú
Telf. (511) 719-7628 / Telefax: (511) 4261363
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com
- © Copyright de la traducción: Manuel Chuquillanqui Gonzales

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Grández Gráficos S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

www.grandezgraficos.com

DIAGRAMACIÓN Y PORTADA:

Alan Omar Bejarano Nóbrega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-06481

ISBN: 978-612-4047-92-3

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
Pedro Grández Castro	
ESTUDIO PRELIMINAR	19
César Landa Arroyo	
1. CONSTITUCIONALISMO	57
Instituciones del Constitucionalismo.....	60
Bases del Constitucionalismo	64
Constitucionalismo y las Constituciones escritas.....	66
Conclusión	68
Bibliografía	69
2. JUDICIAL REVIEW	71
La <i>Judicial Review</i> y el Constitucionalismo	72
La Supremacía Judicial y el Departamentalismo	75
Formas de <i>Judicial Review</i>	82
Bibliografía	86

3. LA JUDICIAL REVIEW DE LA LEGISLACIÓN	87
1. Introducción	87
2. <i>Judicial Review</i> y La Supremacía Parlamentaria	89
2.1 Reconciliando al <i>Judicial Review</i> y el Gobierno de la Mayoría: Descripciones Procedimentales y Substantivas.....	92
2.2 Problemas de interpretación	97
2.3 Problemas de selección judicial	100
2.4 Condiciones para el surgimiento y manutención del <i>Judicial Review</i>	101
2.5 El papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	102
3. Las formas fuertes y débiles de <i>Judicial Review</i>	103
3.1 Ejemplos de las formas fuertes y débiles de <i>Judicial Review</i>	104
3.2. Diferencias declaradas entre las formas fuerte y de débil de <i>Judicial Review</i>	107
3.3 Experiencias con las dos formas de <i>Judicial Review</i>	109
4. La <i>Judicial Review</i> y los derechos de bienestar social	111
5. Conclusión	114
Bibliografía	115
4. LA CORTE SUPREMA Y EL ORDEN POLÍTICO NACIONAL: COLABORACIÓN Y CONFRONTACIÓN	117
Introducción	117
Tres Cortes colaborativas.....	119
Algunas complejidades descriptivas	135
Algunos problemas normativos	145
5. EMERGENCIAS Y LA IDEA DE CONSTITUCIONALISMO ...	149
Los primeros dos enfoques.....	151
Argumentos a favor	151
Argumentos en contra	155
La emergencia como la ocasión para decisiones extrajudiciales.....	159
Limitando los poderes de emergencia al constitucionalizarlos.	161

Poderes de emergencia fuera de la Constitución	166
Conclusión.....	169
Notas:	170
6. LA JURISPRUDENCIA DE LOS REGÍMENES CONSTITUCIONALES: ALEXANDER BICKEL Y CASS SUSTEIN	171
7. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, CARACTERÍSTICAS Y EXPERIENCIA	199
I. La aparente estructura de las teorías de interpretación constitucional	200
II. Cómo usan los jueces la Teoría Constitucional	207
III. Experiencia y personalidad judicial como límites	214
Conclusión	224
PROCEDENCIA DE LOS ARTÍCULOS.....	227





PRESENTACIÓN

Pedro Grández Castro*

Es muy grato presentar al público de lengua castellana, una muy pequeña selección de trabajos de la vastísima obra del constitucionalista norteamericano Mark Tushnet. Esta publicación coincide con la visita del profesor de Harvard a nuestro país invitado por el programa de doctorado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (Lima, mayo de 2013).

El profesor Mark Tushnet es catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Harvard, antes lo había sido en la también prestigiosa Universidad de Georgetown, en Washington DC. En sus primeros años de ejercicio profesional se desempeñó como asesor letrado (*law clerk*) en la Corte Suprema de los EE.UU. Allí trabajo junto al juez Thurgood Marshall (1908-1993), el primer afroamericano en llegar a la Corte Suprema y además, uno de los héroes de la gesta contra la segregación racial, pues fue el abogado que argumentó por

* Profesor Ordinario de Derecho Constitucional y Razonamiento Jurídico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de Palestra Editores y del Instituto Palestra.

la igualdad en el famoso caso *Brown v. Board of Education* del año 1954 que terminó con la separación entre blancos y negros en las escuelas públicas de EE.UU.

Es uno de los fundadores del movimiento académico conocido como *Critical Legal Studies* que reúne a un importante grupo de profesores de izquierda que, entre otras cosas, cuestionan la educación tradicional en las escuelas de leyes y busca comprometer de manera más estructural a las facultades de Derecho con los movimientos de transformación social a favor de los derechos de primera y segunda generación. Tushnet es conocido también como uno de los líderes del denominado “constitucionalismo popular”, perspectiva crítica frente a la *Judicial Review* a la que consideran como un menoscabo al autogobierno democrático sustentado en premisas que no se corresponden con el concepto de soberanía popular.

La producción científica del profesor Tushnet es realmente desbordante. Tiene publicados cerca de 40 libros y más de 200 artículos de investigación en revistas especializadas y volúmenes colectivos. En los últimos años ha publicado alrededor de dos y hasta tres libros por año. Sus estudios abarcan temas de Derecho Constitucional comparado; estudios sobre la historia de los derechos civiles y sociales; análisis de sociología jurídica y enseñanza del Derecho; análisis históricos de las instituciones del Derecho Constitucional y de los derechos.

Una de sus líneas de investigación lo sitúa como uno de los grandes expertos sobre la evolución/involución de la política judicial norteamericana del siglo XX. Algunos de sus libros recogen esta preocupación central de su obra: *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law* (W.W. Norton 2005); Tushnet, Mark & Howard Fink. *Federal Courts: Practice and Policy* (First ed. 1984); *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961* (Oxford University Press 1994); *The Warren Court in Historical Perspective* (Mark Tushnet ed., University Press of Virginia 1993). También ha publicado libros comentando algunas decisiones relevantes de la Corte Suprema, como el Caso *Marbury v. Madison* (*Arguing Marbury v. Madison* -Mark Tushnet ed.,-

Stanford University Press 2005); o el caso *Brown v. Board of Education* (Franklin Watts 1995). Ha editado también un libro colectivo dedicado al Justice Thurgood Marshall (*Thurgood Marshall: His Speeches, Writings, Arguments, Opinions and Reminiscences* (Mark Tushnet ed., Library of Black America, Lawrence Hill Books 2001).

Si tuviéramos que resumir la línea de su amplia producción, quizá la mejor forma de presentarlo sería afirmando que se trata de un jurista comprometido con su tiempo y las grandes transformaciones sociales que vivió los Estados Unidos de Norteamérica en la segunda mitad del siglo XX. Influenciado por el escepticismo de orientación realista, el profesor Tushnet se mantiene con suficiente distancia de las teorías sustancialistas en materia de derechos y teoría constitucional, sugiriendo más bien un punto de vista crítico o externo, que resulta especialmente sugerente en contextos en los que, con frecuencia, son las ideologías las que suelen presentarse con algún sugerente empaque de “teoría constitucional”.

Dicho esto sobre el autor, quizá convenga decir algo sobre los trabajos reunidos en este volumen. Los dos primeros trabajos con los que se abre el libro recogen respectivamente, las voces “Constitucionalismo” y “Judicial review” escritos por su autor para la prestigiosa Enciclopedia de la Corte Suprema de los EE.UU., editada por David S. Tenenhaus en el año 2008. Los dos conceptos son problemáticos debido a que en muchos casos se confunde la descripción del fenómeno con ideas preconcebidas o normativas sobre el constitucionalismo. Ya se trate de límites que debe observar un gobierno o de qué tipos de derechos o condiciones deba incluir, no siempre es fácil saber cual es el *test* que debe superar un “modelo constitucionalista”.

Si se piensa que el *test* que debe satisfacerse para que un determinado sistema pueda denominarse “constitucional”, tiene que ver la verificación de si cuenta o no con algún modelo de *judicial review*; de inmediato el autor encuentra que “históricamente, han existido gobiernos que claramente satisfacen

los requisitos ‘constitucionales’ sin tener un mecanismo de judicial review, y que incluso en el siglo XXI existen sistemas constitucionistas que no tienen aquel mecanismo de control”. Podría decirse que aquí estriba el centro de sus dudas sobre la relación entre constitucionalismo y judicial review. Esta relación no es necesaria sino contingente en Tushnet. Tomando como ejemplo el caso discurso del odio (R.A.V. vs City of St. Paul, 505 U.S. 377 [1992]), donde la Corte Suprema, por cinco votos contra cuatro, estableció que la regulación de los discursos de odio estaba prohibida; el autor sugiere que no es claro ni los límites y tampoco está claro ni resulta razonable que los jueces que decidieron en mayoría hayan encontrado alguna fórmula que haga más confiable su decisión a la de la minoría. De ello surge como conclusión la idea de un constitucionalismo débil que debería también proyectar un modelo de judicial review muy atenuada o muy residual.

El otro trabajo sobre el que quisiera decir algo en este breve resumen es el que lleva como título: “La Corte Suprema y el orden político nacional: confrontación y colaboración”. Creo que es de aquellos trabajos en que se muestra en toda su dimensión el potencial del enfoque analítico de su autor. Su lectura muestra al Derecho Constitucional en un espacio de comunicación fluida e inevitable con otras disciplinas, como la historia, la sociología, la ciencia política y también, como no, sobre todo si tomamos en cuenta el enfoque realista, el aporte de la psicología y la educación de los actores principales del Derecho Constitucional (Jueces, juristas y abogados). Una lectura que pretenda responder las cuestiones más angustiosas de la *política constitucional* (quizá un mejor nombre para nuestra disciplina) en el Estado de Derecho, podría incurrir de forma inevitable en una lectura sesgada, cuando no ingenua, de los procesos que involucra el desarrollo de la vida constitucional contemporánea.

Se trata de un estudio analítico sobre el desarrollo de la política jurisprudencial de la Corte Suprema durante buena parte del siglo XX (El New Deal y su final en la Corte Roosevelt, la Corte Warren y su relación con la Gran Sociedad, y la Corte

Rehnquist durante y luego de la Revolución de Reagan). En este trabajo, Tushnet nos propone una hipótesis que podría parecer, a primera vista, contraintuitiva cuando se trata de evaluar el papel de una Corte encargada del control de las demás ramas del gobierno. La hipótesis parece sugerir, sin embargo, que la *judicial review* no siempre debe ser evaluada como un arma contra el gobierno, en la medida que en muchos casos, incluso una corte progresista como la Corte Warren se explica mejor en sus logros si la contemplamos a la distancia como una corte “colaborativa”. “Una Corte colaborativa facilita la construcción de un orden político estable al ayudar a algunas partes del sistema a desestabilizar otras partes como un paso preliminar a la construcción de un nuevo sistema”.

En la medida que se trata de un término que puede prestarse a malentendidos (el de “colaboración”), especialmente en contextos como el nuestro, conviene precisar que no se trata de una “colaboración” convenida o pactada con alguna rama del gobierno. Tushnet está reconstruyendo el desarrollo de la jurisprudencia de los últimos 80 años de la Corte Suprema de los EE.UU. En su análisis encuentra que no es posible un modelo control que camine fuera del contexto de la vida social, política y económica de los países.

De este modo, la Corte Roosevelt con su “líder intelectual” Felix Frankfurter, puede ser entendido, en sentido histórico, como una corte colaborativa que desarrolló “una teoría jurisprudencial de deferencia judicial al legislativo que era compatible con el programa del *New Deal*”. A su turno, la política del gobierno central de la *Gran Sociedad* habría necesitado del Tribunal Warren para arremeter contra “forma de vida sureña” lo que se habría logrado a través de importantes decisiones de la Corte Suprema. “Visto en términos generales, afirma Tushnet, la revolución del proceso penal de la Corte Warren les dio a los profesionales de la justicia penal —jefes de grandes departamentos y fiscales— las herramientas que necesitaban para asegurarse de que los funcionarios en el frente se adhirieran a las normas de la vigilancia comprendida como una profesión”.

Los modelos de colaboración pueden ser “geográfico” y/o “temporal”. Hay colaboración geográfica, cuando la política judicial “colabora” con alguna “necesidad” de la política federal o nacional de imponer algunos estándares o condiciones por sobre los gobiernos de los Estado o las regiones. En la órbita de los tribunales constitucionales, ésta parece haber sido precisamente la razón explicativa por la que recibieron pronto el respaldo de la “política nacional” (véase por ejemplo el surgimiento del control constitucional en Alemania). Del mismo modo, también el consenso que ha ido adquiriendo el establecimiento de la *judicial review* por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos parece respaldado en el inicio por decisiones que “colaboran” con la unidad de la federación en construcción.

La colaboración es, en cambio, “temporal” cuando los Tribunales o la Corte realizan intervenciones, esta vez ya no en los Estados o Regiones a favor del Estado nacional o federal, sino en el tiempo. Es más fácil y resulta en mayores réditos para un tribunal o Corte controlar la legislación de una legislatura pasada o de una mayoría que ya no lo es en el momento de la decisión. Al trasladar este esquema de análisis a los contextos de Tribunales que también son temporales, resulta especialmente esclarecedor. Muchos Tribunales hoy en día ejercen control constitucional del gobierno pasado y quizás eso explique que los casos más polémicos duren, mas o menos, el promedio de lo que duran en cambiar la composición del Parlamento. En España se ha visto demandas en procesos de inconstitucionalidad que llevan 7 años en espera de una sentencia y también entre nosotros, la legitimidad del Tribunal Constitucional en los primeros años de la transición democrática, quizás se explique mejor como un acto de “colaboración” con la democratización del país en que estuvo centrado la política nacional.

La colaboración de las cortes con determinada “política nacional”, no es mala en sí misma, de hecho un Tribunal que logra conectar con los programas de la política nacional, especialmente si se trata de una agenda en el marco de la promoción y defensa de los derechos, puede colaborar con implementarlas a través de sus decisiones, siempre que dichas políticas, desde

luego, se encuentren en el marco de lo “constitucionalmente posible”. La confrontación es inevitable en un Tribunal que asume en serio su trabajo, pues es propio del control el que las cortes asuman, también de modo realista, el que controlando se colabora en sentido estratégico con la construcción del Estado Constitucional. De cualquier forma, debemos dejar también aclarado, que los modelos de Cortes *colaborativas* o *confrontacionales*, no son modelos prescriptivos que Tushnet proponga, se trata en todo caso de modelos descriptivos o explicativos que intentan reconstruir de forma objetiva, los procesos siempre complejos de la historia constitucional.

Un pequeño comentario final al último de los trabajos que se incluyen en este volumen. Un volumen de uno de los juristas más importantes del Derecho Constitucional contemporáneo que no recoja algunos de sus trabajos sobre el tema estrella del Derecho Constitucional, como es el de la interpretación constitucional, sería sin duda imperdonable. Tushnet sin embargo, como sucede con los teóricos realistas y también con los críticos de la *judicial review*, no es precisamente un autor que se entusiasme demasiado con este capítulo del Derecho Constitucional contemporáneo.

En “Interpretación constitucional. Características y experiencia”, se recogen sus tesis centrales y puede entenderse también como un ensayo que rectifica algunos de sus puntos de vista sobre la *Judicial Review*. El punto de partida de Tushnet es lo que él denomina, el descubrimiento de un “error” en su concepción anterior de la teoría constitucional liberal que lo llevaba, según confiesa, a “malinterpretar la esencia de la defensa liberal del *judicial Review*”.

Según el esquema que propone, y resumiéndolo enormemente; a) en el punto de partida, habría que colocar a Hobbes, para quien el gobierno es una necesidad; en un segundo nivel para evitar los riesgos de un gobierno que amenace los derechos; b) habría que apoyarnos en Locke con lo que surge la necesidad de un resguardo para los derechos; c) en seguida surge como problema del diseño constitucional, la necesidad de garantizar tanto el mejor resguardo para los derechos como también el

mejor equilibrio para los poderes que no se interfieran unos con otros; e) de este modo, los *Framers*, para el caso Norteamericano, habrían resuelto el problema del diseño constitucional, estableciendo derechos individuales inviolables y al mismo tiempo incorporando la *judicial review*: “ambos para patrullar los límites entre las ramas del gobierno y hacer cumplir los derechos individuales”.

Contemplando este esquema, uno podría llegar a la conclusión de que Tushnet finalmente está asumiendo la *Judicial review* como lo entiende hoy la teoría constitucional convencional, es decir, como parte del diseño de la democracia constitucional. Sin embargo de inmediato nos advierte que, la teoría del constitucionalismo visto como gobierno limitado ha dejado sin solución el problema de la “limitación” del poder de los jueces quienes asumen el control tanto del gobierno como de la propia limitación. Asumiendo este riesgo, Tushnet propone que este problema (el de la limitación del poder de los jueces) estaría en buena cuenta encomendada a la teoría de la interpretación constitucional.

Sin embargo, el autor es escéptico con relación a esta posibilidad. En primer lugar, porque tal teoría que establezca límites seguros al poder de los jueces, no existiría, pues en el mejor de los casos no habría solo una teoría con lo que “Los jueces más talentosos, si fueran forzados a adherirse a las reglas de cualquier teoría interpretativa específica, de todas formas podrían producir cualquier resultado que ellos quisieran”.

Revisando algunos casos famosos decididos por la Corte Suprema, argumenta que las teorías como el originalismo, por ejemplo, no ayudan ni a explicar el proceso de interpretación, ni tampoco suministran elementos de justificación adecuada de las decisiones. Con esta “frustración” que presenta ante sus ojos la experiencia de la Corte Suprema, Tushnet, aun arriesgando al salirse de los controles del Derecho, nos sugiere que la única manera en que se puede controlar el desborde del poder de los jueces sería apelando a la personalidad y a la experiencia de cada Juez, aun cuando luego sostendrá que la propia experiencia es un acápito que también proyecta la personalidad. De este modo,

las decisiones de la “Corte Warren eran justificados y validados por la experiencia anterior de los *Justices* en la política nacional”, antes que a partir de alguna teoría por mas dominante que fuera en el ámbito de las discusiones académicas.

Como sucede en casi todos los temas que aborda el profesor Tushnet, también aquí sus tesis merecen atención y debate que no es el propósito de este breve resumen. Esperamos, en todo caso, que la publicación de este volumen, haciendo honor al estilo punzante y siempre original de su autor, avive el debate y la crítica en los distintos ámbitos del Derecho Constitucional, que tanta falta le hace al constitucionalismo de “bajo perfil” que suele practicar nuestra muy cómoda Academia local.

Finalmente, mi agradecimiento al profesor Tushnet por su amabilidad y sencillez que han hecho posible este acercamiento que se concreta con su visita a Lima y la publicación de este volumen por Palestra Editores. También al profesor César Landa, quien desde siempre, se ha mostrado abierto a todo tipo de iniciativas académicas y editoriales en bien del mejor desarrollo del Derecho Constitucional y los derechos en nuestro país; y a Manuel Chuquillanqui, por su importante colaboración en la traducción de los artículos aquí publicados.

Lima, mayo de 2013