

TUSHNET, Mark: *Why the Constitution matters*, Yale University Press, New Haven and London, 2010, 208 págs.

Segunda vez que nos encontramos en estas páginas con el Catedrático de Harvard Mark Tushnet (véase *REDC*, núm. 87, 2009, págs. 453-457), y segunda vez que vuelve a hacer una aportación seria y contundente, a tener muy en cuenta en el ámbito jurídico-político, sea para criticarla, sea para apoyarla. La tesis de fondo que impregna la obra ahora noticiada se extrae, básicamente, de lo que ya dijo en el libro recensionado en

aquel número: hay que prestar mucha atención a la Constitución fuera de la Constitución para entender cómo funciona (y cómo podría cambiarse) el sistema jurídico norteamericano (pág. 1). A eso dedica los tres capítulos en los que se estructura la obra, a los que añade en su parte final una breve y cuidada selección bibliográfica.

La introducción que inicia el volumen, partiendo de la hipótesis comentada, reformula el título del libro: la pregunta a contestar en realidad, nos dice Tushnet, no es por qué importa la Norma, sino cómo importa, de qué forma se hace relevante. Y nos contestará: porque sirve para estructurar, a su vez, el elemento capital del sistema: la política, el contexto y proceso político, protagonizado por las asociaciones más importantes en las democracias actuales, las formaciones partidarias (págs. 12 y 13).

Así las cosas, aborda en el primer capítulo el reto auto-impuesto: ¿cómo influye la Constitución norteamericana? Tomando el ejemplo del principio de separación poderes—constitucionalizado en el Texto— el autor aporta algunas soluciones. Dirá que tal postulado no es lo que reside en la base de las preocupaciones del pueblo estadounidense, lo que de verdad es importante es conocer si estamos ante un gobierno unido o dividido. Esto a su vez vendrá determinado por los partidos políticos y sus estructuras territoriales, por su organización interna en definitiva, y sobre estas cuestiones nada dice la Norma. Habrá que buscar en otros lugares las evidentes conexiones entre Constitución y partidos, aunque las mismas no aparezcan en la literalidad de la redacción de la primera, extremo que el jurista cifra en tres: la propia estructura federal del país y los preceptos que la regulan; las diferentes Presidencias que se han sucedido, al objeto de conocer qué tipo de régimen se establece con cada una de ellas y cuáles han sido sus consecuencias; y, por último, la I Enmienda a la Norma de 1787, de la forma que la ha interpretado el Tribunal Supremo.

Respecto a la primera expone que, por más que no se diga nada en aquélla explícitamente, la propia estructura federal del sistema conduce a que los partidos se organicen de forma multinivel, con diferentes soportes territoriales. En otros casos, sí es apreciable una decisiva influencia de aquélla en estos. Por ejemplo, cuando se estipula que los senadores sean elegidos en distritos uninominales, es decir, un solo escaño por circunscripción. En concreto, esto serviría de base para la consolidación del bipartidismo, constante imperecedera en los EEUU (pág. 38).

Sobre la segunda resalta que, aun siendo de menor relevancia que el factor anterior, tampoco deja de desplegar ciertos efectos. La XXII Enmienda establece que el mandato presidencial se fija en ocho años como máximo, sin opción de renovación. Pero dirá: las presidencias norteamericanas no son una mera ocupación temporal del poder ejecutivo, son auténticos «regímenes» que implican conexiones y consecuencias de mayor calado que los que propia norma constitucional previó (y podía prever). En concreto, y en el siglo xx, dominaron dos: el *New Deal*, patrocinado por Roosevelt, y la *Revolución Conservadora* de Reagan. De ahí que, apoyándose en las tesis del politólogo Stephen Skowronek, distinga tres tipos de Presidentes: *reconstructive* (los dos arriba citados, por ejemplo); *affiliate* (Truman o Bush Jr.); y *preemptive* (Eisenhower, Clinton). ¿Cómo se conectan estas cuestiones con la Constitución y con los partidos políticos? De varias formas, defiende Tushnet. Los partidos norteamericanos han ido europeizándose cada

vez más, otorgando mayor importancia a la firmeza y coherencia ideológica, por lo que la elección final del candidato que se postulará para dirigir el país observará este nuevo factor como determinante en el proceso. Además, cuestiones como los cambios de todo tipo que atraviesan el mismo (financiación de campañas, elecciones primarias, avances legales y tecnológicos, entre otros), también deberán ser tenidos en cuenta. Por todo ello, la conexión existe, obviamente, pero no quizás al modo que se podría extraer de la mera literalidad de los preceptos constitucionales (pág. 57).

En lo que hace a la tercera, se le da entrada en el análisis porque es el marco jurídico básico en el que las formaciones políticas desenvuelven su actividad. Pero éste resultaría incompleto en tanto en cuanto no se tengan en cuenta las resoluciones que el Tribunal Supremo estadounidense ha emitido, interpretándola. Y conviene no olvidar que éste ha dictaminado sobre asuntos de calado: el acceso de terceros partidos a la arena electoral, la fusión de candidaturas, o la financiación de las campañas electorales en lo que hace al acceso de gastos de determinados partidos, por mencionar tres. En estos momentos la tesis de Tushnet se eleva: las decisiones que toma aquél no pueden ser impugnadas por el pueblo, lo que su vez conduce a que el sistema de partidos, en estas cuestiones, quede fuera del radio de decisión de la colectividad, siendo materia de dominio casi exclusivo de la clase política y de los jueces, que tenderán a reforzar los principios sobre los que se asiente el propio sistema (págs. 90 y 91).

Indaga en el segundo capítulo sobre la influencia del Tribunal Supremo en el modelo, manejando algunas tesis sugerentes y polémicas por igual, lógicamente ligadas a la principal. De ese modo, lanza la siguiente afirmación: el contexto político será el que determine cuándo aquél adquiere relevancia, cuándo se hará más patente, palpable, su influencia (pág. 94). Y es que, a juicio de Tushnet, el Tribunal funciona siguiendo una suerte de leyes o normas, patrones de conducta en definitiva, que son los que a su vez dotan de sentido a sus sentencias. Los mismos quedarían subsumidos en cuatro categorías (régimen político, liderazgo presidencial, partidos políticos —cómo no— y el gobierno, sea dividido o unido), que el autor relaciona y conjuga seguidamente.

Así se llega a la conclusión de que, en función del régimen político vigente, el Tribunal no actúa del mismo modo. En algunos casos, los representantes dejan que sea aquél el que decida sobre cuestiones que quizás quieren pero no consiguen resolver. (*caso Griswold*). En otros, en función de la composición del mismo, se tenderá a otorgar más poder a los Estados o a la Federación (en este último supuesto, destacarían las tendencias federalizantes del Tribunal Rehnquist). Y en algunos de más allá, el esquema presidencial en el que nos encontremos será definitivo: una vez que el Presidente reconstitutivo establezca el sistema y se garantice ciertas mayorías en el seno jurisdiccional, éste actuará casi con toda seguridad conforme a los principios básicos defendidos por dicho régimen. Como muestra, un botón: el *caso Brown* fue decidido de la forma en que se decidió debido al ideal igualitario que emanaba del proyecto del *New Deal*. Todo ello significa, en síntesis, que la clase política y los jueces serán más sensibles y receptivos a políticas públicas que provengan de las propias élites nacionales, que aquellas preferidas por los votantes (pág. 105).

Se adentra después en el espinoso asunto de la política de selección judicial, principal herramienta que conectaría ambos mundos, a través del proceso de designación y nominación de candidatos. Tushnet sostiene que el mismo ha ido cambiando, en una evolución constante donde se aprecian diferentes variables. Alcanzar ciertas metas a corto plazo sería una de ellas, accionándose el mecanismo para que determinados Jueces coadyuven a su consecución. Ejemplo de ello, entre otros, sería el nombramiento de Brennan por parte de Eisenhower. Por otro lado, en el siglo XIX tuvo predicamento la técnica del mecenazgo/patrocinio a la hora de elegir candidatos: se quería postular a unos y no a otros, en función de preferencias (internas) partidarias. Esto lo ejemplifica el autor con el no nombramiento del Juez Hoar por parte de un Senado controlado mayoritariamente por republicanos, cuando la propuesta venía del también republicano Presidente Grant. El objetivo era encontrar a alguien que representara a una determinada facción de éstos, y Hoar no era el «adecuado». Ambas dos parecen haber cedido en la actualidad a mecanismos de mayor relevancia, como lo sería la denominada política de la representación. A través de ésta los líderes presidenciales pretenden que sus nominados cubran el sentimiento de representación (regional) de determinados territorios. La causa ha ido cambiando con el paso del tiempo, ya que a mediados del siglo XX son otros los segmentos que preocupan: afro-americanos, mujeres, hispanos, en su momento ciertas religiones, etc. (pág. 109). Tampoco puede dejar de lado el análisis de otro de los parámetros que suelen sacarse a colación en este tipo de debates: la ideología de los jueces, que suele establecerse en consonancia con las de quienes los proponen. Para Tushnet esto no deja de ser así, siempre que se ponga en relación con algunos puntos explicitados anteriormente, sobre todo en lo que hace a la estructura de los partidos en conexión con el régimen político y presidencial. De Nixon a Bush los republicanos han consolidado una mayor coherencia y fortaleza ideológica, por lo que los Magistrados propuestos y finalmente elegidos han compartido algunos de sus rasgos, pero también es cierto que esto no ha sucedido cuando el Senado ha sido controlado por los demócratas. En la otra orilla, el grado de homogeneidad ideológica ha sido una constante menor, por lo que algunos nombramientos no han arrojado marcados «izquierdistas». En ese sentido, Clinton apuesta por dos liberales para el cargo (en el sentido norteamericano del término), pero con visiones muy moderadas, dado que era consciente de que su propio partido contemplaba facciones que apoyaban una agenda política relativamente conservadora (págs. 111 y ss.).

No se quedan ahí las opiniones y argumentos de Tushnet sobre el particular. Critica duramente que todavía algunos sigan defendiendo que la elección de estas magistraturas sólo tienen que ver con el mérito y la capacidad, añadiendo que las sorpresas y errores de los jueces desempeñando el cargo suelen ser raros, aunque no descartables, en base a dos fuentes: algunas percepciones de los partidos van cambiando conforme el tiempo hace su trabajo y el magistrado propuesto en su día —por uno o por otro— puede que rechace los postulados defendidos por el partido años después (breve recordatorio: el cargo es vitalicio para los *jueces supremos*). Por otro lado, determinados nombramientos obedecen a valores que quieren salvaguardarse, pero en pronunciamientos venideros el

elegido/elegida tendrá que afrontar temas en los que no se conocía su posición, pudiendo mostrarse imprevisible en el dictamen (págs. 115 y 116).

Todas estas cuestiones tampoco se obvian en análisis posteriores, cuando el jurista desbroza algunas decisiones del Tribunal Supremo en relación con dos de los grandes regímenes políticos del siglo xx (crisis constitucional de los años treinta, la no crisis constitucional bajo el mandato Reagan quizás por la confluencia de factores tales como el grado de apertura ideológica mostrado por algunos magistrados, etc.). De lo que no cabe duda es de que las conexiones entre la política y las decisiones jurisprudenciales quedan acreditadas, a mayores, por aspectos tales como la influencia que tienen a la hora de hacer el sistema menos fácil de gobernar para el ejecutivo de turno (como mostraría el Tribunal Warren y los difíciles días que pasó el Presidente Lyndon Johnson a raíz de alguna de sus sentencias), o incluso para resolver problemas políticos, solución que a juicio del autor no saca del circuito político al asunto objeto de litigio (*caso Dred Scott* o *caso Roe*).

Mark Tushnet cierra el capítulo estudiando otros aspectos interesantes. El primero de ellos versa sobre cómo afecta la inevitable política a las ideas constitucionales. Para argumentar su postura toma dos criterios: las elecciones presidenciales y los nombramientos judiciales. Conjugando todos los valores en liza, explicará que la primera irradia en las segundas acudiendo de nuevo a los dos grandes sistemas citados anteriormente. Y de ese modo razona: el modelo del Nuevo Pacto tenía una mayor querencia por la igualdad material, ligada al ámbito económico (aunque no sólo). Ello condujo a que se viera con buenos ojos jurisprudenciales políticas públicas como las acciones positivas (págs. 136 y ss.). Por el contrario, la Revolución reaganiana incidía en aspectos más formales de aquélla (centrada en la raza, aunque tampoco sólo en ella), lo que de alguna manera habría influido en el TS, sentenciando en contra de dichas disposiciones. El segundo aspecto de interés es el que relaciona los movimientos sociales con los presupuestos constitucionales, destacando entre aquéllos el que tuvo como razón de ser la defensa de los derechos de las personas homosexuales. Y el autor muestra un arco evolutivo: mientras que en la década de los años setenta del pasado siglo algunos jueces no encajaban bajo ningún concepto que algo relacionado con ese mundo pudiera tener anclaje constitucional, en los años noventa, y también ya en pleno siglo xxi, el Tribunal Supremo ha dictado sendas sentencias contra dicha visión. Una, invalidando toda ley estatal que previera como delito la sodomía. Otra, declarando inconstitucional la iniciativa de Colorado de excluir a gays y lesbianas de la cobertura legal antidiscriminatoria (págs. 139 y ss.).

Se cierra la obra con unas breves páginas sobre cómo se podría actuar para que la Constitución tenga mayor relevancia o, al menos, la tenga de forma diferente. Planteada de nuevo la tesis de fondo que atraviesa todo el trabajo (la Norma no importa porque reconozca o proteja derechos sobre los que existen profundos desacuerdos, sino debido a que estructura la política norteamericana, págs. 152 y ss.), plantea algunas posibles soluciones, intentando mejorar el sistema. Basándose explícitamente en propuestas de politólogos y juristas (Sabato y Levinson, para más datos), apoya algunas, desecha otras y valora todas ellas desde perspectivas formales y materiales. A grandes rasgos destaca tres bloques. El primero se refiere a modificaciones que no alterarían la letra constitucio-

nal (modificación de los distritos por comisiones independientes, eliminar las sesiones del Congreso «lame-duck», sobre todo cuando cambia el color político de una o de las dos Cámaras, o crear una Comisión permanente de expresidentes y exvicepresidentes que asesore en tareas legislativas). El segundo versa sobre los intraducibles *constitutional workarounds* (¿subterfugios constitucionales?), mecanismos que vendrían a estar en el filo de lo constitucionalmente aceptable, quizás más incisivos que los anteriores. En ese sentido destacan, entre otras, las *Saxbe fixes*, proponiendo remedios adicionales el autor, tales como el voto popular en la elección presidencial, así como la limitación temporal del mandato de los magistrados del Tribunal Supremo. El tercer bloque lo forman los procesos directos de reforma constitucional, especialmente gravosos, pero quizás con ciertas posibilidades (págs. 171 y 172).

Y finalmente, concluye: todo reside en el poder político, en el proceso político. Teniendo en cuenta que se dirige a un público no especializado en la materia, abordar esto de la forma en la que él lo hace, nos dirá, ayuda a democratizar las principales instituciones estudiadas, tanto el alto órgano jurisdiccional como la propia Norma. Ello provoca que el sistema pueda quedar (¿deba quedar?) en manos ciudadanas: no es necesario entender de leyes, ser experto en Derecho Constitucional, ni comprender los sesudos fundamentos jurídicos de las sentencias. La propuesta de Tushnet es mucho más sencilla: para constituirse en ciudadano constitucionalmente ejemplar no es necesario nada de eso, basta con participar políticamente, sea eligiendo un Presidente con el que se compartan algunas visiones sobre cómo gobernar la nación o, si esto torna en misión imposible, buscar y encontrar una asociación cívica que mayormente luche por objetivos con los que se identifiquen. Ahí residiría la grandeza de esta perspectiva constitucional (pág. 174).

Después de todo lo que se ha comentado sólo restan por decir dos cosas: que el libro no dejará indiferente a nadie, y que sólo por ese hecho merece ser leído, sobre todo en un mundo en el que la corrección política gana cada vez más espacios. En segundo lugar, que la obra ya ha sido objeto de mejores líneas que las arriba esbozadas, las cuales seguro que han sido más justas con el esfuerzo del conocido Catedrático de Harvard (*vid.* Amanda Frost, «Mark Tushnet on Why The Constitution Doesn't Matter», *The Green Bag*, autumn 2010, vol. 14, núm. 1).

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad de Valladolid