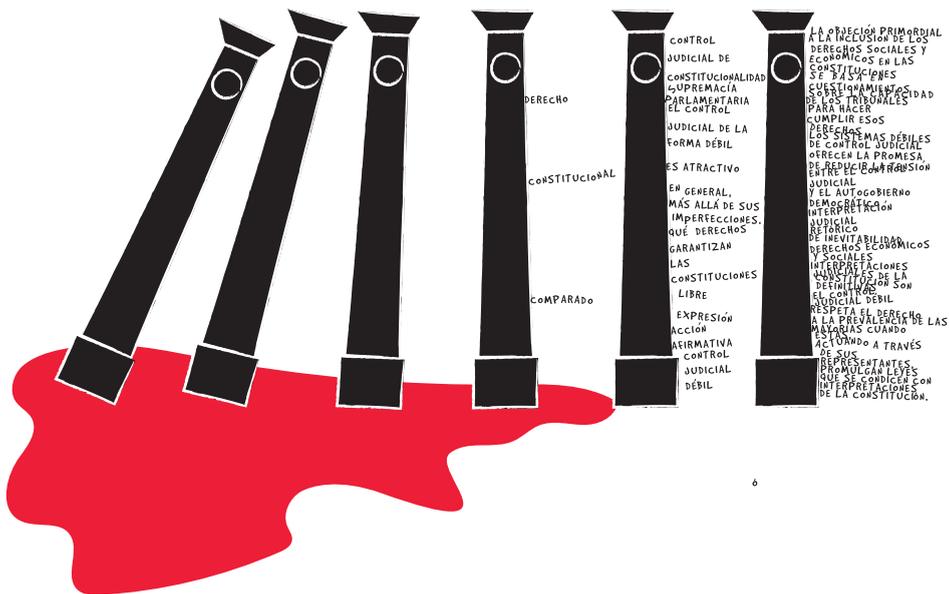


Tribunales débiles, derechos fuertes

Cómo pueden los jueces
proteger derechos sin imponerse
a la autoridad democrática

Mark Tushnet



Índice

Presentación	11
<i>Roberto Gargarella</i>	
Prefacio a la edición en español	15
Prólogo	19

Parte I

Control judicial fuerte y débil

1. El derecho constitucional comparado y sus aportes	27
Panorama metodológico del derecho constitucional comparado	29
Universalismo y funcionalismo	29
Contextualismo y expresivismo	34
Conclusión	38
Notas	40
2. Formas alternativas del control judicial	45
Variantes del control débil	50
Diferencias entre el control judicial fuerte y el débil	60
¿Control judicial débil en un sistema de control fuerte?	62
Conclusión	67
Notas	68
3. La posible inestabilidad del control débil y sus implicaciones	75
Resistencia legislativa a las interpretaciones judiciales	76
Conciliación legislativa de las interpretaciones judiciales	80
Control emergente de la forma fuerte	100
Apoyo ciudadano al control fuerte en áreas específicas	101

Apoyo ciudadano al control fuerte en líneas generales	105
Conclusión: revisar la cuestión del control débil en sistemas de la forma fuerte	108
Notas	109

Parte II

**Responsabilidad legislativa
por el cumplimiento de la Constitución**

4. Por qué y cómo se evalúa el desempeño constitucional	119
Escepticismo sobre la competencia constitucional de las legislaturas	120
Pauta evaluativa de base constitucional	123
El nivel individual: motivaciones de los legisladores	126
Tribunales y legisladores	131
El nivel institucional: evaluación del desempeño legislativo	137
Una nota sobre los funcionarios del Poder Ejecutivo, así como sobre las legislaturas de los estados y las localidades en los Estados Unidos	146
Conclusión	150
Notas	151
5. Decisiones constitucionales por fuera de los tribunales	159
El Congreso de los Estados Unidos: juicio político en la Cámara	160
El Congreso de los Estados Unidos: facultades bélicas	164
El Senado estadounidense: mociones sobre cuestiones constitucionales	167
El Poder Ejecutivo de los Estados Unidos: la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia	176
El Poder Ejecutivo de Gran Bretaña: respuesta a la Human Rights Act	185
A prueba de la Carta	194
Respuestas parlamentarias al control débil	197
Una nota sobre “leer hacia arriba” y la inconstitucionalidad por omisión	201
Conclusión	203
Notas	203

Parte III
**Cumplimiento judicial de los derechos sociales
y económicos**

6. Doctrina de la acción estatal (<i>state action doctrine</i>) y derechos sociales y económicos	221
Algunos casos fáciles y un caso difícil	223
Acción estatal, reglas jurídicas de fondo y derechos de bienestar social	228
El fin de la doctrina de la acción estatal después de <i>Lochner</i>	233
Persistencia de la doctrina de la acción estatal en el derecho constitucional de los Estados Unidos	238
La doctrina de la acción estatal y el papel de los jueces	242
Distinción entre tribunales y legislaturas	247
Aplicación del análisis a los derechos sociales y económicos	251
Conclusión	257
Notas	258
7. Estructuras de control judicial, efecto horizontal y derechos de bienestar social	265
Preparación del terreno en <i>Dolphin Delivery</i>	268
Distinción entre los actores “públicos”: el pozo se vuelve más hondo	270
Comenzar a salir del pozo mediante el análisis de las omisiones regulatorias	272
La doctrina de la acción estatal como categoría residual	277
La doctrina “madura” en Canadá	279
Reconocimiento de derechos sociales y económicos en casos de acción estatal	281
Salir del pozo mediante la modificación del derecho consuetudinario	282
Efectos de la estructura alemana en materia de control judicial	289
Conclusión	295
Notas	295

8. Cumplimiento de los derechos sociales y económicos	303
Indicios de derechos sociales y económicos	
en el derecho constitucional de los Estados Unidos	305
El argumento convencional contra el cumplimiento judicial de los derechos sociales y económicos	307
Una versión más limitada del argumento convencional	310
Formas del control débil para los derechos sociales y económicos	315
Derechos meramente declarativos	315
Derechos sustantivos débiles	319
Cumplimiento judicial débil y fuerte de los derechos sociales	324
¿Es realmente posible distinguir entre derechos fuertes y derechos débiles?	326
¿Instrumentos débiles para derechos fuertes?	327
Derechos de bienestar social desde la derecha y la izquierda	334
¿Instrumentos débiles para los derechos de <i>primera</i> generación?	337
Notas	340
Agradecimientos	351

Presentación

Tenemos la suerte de presentar aquí un libro extraordinario, de un autor extraordinario. Se trata de Mark Tushnet, una figura notable en la academia contemporánea, y una muy *rara avis* en el derecho norteamericano. Ocurre que es un jurista de izquierda (una rareza en el mundo anglosajón), que a la vez ocupa un lugar central en la discusión constitucional contemporánea (por lo tanto, una doble rareza).

Para quienes no lo conocen, en los años setenta Tushnet fue uno de los fundadores de los “estudios críticos del derecho” (*critical legal studies* –CLS–), corriente que incluyó al brasileño Roberto Mangabeira Unger, a la influyente Drucilla Cornell y a otros autores ya publicados en esta colección, como Duncan Kennedy o Catharine MacKinnon. Los CLS refundaron, en aquellos años, una línea de pensamiento crítica y desafiante frente al orden jurídico establecido. De algún modo, el nacimiento de este movimiento vino a continuar el trabajo iniciado por el “realismo jurídico” en los años treinta. Dentro del grupo, Tushnet fue uno de los integrantes más activos y prolíficos; en sus inicios sostuvo, alguna vez, que en caso de convertirse en juez, él decidiría los casos de forma tal de “avanzar la causa del socialismo”.

La trayectoria crítica y “progresista” del autor se mantuvo firme e intensa desde entonces y hasta nuestros días. Entre 1972 y 1973, Tushnet ocupó el cargo de secretario letrado (*clerk*) del gigante *Justice* Thurgood Marshall. El dato no es menor: Marshall fue el abogado promotor de *Brown c. Board of Education*, caso que cambió la historia de la jurisprudencia de la Corte estadounidense en relación con las minorías afroamericanas. Este fallo catapultó a Marshall directamente al supremo tribunal de los Estados Unidos, desde donde se convirtió en el mayor activista legal en favor de los derechos de los grupos más postergados. Detrás suyo, Tushnet habrá ejercido una influencia fundamental, sobre todo respecto de otras decisiones relevantes de la Corte, como *Roe c. Wade* de 1973, el renombrado caso sobre aborto. En este sentido, cabe recordar que en 1997 Tushnet dedicó un interesante libro a la “jurisprudencia

Marshall” (*Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991*).

Otro rasgo distintivo de su trabajo, de particular interés para América Latina, tiene que ver con la curiosidad, el interés y la apertura que demostró, desde hace décadas, en el análisis comparado. En esta línea, se destacan sobre todo los escritos en coautoría con Vicki Jackson y, en particular, su *Comparative Constitutional Law*, de 1999. Estos trabajos contribuyeron a inaugurar y asentar el campo del derecho constitucional comparado –un área hoy prolífica en la disciplina, pero hasta hace poco casi inexistente, tal vez debido al “parroquialismo” y cerrazón dominantes en el ámbito del derecho anglosajón–. Interesado en los derechos sociales, el “experimentalismo” institucional y las “innovaciones democráticas”, Tushnet ha prestado especial atención a la evolución del derecho latinoamericano, ámbito donde ha discutido con numerosos colegas y disertado en numerosas oportunidades (por ejemplo, en Brasil, México o Colombia). No extraña, por tanto, el homenaje que, a través de la Universidad Nacional Autónoma de México, le dedicamos a su obra, en 2016, bajo el título *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, con la entusiasta participación de colegas provenientes de diversos países de la región.

En cuanto a la obra que hoy presentamos, puede decirse que, si bien Tushnet escribió varios libros sobre el control de constitucionalidad, el papel de los jueces y los derechos sociales, pocos han sido tan leídos e influyentes como este. *Tribunales débiles, derechos fuertes* sienta las bases de una posición que cambió los enfoques tradicionales sobre el tema, mostrando las posibilidades de un control de constitucionalidad más limitado, compatible con compromisos democráticos muy robustos, y un papel más circunscripto o más “débil” de parte del Poder Judicial (poder que, desde esta perspectiva, pierde su capacidad para pronunciar “la última palabra” en materia constitucional). En línea con tales criterios, el autor propone un entendimiento más “fuerte” de los derechos constitucionales, que quedan bajo la custodia activa de todas las ramas de gobierno, comenzando por las ramas políticas. En suma, el lector encontrará en estas páginas una obra sensacional, con la que Tushnet contribuyó a renovar –crítica y radicalmente– el pensamiento jurídico contemporáneo.

A mis colegas del Georgetown University Law Center

Prefacio a la edición en español

Desde la publicación original en inglés de *Tribunales débiles, derechos fuertes*, América Latina llevó a cabo una serie de intentos –exitosos en algunos casos, fallidos en otros, o todavía en curso– de revisión constitucional. Estas propuestas pueden resumirse –de manera excesivamente simplificada– en las siguientes: 1) cambios relativamente escasos en las instituciones fundamentales del gobierno, aunque con un incremento de la “cuarta rama” o las instituciones garantes, así como ciertos retoques en los mecanismos que sirven para incorporar los reclamos ciudadanos a la legislación; y 2) una sustancial ampliación de las garantías de derechos, incluso más allá de los derechos sociales y económicos en los que se enfoca el presente libro. Estos nuevos derechos contemplan los de los pueblos originarios, y también los medioambientales, conceptualizados a veces como los derechos de las personas a asegurar un medioambiente habitable, y otras, como los derechos de los que gozan sus partes (esto es, ríos, ecosistemas, etc.).

También a lo largo de estos años, desde el ámbito académico y judicial se fue profundizando la comprensión de lo que pueden hacer los “tribunales débiles”. El presente libro examina solo algunas de las herramientas técnicas de que disponen los tribunales, más allá de los instrumentos coercitivos tradicionales, para las violaciones constitucionales. Este repertorio de herramientas se expandió, o al menos los estudiosos encontraron semejanzas entre muchas de ellas, y hoy se las agrupa bajo el concepto de “tribunales débiles”. Entre las más relevantes, se cuentan las declaraciones de inconstitucionalidad diferidas hacia el futuro, en cuyo marco los tribunales declaran inconstitucional una acción o falta de acción, pero, en vez de aplicar la sentencia de inmediato, conceden a los legisladores y a los funcionarios del ejecutivo cierto tiempo (determinado en función del problema) para desarrollar una alternativa constitucionalmente aceptable. Otro avance destacado es la expansión de los nuevos instrumentos “participativos”, que en este libro se mencionan brevemente. Impulsados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y después incorporados en el derecho constitucional de los

países, estos instrumentos han adquirido particular importancia en relación con los derechos de los pueblos originarios, con referencia a las actividades de desarrollo económico que afectarían a los ecosistemas en los que habitan esas poblaciones.

El intento de agrupar ambos avances –la ampliación de derechos y el entendimiento más profundo de los “tribunales débiles”– parece entonces conveniente. Como tal vez era de esperarse, estos avances fortalecen, desde mi punto de vista, el argumento a favor de los tribunales débiles que implementan derechos fuertes, y que el hecho de hacer hincapié en tal posibilidad aliviaría algunas preocupaciones sobre la expansión de los derechos.

Comienzo por el segundo punto. En Chile, recientemente se impuso el rechazo a la revisión constitucional que había aprobado la Asamblea Constituyente, tras una campaña opositora que puso el foco en la extensa lista de derechos incluidos en la propuesta. A mi parecer, este es un argumento conocido: a mayor cantidad de derechos constitucionales, menor nivel de control democrático (legislativo y ejecutivo) sobre los actos de gobierno, en vista de que los tribunales pueden imponer la entera panoplia de derechos contra las decisiones de los funcionarios elegidos por el voto.

Esta preocupación puede abordarse en parte dentro de un marco que vea los tribunales como necesariamente fuertes, pero solo en ciertos aspectos. Consideremos dos escenarios. En el primero, la legislación se objeta debido a que viola un derecho constitucional –como la libertad de expresión– al servicio de un “mero” interés social, como la moralidad tradicional (y no al servicio de algún otro derecho constitucional). He ahí el argumento típico a favor de los tribunales fuertes y los derechos coercitivos. En el segundo escenario, la legislación promueve o protege algún otro derecho constitucional (como la igualdad). En el marco tradicional de los tribunales fuertes, el problema se resuelve mediante alguna combinación de deferencia judicial al criterio legislativo acerca de cuál es la mejor manera de balancear los derechos, con algún balance judicial directo, que hoy suele adoptar la forma de un análisis estructurado de proporcionalidad. El ejemplo clásico, que se analiza brevemente en *Tribunales débiles, derechos fuertes*, involucra la legislación sobre el discurso de odio, atacada por violar las garantías de la libertad de expresión, y defendida como promotora de la igualdad. Entre otros ejemplos que ya se han presentado, están los conflictos entre los derechos de los pueblos originarios y los proyectos de desarrollo cuyas ganancias (asegura el gobierno) proveerían los recursos necesarios para mejorar la atención médica y la vivienda, que son hoy derechos constitucionales.

La deferencia y el balance son soluciones incompletas para este tema, porque en última instancia los tribunales deciden cuánto deferir y dónde

establecer el equilibrio. Creo que los tribunales débiles son una alternativa prometedora. A medida que se amplían los derechos, la legislación procura “optimizar conjuntamente” aquellos en conflicto: promover un derecho hasta cierto grado aceptable, a la vez que se reduce otro derecho, también aceptable hasta cierto grado. Los argumentos típicos sobre el sesgo legislativo (contra las minorías, a favor del presente en desmedro del futuro) recomiendan supervisar *en cierto modo* este ejercicio de optimización. Cabe señalar, sin embargo, que en un escenario de “conflicto entre derechos”, los legisladores llevan a cabo el mismo ejercicio de balance que realizan los tribunales.

El enfoque de los tribunales débiles permite que tanto los jueces como los legisladores saquen partido de sus capacidades institucionales distintivas y, con igual importancia, se recuerden unos a otros cuáles son esas capacidades distintivas. El foco de este libro en los derechos sociales y económicos me llevó a poner el énfasis en las complejidades burocráticas que implica el diseño de sistemas eficaces para otorgar derechos sociales y económicos, complejidades que los cuerpos legislativos pueden abordar mejor que los tribunales. Otros casos de conflictos entre derechos colocarían en primer plano otras capacidades institucionales. Consideremos, por ejemplo, los ya mencionados conflictos entre derechos indígenas, derechos ambientales y derechos económicos. Los tribunales pueden plantear su mayor sensibilidad al largo plazo a diferencia del enfoque cortoplacista de los legisladores, así como su capacidad para otorgar más peso a los derechos de los pueblos originarios en comparación con lo que harían los cuerpos legislativos mayoritarios; los legisladores, su mayor capacidad para idear maneras de financiar los derechos económicos. Dado que ninguno de estos bandos tiene una clara ventaja sobre el balance, los tipos de instrumentos iterativos asociados al enfoque de los tribunales débiles parecen especialmente atractivos. Y, tal vez como era de esperarse, estos conflictos han suscitado decisiones importantes que impusieron instrumentos de participación, como opuestas a las sentencias coercitivas que detienen por completo los proyectos de desarrollo.

De más está decir que estas son apenas reflexiones preliminares. Los recientes avances del constitucionalismo latinoamericano ponen a los estudiosos de la región en una posición particularmente buena para abordar estas cuestiones, ya sea mediante su elaboración, o bien mediante su refutación en contextos específicos. Espero que esta traducción de *Tribunales débiles, derechos fuertes* facilite una producción académica que, en última instancia, nos permita una comprensión más cabal sobre todos los temas que este libro aborda.

Prólogo

Este libro reúne dos importantes cuestiones intelectuales o teóricas de interés para los estudiantes del derecho constitucional comparado tal como este se ha desarrollado en los Estados Unidos a lo largo de la última década. En primer lugar, ¿cuál es el papel adecuado de los tribunales en los sistemas constitucionales que, en general, cumplen con los requisitos del Estado de Derecho? En segundo lugar, ¿qué derechos sustantivos garantizan, deben garantizar o pueden garantizar las constituciones? ¿Deberían proteger los derechos sociales y económicos de segunda generación, y los derechos culturales y ambientales de tercera generación? Y, de ser así, ¿cómo y en qué lugares? Yo sostengo que el estudio comparado de las constituciones saca a la luz conexiones subestimadas entre las respuestas a estas dos preguntas.

Esto se debe a que el “nuevo modelo *Commonwealth*” de control judicial ofrece una alternativa importante a la forma de control judicial conocida en los Estados Unidos.¹ En este nuevo modelo, los tribunales evalúan la legislación con referencia a las normas constitucionales, pero no tienen la última palabra en cuanto a determinar si las leyes cumplen con esas normas. En algunas versiones, los tribunales se encargan de interpretar la legislación a fin de compatibilizarla con las normas constitucionales, siempre que ello sea posible de acuerdo con las pautas (previamente) aceptadas de interpretación legislativa. En otras versiones, los tribunales reciben la facultad adicional de declarar una ley como incompatible con las normas constitucionales, pero no aplican coercitivamente esos fallos contra una parte perdedora. También hay versiones en las que los tribunales están en condiciones de aplicar coercitivamente el fallo, pero la legislatura puede responder con la reinstauración de la legislación original mediante algún recurso alternativo al engorroso proceso de enmienda.

El nuevo modelo de control judicial es lo que denomino “forma débil” de control judicial, en contraste con la forma fuerte que existe en los Estados Unidos. La forma fuerte de control judicial, por su parte, tiene numerosas variantes. Gira en torno al poder de los tribunales para declarar inconstitucionales las leyes promulgadas por la legislatura suprema

de una nación, así como para efectivizar esa declaración en la práctica mediante las herramientas habituales a disposición de los tribunales: órdenes judiciales contra la continuada aplicación de la ley por parte de funcionarios ejecutivos; desestimación de demandas basadas en la ley; indemnizaciones por daños a favor de personas lesionadas por la acción de la ley, incluida la potencialidad de embargar propiedades del acusado a fin de respaldar la obligación. (Ninguna de estas herramientas tiene el poder suficiente para derrotar a legislaturas y ejecutivos recalcitrantes que cuenten con el apoyo de una fuerte opinión pública. La experiencia estadounidense nunca ha insistido en la forma fuerte de control hasta el punto de provocar una crisis constitucional real en caso de que los funcionarios no judiciales combatan sin tregua las órdenes de un tribunal).

Algunas variantes del control fuerte involucran diferencias en el grado hasta el cual los tribunales adhieren a interpretaciones constitucionales ofrecidas por los otros poderes: interpretaciones que a veces se describen como hechas por la legislatura al promulgar la misma legislación bajo objeción de constitucionalidad. Otra variante, que algunos llaman “departamentalismo”, permite que un tribunal derogue una ley mediante la expansión o la limitación inconstitucional de su jurisdicción –como en el clásico caso estadounidense *Marbury c. Madison* (1803)– o mediante la acción de privar a los querellantes de su derecho constitucional a juicios por jurado, y cosas similares. Aparentemente más limitado que otras variantes del control fuerte, el control departamentalista puede en verdad ser bastante expansivo, porque cualquier gobierno que procure funcionar con razonable eficacia tenderá a recurrir a los tribunales en busca de ayuda, punto en el cual entra en juego la forma fuerte del control departamentalista. Una ley que ilegalice la quema de la bandera como medio de protesta política, por ejemplo, no requiere de por sí una acción de los tribunales, y por ende podría parecer inmune a la forma fuerte de control departamentalista. Sin embargo, tan pronto como los fiscales entablen un juicio penal contra alguien que haya quemado la bandera, el departamentalismo comenzará a surtir efecto mediante el poder de los tribunales para desestimar el caso si consideran que los fiscales del poder ejecutivo piden la ayuda del poder judicial para hacer cumplir lo que los jueces ven como una ley anticonstitucional. Hay aún otra variante del control judicial fuerte, en la que los fallos de constitucionalidad se consideran conclusivos en relación con *todas* las cuestiones constitucionales que puedan presentarse ante los tribunales.

Todas las variantes de la forma fuerte del control judicial plantean interrogantes básicos acerca del autogobierno democrático, porque cada una de ellas permite que los tribunales desplacen los criterios actuales

de las mayorías contemporáneas al servicio de los criterios que los jueces atribuyen a quienes adoptaron la constitución. Es cierto que todo el constitucionalismo consiste precisamente en limitar a las mayorías contemporáneas. El problema con la forma fuerte de control judicial es que las decisiones tomadas por los tribunales acerca de lo que significa la constitución suelen ser tan razonables como pasibles de disputa por parte de otras personas razonables. Esto ocurre en particular cuando los tribunales interpretan los enunciados relativamente abstractos de los principios contenidos en la declaración de derechos.

Tomemos como ejemplo el problema de la acción afirmativa. Una legislatura escrupulosa podría reflexionar sobre lo que significa la prohibición constitucional de la discriminación, y decidir que los programas generales de acción afirmativa basados en la raza se alinean al compromiso de la nación con la igualdad, porque son maneras apropiadas de rectificar el legado histórico del racismo. Los tribunales pueden concluir, en contraste, que el compromiso de la nación con la igualdad implica que la legislación solo puede tomar en cuenta la raza bajo circunstancias mucho más restringidas, y no con la mera finalidad de rectificar injusticias históricas. Las conclusiones de la legislatura distan de ser irrazonables, aun cuando sean discutibles. Sin embargo, en un sistema de control judicial fuerte, la conclusión de los tribunales, en sí misma razonable, prevalece sobre la que ha adoptado la legislatura. Esto impone una restricción sustancial al poder del pueblo para gobernarse a sí mismo. Si —como suele ocurrir— hay personas razonables que disienten sobre lo que realmente dice la constitución en relación con impugnaciones de leyes particulares, la restricción del autogobierno es difícil de defender simplemente invocando la idea básica del constitucionalismo.

Quienes proponen el nuevo modelo de control judicial débil lo describen como una manera atractiva de reconciliar el autogobierno democrático con el constitucionalismo. Como expresa Jerry Goldsworthy, el nuevo modelo “ofrece la posibilidad de llegar a una solución de compromiso que combina los mejores componentes de los modelos tradicionales, en tanto confiere a los tribunales la responsabilidad de analizar la compatibilidad de la legislación con los derechos protegidos, a la vez que preserva la autoridad de las legislaturas para quedarse con la última palabra”.²

Esta característica del control judicial débil es el puente entre él y la segunda pregunta que mencioné antes, acerca de si es apropiada la incorporación de derechos sociales y económicos en las constituciones. Hay dos argumentos en contra de hacerlo, que gozan de amplia aceptación: los tribunales —se dice— no tienen la capacidad para otorgar un

contenido apropiado a los derechos generales de bienestar social en el contexto de controversias particulares, y –también se dice– la imposición judicial de derechos de bienestar social es particularmente intrusiva para con la decisión legislativa (y, por ende, democrática), porque la exigencia de cumplir con los derechos sociales y económicos suele tener implicaciones sustancialmente mayores para el presupuesto gubernamental que la exigencia de cumplir con los derechos de primera generación. La creación del control judicial débil socava estos argumentos mediante la provisión de un mecanismo institucional para identificar e imponer *provisoriamente* los derechos económicos y sociales. Los sistemas de la forma débil permiten que las legislaturas respondan a las decisiones judiciales alegando que los jueces especificaron de manera incorrecta el contenido de los derechos constitucionales sociales y económicos, o insistieron en modos excesivamente dispendiosos de hacer realidad esos derechos.

En el capítulo 1, comienzo por argumentar a favor del estudio constitucional comparado, no para determinar la interpretación apropiada de cláusulas constitucionales específicas, sino más bien para prestar asistencia a la reflexión sobre cuestiones vinculadas al derecho constitucional del país. Este argumento metodológico está presente en todo el libro. Después, en los capítulos 2 y 3, presento y examino en cierto detalle las diferentes formas de control judicial, con especial atención a las menos conocidas formas débiles. En el capítulo 3, me baso en la experiencia de las últimas décadas con sistemas de la forma débil para preguntar si estos tipos de sistemas son estables, en el sentido de permanecer débiles y no tender a convertirse en sistemas de la forma fuerte; y, si no son estables en tal sentido, cómo resultaría posible explicar –y tal vez justificar– dicha transformación.

En la segunda parte del libro, abordo una pregunta implícita en el argumento según el cual, en términos de Goldsworthy, los sistemas de la forma débil son atractivos en parte porque preservan la autoridad legislativa: los sistemas de la forma débil dan por sentado que las legislaturas a las que se les confiere la responsabilidad de participar en el desarrollo del significado constitucional, en diálogo con los tribunales, se desempeñarán razonablemente bien. Hay quienes –incluidos muchos lectores de este libro– se mostrarán escépticos respecto de que las legislaturas, integradas por políticos más interesados en la reelección que en la promoción de los compromisos constitucionales, sean capaces de hacer un buen trabajo en este sentido. Luego de identificar las preguntas precisas que deberíamos formular con respecto al desempeño legislativo, e indicar algunas dificultades relacionadas con la investigación del desempeño legislativo real, en el capítulo 4 desarrollo criterios para evaluar la cali-

dad del desempeño legislativo en materia constitucional. Estos criterios son complejos y –tal vez inesperadamente– mucho más generosos con las legislaturas de lo que uno habría esperado de antemano. En el capítulo 5, ofrezco algunos estudios de casos particulares sobre el desempeño real de las legislaturas, teniendo en cuenta dichos criterios. Estos estudios de casos también ponen de relieve ciertos aspectos del diseño constitucional, tanto en los sistemas de la forma fuerte como en los de la forma débil, que afectan al desempeño legislativo.

Después, en la tercera parte del libro, paso a considerar los derechos económicos y sociales en sí mismos, vinculándolos a la institución del control judicial débil. Aquí se abordan dos argumentos que ocupan un lugar prominente en los análisis escépticos sobre el cumplimiento judicial de derechos económicos y sociales, sobre todo en lo que concierne a la Constitución estadounidense. El primero dice que hacer esto es *novedoso*, que la Constitución de los Estados Unidos es una constitución de derechos negativos, en contraste con los derechos económicos y sociales positivos que han adoptado las constituciones más recientes. De acuerdo con el segundo, esto va más allá de la *capacidad* judicial, sobre todo porque la imposición judicial coercitiva de derechos económicos y sociales interfiere con las prerrogativas legislativas de manera más sustancial que la imposición judicial de los derechos liberales clásicos. En la tercera parte se rebaten todos estos argumentos. El capítulo 6 pasa revista a la así llamada “doctrina de la acción estatal” (*state action doctrine*) en el derecho constitucional estadounidense, así como a las doctrinas relacionadas del efecto horizontal en otros sistemas constitucionales, para demostrar que, a guisa de hacer cumplir esa doctrina (o de considerar si se dará un efecto horizontal a las cláusulas constitucionales), los tribunales constitucionales *ya* hacen cumplir esos derechos, con lo cual se debilita la objeción de la “novedad”. Sobre la base de la experiencia en los Estados Unidos y Canadá, planteo que las constituciones liberales no pueden evitar la cuestión de los derechos de bienestar social, porque deben hacer *algo* en relación con las implicaciones constitucionales de lo que defino como derechos de propiedad, contractuales y extracontractuales de fondo. Después, argumento que el derecho constitucional sustantivo es completamente adecuado para lidiar con cualquier implicación problemática que se adjudique a la constitucionalización de los derechos relacionados con el bienestar social.

En los capítulos 7 y 8, me baso en la jurisprudencia sobre los derechos de bienestar social que está desarrollando Sudáfrica, con miras a demostrar que la objeción de la “capacidad” al cumplimiento judicial de derechos económicos y sociales descansa en el supuesto según el cual

ese cumplimiento debe adoptar una forma fuerte; y argumento que ese supuesto está debilitado por la creación del control judicial débil, un tipo de control judicial que podría ser un método atractivo para hacer cumplir los derechos económicos y sociales. El control judicial débil puede reconocer derechos de bienestar social de una manera cuyas implicaciones para los presupuestos gubernamentales no superan a las de las decisiones judiciales que imponen derechos de primera generación, tales como el derecho a la libertad de expresión.

El argumento de la tercera parte no deja sentado que el cumplimiento de derechos económicos y sociales sea necesariamente bueno; solo apunta a despejar ciertas malezas bastante densas que han crecido en torno a la cuestión, de modo tal que otros argumentos sobre la imposición de tales derechos –por ejemplo, sobre sus buenos o malos efectos en la economía nacional– puedan ocupar su lugar adecuado y prominente en nuestra consideración del problema. De más está decir que el argumento tampoco apunta a explicar por qué los Estados Unidos han establecido una forma fuerte de control judicial, ni a examinar las razones políticas (como distintas de las razones institucionales específicamente asociadas al control judicial) que puedan explicar por qué los argumentos sustantivos a favor de los derechos económicos y sociales tienen tan poca incidencia en el discurso político estadounidense.

* * *

Vaya una aclaración de terminología (o tipografía): a lo largo de este libro, uso el término “constitución” con “c” minúscula cuando me refiero a la constitución de una nación democrática genérica. Escribo “Constitución” con mayúscula cuando me refiero a una constitución específica, que identifico inmediatamente después (como en “Constitución de los Estados Unidos”), o bien en las oraciones que preceden a la referencia.

NOTAS

- 1 Esta terminología se originó en Stephen Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, p. 707.
- 2 Jeffrey Goldsworthy, “Homogeneizing Constitutions”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, p. 484.