

EL SURGIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL*

*Bruce Ackerman***

RESUMEN

El surgimiento del constitucionalismo mundial parecía poco probable hace unas décadas, y este artículo se vale del derecho constitucional comparado para explicar cómo ocurrió una expansión tan rápida y difundida, y cómo afectó la práctica del control constitucional. El autor defiende un acercamiento global al problema, y postula diferentes escenarios para el surgimiento del constitucionalismo en un contexto específico; con base en lo anterior, Ackerman identifica diferentes formas de adjudicación constitucional. El artículo señala dos escenarios de fundación: uno, el federalista, tiende a producir un tribunal constitucional que juega un rol de mediador entre el centro y la periferia, y desarrolla un estilo de adjudicación caracterizado por la coordinación y la prudencia. El segundo escenario, “nuevos comienzos”, incluye variantes como la del corte triunfal con el pasado y la ubicación adecuada de un líder máximo; este escenario tiende a generar un estilo de adjudicación “redencionista”, basado en principios generales y en la defensa vehemente de los valores del pueblo.

Palabras clave: Constitucionalismo, Derecho comparado, Derecho constitucional comparado, Control constitucional, Federalismo, Presidencialismo, Instituciones políticas.

ABSTRACT

The rise of world constitutionalism seemed unlikely a few decades ago, and this article turns to comparative constitutional law in order to explain how such a quick and widespread expansion happened, and how it affected the practice of judicial review. Advocating a global approach, and postulating different scenarios for the rise of constitutionalism in a given setting, the author seeks to characterize different forms of judicial review. The article identifies two foundational scenarios: the first, federalism, tends to produce a constitutional court with an intermediary role between the center and the periphery, with a style of adjudication generally marked by coordination and prudence. The second scenario, “new beginnings”, includes variants such as a triumphalist break with the past and the accommodation of a maximum leader; it tends to lead to a style of “redemptive” adjudication based on broad principles and a heated defense of people’s values.

Key words: *Constitutionalism, Comparative Law, Comparative Constitutional Law, Constitutional Control, Federalism, Presidentialism, Political Institutions.*

* Este artículo, originalmente publicado en inglés, ha sido traducido al castellano por el Federico Escobar Córdoba, profesor de Historia del Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana, Cali.

** Profesor Sterling de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Yale. Este ensayo es una muestra de mi agradecimiento a la Universidad de Virginia por honrarme como su Conferencista McCorkle en 1996. Sin embargo, el ensayo no es el texto mismo de la conferencia, que fue publicado como parte de un Simposio sobre la Fidelidad en el Derecho Constitucional. Ver ACKERMAN,

Volvamos al mundo de hace sesenta años, y veamos hacia el futuro: ¿Cuáles eran las posibilidades del constitucionalismo a finales de la década de los treinta? ¿Qué potencial tenía el control de constitucionalidad?

El panorama era sombrío. La Constitución de Weimar se había derrumbado, tal como lo había hecho el ingenioso experimento austriaco con el control de constitucionalidad.¹ Ni los franceses ni los ingleses jamás le tuvieron mucha fe a la capacidad de las constituciones escritas para restringir la política democrática. Además, un siglo de experiencia latinoamericana no sugería nada esperanzador. Desde Bolívar, varias generaciones de liberales al sur de la frontera quisieron copiar el modelo norteamericano— sólo para encontrar que la promesa de limitar al gobierno se disolvía en caudillismo y guerra de clases. Y en los Estados Unidos, la Corte Suprema estaba tambaleando, y tardaría más de una década en recobrar su dirección.

En medio de estos escombros, sólo Inglaterra, y sus territorios transoceánicos, ofrecían destellos de luz. En Canadá y Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, la democracia Westminster no era una forma sin vida, sino una realidad viviente. Sin embargo, las lecciones que estos éxitos ofrecían eran agrídulces. Los ingleses nunca aceptaron la vanidad, propia de la Ilustración, de que una constitución formal era una condición necesaria para que existiera un gobierno moderno. Era su cultura de autogobierno, eran su sentido común y su decencia, los que distinguían su compromiso progresivo con los principios democráticos— y no las constituciones de papel ni los trucos institucionales como el control constitucional. A los ingleses les había tardado siglos desarrollar esta cultura en su propia casa, y sólo los ingleses habían sido capaces de transportarla al extranjero. En efecto, casi todos los norteamericanos reflexivos sospechaban que la herencia anglosajona era la responsable, en gran medida, de su propio éxito, y que el sofisticado aparato diseñado en Filadelfia era poco más que un obstáculo para alcanzar mayor desarrollo democrático.

Bruce. “¿Una generación de traición?”, 65 *Fordham L. Rev.* 1519 (1997). No obstante, espero que mis amigos entre los profesores de Virginia reciban el ensayo como una forma de agradecer la cordial bienvenida, y las discusiones enriquecedoras, que caracterizaron mi estadía en Charlottesville.

¹ Para leer un buen estudio de la experiencia constitucional europea entre guerras, incluyendo los casos alemán y austriaco, ver: CRUZ VILLALÓN, Pedro. “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918–1939)” (1987).

² Para leer una útil presentación panorámica del debate actual, comparándolo con otros anteriores en Canadá y Nueva Zelanda, ver: Michael Luis Principe. “Dicey Revisited: Great Britain Joins the Fray in Examining Individual Rights Protections in the Westminster System”, 12 *Wis. Int'l. L. J.* 59 (1993).

Sesenta años después, y cómo ha cambiado el mundo. Incluso los británicos están discutiendo la necesidad de tener una novedosa constitución escrita.² Ya es casi políticamente incorrecto sugerir que el éxito de Estados Unidos está basado en sus tradiciones jurídicas anglosajonas.³ La esperanza depositada en las constituciones escritas, una esperanza propia de la Ilustración, está barriendo el mundo. Los tribunales constitucionales son ahora fuerzas poderosas en Alemania y Francia, España e Italia, Israel e Hungría, Canadá y Sudáfrica, la Unión Europea e India. ¿Nos estamos mareando en la cima de un mercado en estampida, o estamos al borde de una hegemonía mundial?

Sólo una cosa es del todo clara: los constitucionalistas americanos han tratado este asunto con asombrosa indiferencia. Ellos recibieron con alegría la caída del Muro de Berlín, y celebraron el ascenso del constitucionalismo mundial con un frenesí de viajes oficiales a lugares distantes necesitados de conocimientos jurídicos. Pero la transformación global aún no ha tenido ni el menor impacto en el pensamiento constitucional norteamericano. El típico juez norteamericano no pensaría en *aprender* de una sentencia de los tribunales constitucionales alemán o francés.⁴ Tampoco lo haría el típico académico: suponiendo, en contra de los hechos, que podría entender el razonamiento de los nativos en sus lenguas extranjeras.

Si podemos observar algo, es que la práctica y la teoría norteamericanas se han movido hacia un provincialismo enfático. Durante la última década, hemos estado debatiendo con renovada intensidad sobre el sentido original de la Constitución de 1787, la Declaración de Derechos, y las Enmiendas de Reconstrucción. Cualquiera que pueda ser la utilidad de este debate para los norteamericanos, no incluye los textos que tienen mayor importancia constitucional para el resto del mundo. Para

³ Para leer una rara defensa reciente de las raíces anglosajones de la constitución estadounidense, ver: LIND, Michael. *The Next American Nation* 17–54 (1995).

⁴ Pero ver, por ejemplo: *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995) (aclaración de voto de Calabresi, J.): “En cierto momento, Estados Unidos tenía casi un monopolio sobre el control constitucional, y si una doctrina o planteamiento no se intentaba acá, no había ningún otro lado donde buscarla. Esa situación ya no es la misma. Desde la Segunda Guerra Mundial, muchos países han acogido formas de control constitucional, que (a pesar de ser diferentes de la nuestra en múltiples detalles) sin lugar a dudas han tenido su origen e inspiración en la teoría y la práctica constitucionales norteamericanas. Estos países son nuestros ‘descendientes constitucionales,’ y la forma en que han tratado problemas análogos a los nuestros puede resultarnos muy útil cuando confrontamos asuntos constitucionales difíciles. Los padres sabios no dudan en aprender de sus hijos”.

estos extranjeros, los documentos claves fueron escritos por liberales occidentales durante el traumático epílogo de la Segunda Guerra Mundial: la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁵ o la Convención Europea,⁶ o la Constitución de Alemania.⁷

Pero estos faros de la nueva era no aparecen en los radares norteamericanos. El juez o el abogado estándar difícilmente levantarían una ceja cuando les dijeran, por ejemplo, que las normas estadounidenses sobre la pena de muerte o los derechos de seguridad social ofenden principios constitucionales básicos, como el resto del mundo ha llegado a entenderlos.⁸ ¿Qué tiene que ver *eso* con la Declaración de Derechos o la Cláusula de Protección Igual de la Ley?

Mucho más, sospecho, de lo que generalmente se cree. Pero, por lo pronto, estoy más interesado en la forma en que los académicos norteamericanos, no los

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General 71, U.N. GAOR, 3d Session, U.N. Doc. A/810 (1948).

⁶ Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Nov. 4, 1950, Europ. T.S. No. 5, 213 U.N.T.S. 221 (entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953).

⁷ Ley Base de la República Federal de Alemania, *reimpresa en: Constitutions of the World* (FLANZ, Gisbert H. Trad., Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz, Eds., 1994).

⁸ El movimiento mundial contra la pena de muerte fue resumida por la Corte Suprema de Sur África en su decisión reciente declarando inconstitucional esta forma de castigo, en *S v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, 412–30, 451–52 (CC). El fuerte compromiso constitucional de Alemania con la seguridad social está desarrollado en: MAUNZ, Theodor y DÜERIG, Günter. *Grundgesetz: Kommentar*, art. 20 (1996) y en Rudolf Wassermann, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* 1390–1464 (1989). Los principios jurídicos alemanes son muy influyentes en España; ver: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español* 118–26 (1992). También son influyentes en Europa Oriental. Mientras en Alemania el compromiso con la seguridad social se desprende de la afirmación hecha por el artículo 20 de que la República es un “*sozialer Bundesstaat*” (“estado federal *social*”) (énfasis fuera del texto), este compromiso es más explícito en los textos franceses e italianos. El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, que tiene status constitucional en la Quinta República, “les garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre, y los trabajadores de edad, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso, y el ocio. Cualquier ser humano que, por razón de su edad, su salud física o mental, o su situación económica, sea incapaz de trabajar, tiene derecho a obtener de la comunidad medios de subsistencia adecuados”. Par. 11, *reimpreso en*: BELL, John. *French Constitutional Law* 264 (1992). De manera semejante, el artículo 38 de la Constitución italiana dispone: “Todo ciudadano particular que no pueda trabajar y que no cuente con los recursos necesarios para su existencia tiene derecho a recibir asistencia privada y social”. *Constitutions of the Countries of the World* (FLANZ, Gisbert H. Trad., Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz, Eds., 1987). La equivalencia funcional entre las aproximaciones alemana e italiana la anota BOECKEN, Winfried en: *Der Verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüchen und –anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention* 16–17 (1987).

abogados, se deberían estar orientando hacia la transformación global e histórica que ocurre a nuestro alrededor.

Tenemos una seria responsabilidad en este tema. Es increíblemente bajo el número de lugares distintos a Estados Unidos donde el ejercicio del derecho es un trabajo bien remunerado, lo suficiente para permitir que el académico en potencia evite las carreras agotadoras que representan las consultorías sin fin. Si dejamos de hacer nuestro aporte debido al análisis del constitucionalismo mundial, será difícil que otros llenen el vacío.

Y, sin embargo, también es posible acabar con el campo al acogerlo con demasiado entusiasmo. Claramente, no podremos hacer un buen trabajo dependiendo de las traducciones al inglés. El alemán es indispensable, y, si las cosas salen bien, también lo son el francés y español y...

Pero nuestra notoria incompetencia lingüística no es nuestro peor problema. En primer lugar, debemos aprender a pensar sobre la experiencia norteamericana de una manera distinta. Hasta hace muy poco, era apropiado concederle una posición privilegiada en los estudios de derecho comparado. Otros experimentos con constituciones escritas y con el control constitucional se consideraban simplemente demasiado cortos para permitir predicciones confiadas sobre cuál transformaría con éxito la evolución política a largo plazo, si es que alguno lo haría. Pero en la medida en que ingresamos al nuevo siglo, este escepticismo ya no se justifica. Lugares como Alemania o Italia o la Unión Europea o la India pasarán la marca de los cincuenta años en sus experimentos con constituciones escritas y tribunales constitucionales; Francia y España pronto experimentarán los desafíos particulares que representa alcanzar una segunda generación completa de control constitucional. Aun si todos estos proyectos se desploman en las próximas décadas, constituyen un excelente banco de experiencia para la investigación comparada. En vista de este contexto emergente, debemos aprender a entender la experiencia norteamericana como un caso especial, no como el caso paradigmático.

He intentado ser fiel a este precepto en las especulaciones que encontrarán a continuación. En lugar de meditar sobre dos siglos de historia norteamericana, he fijado la vista firmemente en el último medio siglo de historia mundial, y he permitido que la experiencia norteamericana se introduzca sólo como una fuente suplementaria de ideas. Viendo este medio siglo en términos generales, ¿existen patrones que se repiten al crear con éxito constituciones escritas? Si es así, ¿los

diferentes patrones de fundación les dan forma al estilo y el contenido del control constitucional?

En esta fase, no podemos tener esperanzas de encontrar respuestas rigurosamente cuantitativas a estas preguntas. El número de historias exitosas es demasiado pequeño para el análisis estadístico, y el número de variables es demasiado grande. No hay otra salida distinta a apelar al estilo anticuado de entendimiento. Mi aproximación es, en efecto, bastante anticuada. En concreto, me mantendré al margen de los esfuerzos por asociar el constitucionalismo con variables sociales y económicas; no lo hago porque no existan esas conexiones, sino porque carezco de conexiones ingeniosas para proponer. Me concentraré, en cambio, en variables jurídicas y políticas más rutinarias.

Empezaré por distinguir dos escenarios: el escenario “federal” y el del “nuevo comienzo”. En la medida en que avance la discusión, retomaré constantemente las posibles relaciones entre los dos patrones de fundación y la práctica del control constitucional.

1. FEDERALISMO: DE TRATADO A CONSTITUCIÓN (Y VICEVERSA)

En el caso estándar, un grupo de estados le delega una serie de funciones a un centro embrionario a través de un tratado. Pero este “tratado” resulta ser distinto de la mayoría. Los estados miembros encuentran que cada vez es más difícil eludir las órdenes del centro emergente. A través de uno u otro medio, el centro intenta establecer que el “tratado” prevalece sobre las leyes inconsistentes, promulgadas posteriormente por los estados individuales desde la periferia. Si los jueces aceptan este punto de vista, el “tratado” empieza a tomar el estatus de una “constitución”. Cuando confrontan una ley nacional ordinaria, los jueces empiezan a arrogarse la atribución de decidir si es consistente con el “tratado/constitución” prevaleciente. Si no lo es, entonces no es ley, a pesar de los esfuerzos que hagan los estados antes soberanos para liberarse de sus obligaciones con el centro.

La transformación (incierto) de tratado a constitución está en el corazón de la Unión Europea hoy; también estuvo en el corazón de la experiencia norteamericana entre la Revolución y la Guerra Civil. Para ampliar nuestro marco analítico más allá de estos casos conocidos, consideren dos variaciones dentro del escenario federal.

1.1. Posible federación

La primera variante involucra la dinámica de la federación posible o potencial, ejemplificada por los constitucionalismos embrionarios de Europa Oriental. Estos países tienen intereses primordiales, tanto militares como económicos, en unirse a cuasi-federaciones ya existentes, organizadas por tratados/constituciones. Esto les brinda a sus jueces una ventaja enorme al idear normas constitucionales que sean paralelas a las desarrolladas por la Unión Europea (y entidades asociadas, como el Consejo Europeo). Si bien los parlamentos y los presidentes, de manera predecible, opondrán resistencia a las intervenciones judiciales, son dolorosamente conscientes del hecho de que los enfrentamientos muy visibles con sus tribunales constitucionales nacionales pondrán en serio peligro sus proyectos de entrar de manera anticipada a la Unión Europea, que ya está buscando excusas para diferir los altos costos económicos que representa la admisión de Europa Oriental.

Esto significa que un político que piense desafiar una decisión judicial en particular, no puede, de manera realista, entrar en un análisis costo-beneficio *reducido*, con la esperanza de obtener el apoyo de todos los intereses sociales perjudicados en concreto por los esfuerzos judiciales en defensa de los derechos humanos. Por el contrario, ese político debe realizar un análisis *más amplio*, tomando en cuenta los beneficios económicos y militares que se podrían perder en caso de que retar a una corte, dentro de la política interna, lleve a ser excluido de la federación.

Esto ayuda a explicar, creo yo, el notable éxito que ha tenido el Tribunal Constitucional de Hungría para consolidarse a pesar de las débiles bases textuales en las que ha apoyado su avance vehemente de los derechos fundamentales.⁹ Esto también sugiere una fuente de fortaleza en otros países de Europa Oriental que tienen posibilidades razonables de ser admitidos— en especial la República Checa y Polonia.

⁹ Ver, por ejemplo: KLINGSBERG, Ethan. “Judicial Review and Hungary’s Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property Rights”, 41 *BYU L. Rev.* 41, 78–81, 136–38 (1992) (discutiendo la forma en que este tribunal anuló la pena de muerte sobre bases extra-textuales, y sugiriendo que la decisión se puede explicar en parte por el fuerte deseo de Hungría de recibir la aceptación de Occidente). Un estudio más exhaustivo lo está preparando actualmente el profesor Kim Scheppele de la Universidad de Pennsylvania. A su vez, el magistrado Laszlo Solyom está preparando una traducción al inglés de las sentencias clave.

La dinámica de la posible federación no siempre lleva a fortalecer la judicatura. En Turquía, por ejemplo, puede llevar a una toma militar para impedir un giro hacia el Islam. Si bien este golpe acabaría con cualquier esperanza de ser un miembro pleno de la Unión Europea, ayudaría a Turquía a mantener el estatus de asociado, al igual que la membresía en la OTAN. Una dinámica similar se percibe en Argelia. Esta no será la última vez que compararemos a los tribunales y los ejércitos como los guardianes últimos de la constitución.

1.2. De Constitución a Tratado

He venido suponiendo que, con el tiempo, el “tratado” adopta más y más rasgos de una “constitución”. Pero la dinámica del federalismo puede operar en la dirección contraria. De acuerdo con la variante involutiva, la “constitución” nacional asume más el aspecto de un tratado en la medida en que los elementos descentralizadores se hacen más notorios. Esta es una manera de entender el conocido procedimiento canadiense que les permite a las provincias exceptuar su legislación de la Carta de Derechos.¹⁰ Como en un tratado, las leyes posteriores del Parlamento de Québec prevalecen sobre las normas anteriores basadas en la Carta— pero sólo por un período determinado, después del cual la región debe invocar de nuevo el procedimiento de exención.¹¹

Una cláusula de excepción como esta se puede manejar de tal forma que se parezca más, o menos, a un tratado. Se puede permitir que una provincia haga prevalecer sus normas sólo después de haber considerado, de manera seria y particularizada, los valores que están en juego; o se le puede permitir apartarse de las limitaciones constitucionales sin acometer un estudio meticuloso. Al permitirle a Québec escoger la segunda opción, la Corte Suprema autorizó el paso dado hacia una constitución más parecida a un tratado.¹²

En el futuro vamos a ver más escenarios involutivos, cuando aquellos Estados antes unitarios asuman características federales más notorias. Alemania, España, e Italia (¿e Inglaterra y Francia también?) pueden fácilmente verse atrapados en

¹⁰ Const. de Canadá (Ley Constitucional, 1982), parte I (Carta de Derechos y Libertades de Canadá), § 33(1). El procedimiento también permite que el parlamento federal prevalezca, al igual que los provinciales. Pero, ¿se hubiera adoptado esta disposición si no fuera por el deseo de complacer a Québec?

¹¹ Id., parte I, §§ 33(3) y (4).

¹² Ford v. Québec (Fiscal General) (1988) 2 S.C.R. 712, 733–742.

dos escenarios simultáneos, con el poder reubicado cada vez más en un nuevo centro en Bruselas y en nuevas periferias regionales. Este proceso ya está bastante avanzado en lugares como Bélgica.

Estaré invitando al lector a reflexionar más sobre lo que implican los escenarios federales para la práctica del control constitucional. Sin embargo, ahora quiero pasar a una dinámica constitucional diferente, pero no necesariamente incompatible con la primera.

2. “NUEVOS COMIENZOS”

El rasgo distintivo de los escenarios federales es la existencia de múltiples centros de poder dentro de un *proyecto continuo de coordinación intensiva* que es (a) mucho más comprometido que los proyectos imaginados por el tratado tradicional, pero (b) menos comprometido que el proyecto imaginado por el Estado unitario clásico. Esta colaboración continua genera imperativos funcionales que pueden ser aprovechados por el centro emergente, y por las cortes asociadas a él, para establecer “normas superiores” con el fin de dirigir y constreñir a las diferentes partes que componen el sistema interactivo.

El segundo escenario opera con una lógica diferente, haciendo uso de símbolos expresivos, y no de imperativos funcionales. Conforme a este escenario, una constitución aparece como una *señal simbólica de una gran transición en la vida política de una nación*. Por ejemplo, es imposible entender el notable éxito del Tribunal Constitucional alemán (tanto en términos de jurisprudencia como de autoridad efectiva) sin reconocer que para la sociedad en general la Ley Fundamental se ha convertido en un símbolo central de la ruptura que experimentó la nación con su pasado nazi.

Este punto obliga a los políticos, de nuevo, a trascender el mero análisis costo-beneficio cuando deciden si es apropiado desafiar decisiones judiciales concretas—sólo que en esta oportunidad los costos sociales más amplios en los que incurren son simbólicos. Un político racional, que quiera maximizar sus votos, debe tener en cuenta que muchos grupos perjudicados por una sentencia considerarán que es inaceptable asociarse, aun de manera simbólica, con el pasado nazi; y muchos otros grupos, que no se ven afectados por ese debate, actuarán para defender la idea de que la Ley Fundamental marca un “nuevo comienzo” en la historia de Alemania. En este escenario, las constituciones pueden convertirse en capital

simbólico de gran importancia más adelante, en la lucha judicial por autoridad política.

¿Cómo sucede, entonces, que las constituciones alcanzan el estatus de símbolos culturalmente significativos?

2.1. Alemania como un caso especial

Empiezo con Alemania, pero no porque constituya un caso estándar. La Ley Fundamental fue redactada en un momento en el que, desde luego, los alemanes eran muy conscientes de encontrarse en un punto decisivo de su historia— “Stunde Null”, o la Hora Cero. Pero era también una época de enorme escasez personal, confusión pública, y ocupación militar. En lugar de servir como un símbolo positivo de un “nuevo comienzo”, la Ley Fundamental fácilmente pudo haber corrido la misma suerte que el Tratado de Versalles¹³ y que la Constitución de Weimar—símbolos de desgracia nacional, que deberían ser expulsados en la primera oportunidad. De hecho, la Ley Fundamental fue propuesta con cierta timidez como una constitución provisional, y sus proponentes rechazaron las solicitudes (o exigencias) de los Aliados de que el texto fuera ratificado a través de un referendo popular— por la buena razón de que el documento pudo haber sido vencido en una confrontación popular como esa, especialmente en Bavaria.¹⁴

Por lo tanto, el éxito simbólico de la Ley Fundamental es verdaderamente notable y a la vez difícil de repetir. Durante la primera generación de la posguerra, Alemania Occidental estaba en un período de prueba; si el Tribunal Constitucional alemán hubiera sido atacado desde adentro, esto hubiera dado la señal de que era necesaria una mayor intervención de los Aliados desde afuera. Además, el período de prueba de Alemania demostró ser una época de enorme prosperidad económica, que ayudó a ampliar y profundizar el apoyo interno al régimen a lo largo de la década de 1950.

Este contexto político—económico más amplio permitió que las élites alemanas desplegaran su gran tradición jurídica con un efecto simbólico— transformando retroactivamente la Ley Fundamental “provisional” en una gran señal del rechazo nacional hacia el pasado nazi. El hecho de que el primer Tribunal Constitucional

¹³ Tratado de Paz con Alemania, junio 28, 1919, 225 Consol. T.S. 189–393.

¹⁴ Ver: MERKL, Peter H. *The Origin of the West German Republic* 154–160 (1963).

no estuviera polucionado por magistrados que hubieran sido colaboradores del nazismo también ayudó a distinguirlo de muchas otras instituciones del gobierno y la judicatura alemanes¹⁵ – y esto revistió sus fallos de una calidad moral especial en los ojos de aquellos alemanes, cada vez más, que apoyaban de manera enfática un corte total con el pasado.

Se puede decir mucho más sobre este caso tan fascinante. Pero he dicho lo suficiente para indicar por qué no es un caso típico.¹⁶ El caso estándar de éxito simbólico involucra un escenario más “triumfalista”, donde los héroes y movimientos nacionales transforman un momento de victoria política decisiva en estructuras constitucional duraderas.

2.2. El escenario triunfalista

El escenario triunfalista estándar halla sus raíces culturales en las religiones semíticas. El judaísmo, el cristianismo, y el Islam dividen el tiempo cronológico en un “Antes” y un “Después”, y se concentran en las actividades de grandes líderes revolucionarios (Moisés, Jesús, y Mahoma) que inspiraron a sus seguidores para lograr un avance decisivo de significado colectivo. Esta manera positiva de entender el “nuevo comienzo” luego se hizo laico durante la Ilustración, especialmente con los revolucionarios estadounidenses y franceses que buscaban obtener un avance semejante en el universo del significado político. “Antes”, George III o Louis XIV nos impusieron una edad oscura y despótica; pero “Ahora” el Pueblo se está organizando para recibir una nueva era de libertad política.

Desde luego que es en este punto en el que entran las constituciones para marcar la transición entre el “Antes” y el “Después”, afirmando de este modo los principios por medio de los cuales el pueblo se gobernará en lo sucesivo. Dentro de este marco, el control constitucional aparece como un posible (pero no inevitable) instrumento institucional para prevenir un retroceso colectivo– a pesar de que “Nosotros el Pueblo” hemos entrado en una nueva era, es demasiado fácil que perdamos el rumbo, y los jueces están ahí para dificultar el retroceso. A lo largo de los últimos dos siglos, esta serie de ideas ha demostrado ser una de las principales exportaciones del Occidente, desplegándose en medio de variantes fascinantes a

¹⁵ Ver: BRYDE, Brun–Otto. *Verfassungsentwicklung* 153 (1982).

¹⁶ No tengo suficiente conocimiento para hablar de manera inteligente sobre el caso japonés, excepto para anotar que, como en el alemán, involucra colapso catastrófico, ocupación militar, y formas aún más flagrantes de influencia externa.

través de Europa y de América Latina durante el siglo XVIII e irrigando el mundo entero durante el último siglo.¹⁷

Pero esto no sucedió sin competencia. En retrospectiva, es posible identificar las revoluciones fallidas de 1848 como un punto de quiebre. De manera progresiva (con algunas excepciones), los constitucionalistas liberales dejaron de entender las constituciones como el logro supremo de la soberanía popular. Y luego vino 1917: en lugar de depositar su fe en una asamblea constituyente encargada de redactar un texto constitucional, los bolcheviques confiaron en un partido gobernante que serviría como un vehículo de transmisión continua del avance colectivo. Su éxito aparente motivó a muchos otros movimientos revolucionarios a encontrar en el partido, y no en la constitución, el gran logro que ayudaría a institucionalizar su triunfo político. Esta sustitución simbólica del partido por la constitución es un tema común que conecta a Lenin y Mao con Hitler, Mussolini, y una variedad de movimientos de liberación nacional a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, la importancia del modelo bolchevique no debe ocultar de nuestra vista aquellos casos importantes del siglo XX de movimientos que siguieron los precedentes estadounidense y francés. Pensemos en la India. Este es un país que, de acuerdo con los criterios estándar de la ciencia política, nunca debió haber podido tener una democracia constitucional—empobrecimiento y analfabetismo masivos, diversidad lingüística, y conflictos religiosos violentos; todos parecen ser malos augurios. Y sin embargo, por medio siglo ya, ha logrado desconcertar las expectativas. Aun si su Constitución se descompone en la próxima generación, ¿cómo podremos explicar su éxito manteniendo una democracia liberal?

Es posible detectar una dinámica que comprende cinco fases.¹⁸ Primero, se presentó la larga y exitosa lucha del Partido del Congreso para movilizar un

¹⁷ Estudio este proceso de difusión, desde otra perspectiva, en: ACKERMAN, Bruce. *The Future of Liberal Revolution* (1992), pp. 5–24.

¹⁸ Obviamente, esta es sólo una parte de la historia. Con respecto a esfuerzos recientes por suministrar las otras partes, ver, por ejemplo: LIJPHART, Arend. “The Puzzle of Indian Democracy: A Consociational Interpretation”, 90 *Am. Pol. Sci. Rev.* 258 (1996) (con el argumento de que el éxito de la India, a pesar de sus profundas divisiones sociales, se puede atribuir a su sistema de democracia basado en “compartir el poder”, a diferencia de un sistema mayoritario, en el que el ganador se lleva todo); VAN PARIJS, Philippe. “Justice and Democracy: Are they Incompatible?” 4 *J. Pol. Phil.* 101, 111–113 (1996) (con el argumento de que compartir el poder puede producir relaciones más armónicas entre la democracia y la justicia).

movimiento político trans-étnico, con una base masiva. En segundo lugar, esto llevó a que, en el momento de la independencia, el Partido del Congreso fuera visto como un instrumento confiable de la soberanía popular. Tercero, y crucialmente, Gandhi y Nehru rechazaron el modelo del partido hegemónico, y apoyaron un esfuerzo comprometido por escribir una constitución que recordara los compromisos fundamentales del avance del pueblo indio hacia la independencia. Cuarto, las energías del revolucionario Partido del Congreso cedieron lentamente, en la medida en que se convirtió en un fortín de políticos oportunistas, interesados en conseguir un puesto en el gobierno. Quinto, esto llevó a una mayor importancia de la Constitución, y de sus instituciones judiciales, como los guardianes de los compromisos constitucionales fundamentales de la nación.¹⁹

Llamaré a este desarrollo el *escenario triunfalista* (en contraste con el alemán, que involucraba *derrota catastrófica*). La clave está en un proceso similar (pero a la vez distinto) a aquellos en los cuales Max Weber hacía énfasis. Durante el movimiento de independencia nacional, el Partido del Congreso organizó una cantidad enorme de energía política enfocada y de compromiso entre millones de personas de la India. En este aspecto, el movimiento parecía ser una versión laica de un movimiento carismático weberiano. Como lo señalaba Weber, estos movimientos no se pueden mantener indefinidamente. Las aspiraciones de sus seguidores, aspiraciones entusiasmadas por renovación espiritual, dan lugar, con el tiempo, a preocupaciones más terrenales por el sustento material. Cuando a la primera generación de “verdaderos creyentes” la desplazan los subordinados partidistas (corruptos), la *burocratización del carisma* deja una impronta inmisericorde.²⁰ Si bien el Partido del Congreso no escapó de este destino weberiano, la decisión que

¹⁹ El mejor recuento de los orígenes intelectuales y políticos de la Constitución de la India es el de SEN, Sarbani. *The Indian Founding: Framing an Indigenous Model of Constitution-making by Reference to India's Revolutionary Tradition* (1995) (disertación doctoral no publicada, Yale University) (archivo en manos del autor). Sen termina su relato con la Fundación, y ningún estudio describe de manera contundente el rol del constitucionalismo durante el último medio siglo. El importante trabajo de GALANTER, Marc. *Law and Society in Modern India* (1989) es la notable excepción, pero sus preocupaciones no toman en consideración los temas neo-weberianos analizados aquí. Otras discusiones que pueden resultarles interesantes a los comparatistas incluyen BAXI, Upendra. *The Indian Supreme Court and Politics* (1980); DAS, Gobind. *Supreme Court in Quest of Identity* (1987); KHANNA, H. R. *Judiciary in India and Judicial Process* (1985); Magistrado V. R. Krishna Iyer, *Our Courts on Trial* (1987).

²⁰ La discusión más accesible de Weber sobre el carisma, y su rutinización, se puede consultar en *The Theory of Social and Economic Organization* 341–386 (PARSONS, Talcott. Trad. A.M. Henderson) (1947). Se acerca más a mi adaptación neo-weberiana en las páginas 386 a 412 del mismo libro.

tomaron Gandhi y Nehru a favor de la constitución también permitió algo que llamaré la *constitucionalización del carisma*, un fenómeno dentro del cual la Constitución ha servido como un símbolo poderoso (pero lejos de ser todopoderoso) de identidad nacional y compromiso democrático.

Una dinámica semejante opera actualmente en Sur África. El colapso del comunismo en 1989 ayudó a menguar el atractivo del modelo bolchevique, consistente en un partido hegemónico, dentro del Congreso Nacional Africano. Esto le permitió a Nelson Mandela hacer de la negociación de una constitución (y no de la consolidación del mandato del CNA) el acto fundamental de un “nuevo comienzo” en la identidad política surafricana. Ante un igual acto de estadista de F.W. DeKlerk, hemos visto la recreación exitosa del escenario liberal revolucionario. No debe sorprendernos que el nuevo tribunal constitucional ya esté aprovechando esta situación con fallos que buscan hacer efectiva la promesa de un nuevo comienzo político, contenida en la Constitución de Sudáfrica.²¹ No es mi intención sugerir que esta promesa es del todo segura, ni que bastan las cortes para hacerla efectiva. Mi punto es, sencillamente, que el escenario del “nuevo comienzo” puede transformar la Constitución en un símbolo que los actores políticos ya no tratan dentro del marco de un análisis costo–beneficio reducido.

He tomado mis primeros dos casos triunfalistas de Asia y África. Pero si pasamos ahora a la Europa moderna, podemos ver que operan escenarios similares. Pensemos en Francia. Después de su derrota militar a manos de los nazis, Francia también sufrió algo equivalente a un movimiento de liberación nacional. Para efectos del presente análisis, Charles de Gaulle es el equivalente funcional de Gandhi y Mandela; y en últimas él también logró constitucionalizar la autoridad con la fundación de la Quinta República. En el plano personal, la analogía con Mandela es fuerte: el “Héroe de los Franceses Libres” regresó del exilio interno para apelar a la nación en un momento de crisis. Pero la relación de de Gaulle con el sistema de partidos fue diferente: el reto para Mandela fue afirmar el control real sobre un movimiento político ya organizado; el reto para de Gaulle fue organizar un nuevo partido capaz de servir como una base política confiable. El punto crucial, en ambos casos, es que los dos líderes rechazaron el modelo de un partido hegemónico. Sin embargo, en el caso francés la constitución no apareció como el resultado de una negociación compleja entre fuerzas políticas bien

²¹ Ver: S v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391, 451–452 (CC) (declarando inconstitucional la pena capital).

establecidas. Por el contrario, de Gaulle apeló con éxito a la nación para que ella apoyara su nuevo comienzo proclamando una nueva constitución a través de un referendo popular.²²

Pudieron haberse conformado escenarios triunfalistas similares en el epílogo de las “Revoluciones de 1989”. El ambiente más propicio era Polonia, pero Lech Walesa demostró no ser un Mandela o un De Gaulle. En lugar de liderar el movimiento de la Solidaridad hacia una asamblea constituyente, Walesa se esmeró por fraccionarlo antes de que pudiera producir una constitución. Ocho años después, los polacos no disponen de un símbolo político contundente que recuerde su década de sacrificio triunfal— ni un partido ni una constitución actúan como monumentos vivientes de su gran logro en la autodefinition nacional.

En Checoslovaquia, la posibilidad de un escenario triunfal nunca fue muy buena, dado que no contaba con un movimiento nacional de la magnitud de Solidaridad. No obstante, Vaclav Havel hizo una labor espectacularmente mala empleando los recursos a su disposición para constitucionalizar el carisma que se había ganado como vocero anti-comunista.²³

Hungría ofrece un notorio contraste. Los regímenes de línea dura en Polonia y Checoslovaquia habían provocado movimientos de resistencia organizada, pero las cosas eran diferentes en Hungría: “hasta 1987 no había prácticamente ninguna oposición política organizada significativa, y la vida asociativa en la sociedad civil era bastante débil”.²⁴ Pero el régimen de Kadar había incorporado muchos grupos moderados tanto en el sector del gobierno como en el de los negocios— y estos elementos del régimen buscaron llegar a un acuerdo con los moderados democratizantes que empezaron a surgir en 1988 y 1989.²⁵ El pacto que resultó de las discusiones de Mesa Redonda siguientes no adoptó la forma de una propuesta constitucional integral, y mucho menos involucró un esfuerzo para la ratificación popular. En cambio, los actores de la Mesa Redonda forjaron algunas enmiendas constitucionales importantes, que luego recibieron la aprobación del congreso comunista. Una vez el parlamento fue desplazado por sus herederos democráticos,

²² Ver: BELL, John. *French Constitutional Law* 13 (1992).

²³ Estudio los casos polaco y checo con mayor detenimiento en: Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (citado en el pie de página 17).

²⁴ LINZ, Juan J. y STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* 300 (1996).

²⁵ Id., pp. 293–316.

esto produjo un serio problema de legitimidad: ¿por qué deberían estar limitadas las asambleas democráticas por una Constitución diseñada por comunistas a instancias de una Mesa Redonda no elegida?

Pero el Tribunal Constitucional nacional, liderado por su Presidente, el Magistrado Solyom, no permitió que este asunto le detuviera. En cambio, el Tribunal ha buscado completar el vacío de legitimidad con un diluvio de sentencias sobre derechos humanos que simbolizan el deseo de muchos húngaros de afirmar sus identidades “europeas”.²⁶ Hasta el momento, las sentencias no se han basado en un texto constitucional que haya obtenido la aprobación informada de la población húngara en general, pero es posible que la hiperactividad de la corte ayude a estimular una nueva fase de política constitucional que desemboque en la promulgación de un nuevo texto que codifique muchas de las decisiones del Tribunal Solyom. Si esto sucede, puede que veamos una nueva variante del triunfalismo, bajo liderazgo judicial.²⁷

Rusia ofrece otro caso fascinante. A diferencia de otros líderes de Europa Oriental, Boris Yeltsin ha invertido recursos sustanciales en el esfuerzo por constitucionalizar su carisma. Dejando a un lado sus imperfecciones técnicas, la nueva Constitución de Rusia²⁸ ha sobrevivido su primer gran examen: sin la aprobación previa del pueblo mediante un referendo especial, ¿habríamos visto la primera elección democrática en Rusia desde el voto por la asamblea constitucional en 1918?

Lo dudo. Sin el referendo previo en apoyo de la constitución, hubiera sido mucho más fácil para Yeltsin girar en una dirección autocrática. Después de todo, él había destruido a sus antiguos enemigos parlamentarios por medios militares, y había recurrido a la fuerza al enfrentarse a los chechenios.²⁹ Dado que su popularidad era cada vez menor, Yeltsin corría el gran peligro de ceder ante la tentación usual de un líder carismático que ha perdido su atractivo ante las masas: mayor militarización.

²⁶ Ver el pie de página 9, y el texto que lo acompaña.

²⁷ Israel ofrece otro ejemplo de liderazgo judicial en vista del rechazo de las élites políticas de invertir en el constitucionalismo de manera comprometida. Ver: Bruce Ackerman, *The Lost Opportunity*, 10 Tel Aviv U. Stud. in L. 53, 66–69 (1990).

²⁸ Constitución de la Federación de Rusia, reimpresa en: *Constitutions of the Countries of the World* (BLAUSTEIN, Albert P. Trad., Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz, Eds., 1994).

²⁹ Sobre el ataque de Yeltsin contra la Duma, ver los materiales recogidos por Alexander Buzgalin y Andrei Kolganov, *Bloody October in Moscow: Political Repression in the Name of Reform* (1994). Sobre la historia del conflicto en Chechenia, ver: MIKHEYEV, Dmitry. *Russia Transformed* 189–192 (1996).

No obstante, Yeltsin ya había invertido una buena parte de su capital simbólico en la nueva Constitución; en consecuencia, no realizó un análisis costo-beneficio reducido de su situación política, y en cambio escogió conservar la senda democrática. El resultado ha sido otra decisión consciente de una importante mayoría de los rusos en contra de “devolverse en el tiempo”. La elección reciente³⁰ no sólo trajo a Yeltsin de regreso al Kremlin, sino que reafirmó el carácter de la Constitución como la señal simbólica de un “nuevo comienzo” que puede continuar aun después de la muerte de Yeltsin.

Sería ingenuo ser optimista sobre el futuro de Rusia. A pesar de que vemos que operan elementos del escenario triunfalista, hay muchos aspectos en los cuales Rusia ha sufrido una derrota catastrófica en la política mundial. Aún es posible que la nueva Constitución de Rusia, como la Constitución de Weimar en Alemania, se convierta en últimas en un símbolo de humillación nacional y no en una señal de una ruptura orgullosa con el pasado comunista. ¿Pero alguien duda que Rusia estaría en una situación aún peor si Yeltsin hubiera seguido el rumbo de Walesa y Havel, quienes no lograron apreciar la importancia fundamental de constitucionalizar el carisma?

Otra variante significativa del escenario triunfalista se está presenciando en México. Durante y después de su Revolución del siglo XX, el país experimentó primero la construcción de una constitución social democrática, la Constitución de Carranza de 1917³¹ (¡observen el año!), y luego el desarrollo de un partido hegemónico, el Partido Revolucionario Institucional (¡observen el nombre!) a finales de la década de 1920.³² A pesar de su predominio abrumador, el PRI no despreció del todo los símbolos del constitucionalismo, en la forma en que lo hizo, por ejemplo, la Rusia de Stalin. En cambio, el PRI continuó coexistiendo (simbólicamente, por lo menos) con la Constitución de Carranza (modificada).³³ Desde luego que en el mundo real el PRI afianzó su predominio por medios extraconstitucionales— a través de fraude electoral y de la corrupción sistemática

³⁰ STANLEY, Alessandra. “The Russian Vote: An Overview”, *N.Y. Times*, 5 julio 1996, p. A1.

³¹ Ver: NIEMEYER, Jr., E.V. *Revolution at Queretaro: The Mexican Constitutional Convention of 1916–1917* (1974).

³² De hecho, el nombre del PRI data de 1946, pero el partido apareció como el Partido Nacional de la Revolución en respuesta a la crisis constitucional del final de la década de 1920. Ver: GARRIDO, Luis Javier. *El Partido de la Revolución Institucionalizada: La formación del nuevo estado (1928–1945)* (1982).

³³ Constitución de México, reimpressa en: *Constitutions of the World* (FLANZ, Gisbert H. y MORENO, Louise. Trads., Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz, Eds., 1988).

de autoridades judiciales y burocráticas. Sin embargo, la Constitución de Carranza ha perdurado como un símbolo de la afirmación de la soberanía popular, hecha por el pueblo mexicano durante su lucha revolucionaria contra el régimen de Díaz. Pero es difícil estimar cuánto de ese capital simbólico aún se conserva; como también es difícil decir si se puede emplear de manera creativa para colaborar en la transición contemporánea de la hegemonía del PRI a una democracia liberal más genuina.³⁴

2.3. El problema del líder máximo

Desde la época de Washington y Bolívar, un líder revolucionario con frecuencia aparece ante las masas como *la* representación simbólica del anhelo que tiene el movimiento por una redefinición política. Por razones obvias, es común que estos “líderes máximos” sean militares; pero esto no es inevitable (como lo indican los casos de Gandhi y de Mandela). Tampoco es inevitable que uno de dichos líderes surja de toda la élite revolucionaria.

Pero cuando surge, su existencia representa un problema serio para el resto del grupo de líderes. El carisma personal del líder máximo supone una amenaza para el futuro de los demás miembros del grupo, al igual que para el futuro de la democracia liberal. Pero al mismo tiempo, el apoyo del líder entre las masas le ofrece al nuevo régimen un recurso de enorme valor, que no será fácil desechar. ¿Cómo se podrá, entonces, organizar la constitución de tal manera que conserve el recurso y a la vez reduzca la amenaza?

Una técnica de vieja data la ofrece la desgastada distinción entre formas de gobierno presidencialistas y parlamentarias. Expresado de manera simple, el presidencialismo promete abrirle espacio al líder máximo y de ese modo conservar un escenario independiente en el cual otros líderes podrán mostrar su talento en la asamblea legislativa. Claramente, esta promesa puede resultar siendo una ilusión— o bien el líder máximo, o bien el resto de la élite, pueden impacientarse con las limitaciones constitucionales que recaen sobre sus respectivos cargos. Pero en el momento de la creación constitucional, es posible diferir estos conflictos a través de ambigüedades astutas. El punto determinante es que el presidencialismo ofrece un mecanismo por medio del cual el líder máximo puede ser “expulsado hacia arriba” (o puede “expulsarse a sí mismo hacia arriba”), permitiendo que los demás líderes hagan uso de una autoridad independiente que de otro modo no tendrían.

³⁴ Ver: CÁRDENAS GARCÍA, Jaime F. *Transición política y reforma constitucional en México* (1994).

Encontramos esta dinámica tanto en los Estados Unidos como en Francia— dos países que ofrecen “modelos” de presidencialismo, que, desde la óptica de otras naciones que estudian sus opciones constitucionales, compiten entre sí. En cada caso, George Washington y Charles de Gaulle fueron líderes máximos. Quizás por su entrenamiento militar, ambos despreciaban la política civil normal; sin embargo, por sus preferencias republicanas no estaban dispuestos a seguir el camino hacia la dictadura militar. En consecuencia, participaron voluntariamente en un proyecto constitucional por medio del cual su carisma personal se podría constitucionalizar sobre bases presidencialistas, permitiendo así un amplio espacio para las ambiciones políticas de líderes sub-máximos. Desde luego, una vez Washington y de Gaulle abandonaron el escenario político, los arreglos constitucionales permanecieron, dándole forma durante la siguiente generación a la política— es posible que ella sea dominada por políticos que no pueden reclamar como suya la autoridad carismática de la generación fundadora. Pero dejaré este punto más general para otro ensayo, y me contentaré aquí con las implicaciones del presidencialismo para el control constitucional.

Simplemente, el presidencialismo ofrece un nuevo espacio para desarrollar tribunales constitucionales fuertes— por muchas de las mismas razones que operan en los escenarios federalistas. La creación de poderes independientes en el centro y en la periferia aumenta la necesidad funcional de tener un juez relativamente imparcial que coordine la interacción institucional en curso; de igual manera, en el presidencialismo surge una necesidad semejante al crear un presidente poderoso y un poder legislativo independiente.

Esta dinámica funcional es muy visible durante los inicios de la Quinta República en Francia. La Constitución de de Gaulle despojó a la Cámara de Diputados de la potestad legislativa plena, reservando algunos dominios para la facultad legislativa del presidente.³⁵ El Consejo Constitucional fue creado con el fin de supervisar la nueva línea divisoria entre la Cámara y el Presidente. Originalmente, el Consejo protegió esta línea en una sola dirección: si bien el Consejo podía responder a una queja del presidente contra las leyes que invadían sus prerrogativas, la Cámara de Diputados no recibió el derecho de invocar la jurisdicción del Consejo.³⁶

³⁵ Ver: STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective* 46–47 (1992).

³⁶ *Id.*, pp. 47–48.

Sin embargo, al apartarse de Gaulle del escenario político, el país confrontó las implicaciones de largo plazo de su ejercicio exitoso de la autoridad carismática: ¿regresaría Francia a las tradiciones de las Tercera y Cuarta Repúblicas, o continuaría por el camino señalado por la nueva Constitución? El país escogió la segunda opción, pero el rol del Consejo Constitucional fue reformado poco después para reflejar un mejor balance entre las autoridades presidencial y legislativa. El presidente Giscard d'Estaing renunció al monopolio efectivo que detentaba de Gaulle sobre la posibilidad de invocar la jurisdicción del Consejo Constitucional, permitiendo que sesenta diputados (o senadores) ejercieran un derecho semejante para impugnar la constitucionalidad de una norma.³⁷ Esto transformó al Consejo, que pasó de ser un guardián de la autoridad del ejecutivo a ser un cuerpo que podía desempeñar un papel mucho más independiente. El Consejo ya no sólo podía defender del Presidente a la Cámara, sino que también podía desafiar el control del Primer Ministro sobre la Cámara, dado que una pequeña minoría legislativa ahora podía acudir al Consejo y, sobre bases constitucionales, invalidar exitosamente el programa legislativo del Primer Ministro. Las reformas habían debilitado a la presidencia, pero también habían debilitado a su principal rival (el Primer Ministro), en favor de una tercera fuerza, de intermediación.³⁸

Estudiar estos casos refuerza la pertinencia del trabajo reciente en la teoría de la acción pública, que explora las formas en las cuales la separación de poderes entre el legislativo y el ejecutivo dota a las cortes de un espacio constitucional que permite la acción independiente.³⁹ Quiero enfatizar, sin embargo, el hecho de que la judicatura no es, en absoluto, la única institución que puede aprovechar las tensiones generadas por el presidencialismo. Al contrario, Sur América está llena de historias aleccionadoras en las que el principal beneficiario institucional del conflicto entre el presidente y el legislativo es el ejército, y no la judicatura.⁴⁰

Las diferencias obvias entre los jueces y los generales no deberían ocultar algunas semejanzas deshabilitantes en su esfuerzo por alcanzar legitimación simbólica. Tal como una corte puede aprovechar los conflictos entre el ejecutivo y el legislativo

³⁷ Id., pp. 69–71.

³⁸ La relación entre la creación estadounidense de una presidencia independiente y el surgimiento del control constitucional es una historia compleja, y resulta mejor contarla en otra oportunidad.

³⁹ Ver, por ejemplo: ESKRIDGE, Jr., William N. y FEREJOHN, John. "The Article I, Section 7 Game", 80 *Geo. L.J.* 523 (1992).

⁴⁰ Para leer una colección completa de ensayos sobre la experiencia latinoamericana con el presidencialismo, ver: *The Failure of Presidential Democracy: The Case of Latin America*, Vol. 2 (Juan J. Linz y Arturo Valenzuela, Eds., 1994).

para imponer principios constitucionales elaborados por el Pueblo, los militares suramericanos con frecuencia han justificado sus intervenciones usando ideas semejantes, presentándose como la última garantía de los principios fundamentales de la nación, que se encuentran amenazados por políticos atrapados en riñas constantes.⁴¹ Desde luego que hay muchas diferencias importantes entre las intervenciones judiciales y las militares. Los jueces obran poco a poco, mientras los generales se toman todo el gobierno; cuando los jueces intervienen, tienden a hacerlo en defensa de normas de dignidad humana reconocidas internacionalmente, mientras los generales tienden a militarizar la sociedad a expensas de estas normas; y así sucesivamente.

No obstante, su raíz común en el presidencialismo me da una razón para exhortarnos a dejar atrás la idea marxista de que es la organización económica de una sociedad la que determina en mayor medida su sistema político-jurídico. Si existe algún factor que valga la pena destacar de manera individual, es el ejército— entre más fuerte sea el ejército, será menos probable que los jueces puedan desempeñar el rol de una tercera fuerza que medie entre el legislativo y el ejecutivo.⁴²

Este punto se ha ocultado ante el reciente ascenso de Estados Unidos a la hegemonía militar; pero este periodo moderno estuvo precedido por 150 años de historia estadounidense en la cual el ejército jugó un papel relativamente periférico. En términos generales, el control constitucional está asociado con ejércitos débiles— o bien porque, como en Europa Oriental, las decisiones militares cruciales las tomaban poderes extra-europeos, o bien porque, como en la India, el movimiento político dominante adoptó una ideología enfáticamente no violenta. Además, los ejércitos débiles parecen estar presentes en algunos de los esfuerzos fundadores

⁴¹ STEPAN, Alfred, en *The Military in Politics: Changing Patterns in Brazil* 57–122 (1971) ofrece la mejor presentación del ejército como un “poder moderador” en las constituciones sudamericanas. El ejército usualmente interviene cuando “[e]l presidente ... ve que sus propuestas de reforma están bloqueadas por el Congreso, por élites poderosas y afianzadas, o por exigencias contradictorias de su electorado”. Id., p. 68. A pesar de que los estadounidenses y los europeos pueden asociar al ejército latinoamericano con golpes de largo plazo, el caso estándar involucra una intervención de corto plazo, en la cual el Presidente y/o el Congreso son expulsados en nombre de la Nación, y el ejército preside sobre las nuevas elecciones. (La Turquía post-kemalista ha mostrado un patrón semejante. Ver: SHAW, Stanford J. y KURAL SHAW, Ezel. *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey* 414–420 (1977).)

⁴² A pesar de que no estoy de acuerdo con algunas de sus conclusiones, HUNTINGTON, Samuel P. en *The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil–Military Relations* (1957) ofrece un recurso no aprovechado para los comparatistas preocupados por el problema de la militarización.

más recientes— en Europa Oriental, Canadá, y México. Pero también hay casos menos prometedores: si el Presidente de Rusia y la Duma recaen en un combate feroz, es mucho más probable que sea el ejército, y no los jueces, el que juegue un rol decisivo (y desastroso) como una tercera fuerza institucional.

3. ESCENARIOS COMBINADOS

Mis dos escenarios (“federalismo” y “nuevo comienzo”) son analíticamente independientes. Una nación puede experimentar un nuevo comienzo sin el federalismo; las naciones pueden delegar algunas funciones a un centro emergente sin tener la sensación de haber pasado por un “nuevo comienzo”. Pero debe quedarnos claro que ambos escenarios pueden ocurrir al mismo tiempo. Dos ejemplos obvios son: (1) Estados Unidos entre la década de 1780 y la de 1860 y (2) la Unión Europea desde la década de 1950 hasta hoy.

La historia temprana de Estados Unidos muestra las ambigüedades que caracterizan el escenario federal. En 1781, los trece estados ya habían firmado los Artículos de la Confederación, prometiendo que ellos “serían cumplidos inviolablemente por cada Estado, y la unión será perpetua”.⁴³ Pero, ¿esto era un tratado o una constitución? Algunos dicen una cosa; otros, otra.⁴⁴ Si bien la promulgación de la más célebre Constitución de 1787 inclinó la balanza y permitió diferenciarla de un documento tipo tratado, subsistieron grandes ambigüedades y despertaron un debate aún en curso.⁴⁵ Por lo tanto, en 1860, el rechazo del Sur hacia la Unión permitió dos interpretaciones— estaba llevando a cabo una “secesión” de la Unión o estaba denunciando el tratado de 1787. Este asunto ni siquiera lo decidió el triunfo de la Unión en la guerra; si el Presidente Andrew Johnson hubiera ganado su lucha épica contra sus enemigos dentro del Congreso, es posible que la interpretación de “tratado” hubiera sobrevivido a la Guerra Civil. Fue sólo

⁴³ Artículos de la Confederación, artículo 13.

⁴⁴ Comparen las visiones opuestas de Akhil Reed Amar. “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V”, 94 *Colum. L. Rev.* 457, 465 (1994) (con el argumento de que, al apartarse de las reglas de enmienda dispuestas por los Artículos, la Convención Constitucional actuó de manera legal conforme al derecho de los tratados) y de Bruce Ackerman y Neal Katyal. “Our Unconventional Founding”, 62 *U. Chi. L. Rev.* 475, 593–573 (1995) (disputando la forma en que Amar caracteriza a los Artículos como un tratado, y afirmando que las evasiones de los Federalistas frente a los Artículos carecía de fundamento jurídico).

⁴⁵ Ver, por ejemplo: *The Great Debate between Robert Young Hayne of South Carolina and Daniel Webster of Massachusetts* (SWIFT, Lindsay.1898) (sobre la autoridad de los estados para juzgar la constitucionalidad de las leyes del Congreso).

la ratificación de la Enmienda 14, a pesar de las protestas de los blancos del Sur, lo que finalmente inclinó la balanza de manera decisiva hacia el entendimiento “constitucional”.⁴⁶

Cuando examinamos el mecanismo por medio del cual la interpretación tipo tratado de la Unión Americana fue rechazada, vemos que queda al descubierto el escenario del “nuevo comienzo”. Durante el período 1787–1790, y de nuevo durante el período 1865–1868, los defensores federalistas de la Constitución y los defensores republicanos de las Enmiendas de la Reconstrucción buscaron legitimar sus textos, nuevos y más nacionalistas, invocando variantes de los temas triunfalistas que hemos visto antes: George Washington y Abraham Lincoln son el mismo tipo de figura que Gandhi y Nehru, que Mandela y de Gaulle.

Una confluencia semejante de ambos escenarios se puede apreciar hoy en Europa. El Tratado de Roma,⁴⁷ como los Artículos de la Confederación, fue negociado y aprobado por Estados soberanos sin ser necesarios los plebiscitos y las asambleas constituyentes que por lo general acompañan al “nuevo comienzo”. Sin embargo, durante la siguiente generación, el “tratado” se convirtió (en buena medida por obra de los jueces) en un documento de tipo constitucional.⁴⁸ Este proceso de constitucionalización fue a su vez profundizado por la respuesta que recibió al Tratado de Maastricht⁴⁹ – cuyo destino estuvo determinado en gran medida por el referendo francés sobre su adopción.⁵⁰ Como sucedió en Estados Unidos en 1787, el destino constitucional de Europa ya no lo estaba resolviendo una pequeña élite política negociando un tratado convencional: se convirtió en un asunto de debate político masivo y decisión popular focalizada.

Dentro de este nuevo escenario popular, las preguntas sobre la identidad europea se volvieron inevitablemente notorias. Para las élites diplomáticas, Maastricht fue sólo un paso más en la mayor integración de Europa; pero para el francés común, el referendo postuló una pregunta muy distinta: ¿deberían ellos apoyar un “nuevo comienzo” que expresaba una identidad “europea” que empezaba a

⁴⁶ Ver: ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*, Part 2 (por publicarse en 1998) (archivado por la Virginia Law Review Association).

⁴⁷ Tratado Estableciendo la Comunidad Económica Europea, 25 marzo 1957, 298 U.N.T.S. 11.

⁴⁸ Ver: WEILER, J.H.H. “The Transformation of Europe”, 100 *Yale L. J.* 2403, 2403–2431 (1991).

⁴⁹ Tratado sobre la Unión Europea y el Acto Final, 7 febrero 1992, 31 I.L.M. 247.

⁵⁰ RIDING, Alan. “Turmoil in Europe: French Approve Unity of Treaty, But Slim Margin Leaves Doubts”. *N.Y. Times*, 21 septiembre 1992, p. A1.

competir con su identidad “francesa” más antigua? Una pregunta semejante se presentó durante el debate estadounidense entre federalistas y anti-federalistas, en las convenciones organizadas entre 1787 y 1790 en cada uno de los trece estados. Además, como en el caso del referendo francés, los votantes de Virginia y otros estados apoyaron con un margen *muy* estrecho una forma constitucional que terminó por abarcar una constitución entera.⁵¹ No obstante, esta victoria estrecha demostró ser suficiente para mantener el proyecto en pie durante las generaciones siguientes.

Si bien mi bola de cristal está nublada con respecto al futuro de Europa, me atrevo a hacer una predicción: cualquier paso adicional importante que se dé hacia una mayor federación estará acompañado por el uso más extenso de referendos y otros procesos constituyentes asociados con los “nuevos comienzos”. Si Maastricht demuestra ser el punto más alto de la centralización, y los escenarios involutivos se vuelven normales, veo una regresión hacia formas de negociación y de ratificación tipo tratado, y el fin de los referendos.

4. ¿DIFERENTES CREACIONES, DIFERENTES TRIBUNALES?

El derecho constitucional comparado está en su infancia, lo que significa que hay abundantes posibilidades para dar una salida en falso. Un error es el nominalismo: numerosas instituciones se hacen llamar “tribunales constitucionales”, pero esto difícilmente las hace similares. Muchas diferencias significativas se pierden con frecuencia en discusiones ligeras que invocan un nombre común.

Al mismo tiempo, debemos resistir las tentaciones de un particularismo provincial. Aquí el constitucionalista ubica sólidamente, por ejemplo, al Tribunal canadiense en realidades canadienses, y despacha de entrada la idea misma de que su labor pueda enriquecerse con los acontecimientos de la India. Contrariando tanto el nominalismo como el particularismo, ofreceré algo de pragmatismo. Mi propósito es (a) identificar algún *problema común* enfrentado por diferentes “tribunales constitucionales”, para luego (b) especificar diferentes *estrategias* que estos tribunales hayan adoptado al intentar resolver el problema. Una vez hayamos obtenido algo de claridad sobre estos dos asuntos, podemos aspirar a un entendimiento más profundo del valor comparativo de las diferentes estrategias.

⁵¹ Sobre el estrecho margen de la victoria popular en el caso estadounidense, ver: ACKERMAN y KATYAL (citado en el pie de página 44), p. 566 y n. 259.

Muchos deben reconocer mi enfoque general. Buena parte de los mejores trabajos comparativos sigue un método similar: primero define un problema común (por ejemplo, la protección de la libertad de expresión), y luego estudia diferentes soluciones doctrinales planteadas por los diferentes tribunales, antes de emitir un juicio razonado sobre los mejores enfoques. Pero estas indagaciones han operado, por lo general, dentro de un marco excesivamente normativo, sin explorar las formas en las que los tribunales han intentado enfrentar los problemas más generales planteados por su ambiente político e institucional.

Este es el objetivo de mis dos escenarios. ¿Ayudan a definir las oportunidades y los peligros que enfrentan los tribunales durante las fases tempranas del desarrollo constitucional? En términos generales, los dos escenarios premian estilos diferentes de actividad judicial. El escenario federal premia un estilo de adjudicación basado en la *coordinación*; el escenario de los “nuevos comienzos” premia un estilo *redencionista*.⁵²

El estilo de coordinación hace énfasis en las virtudes de la prudencia. Evita la elaboración prematura de principios generales y rígidos, que pueden debilitarse con el tiempo por el balance cambiante de poder entre el centro y la periferia. El desprecio judicial por los principios generales puede agravarse si en los diferentes estados de la periferia imperan culturas y tradiciones jurídicas diferentes. En este caso, la afirmación judicial de un principio general, hecha de manera confiada desde el centro, puede reñir con una u otra de las culturas constitutivas. Esto también producirá una gran dosis de cautela, y un compromiso tan sólo episódico e incierto con los principios más generales.

El escenario del “nuevo comienzo” suscita una orientación judicial distinta. Aquí el tribunal intenta demostrar que los compromisos solemnes que asumió el Pueblo en la constitución no son meras promesas de papel que puedan ser desplazadas según la conveniencia de las personas que detentan el poder. En vista de esta aspiración, el tribunal redencionista no se avergüenza por la necesidad de formular principios constitucionales generales y de aplicarlos en formas que los hombres y las mujeres del común apreciarán. Al contrario, las decisiones dramáticas

⁵² Para encontrar algunas dicotomías relacionadas (pero no idénticas), ver, por ejemplo: Bruce A. Ackerman, *Reconstructing American Law* 1–5, 23–45 (1984) (contrastando los modos del discurso jurídico “reactivo” y “activista”); Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (1986) (contrastando las formas de administración judicial de “implementar políticas” y de “resolver problemas”).

establecen que el “nuevo comienzo” no es habladuría política sin contenido, sino una realidad viviente de la vida social. Desde luego, un tribunal redencionista reconocerá las virtudes de la prudencia en situaciones especiales. Pero, por regla general, la formulación y la reivindicación de los principios constitucionales recibirá una importancia mucho mayor.

Sin embargo, la variante presidencialista del escenario del “nuevo comienzo” puede constituir una importante excepción dentro del contexto. Un sistema dominado por un presidente carismático y un poder legislativo independiente experimentará, predeciblemente, niveles de conflicto institucional demasiado altos.⁵³ Si los jueces intentan “resolver” estos conflictos aplicando principios generales de manera enfática, ellos pronto podrán encontrarse con que el tribunal se está suicidando como institución. Este peligro puede llevar a adjudicaciones cautelosas y por intervalos, del tipo celebrado por el estilo de adjudicación basado en la coordinación.

Ciertamente, no hay nada que garantice que un tribunal constitucional adoptará el estilo que mejor se ajuste a su situación. El Tribunal de Rusia, por ejemplo, estuvo a punto de suicidarse en los inicios de la lucha entre Boris Yeltsin y el parlamento, y su derrota⁵⁴ va a extender una sombra sobre el control constitucional en Rusia (y tal vez sobre otras naciones de la antigua Unión Soviética) por un largo tiempo. No obstante, de hecho percibo que es una tendencia general que el escenario de fundación dicte el estilo de la adjudicación constitucional inicial.

Pensemos en los Estados Unidos. A pesar de la fama de *Marbury v. Madison*,⁵⁵ el caso involucraba pequeñeces institucionales que poco le interesaban a los norteamericanos del común. Desde la Fundación hasta la Guerra Civil, siempre se consideró una pregunta legítima si la Unión federal se estableció por medio de un tratado o de una constitución; y, durante ese tiempo, la Corte Suprema fue en gran medida un tribunal de coordinación— rehusándose a aplicarles la Declaración de Derechos a los estados, y coordinando la lucha del centro federal para establecer una superioridad institucional incierta sobre los estados en una serie cambiante de asuntos.⁵⁶

⁵³ Ver: LAMOUNIER, Bolivar. “Brazil: Toward Parliamentarism?”, en: Linz y Valenzuela (citado en el pie de página 40), pp. 257–258.

⁵⁴ OBLONSKY, A.V. “Russian Politics in the Time of Troubles: Some Basic Antinomies”, en: *Russia in Search of Its Future* 22–25 (SAIKLA, Amin y MALEY, William. Eds.) (1995).

⁵⁵ U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵⁶ Este es el gran tema de Charles Warren, en *The Supreme Court in United States History* (1926), que subraya el hecho de que, durante su primer siglo, “los principales conflictos surgieron por los

Contrastemos la cautela de la Corte Suprema de los Estados Unidos con la adopción, desde muy temprano, del estilo redencionista en el Tribunal Constitucional alemán, con el fallo *Liith* de 1958.⁵⁷ Los jueces civiles habían entendido que el Código Civil alemán permitía suspender, mediante orden judicial, un esfuerzo por organizar un boicot contra películas producidas por un conocido director de cine nazi. Al tutelar los derechos a la libertad de expresión de los organizadores del boicot anti-nazi, el Tribunal Constitucional logró dos cosas simultáneamente. Por un lado, reivindicó la promesa constitucional de un “nuevo comienzo” en una forma en que los alemanes del común podían entender de inmediato; pero, por otro, también reivindicó la Ley Fundamental de forma particularmente importante para los abogados alemanes, quienes hasta entonces habían considerado al Código Civil como el texto central de su tradición jurídica. Al declarar que desde entonces el Código debía leerse a la luz de los valores establecidos en la Ley Fundamental, los magistrados redimieron el “nuevo comienzo” tanto para abogados como para personas del común. En contraste, la Corte Suprema de Estados Unidos no produjo fallos como *Liith* de manera constante sino hasta un tiempo después de que la República hubiera experimentado un “nuevo nacimiento de libertad” luego de la Guerra Civil.

No quiero sobrevalorar la capacidad para dar forma de los dos escenarios que han caracterizado el surgimiento del constitucionalismo moderno. Un buen número de factores adicionales también intervienen. Por ejemplo, los jueces que han sido socializados dentro de la tradición jurídica angloamericana del razonamiento del “common-law” confrontarán los dos escenarios en formas bastante diferentes de aquellas en las que lo harán los jueces socializados dentro de la tradición franco-alemana de razonamiento jurídico arquitectónico. ¿Pero me equivoco al sugerir que las constituciones que establecen un “nuevo comienzo” en la vida política suponen retos jurídicos cualitativamente distintos de aquellas que surgen de una dinámica más federal?

fallos de la Corte que restringían los límites de la autoridad estatal, y no por aquellos que restringían los límites del poder del Congreso. El descontento con sus sentencias sobre el segundo asunto surgió *no* porque la Corte hubiera declarado inconstitucional una ley del Congreso, sino porque se rehusó a hacerlo ...”. Id., p. 5.

⁵⁷ Sentencia del 15 de enero de 1958, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal), 7, 198.