

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

Determinación del cambio normativo

JOSÉ RAMÓN COSSÍO D.

Si admitimos la posibilidad de conceptualizar al derecho como un orden jerarquizado de normas, resulta que el cambio normativo puede darse en cuatro modalidades: primera, como establecimiento de nuevas normas de carácter general (Constitución, leyes, tratados, etcétera); segunda, como modificaciones interpretativas respecto de esas mismas normas generales, bien sea por los órganos que deben aplicarlas (Legislativo, Ejecutivo, etcétera) o deben determinar si las mismas han sido debidamente interpretadas por otros órganos del Estado (tribunales primordialmente); tercera, como modificaciones en los procesos de individualización de las normas generales llevadas a cabo por los órganos que crean normas individuales (particulares, jueces, órganos, administrativos, etcétera) y, finalmente, como cambios de interpretación llevados a cabo por los órganos que tienen a su cargo el control de regularidad de las normas individuales (jueces, órganos administrativos, etcétera).

El hecho de que el cambio normativo se presente en lo que podemos llamar las vertientes creadora/aplacadora y controladoras de la dinámica jurídica, conlleva el que el cambio pueda manifestarse a través de diversas normas jurídicas. Así, por ejemplo, ha habido situaciones en que el cambio se da a nivel de las normas constitucionales o legales y, por la jerarquía de éstas, termina por actualizarse en otras normas inferiores a la Constitución y a las leyes; en otros casos, el cambio se da sólo a nivel jurisprudencial, por ser los tribunales los órganos que asumen la necesidad de establecimiento de nuevas normas jurídicas. Un caso concreto y bien estudiado del primer tipo de cambio lo constituye lo acontecido en Estados Unidos con motivo del llamado "New Deal"; un caso interesante de cambio por vía jurisprudencial se dio en Francia a finales del siglo pasado, cuando la Corte de casación cambió la interpretación de dos preceptos del Código Civil con el fin de dar cabida a la responsabilidad objetiva.

Al ser claro que el cambio normativo es una constante en el derecho, cabe preguntarse, entonces, ¿qué características permiten distinguir entre los cambios normativos considerados representativos, como los llevados a cabo en Estados Unidos o los introducidos por los tribunales franceses, frente a otros que se dan de manera cotidiana en los órdenes jurídicos y no son considerados estrictamente como cambios normativos? Responder a esta pregunta no es, desde luego, una cuestión ociosa, pues de no lograrse habríamos de afrontar las siguientes consecuencias: primera, el cambio en el derecho tendría que ser visto necesariamente como mero reflejo del cambio social, de manera que para caracterizar a la primera habría que caracterizar al otro; segunda, la explicación acerca del derecho se limitaría a ser un continuum, lo cual podría resolverse mediante comprensiones dinámicas o estáticas absolutas; tercera, la explicación acerca de los efectos o consecuencias de la transición respecto del derecho sería en extremo difícil, pues la propia idea de cambio o falta de cambio continuos, impediría hacer la precisión necesaria acerca de en qué momento una situación nueva da lugar a un derecho también "nuevo".

Para mediar estos problemas y estar en posibilidad, se insiste, de establecer en qué momento puede decirse que una situación da lugar u origina un cambio normativo distinto a aquel que de manera ordinaria o constante se venía presentando, es necesario proponer una caracterización del propio cambio normativo.

Partiendo del presupuesto aceptado de que el orden jurídico es dinámico, la primera respuesta posible es que el cambio normativo es un problema cuantitativo. Así, se diría, puede hablarse de cambio en razón al número de modificaciones normativas que se den en cierto orden jurídico dentro de un periodo determinado. La cuantificación resultante podría, a su vez, confrontarse con otras cuantificaciones resultantes de periodos específicos, y de ese modo determinarse que uno u otro "constituyen" un periodo de cambio. Con todo y ser atractiva por su simplicidad, esta solución tiene el inconveniente de no dar cuenta de un sinnúmero de situaciones conocidas en el lenguaje común como "cambio normativo", en los que sin embargo la frecuencia de las modificaciones es poco relevante. Así, en primer lugar, podríamos señalar aquellos casos en los que una o pocas decisiones judiciales fueron identificadas como cambio: un ejemplo del primer caso lo constituye la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education*, dando fin a la segregación racial; un ejemplo de cambio importante a partir de pocas decisiones se dio en Francia con respecto a la responsabilidad objetiva antes señalada. En segundo lugar, la determinación del cambio por la frecuencia no explica tampoco aquellos casos en los que habiendo un número importante de nuevas formas dentro de un periodo determinado, el número no es considerado constitutivo de un cambio. Un ejemplo interesante en este sentido atañe a la Constitución mexicana de 1917, donde a pesar de que su texto fue reformado o adicionado más de 380 ocasiones, no se percibió o consideró estar en presencia de un cambio constitucional. La falta de relación entre el número de reformas y cambio en México puede explicarse a partir de las condiciones de rigidez y homogeneidad imperantes, tales como el sostenimiento reiterado del carácter meramente político de la Constitución: el otorgamiento de un sentido pragmático a muchas de esas reformas; la utilización de la reforma como vía para constitucionalizar los programas de la campaña presidencial; la relegación del papel creativo del Congreso y la postergación del papel de control e interpretación creadora de la Constitución por parte del Poder Judicial de la Federación, primordialmente.

La situación que se presenta es, entonces, paradójica: la creación de un número de normas, o la modificación de las interpretaciones acogida en pocas resoluciones, puede considerarse cambio normativo; la creación de un número importante de normas no necesariamente es considerada como constitutiva de cambio normativo. Al no ser explicable el cambio normativo a partir de elementos cuantitativos, es necesario plantear si ello es factible desde la mucho más compleja perspectiva cualitativa o material. Visto así el tema cabe preguntarse: ¿qué tipo de elementos o condiciones tienen que modificarse, además de normas jurídicas o interpretaciones, para poder considerar que se está frente a un cambio? Un primer modo de responder a esta cuestión es diciendo que el cambio será tal siempre que los abogados, juristas, órganos del Estado y particulares estimen que el orden jurídico, o al menos una parte de él, fue modificado. Esta solución, impecable desde un punto de vista histórico y, lo que es más, desde ciertas corrientes de la historiografía contemporánea, tiene el inconveniente de que puede producirse una vez que ya haya acontecido la situación respecto de la cual va a estimarse la existencia del cambio. Por ejemplo, si admitimos la

dinámica de los órdenes jurídicos mexicanos vigentes desde 1821, podemos encontrar tres tipos de situaciones que de manera genérica podrían denominarse como cambio: primera, aquellas que podemos denominar revoluciones, mismas que dieron origen a órdenes normativos nuevos, como los creadores a partir de la Constitución de 1857 y 1917; segundo, los cambios cotidianos propios de la dinámica normativa, materializados en la creación de nuevas normas jurídicas o nuevas interpretaciones que, sin embargo, eran consideradas como elementos propios, de no factura, del orden jurídico a partir del cual se creaban; tercero, aquellos cambios que aun cuando se dan a partir de las condiciones señaladas en el punto anterior, es decir, como parte de la dinámica propia del orden jurídico, si eran considerados como cambios o fracturas (no revoluciones) del orden jurídico. Estando fuera de discusión el primer punto, y aceptándose que los cambios aludidos en los puntos segundo y tercero se dan en la creación o aplicación de un orden jurídico eficaz, la única posibilidad de distinción deriva de considerar ciertos cambios como profundos, y otros como no profundos. Desde la perspectiva histórica, la determinación de los cambios como profundos y no profundos en el orden jurídico, no puede ser construida o determinada de manera abstracta, sino que tiene que resultar de la investigación detallada y partiendo de los hechos, normas, actores, consecuencias, etcétera, que permiten llegar a considerar que ciertas normas o interpretaciones constituyen un cambio con respecto a los que anteriormente estaban en vigor. De no llevarse a cabo este análisis puntual, se corre el riesgo de suponer que el derecho es un continuum interminable, donde cada una de las normas de que se compone el orden jurídico no es sino la individualización "directa" de otra norma jurídica. El peligro aquí es que la individualización (categoría que explica en términos formales la dinámica normativa), se introduce en los órdenes jurídicos y lleva a suponer una continuidad totalmente artificial. Es decir, lleva a suponer que dadas ciertas normas es posible "deducir" o "inferir" normas de mayor jerarquía a ellas, con lo cual se cancela de plano la posibilidad de concebir a los órdenes jurídicos como positivos.

Con todo y ser en extremo relevante la explicación histórica, el propósito de este trabajo es tratar de comprender si la transición democrática, un proceso ya iniciado pero no concluido está cambiando, pero sobre todo, si va a cambiar y de qué manera, al orden jurídico mexicano. Lo que requerimos, entonces, no son categorías que nos permitan explicar el pasado, sino dar cuenta de qué conjunto de situaciones deben darse para poder estimar que una modificación del derecho puede ser determinada "cambio normativo".

Para comenzar a abordar el tema, debemos insistir en que la exposición "cambio normativo" suele designar a tres tipos de fenómenos: primero a las modificaciones del orden jurídico llevadas a cabo por vía revolucionaria; segundo, a las modificaciones normativas consideradas inherentes o propias al sistema de que se trate; tercero, a las modificaciones percibidas como fracturas del orden jurídico. Respecto a estos tres temas, dejamos de lado el cambio revolucionario por considerar que las condiciones en que se da implican un quebrantamiento del orden hasta entonces vigente, y la aparición consecuente de un orden nuevo.

Esta segregación del aspecto revolucionario nos deja entonces con dos posibilidades de cambio, mismas que justamente suelen quedar comprendidas de modo más directo bajo esa expresión. Si consideramos las dos posibilidades antes apuntadas, vemos que, por una parte, se presentan modificaciones al orden jurídico dado su carácter dinámico que, sin

embargo, pueden ser vistas como el desarrollo o el resultado de individualizaciones "aceptables", "previsibles", o "regulares" del propio orden jurídico. Se trata de un tipo de cambio (al que convencionalmente podríamos llamar modificación) que se manifiesta o bien por la acumulación con respecto a los contenidos normativos precedentes, o bien por una reinterpretación, acorde con los cánones aceptados, de normas a las que con anterioridad se les había dado un sentido distinto. Además de esta operación puramente formal, la modificación (o, cambio normativo ordinario) no suele conllevar una alteración de las políticas o valores subyacentes o determinantes de la norma, sino una extensión o adición de las mismas a través de nuevos contenidos o precisiones normativas (o reinterpretaciones). Por el contrario, el cambio normativo que hemos representado como una fractura dentro del orden jurídico, se materializa por la incorporación de normas jurídicas o la formulación de interpretaciones que no pueden ser concebidas como "aceptables", "regulares" o "previsibles" dentro del orden de que se trate. Las nuevas normas no encuentran acomodo en los valores o políticas que hasta ese momento se encontraban normativizados, en tanto las nuevas normas resultan de otros diversos.

Volviendo sobre los casos tratados con anterioridad, tenemos que, por ejemplo, las alteraciones a la Constitución de 1917 gravitaban en torno a la presencia protagónica del presidente de la República y del partido, pero no afectaban el diseño o posición de poder de ninguno de estos "órganos". Los cambios en torno al "New Deal", la resolución Brown, o la responsabilidad objetiva francesa, por el contrario, representan las transformaciones habidas en la concepción de, respectivamente, el papel del Estado, las relaciones interraciales y la forma de reparar daños sociales. Así, pues, y volviendo sobre la pregunta que tenemos planteada, podemos prever que habrá cambio normativo siempre que se modifiquen los valores, políticas o decisiones que determinan las conductas de los órganos creadores de las normas jurídicas, manteniéndose eficaz el orden jurídico de que se trate.

A diferencia del cambio normativo revolucionario (en el cual se da la sustitución de un orden jurídico por otro), en el cambio por fractura acabado de señalarla modificación normativa es parcial. En este caso, únicamente resultan afectadas aquellas normas que sean resultado del valor, política o decisión que las hayan determinado, pero no del resto. Por ejemplo, a partir del cambio de responsabilidad subjetiva a objetiva, se crearon una serie de leyes y nuevas decisiones judiciales que afectaron relaciones civiles, laborales, etcétera; sin embargo, tales cambios dejaron intocadas otras muchas normas no relacionadas con la decisión (no normativa) ni con las normas jurídicas en que se plasmó tal responsabilidad, tales como las concernientes a relaciones familiares, celebración de contratos, elección de autoridades, etcétera. La sola posibilidad de explicar que el cambio normativo puede afectar sólo a determinadas porciones del orden jurídico, pone de manifiesto que sus normas no tienen como propósito cumplir o desarrollar un mismo y único valor. Por el contrario, y admitiendo en términos formales que el derecho es una técnica social que busca lograr la realización de ciertas conductas (y evitar otras) mediante la amenaza de coacción, resulta perfectamente comprensible que con esa técnica se busquen realizar distintos valores o políticas sociales. Dado que es difícil que todos los valores (incluyendo los que determinen a las normas constitucionales) se encuentren presentes en todas las normas que componen un orden jurídico (salvo, claro está, en las pretensiones homogeneizantes de los totalitarismos), es posible afirmar que las modificaciones de ciertos valores o políticas pueden propiciar, también, el cambio de ciertas normas, pero no de otras. Si se sabe de

antemano qué políticas determinan el contenido de ciertas normas, o cuáles fueron aquellos que dieron lugar a sus interpretaciones, es posible predecir la desaparición de tales políticas o su sustitución por otras puede dar lugar al cambio normativo. Esta última cuestión es importante, en tanto pone de manifiesto que el cambio normativo puede darse también mediante la desaparición de un conjunto de normas hasta entonces en vigor. Así, por ejemplo, la abolición de la esclavitud es un cambio importante para un orden jurídico que al darse, sin embargo, no propicia el establecimiento de normas nuevas.

Si el orden jurídico cambia (en el sentido apuntado) con motivo de una modificación o supresión de ciertos valores o políticas, podemos decir que tales valores o políticas constituyen los factores del cambio. Por la complejidad de la sociedad, y por ser el derecho la técnica social a partir de la cual se pretenden lograr (o evitar) ciertos comportamientos humanos, podemos decir que tanto los factores que de manera originaria dieron lugar a ciertas normas o interpretaciones, como los que produjeron el cambio a las anteriores, son en extremo numerosos y de gran diversidad. Así, por ejemplo, Gabriel Tarde señalaba que las transformaciones del derecho podían obedecer a un "proselitismo religioso", a una "conquista exterior", o a una "resolución interna", o al "flujo intermitente ejercido por instituciones o legislaciones extranjeras"; para Van Caenegem, los cambios suelen darse como resultado de una presión colectiva de intereses e ideas, y de los esfuerzos de grupos sociales para lograr su emancipación o el poder. Además de estas dos citas, podríamos exponer muchas otras que, al final de cuentas, terminarían por identificar factores particulares de cambio, o por proponer una definición amplia y formal que diera cabida a cualquiera de esos factores particulares de cambio. Para no abundar en el tema en esos términos, podemos afirmar que la adquisición, supresión, control o tránsito hacia el poder político, constituye un factor que puede dar lugar a un cambio normativo en los términos esperados, y eso es precisamente lo que se está dando y habrá de seguirse dando con motivo de la llamada transición política mexicana.