

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

Cambio democrático y cultura jurídica

José Ramón Cossío D.

En este artículo queremos hacer algunas puntualizaciones acerca de lo que será la "cultura jurídica" en la que previsiblemente habrá de darse el cambio social y democrático que vivimos en México. Se trata de hacer algunos apuntes en torno al hábitat jurídico que habremos de encontrar en los próximos años. La cuestión es atendible desde dos puntos de vista: primero, porque creemos que los cambios sociales fundamentales conllevan el replanteamiento de los contenidos normativos y de la determinación social de la "naturaleza" del derecho; segundo, porque con independencia de si los cambios sociales van a dar lugar a una modificación de la "cultura" del derecho, parte del proceso de cambio va a transcurrir conforme a la cultura del presente. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza del derecho en México? o, en otros términos, ¿cuál es o en qué consiste la representación que del derecho se tiene en México? Debido a la casi total ausencia entre nosotros de estudios sociológicos o antropológicos sobre la cuestión planteada, para su respuesta podemos comenzar por exponer qué es aquello que en otros órdenes jurídicos se suele entender por "cultura jurídica".

En primer lugar, y por lo que toca a los Estados Unidos, desde hace tiempo se utiliza la expresión "religión cívica", misma que en concepto de Gordon S. Wood comprende tanto la conversión de las creencias políticas en una especie de credo religioso, como la transformación de documentos seculares y temporales (la Declaración de Independencia, la Constitución y el Bill of Rights) en escrituras sagradas. La aceptación de la religiosidad del derecho hace posible sostener la idea de rule of law, es decir, el que todos los hombres tiendan y deban regir sus conductas por lo establecido en las normas jurídicas. La fe en la rule of law es el punto de partida desde el cual los estadounidenses se acercan a la comprensión de los órdenes político y jurídico. Debido a esa posición, el derecho puede ser discutido como si fuera un objeto o un conjunto de objetos en el mundo, y como si pudiera ser descrito con independencia de las actitudes de los ciudadanos hacia el propio derecho. La concepción de lo que sea el derecho en los Estados Unidos no puede lograrse si se mira sólo como una serie de leyes y decisiones judiciales particulares, en tanto la rule of law es un conjunto de creencias acerca de quiénes son los norteamericanos en su vida política, y esas decisiones son consideradas como existentes antes y con independencia de cualquier regla o decisión. Aun cuando es evidente que aquí se describe la creencia dominante en el derecho norteamericano, justamente por ello lo mismo es relevante. Si al menos el statu quo jurídico estadounidense se plantea en tales términos el derecho, es de la mayor importancia entender que se está frente a una representación o ideología a partir de la cual es posible pensar el funcionamiento del derecho, extraer soluciones para los casos difíciles, etcétera.

Un segundo ejemplo de cultura jurídica lo podemos encontrar en los trabajos recientemente realizados en Alemania, España e Italia para identificar la existencia de un modo de entender el derecho denominado "constitucionalismo". En efecto, la aparición de

los órganos constitucionales en diversos países europeos produjo dos tipos de disconformidades. Primeramente, la de quienes se preguntaban acerca de la conveniencia de subordinar la política al derecho. Estas inquietudes fueron respondidas desde la historia: los horrores que provocaron las dictaduras que condujeron a la segunda guerra mundial, aconsejaban la limitación de la política mediante una comprensión más sustantiva del derecho. A partir de esta visión, los juristas construyeron, y se aceptó como forma legítima de Estado moderno, una "ideología jurídica": la fórmula "Estado social y democrático de derecho". Se encontró una vía para reducir las tensiones liberales, sociales y democráticas que se habían venido acumulando en Europa a partir de la primera mitad del siglo pasado, y se logró una transacción entre la aceptación acrítica de un iusnaturalismo y la aceptación sin más de la visión positivista, misma ala que indebidamente se le atribuía el ascenso de los regímenes totalitarios

Europeos. La creación del modelo estatal que debía imperar a partir de la segunda mitad de nuestro siglo se representó como un producto acumulativo (casi dialéctico) que pasó por las siguientes etapas: primera, por la producción de un modelo de Estado liberal encaminado a proteger la libertad y la dignidad del individuo frente al Estado; segunda, por el cuestionamiento de la libertad formal a que daba lugar el modelo anterior con la consiguiente necesidad de ajustarlo mediante un modelo social y, tercera, por la necesidad de incorporar al modelo "social de derecho", los valores y procedimientos propios de la democracia. El entramado resultante de esas etapas adquirió un sentido "supranormativo", de manera tal que se constituyó en el estándar del propio orden jurídico (particularmente del derecho público), y de esa manera determinó la producción de las normas jurídicas, los criterios de control de regularidad, etcétera. Las segundas inquietudes, las de quienes se preguntaban por los límites de los órganos constitucionales, han sido mucho más difíciles de solucionar y han originado un diálogo que constituye, en buena medida, la historia del derecho constitucional, de la teoría del derecho y de parte de la filosofía política europea y estadounidense de los últimos cincuenta años. Para los interlocutores participantes en ese diálogo, las razones que justifican sus preocupaciones no son triviales: ¿por qué un órgano no legitimado de manera directa por procesos democráticos debe coronar orgánicamente y definir finalmente a todo un orden jurídico creado democráticamente?, ¿por qué razón las decisiones de ese órgano no pueden ser revisadas o cuestionadas por ningún órgano de Estado?, ¿con base en qué criterios deben resolver esos tribunales los problemas que le fueron presentados?, ¿debe intervenir ese órgano directamente en la producción de políticas públicas o debe limitarse a extraer las razones del derecho a fin de resolver los casos que tenga frente a sí?

La aparición de los tribunales constitucionales (y de su reconocimiento como órganos límite) y la aceptación del carácter normativo de la Constitución se dan casi simultáneamente, y produce profundas consecuencias teóricas y una causa de malestar entre los miembros de la profesión (litigantes, jueces, profesores, etcétera): el reconocimiento de la indeterminación del derecho. A partir de entonces se comenzó a admitir que las normas jurídicas no tenían un sentido unívoco, no había una respuesta jurídica única, no había un método correcto de interpretación y no existía una objetividad intrínseca al derecho. En particular, debido al grado de generalidad y ambigüedad con el que las normas constitucionales están redactadas, a la carga política que las mismas

suelen contener o a la función suprema que cumplen respecto de todo el orden jurídico, es difícil suponer que las mismas tengan un sentido preciso que dé lugar a su aceptación generalizada o uniforme por todos los actores políticos y sociales. Más aún, y

fuera de los movimientos radicales de interpretación (Critical Legal Studies, posmodernismos), sí parece necesario admitir la tesis de la pluralidad de significados normativos y, por ende, el problema de la incertidumbre en la individualización del derecho.

Después de la aparición de los tribunales constitucionales y la percepción de la incertidumbre, no hubo más remedio que concluir que aquello que en un primer momento se pensó como la limitación objetiva de la política por el derecho, en realidad daba lugar a un sistema de limitaciones bastante menos objetivo y mucho más incierto. Un problema que se había venido evitando desde el siglo XVIII y que logró ser ocultado durante el XIX, se planteó luego con toda la amplitud: la actividad judicial, como cualquier otra actividad del Estado, tiende a la politización de sus integrantes y de las resoluciones de éstos. Ante esta situación, las nuevas críticas y las respuestas que se les han dado constituyen, como decíamos, la historia de diversas áreas de estudio del derecho o de conocimientos relacionados con él. Desde el derecho constitucional, la reacción fue producir métodos y marcos de interpretación "extraídos" de las condiciones sociales y culturales del momento, tales como las sintetizadas en las expresiones "Estado social y democrático de derecho", "Estado constitucional" o "constitucionalismo". Debido al carácter material de este tipo de conceptos, su utilización permitió, además de la pretensión de subordinar la política al derecho, la formulación de un modo completo y nuevo para referirse a ese último. A partir de ese modelo normador, se pretendió que el estudio, producción, interpretación y cualquier otra función relacionada con el derecho o con su estudio, se realizarían desde la perspectiva del

"Estado constitucional". El tribunal constitucional mismo, así fuere en su carácter de órgano límite del sistema, debería "adecuar" sus interpretaciones a la materialidad, a la sustantividad, del constitucionalismo. La ordenación y formulación de una serie de representaciones históricas, de anhelos, de valores que se estimaron propios de la época actual, se utilizaron para lograr un concepto que permitiera hacer frente a la incertidumbre en el derecho. Ahí donde los teóricos del derecho y su positivismo habían conducido la concepción del derecho y su estudio a un problema fundamentalmente normativo, las dogmáticas del derecho público (y principalmente la constitucional) reaccionaron con la formulación de una sustantividad social para hacerle frente. La solución rezaría así: ante la presencia de valores sociales compartidos y recogidos normativamente, los operadores jurídicos no debían ya sentirse presas de la confusión a que daba lugar la pluralidad de sentidos normativos planteada por el juego democrático, sino que debían actuar conforme a los principios materiales que determinaban el contenido de las normas que integraran al orden jurídico. Desde el punto de vista de la filosofía política, la discusión ha versado sobre las teorías sustantivas (liberalismo, comunitarismo, etcétera) o procedimentales, a partir de las cuales se debe determinar el sentido y el alcance de la interpretación de las normas constitucionales. Finalmente, desde la perspectiva de algunas teorías del derecho, los intentos han partido de posiciones de filosofía política o moral específicas, o de las características que deben satisfacer los razonamientos seguidos por los tribunales constitucionales para la producción "correcta" de sus resoluciones (teoría de la argumentación, lógica jurídica, nueva retórica, tópica, etcétera). En el caso de estas teorías del derecho se trata de salvar la racionalidad de la solución jurídica sobre la política, justificando que la primera tiene límites, es objetivamente válida (o, cuando menos, existen, buenas razones para suponer su razonabilidad), que es determinable, y que es aceptable para aquellos que compartan los valores propios de la comunidad occidental.

A pesar de la importancia y el número de páginas que se le han dedicado a los temas apuntados, los problemas de los límites a los tribunales constitucionales y la incertidumbre en el derecho siguen sin ser resueltos de manera satisfactoria. Sin podernos ocupar ahora de la totalidad de los problemas apuntados, conviene precisar algunas consideraciones respecto a las tesis del constitucionalismo o Estado constitucional como factor de reducción de la incertidumbre en la interpretación constitucional. La primera cuestión por resolver atañe al tipo de conocimiento que sea el propio constitucionalismo. En efecto, ¿se trata de un producto histórico normativo o de la razón? Si la respuesta es en el primer sentido ¿cómo se introduce normativamente tal tipo de conocimiento y cómo determinan los posibles sentidos interpretativos de las normas constitucionales? Si se trata de un tipo de conocimiento normativo, también cabe preguntarse cómo es que éste se forma (¿inductivamente, como tipo ideal?). Finalmente, si es el resultado de la razón, cabría preguntarse ¿por qué ese resultado es "correcto" o "valioso" y por qué no otro? No habiéndose enfrentado estas preguntas por sus partidarios, desde mi punto de vista se trata de un producto de la razón a partir del cual se pretende darle racionalidad al juego normativo constitucional. Estas legalidades, por ser tales, permitirán a su vez determinar las regularidades normativas, aquello que haya de ordinario y cotidiano en la interpretación, aplicación y creación del derecho, y justificar el desechamiento de todo aquello que aparezca como no regular o extraordinario. A final de cuentas, y como señala Tarello, se trata de una ideología mediante la cual se busca concebir al derecho y proceder a su estudio, con la cual se pretende ocultar el problema de las irregularidades, de las contradicciones y del conflicto social subyacente, en aras de un más confortable y seguro modo de enfrentarse con el propio derecho.

El único modo en que el constitucionalismo puede valer normativamente es si, en su carácter de ideología, se constituye en el sentido socializado a través del cual se lleva a cabo la individualización de las normas jurídicas, sólo que en ese momento se ve sometido a las condiciones mismas de la positividad del derecho, i. e., a la indeterminación originalmente apuntada. El constitucionalismo, creemos, es una manera de domesticar, si vale la expresión, muchas de las complejas funciones (jurídicas y políticas) que se actualizan con el derecho positivo. Es, por ende, una manera específica de contar la historia del derecho en Occidente a partir de las experiencias inglesa, francesa y norteamericana, donde un continuo histórico se hace llegar a países como Alemania, España o Italia, en los cuales hubo pocas experiencias democráticas y constitucionales. Al insertarse en una corriente histórica de la cual originalmente no participaron esos países pero que reivindican para sí, estamos frente a un ejemplo particularmente interesante de lo que Hobsbawm ha llamado la "invención de la tradición".

El tercer ejemplo de cultura jurídica, o identificación de la "naturaleza" del derecho, lo podemos encontrar en la serie de propuestas que se están haciendo desde las universidades norteamericanas, fundamentalmente, para lograr instaurar el "constitucionalismo" como paradigma. En este tercer caso, la propuesta constitucionalista se está haciendo como el modelo hacia el cual deben aspirar o tender todos aquellos países que desean transitar, están transitando o acaban de concluir su transición democrática. Como en la mayor parte de los casos en que esos fenómenos están ocurriendo, los países no contaban con una tradición democrática ni constitucional, se trata de proponer un modelo completo para la comprensión del derecho que, evidentemente, recoja los aspectos de Constitución y democracia pero también, y de modo a veces implícito, de toda una forma de entendimiento del derecho y de la sociedad.

Volviendo a la pregunta planteada al inicio de este apartado y tomando como guía los ejemplos apuntados, ¿cuál es la representación que del derecho tenemos los mexicanos?, ¿de qué modo es predecible que opere "la cultura jurídica" nacional en los momentos de cambio social y jurídico que vivimos? En México no contamos con una identificación profunda y compartida del derecho como la rule of law, el Estado de derecho, el constitucionalismo u otro concepto semejante. Es cierto que prácticamente desde los comienzos de nuestra vida independiente hemos realizado constantes apelaciones o planteamientos hacia conceptos de ese tipo. Recientemente, y debido fundamentalmente a las condiciones autoritarias existentes en el país pero, sobre todo, a la gran extensión y profundidad de éstas, el derecho y la Constitución terminaron por ser identificados con las conductas cotidianamente realizadas por los titulares de los órganos del Estado y los particulares. Debido a que las conductas de estos últimos tuvieron un sentido negativo en tanto eran el sostén de actos con la misma carga (corrupción, prepotencia, abuso, etcétera), la concepción general que se tuvo del derecho fue también en ese sentido. En México no existe una tradición para conceptualizar positivamente al derecho mediante la cual sea posible trascender los actos concretos de creación o aplicación. Estas ausencias se pueden comprobar si se atiende al sentido de los constantes reclamos por los órganos del Estado o las oposiciones para constituir un Estado de derecho o hacer de México "un país de leyes".

No existe, entonces, una ideología compartida que permita conducir el cambio normativo (derivado del cambio social) por ciertos cauces. Tanto la discusión de los contenidos del derecho como la determinación de la "naturaleza" del derecho mismo (sus funciones alcances, límites, etcétera), están siendo discutidos. Lo que es dable esperar es, como pronóstico, la posible adopción de alguno de los siguientes extremos: de una parte, de un azaroso camino de discusiones en torno a los sentidos del derecho y de las normas jurídicas; de otra, y como ha acontecido en otros países (Alemania, España e Italia), la "invención de una tradición" jurídica que bien puede llamarse Estado de derecho, constitucionalismo o algo semejante. Sobre este último punto, me parece que ya han empezado a aparecer algunos trabajos de juristas y politólogos que quieren "inventar una tradición", en tanto sostienen la necesidad de construir una constitución "constitucionalista", o de señalar como ineludible el arribo a un Estado constitucional una vez que hayamos concluido nuestro andar en la transición. Estos esfuerzos ponen de manifiesto nuestra falta de tradiciones y cultura jurídica, en el sentido apuntado, y los problemas que puede significar insertarse en un amplio proceso de cambio jurídico sin contar con un mínimo entendimiento y acuerdo acerca de los factores sociales, políticos y jurídicos necesarios para conducirlo.