

CAPÍTULO SEGUNDO
NUESTRA CONSTITUCIÓN. UN PUNTO DE VISTA CRÍTICO 231

I. Definición	231
II. La Constitución y su defensa	241
III. La Constitución mexicana	243
IV. Puntos de vista actuales	246
V. Voces orientadoras	250

CAPÍTULO SEGUNDO

NUESTRA CONSTITUCIÓN. UN PUNTO DE VISTA CRÍTICO

La teoría constitucional de nuestro tiempo no puede ser más que la teoría jurídica de la democracia.

Manuel ARAGÓN

Una Constitución debe primero adquirir autoridad y luego emplear esa autoridad; sólo cuando ha asegurado la fidelidad y confianza de los hombres, es cuando debe sacar partido de ella para la obra gubernamental.

Walter BAGEHOT

Constitución es el ser encuadrado en el deber ser, la Constitución es duelo dialéctico entre la realidad y la norma, entre el ser y el deber ser.

Jorge CARPIZO

Como el pasado ya no ilumina el porvenir, el presente marcha en las tinieblas.

Alexis de TOCQUEVILLE

I. DEFINICIÓN

En todas las definiciones de Constitución se localizan, cuando menos, tres elementos que se repiten insistente: *a)* es un documento con el que se intenta defender al ciudadano de los abusos del poder; *b)* señala cómo debe organizarse el Estado, especificando los atributos y la conformación de los distintos órganos del poder, y *c)* diseña los procesos me-

diante los cuales esos derechos pueden ser defendidos y protegidos. Una Constitución es producto de un largo y continuado proceso, por lo que no puede ser elaborada por encargo a un despacho de abogados o a compañías multinacionales. Como bien lo dice Peter Häberle, parafraseando una expresión del escritor alemán Goethe: “la Constitución es forma nacida de la vida”, o bien, como lo expresa el clásico Ferdinand Lassalle (1975, 50), “la fuerza de proclamar abiertamente la realidad de las cosas es el arma política más poderosa que existe”. Según Häberle (2003, 4), una Constitución tiene función orientadora porque es “espejo del espacio público y de la realidad”.

Tal vez la definición más concreta nos la dé el jurista K. Hesse: “orden jurídico fundamental de la comunidad”. Ahí se está señalando un aspecto sustancial: es el texto en el que se fundamenta todo un sistema jurídico. Por lo tanto, debe ser sumamente coherente en todo su articulado, con claridad y firmeza en el señalamiento de los fines y los medios para lograr una convivencia pacífica que permita alcanzar valores superiores. También se ha definido la Constitución como “un proyecto político de futuro de un pueblo soberano”. En esta definición se percibe cómo se le da relevancia al aspecto programático más que al normativo. Esto es, se diseña un proyecto —que viene del latín *proiectus*, acción de echar hacia adelante—, es algo que se lanza hacia el futuro. Lo normativo, en cambio, es la simple descripción de un deber ser en donde se establecen claramente los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica. Toda Constitución tiene, pues, elementos normativos y programáticos.

Sería imposible agotar las definiciones que se han dado sobre Constitución, que van desde una “teoría normativa de la política” hasta un “marco ético de valores del discurso político”. Como podrá confirmarse, se le atribuye ser un documento orientador desde la política y desde la ética. Por eso la insistencia de calificarla como documento fundamental, pues es el fundamento del ordenamiento jurídico de una nación. Hay quienes también insisten en sus funciones, que son: “integración, legitimación, definición de poder y control”. El clásico constitucionalista del siglo XIX, James Bryce (1988, 68), da los antecedentes de las primeras Constituciones:

En una colonia (Connecticut) los pobladores redactaron por sí mismos, en 1628, una serie de reglas para su gobierno, llamadas ordenanzas fundamentales (*fundamental orders*). Estas ordenanzas se transformaron luego

en una carta real y fueron en realidad una Constitución rudimentaria. En Inglaterra apareció esta idea, hacia el mismo tiempo, durante la guerra civil. El Pacto del Pueblo (*Agreement of the People*), presentado al Parlamento largo en 1647, contiene en esbozo una estructura de gobierno para Inglaterra.

...Oliverio Cromwell intentó crear con un instrumento de gobierno promulgado en 1653, una Constitución rígida, algunas de cuyas provisiones al menos estuvieran fuera del alcance del Parlamento, y desde luego aparentemente inalterable en su conjunto. Pero su propio Parlamento se negó a reconocer la existencia de todo lo que cayera fuera de su derecho de intervención.

El controvertido jurista de la segunda década del siglo XX, el alemán Carl Schmitt (1981, 6-45), dice lo siguiente:

Constitución = el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política, “integrarse”, según la expresión de Rodolfo Smend.

La Constitución es el principio activo de un proceso dinámico de energías eficaces, un elemento del devenir, pero no, ciertamente, un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones “normativas”.

Si la Constitución, pues, la forma la ley fundamental de un país, resultará ser... una fuerza activa. Esta fuerza activa, y la esencia de la Constitución, las encuentra Lassalle en las relaciones objetivas del poder.

Hablando de la Constitución mexicana, Diego Valadés (1994, 79, 309-312) señala que fue la primera en incorporar los derechos de la sociedad y que se caracteriza por tres tipos de normas fundamentales: “las de persuasión, que facilitan, garantizan e inducen conductas; las de composición, que evitan y solucionan conflictos; y las de selección, que organizan las formas de representación y legitimación democrática”. Según Valadés, la permanencia inalterada de una Constitución guarda estrecha relación con el “grado de precisión y generalidad con que está redactada, y con la confianza que inspiren las autoridades de quienes depende la aplicación misma de las normas que contiene”. Agrega que las Constitu-

ciones se reforman para: “dar cauce a fuerzas que se imponen y buscan la legitimación de sus pretensiones... salir del paso de desviaciones... producir nuevos estilos de organización”. Distingue —en el periodo que va de la Revolución de 1910 a la Constitución de 1917— tres etapas: “...la creativa, caracterizada por importantes transformaciones en los ámbitos político y social; la conciliatoria, caracterizada por la composición de las fuerzas dentro del propio Estado, y la renovadora, caracterizada por la búsqueda de nuevas fórmulas normativas que correspondan a los hechos sociales”.

El jurista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia (2000, 504) distingue varios periodos a nivel mundial:

En consecuencia, desde este momento es posible anticipar que en el primer periodo, A) que va desde 1787 hasta 1918, se han sucedido, en un desarrollo progresivo y por medio de su realización fácilmente perceptible, cinco “ciclos” que comprenden, respectivamente, las *Constituciones*: a) revolucionarias del siglo XVIII (1787-1799); b) napoleónicas (1799-1815); c) de la Restauración (1815-1830); d) liberales (1830-1848), y e) democráticas (1848-1918). En tanto, en el segundo periodo B) los “ciclos” son igualmente cinco, pero se desenvuelven con frecuencia, sobrepuertos los unos a los otros durante los mismos periodos, en relación con el hecho de que las Constituciones referidas hubiesen sido adoptadas por Estados: a) de *democracia clásica*, con dos series sucesivas de *Constituciones*, que surgieron a continuación de la primera y la segunda guerras mundiales, respectivamente, o sea las de tipo democrático racionalizado, de 1919 a 1937, y las de tipo democrático-social, de 1946 en adelante; b) autoritarias; c) socialistas, y d) del llamado *Tercer Mundo*, o sea, de países en vías de desarrollo.

Respecto al contenido de la Constitución, con relación a los derechos que se establecen en ella, suscribo la clasificación propuesta por el abogado argentino Carlos Santiago Nino (1997, 72):

i) *derechos-libertades*, que sólo implican la ausencia de una prohibición y no pueden, por ellos mismos, proveer ninguna clase de protección; ii) *derechos-autorizaciones*, que son generados por normas permisivas pero que su estatus como pertenecientes a una categoría autónoma, o como reductibles a alguna de las otras, depende de cómo sean concebidas esas normas permisivas, iii) *derechos-privilegios*, que son correlativos de obligaciones

activas o pasivas de otras personas, ya sea pertenecientes a ciertas clases específicas o a una clase universal; *iv)* derechos-acciones, que incluyen la posibilidad de accionar frente a algún órgano para hacer cumplir las obligaciones correlativas; *v)* hay *derechos-competencias*, que involucran la habilidad para emitir normas para alterar la relación jurídica de otras personas; *vi)* *derechos-inmunidades*, que son correlativos a la falta de competencia de otros para alterar la situación jurídica del titular del derecho.

Un punto fundamental es la vinculación de la Constitución con la democracia. Pedro Ubertone, en el Primer Congreso Internacional de Modernización Parlamentaria, celebrado en Argentina en 1990, definió así la democracia constitucional: “aquel sistema político en el que tienen efectiva vigencia los principios de gobierno del pueblo, pluralismo político, dignidad del ser humano, e imperio de la ley”.

Paolo Comanducci, citando a distintos autores, habla de las principales condiciones de constitucionalización:

- 1) La existencia de una Constitución rígida que incorpora los derechos fundamentales.
- 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
- 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- 6) La interpretación adecuada de las leyes (Carbonell, 2003, 81).

Norberto Bobbio (1998, 194-196) advierte de algunos errores:

...las Constituciones de los actuales Estados democráticos nacieron de una lucha secular contra el Estado, es decir contra quienes, habiendo conquistado el más alto poder sobre los hombres, eran los únicos en condiciones de abusar de él. Las Constituciones son el resultado de una conquista lenta y gradual de libertades aisladas, es decir de esferas cada vez más amplias de acción, en las que el ciudadano puede determinar su conducta sin seguir otra norma que la dictada por su conciencia. Representan, en una palabra, la garantía del ciudadano contra el abuso de poder por parte del

Estado. El significado fundamental de una Constitución democrática consiste en establecer que el poder sobre los hombres, sea cual sea, y lo ejerza la persona o grupo que sea, debe tener límites jurídicamente establecidos, y que nada es más contrario a la realización de una estable y pacífica convivencia entre los hombres, en la que estriba el fin del Estado, que un poder ilimitado en su naturaleza y arbitrario en su ejercicio.

Constitución democrática es la que no sólo establece las libertades civiles sino que crea los órganos y las leyes adecuados para que estas libertades resulten efectivas y estén salvaguardadas contra todos, y que allá donde los diques alzados contra los abusos de poder se rompen o amenazan con romperse, es capaz de correr a remediarlo alzando nuevos diques. Existen en nuestra Constitución los supuestos para afrontar el peligro. Pero para que el peligro sea afrontado son menester tres cosas: conciencia de que el peligro existe, examen igualmente concreto de los remedios, voluntad concorde de vivir en una sociedad democrática.

Häberle (2003, 1) señala cuestiones fundamentales e insiste en los elementos que se desprenden de la cultura para conformar el derecho:

...la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura (*“Kulturstaat”*) abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera.

Häberle (2003, 6) ve en el concepto de la Constitución un permanente acuerdo. Insiste en palabras como “avenencia y tolerancia siempre renovados de todos” y hace un repaso de las más recientes incorporaciones a textos constitucionales de diferentes países:

...el “plebiscito consultivo” (Suecia, Finlandia), la “publicidad de los actos administrativos” (artículo 30 de la Constitución de Guatemala), las “relaciones con Estados afines” (artículo 151 de la misma Constitución), las agendas de un “*cooperative government*” (artículo 40 de la Constitución de Sudáfrica, de 1996-1997)... Recientemente aparecen cada vez más, en casi todo el mundo, artículos sobre el pluralismo (por ejemplo España, África, algunos países de Europa oriental; cláusulas anti-ideológicas, como por ejemplo el artículo 60. de la Constitución de Rusia), mientras que la protección de las generaciones hace también una carrera similar como tema (el temprano artículo 11 de la Constitución de Japón de 1946: se confieren, a esta generación y a las futuras, “derechos humanos básicos” como “derechos humanos inviolables”). Las cláusulas de verdad se encuentran sobre todo ahí donde la fase anterior de la vida de los pueblos se caracterizaba por la mentira difundida por el Estado (así, en los nuevos *Länder* alemanes: por ejemplo el artículo 22, inciso 2, de la Constitución de Turingia). En el apartado de derechos fundamentales, el artículo 39, inciso 2, de la Constitución de Azerbaiyán (1995) garantiza un derecho a la información “*sur l'état véritable de l'environnement*”.

El jurisconsulto español Manuel Aragón (2002, 33, 43), siguiendo a connotados expertos en el tema, dice lo siguiente:

“La Constitución jurídica (decía Heller) representa el plan normativo de esa cooperación continuada” (cooperación social que *mantiene* unida a una comunidad humana).

Como expresa R. Dworkin en frase feliz, el derecho se “descubre, pero no se inventa”, mas también lo es que la necesidad y la capacidad de “descubrimiento” doctrinal se reduce si el derecho escrito deja menos territorios incógnitos. Ello no significa la erradicación (completamente imposible) de la labor integradora, recreadora, que desempeña la doctrina y la jurisprudencia, sino sólo la conveniencia de acrecentar su objetivación normativa, disminuyendo el campo de la discrecionalidad. De ese modo, la Constitución democrática, al positivar los principios generales, no cumple sólo su función de limitar el poder del Estado, sino también de limitar el poder... de los juristas.

Aragón (2002, 47, 90) acude de nuevo a Dworkin, quien distingue conceptos que son vitales para emprender una reforma constitucional:

...“fines”, “principios” y “reglas”. Por lo que se refiere a las “reglas”, su idea coincide con la común en la doctrina. En cambio, por “fines” entien-

de no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*), con el inconveniente, a mi juicio, de que pueden trabarse los valores con reglas de atribución competencial. Por ello creo más conveniente utilizar los términos “valores” y “principios”, en lugar de “fines” y “principios”. Los valores son “fines”, por supuesto, pero no toda cláusula que enuncia fines (que establece programas) es por sí sola una cláusula de valor, sino, muchas veces, una cláusula *al servicio* de un valor. En cuanto a los “principios”, Dworkin los concibe como estándares o cláusulas genéricas que enuncian “modos de ser del derecho”, es decir, que reflejan la dimensión jurídica de la moralidad. A diferencia de las reglas, que se aplican o no se aplican a un caso, los principios ofrecen argumentos para decidir, pero no obligan por sí mismos a la adopción de una única decisión. Los principios, a su vez, se enlazan unos con otros, de suerte que un mismo principio más genérico puede irse concretando en otros específicos o derivados.

El Estado constitucional aparecerá, así, como una forma específica de Estado que responde a los principios de legitimación democrática del poder (soberanía nacional), de legitimación democrática de las decisiones generales del poder (ley como expresión de la voluntad general) y de limitación material (derechos fundamentales), funcional (división de poderes) y temporal (elecciones periódicas) de ese poder.

En este mismo contexto, Walter Bagehot (2005, 3) habla de elementos. El primero de esos elementos “comprende todo lo que produce y conserva el respeto de las poblaciones, lo que denominaría las partes *imponentes*; el segundo se compone de las partes *eficientes*, que dan a la obra movimiento y la dirección”.

Ha habido Constituciones consideradas como modélicas por abrir nuevas corrientes en el derecho constitucional mundial, por derrumbar viejos paradigmas y, a su vez, por conformar nuevos paradigmas. En la época reciente están así tipificadas la Constitución alemana de 1949, la italiana de 1947, la francesa de 1958 y la española de 1978, todas del siglo XX.

Se puede hablar de tres etapas recientes en la conformación de un nuevo derecho constitucional: la primera corresponde al periodo de la posguerra: Alemania, Austria, Italia. La segunda se da en la década de los años setenta, con la Constitución española. Y la tercera se ubica después de 1989 en Europa del Este. Valadés dice que entre 1980 y 1997 fueron promulgadas 79 nuevas Constituciones en el mundo y que el énfasis mayor se ha puesto en los mecanismos de defensa de la Constitución, o en

lo que muchos autores denominan “derecho procesal constitucional”. Se quedaron atrás las Constituciones programáticas. Hoy, el reto es la funcionalidad de la Constitución.

Una idea que ha permeado en muchos juristas es que no hay una soberanía parlamentaria, esto es, que el legislador “lo puede todo”. Como se ha insistido en otros capítulos de este trabajo, existen factores limitantes de los ordenamientos jurídicos. Es por ello que hoy en día se podría hablar de una crisis del derecho constitucional. La Constitución ha dejado de ser el marcapasos del ordenamiento jurídico, la fortaleza que constríñe a una nación; sus muros han sido vencidos, ha perdido centralidad, corre el riesgo de convertirse en un derecho de retazos y esto, a su vez, corresponde a una crisis del Estado nacional que ha dejado ser el timón de la vida social. Surgen de nuevo corrientes en el pensamiento jurídico que insisten en que la mejor Constitución es la no escrita ante la dificultad de poder darle un marco adecuado a una realidad tremadamente compleja, globalizada, sujeta a movimientos fuera de control y que cambia con velocidad de vértigo. Al respecto, el sociólogo Amitai Etzioni (1999, 262) señala que es un error grave el considerar a una Constitución no escrita como “congénitamente débil”, ya que, al contrario, puede ser más robusta. Agrega que ambos tipos de Constitución reflejan un orden superior de valores: los de la sociedad en su conjunto.

Siempre será más fuerte el derecho del régimen convencional que el derecho del régimen impositivo. Por eso también algunos autores afirman que el Poder Legislativo tuvo su primacía en el siglo XIX, el Poder Ejecutivo en el siglo XX y el siglo XXI será el del Poder Judicial. Esto es, la preeminencia de un poder contra-mayoritario, pues su conformación no deriva de la voluntad popular, cuenta con una calidad profesional que le da mayor confiabilidad y que está llamado a resolver los grandes problemas de cada pueblo mediante la interpretación de las normas jurídicas. En este sentido, el politólogo estadounidense Arend Lijphart (2000, 204) opina que, en el caso de Nueva Zelanda y Gran Bretaña, la ausencia de una Constitución escrita es producto de un fuerte consenso sobre las normas políticas fundamentales. No es éste el caso de Israel, que no ha logrado tener una Constitución escrita debido a la falta de acuerdos en lo que respecta al sistema legal y al papel de la religión en el Estado. Agrega que el “disenso se ha resuelto mediante un acuerdo sobre el desacuerdo, mientras que en los otros asuntos fundamentales el con-

senso ha sido lo suficientemente fuerte para poder dirigir el país sin una Constitución formal”.

No es coincidencia lo que en cada país ha venido aconteciendo con relación al papel cada vez más importante que desempeñan los tribunales constitucionales y los órganos jurídicos transnacionales. Por eso la insistencia en que el Poder Legislativo está llamado a desempeñar un papel protagónico en las funciones de integración y de control, pero no así en la legislativa.

Algunas voces insisten en que la Constitución es una “fuerza racional y ordenadora por la cual arraiga la democracia en la comunidad”. En otras palabras, sin democracia no se puede hablar de un Estado constitucional de derecho.

Hoy por hoy, la influencia del derecho comparado tiene una enorme repercusión, por lo que la capacidad de maniobra de los poderes legislativos se ve totalmente reducida. El legislador no puede disponer del derecho; si pretendiera hacerlo, generaría normas jurídicas a las que pronto la realidad les daría la espalda. Si el derecho se olvida de la realidad, ésta se olvida del derecho. Existe, pues, una legitimación activa de las prácticas que se dan en los hechos. Un reto enorme de nuestro tiempo es la permanente actualización de los ordenamientos jurídicos si se aspira a conducir la realidad y no tan sólo a ir detrás de ella.

Uno de los temas que ya ha sido legitimado en los ordenamientos constitucionales es la consagración del Estado social de derecho como una respuesta al fin del Estado liberal de derecho. En ese sentido lo expresan el artículo 20 de la Constitución alemana de 1949 y el artículo 11 de la Constitución española de 1978. El Estado liberal responde al capitalismo y a los intereses de la burguesía. El Estado social es producto del neocapitalismo, un Estado interventor preocupado por distribuir la riqueza. La influencia de John Maynard Keynes en 1937 es evidente. Se constitucionalizan los derechos sociales, pero el problema central ha sido su instrumentalización. Ahí está uno de los grandes retos. Los derechos individuales sí pueden ser garantizados por el Estado con instituciones como el juicio de amparo. El gran reto de los derechos sociales es pasar de la proclama a su aplicación concreta. El núcleo del Estado social es el Estado de bienestar, que según su teórico William Beveridge, al rendir un informe sobre sus grandes retos, tenía que evitar cinco grandes males: enfermedad, ignorancia, ociosidad, indigencia y suciedad.

El Estado, en su teoría constitucional, ha pasado por tres etapas: Estado de derecho (liberal), Estado social de derecho (igualdad) y Estado social democrático (etapa actual). Lo democrático perfecciona al Estado social para evitar su burocratización o su tecnocratización. Lo social, lo democrático y lo jurídico se integran. Manuel García Pelayo, el gran jurista español, así lo explica en su libro *La transformación del Estado contemporáneo*.

Creo haber ofrecido los elementos que conforman una Constitución. Agregaría una definición del Tribunal Constitucional español sobre la seguridad jurídica, mínimo valor al que debe aspirar un ordenamiento jurídico si quiere alcanzar otros fines como la libertad, la justicia y el bien común. El Tribunal español establece que este principio implica que el legislador

...debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido.

II. LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA

Después de la Segunda Guerra Mundial, Hans Kelsen replantea la defensa de la Constitución y divide esa defensa en ordinaria, a través del tribunal constitucional —lo cual es la defensa material, y a través de la reforma, que es la defensa formal—, y en extraordinaria, a través de la suspensión de garantías y el Estado de alarma. Kelsen plantea la necesidad de defensa de la Constitución, principalmente de los poderes. En un artículo escrito en 1926, prácticamente plantea el origen del actual tribunal constitucional al sostener que, al ser la Constitución la norma suprema, la cúpula del Estado, los poderes, deben respetarla. Si alguno de los poderes viola la Constitución, se requiere la intervención de un árbitro ajeno a éstos. Por eso Kelsen rompe con la tradicional división de poderes. Schmitt lo refuta y propone otro instrumento de defensa: el presidente de la República, y plasma esta idea en el artículo 48 de la Constitución de Weimar en la cual el presidente, alegando situaciones extraordinarias, asume el poder absoluto.

El órgano diseñado por Kelsen tenía un carácter constitucional de tipo jurisdiccional pero ajeno a los tres poderes: el tribunal de garantías constitucionales. Este mismo elemento lo recogen los juristas Luis Legaz Lacambra y Jiménez de Azúa, quienes lo incorporan a la Constitución española de 1931. En Estados Unidos se genera el sistema difuso en la defensa de la Constitución, el cual consiste en que todos los jueces tienen la obligación de defender el cumplimiento de ésta. La judicatura no es democrática en su elección, pero sí en su función, que consiste en hacer cumplir la ley. El tribunal constitucional resuelve problemas políticos mediante decisiones jurídicas. Francia y España diseñaron recursos previos para evitar que leyes inconstitucionales iniciaran su vigencia. En Francia existe un consejo constitucional, dependiente de la asamblea, que da el visto bueno a toda iniciativa. La Constitución española es consensuada; obedece a parámetros de justicia que corresponden a distintas corrientes ideológicas. Por lo tanto, tiene un contenido mínimo aportado por el Tribunal Constitucional y un contenido variable que da el legislador. El derecho europeo es resultado de una amalgama sumamente paradójica entre el derecho positivo —que insiste en una ciencia que estructura las normas y establece los mecanismos de defensa— y un derecho natural que está en el núcleo valorativo de todo el sistema jurídico.

Según el jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, una verdadera defensa constitucional se logra mediante la aproximación entre la Constitución formal y la Constitución material, y que dicha defensa se realiza a través de

...todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental (Carpizo, 1984, 15).

A su vez, el constitucionalista Jorge Carpizo (1984, 9) agrupa la defensa de la Constitución en tres grandes temas:

...la justicia constitucional, la reforma constitucional y los estados de excepción.

Del propio carácter de norma suprema se deriva que la Constitución se protege señalando un procedimiento especial para su modificación y reforma. Este procedimiento es muy importante porque garantiza la propia supremacía constitucional y es uno de los dos grandes caminos para que el deber ser y el ser corran al mismo ritmo. La imaginación humana ha ido depurando estos procedimientos de reforma hasta llegar al referendo, institución que han adoptado ya varios países de la Europa Occidental.

Las normas de la Constitución deben regir la vida normal y cotidiana de la sociedad; pero a veces ocurren situaciones anormales y extraordinarias, si quisieramos aplicar la norma constitucional a ellas sería imposible y traería consigo la destrucción de la propia Constitución. En consecuencia, la Constitución se defiende previendo normas para aplicarse en esas situaciones de emergencia o de excepción.

En la *justicia constitucional* se integran los diversos procedimientos que cada Constitución señala precisamente para su defensa; y que primordialmente estructuran los medios para el análisis de la constitucionalidad de leyes y actos, la protección de los derechos humanos, la resolución de conflictos entre los órganos del gobierno, el examen previo de la constitucionalidad de leyes, reglamentos y tratados, la responsabilidad de los funcionarios y la constitucionalidad de ciertas organizaciones.

Habrá que agregar como dato relevante que en México el control político de la constitucionalidad de los actos de autoridad sólo existió en la Constitución de 1836 (a través del Supremo Poder Conservador). En los demás proyectos en los que se propuso, nunca se concretó dicha institución.

III. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

México tiene una Constitución de reformas aglomeradas. Las reformas se han sobrepuerto, correspondiendo a distintas corrientes filosófico-políticas. Se han hecho cambios a su articulado dando como resultado un documento confuso, con poca o ninguna relación con los elementos y principios que deben orientar un documento de esta envergadura, además de que no se ha medido su calidad en la cotidianidad de su observancia. Por otra parte, por mucho tiempo ha permanecido como un documento más homenajeado que observado. Una Constitución se legitima y se perfecciona, a su vez, por el acatamiento de gobernantes y gobernados. Éste no ha sido el caso de la carta magna mexicana.

No se puede hablar de un auténtico Estado en las primeras décadas de vida independiente, periodo denominado por los distintos historiadores como el de la “sociedad fluctuante” o de la “sociedad del fuego cruzado”. Los ordenamientos jurídicos de 1824 a 1856 tuvieron escasa vigencia. La Constitución de 1857 rigió por seis décadas, periodo en el que es modificada solamente en veinte ocasiones; cinco de ellas para atender a cuestiones concernientes a la reelección y sucesión de Porfirio Díaz. Por el contrario, del Congreso de 1917 a la fecha ni los mismos especialistas se han puesto de acuerdo sobre el número de modificaciones. Sin embargo, coinciden en que la cifra es superior a quinientos.

Las numerosas reformas constitucionales reflejan una característica de los legisladores mexicanos. Tienen una enfermedad endémica: sobreestimar los impactos de la norma jurídica en la realidad. La historiadora Patricia Galeana (1998, 414) considera que, siguiendo la tradición española, la Constitución es vista como “la panacea que promoverá la solución de los problemas del país”, con la convicción de que “una vez establecida la normatividad adecuada, la sociedad se transformará”. Esto propició que surgieran Constituciones con cada cambio político, aunque en la práctica se siguiera la consigna “obedézcase pero no se cumpla”.

Giovanni Sartori, en una conferencia en Uruguay en 1998, manifestó su desconfianza hacia la técnica jurídica constitucional. Expresamente dijo que “la inteligencia constitucional es poco común”, coincidiendo con Galeana en que prevalece más en el ánimo de los legisladores la euforia derivada de los movimientos sociales y el fervor por responder a las expectativas sociales, que la reflexión sensata para determinar lo que debe contener el texto fundamental.

Francisco Zarco marca bien las influencias que prevalecieron en las distintas etapas:

...nuestra Constitución abandonó el principio latino de la omnipotencia del Estado que degenera en cesarismo; abandonó también el dogma de los revolucionarios franceses, de la salud pública que degenera en la anarquía y en el terror, y adoptó como base el principio sajón o germánico de la libertad individual, que sólo debe sacrificarse en lo estrictamente necesario a la existencia y al bien de la sociedad. De aquí viene el ensanche que dio la Constitución a las garantías individuales, poniéndolas bajo el amparo del Poder Judicial, y haciendo de este poder no un instrumento pasivo, sino un regulador de los otros poderes; y de aquí viene también que pusiera

sobre todo funcionario la amenaza de la responsabilidad, haciendo fáciles la acusación y el enjuiciamiento, sin dejar estos recursos a la discreción y a la caprichosa venia de la autoridad (Woldenberg, 1996, 706).

De ahí que Emilio Rabasa, uno de los más preclaros constitucionalistas, hiciera demoledoras críticas. Para él era necesario “desacralizar la Constitución”, pues se trata de una norma jurídica a la que hay que dar cumplimiento en lugar de adorarla. Insiste Rabasa (1968, 78) en una idea que tiene plena vigencia. Hay que darle un carácter jurídico al texto constitucional y despojarlo de su simbología ritual, con el correspondiente rigor crítico:

Después del triunfo, la Constitución fue emblema; pasado algún tiempo, su acción protectora cambió el emblema en ídolo. El predominio del partido avanzado extendió la fe constitucional por cuanto es la nación mexicana, y los ataques rudos de los conservadores lastimados a aquel objeto de veneración, sublimó el sentimiento general que lo colocaba en un tabernáculo para la adoración ciega de sus adeptos. Se la llamó sabia, augusta, sacrosanta; los constituyentes fueron calificados de ilustres, padres de la patria, salvadores de la nación; pero esto era obra de fe, y esa fe resultado de una multitud de sentimientos en confusión; porque la ley seguía tan ignorada como antes, y la historia de su formación más ignorada todavía.

Hay una idea central en el pensamiento de Rabasa: sacar a la Constitución de su nicho para enfrentarla a la realidad. Hay que ponderarla como un documento jurídico que debe ser analizado con el mayor rigor crítico, más que como un emblema ritual que sólo busque legitimar al gobierno en turno. Como se puede ver, son opiniones añejas y actuales, insistiendo en esa necesidad de ser críticos. Apenas transcurrido un lustro de haberse expedido la Constitución de 1917, Narciso Bassols escribía acerca de la conveniencia de hacer desaparecer de ella “las rudezas de una ley hecha para vencer al enemigo y no para gobernar al país” (Martínez Báez, 1994, 67).

El Congreso de 1917 resultó en realidad muy pobre en el debate y muy mediocre en su integración, como lo señala un historiador con autoridad moral, don Luis González y González (1984, 73): “Al Congreso Constituyente acudieron pocos de la espuma intelectual mexicana... la Revolución estuvo mediocrementre representada en la asamblea hacedora de la Constitución de 1917”.

La Constitución emanada de ese Congreso contenía errores monumentales que generaron fuertes conflictos sociales, como lo fue el garantizar el acceso a la tierra, que es un bien finito. Lo comenta Sartori (1993, 123): “Equiparar los derechos materiales con los derechos formales no es solamente un error de concepto, es también una estupidez práctica que transforma una sociedad de beneficiarios en una sociedad de la protesta de los descontentos”.

El jurista Manuel Herrera y Lasso (1990, 173), discípulo de Rabasa, considera deficientes de forma y fondo muchos de los artículos constitucionales: “...por trucos, confusos o incongruentes; por incorrectos desde el punto de vista del buen lenguaje jurídico; por la contradicción de sus textos; por la inutilidad intrínseca de algunos de ellos y la redundante repetición en otros de normas ya estatuidas; por omisiones sustanciales; por ordenamientos subversivos del régimen constitucional”.

La Constitución mexicana es obsoleta. Es hora de bajarla de su nicho para hacerla un documento respetable y respetado. La discusión podrá continuar entre dos posturas: modificarla parcialmente o redactar una nueva. En lo que sí hay consenso es en la necesidad de reformarla. Confío en que, por el bien de México, esto se concrete en el corto plazo.

IV. PUNTOS DE VISTA ACTUALES

¿Por qué falla una Constitución?, ¿por qué en algunos casos, en lugar de propiciar una mejor convivencia social provoca conflictos? Una Constitución falla por dos razones que derivan de la mala lectura de los legisladores. Una sería por pretenciosa, al forzar la realidad al cambio cuando una sociedad aún no está madura para asumir esos cambios. Podría ser el caso de la Constitución de Weimar de 1919, de la Segunda República española de 1931 y de la Constitución mexicana de 1857. En su tiempo, todos estos documentos fueron considerados de gran valor doctrinario y jurídico. Sin embargo, al afectar intereses creados, generaron conflictos internos que terminaron con su observancia, ya sea por la caída del gobierno o bien por una simulación en su cumplimiento. En otras palabras, una Constitución puede morir porque termine su vigencia o porque se convierta, en palabras de Lassalle, en “papel mojado”: idolatrada, sacratizada pero sin vinculación alguna con las conductas que pre-

tende regular. La otra razón es porque resulte conformista, esto es, que solamente refleje una realidad sin intentar cambiarla. En este caso, el riesgo de naufragio se da por encontrarse con otro escollo, no en el sentido de amenazar la estabilidad política, sino de ser un texto que, al paso del tiempo, se convierta en letra muerta por no expresar las aspiraciones de un pueblo. Por eso, una buena Constitución debe propiciar siempre el equilibrio entre lo que se quiere y lo que se puede. Se trata de aspirar a lo posible; no se puede consignar como meta lo imposible. El diagnóstico de la realidad objetivamente considerada y los valores conformados en la cultura de un pueblo en el transcurso de su historia son la materia prima con la que el legislador debe conformar una Constitución. El siguiente paso es el diseño de instituciones que constituyan los mecanismos para poder cumplirla y hacerla cumplir.

Es menester insistir en superar el riesgo de transitar de un Ejecutivo autoritario a un Legislativo autoritario, peligro que fue señalado en su oportunidad, vehementemente, por Robespierre y Tocqueville. Hay muchos ejemplos de asambleas desbordadas en su irracionalidad y en sus afanes por asumir el mando. Paradójico sería que el autoritarismo del Poder Ejecutivo se transfiriera al Poder Legislativo en detrimento del equilibrio entre los órganos del poder.

Hay otros temas que tienen que abordarse. En la Constitución mexicana se comete el absurdo de concederle derechos al gobierno para defendérse de los ciudadanos. ¿Puede tener el Estado derechos o solamente los ciudadanos son sujetos de derecho? Si el Estado tiene derechos, ¿quién es el obligado? Creo que ahí están las fallas fundamentales de los artículos 25 y 27.

Como se ha dicho, las transiciones pasan del cinismo a la hipocresía. En la etapa del cinismo, el gobierno acepta que viola la ley, lo cual le tiene sin cuidado. En la etapa de la hipocresía empieza a revestirse de una máscara jurídica en su afán de buscar legitimidad. Sin embargo, la ciudadanía va siendo cada vez más agresiva aprovechando cada rendija en la búsqueda de democracia hasta que la transición se consuma.

El sistema político mexicano, hasta hace pocos años, no fue presidencial sino presidencialista —su degeneración— y se regía fundamentalmente por reglas no escritas. Hoy, al sujetarse gobernantes y gobernados a la Constitución, están aflorando contradicciones entre normas y realidades. En otras palabras, al intentar aplicarse la Constitución, han aflora-

do sus deficiencias; hoy resulta ser un marco muy estrecho para el buen desempeño del Estado. Éstas son algunas voces críticas.

El politólogo Arnaldo Córdova señala:

Las Constituciones mexicanas han sido, a lo sumo, documentos sin valor, idearios políticos que más o menos se realizan, pero nunca instrumentos de derecho que rijan de verdad lo que hacemos como un pueblo político, cada vez que los poderes reales, actuantes en la política, hacen de ellas meros adornos de su acción arbitraria (no tan sólo de ésta, sino de la acción necesaria)... Aquí nos invade, ineluctablemente, la doctrina de las dos Constituciones, la “real” y la “ideal”, y creo que debemos dar una solución al respecto (Mora-Donatto, 2002, 130).

América Latina ha sido una de las regiones del mundo que mayor número de Constituciones ha tenido en su historia. A mayor caos en un país, mayor es el número de cartas magnas, como en el caso de Haití, que suma más de cien, lo que se convierte en indicador de falta de autoridad. No existen cuerpos jurídicos sólidos, respetados e independientes entre el Estado y el ciudadano (Krauze, 2003, 201).

Ernesto Garzón Valdés sostiene que:

La Constitución se ha ido convirtiendo a lo largo de la historia de América Latina en un elemento esencial de la *mitología política*. Se la invoca en momentos de crisis procurando borrar las diferencias entre los valores declarados y el comportamiento real, sin que por ello sus principios tengan alguna relevancia práctica. Y cuando se considera que no conviene reiterar la innovación de un mismo texto, se reforma la Constitución como expresión de una fuerte voluntad política aparentemente dispuesta a modificar la realidad (Carbonell, 2002, 228).

Jorge Castañeda (2004, 36) hace críticas nada despreciables:

Durante muchos años, casi desde la época de Daniel Cosío Villegas, se pensaba que en México bastaba con “aplicar” la Constitución para que hubiera democracia y para que las cosas funcionaran. Ahora que hay democracia y se aplica estrictamente la Constitución en muchísimos aspectos, hemos descubierto que la carta magna tiene una serie de defectos. Antes no se veían porque, efectivamente... no se aplicaba. Uno de ellos es el régimen presidencial —calcado del norteamericano—, en el cual la separa-

ción de poderes se efectúa de tal manera que el poder queda compartido o dividido, como se le quiera llamar.

Apunta Castañeda algo que es fundamental esclarecer en el futuro: las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo, al tiempo que contrasta la relación de subordinación de un poder al otro en el anterior sistema político. Por ejemplo, situaciones como el conformar mayorías, los vetos presidenciales, un presupuesto no aprobado, tan importantes ahora, simplemente no existían. Como muchos analistas de la realidad política mexicana han señalado, el marco constitucional fue diseñado para el contexto de un sistema unipartidista y no democrático. En muchos casos sus reglas son disfuncionales para el nuevo contexto plural y democrático que caracteriza al país. Como bien dice Castañeda, “las instituciones estaban diseñadas para permitir el funcionamiento de un sistema unipartidista y sus reglas eran funcionales en un sistema no democrático”. Este político (2004, 175) emite una opinión que es reflejo de lo que la realidad reclama:

El *checks and balances* (sería el sistema de pesos y contrapesos) en América Latina no es para que los diferentes actores sociales vayan juntos sacando proyectos comunes y, por lo tanto, conciliados y acotados. El *checks and balances*, en nuestro subcontinente, es para que un poder impida que el otro haga lo que los electores le piden.

Tras la Revolución mexicana (1910-1917), el orden jurídico que surgió de la misma se presentaba como legítimo en cuanto coadyuvaba a implementar las “decisiones políticas fundamentales” plasmadas en el texto constitucional. Así, por un lado, la Constitución y el sistema jurídico se legitimaban en tanto que se presentaban como materialización de la lucha revolucionaria, pero, por otro lado, quedaban subordinados a la misma y a las decisiones y acciones políticas que la lucha generaba.

Dentro de este esquema, al orden jurídico se le remitía a segundo plano. El derecho quedaba subordinado a la coyuntura política. La Revolución era la Revolución hecha partido; el partido, partido hecho gobierno. Así, la ley y el derecho quedaban subordinados al actuar del gobierno. Si el proyecto político no cabía en el marco constitucional, frecuentemente se modificaba la Constitución, se le reinterpretaba hasta dejarla irreconocible, o bien se le ignoraba.

Hoy en México se ha actualizado el debate con relación a si debe redactarse una nueva Constitución. En virtud de lo establecido en el artícu-

lo 135 del actual texto, se ve prácticamente imposible tal objetivo. Por lo tanto, hay que resignarse a efectuar modificaciones de manera parcial y paulatina, en la medida en que se alcancen acuerdos, pero habrá que considerar algunos aspectos básicos. En el sistema representativo, el verdadero elemento democrático es la rendición de cuentas. Por lo tanto, hay que insistir en darle transparencia a nuestra vida pública, porque esa es la tarea fundamental para fortalecer las instituciones. El Parlamento ya no tiene potestad legislativa única: hacia abajo surge el derecho autónomo; hacia arriba, el derecho totalitario, y hacia todos lados, el derecho globalizado. El legislador tendrá que realizar un trabajo muy responsable de análisis profundo y universal, pues el signo de nuestro tiempo es la interdependencia, no tan sólo entre países, sino también entre disciplinas. Más que inventar reformas o echar a andar la imaginación, se deben hacer las reformas necesarias. Es pertinente recordar que hay un derecho que no pasa por el Poder Legislativo, camina lento pero eficaz; se conforma empíricamente, se asume implícitamente y se aplica inconscientemente. Se debe evitar que ese derecho se anticipe al proceso legislativo consignado en las leyes. Sí hay un derecho deliberado que tiene que prevalecer sobre el derecho consuetudinario. En ello está la responsabilidad de los hombres del poder.

V. VOCES ORIENTADORAS

En el pensamiento liberal del siglo XIX, el Parlamento se legitimaba por su origen; hoy se legitima por su actividad. En un evento internacional escuché que la Constitución mexicana era calificada de “camaleónica”, porque lo mismo le sirve a un Estado estatista que a uno que impulsa la apertura y la economía de mercado. Es necesario dar certidumbre jurídica. Creer que existe una solución global constituye una idea profundamente retrógrada y reaccionaria. Sólo hay soluciones específicas a problemas concretos. Para orientar el trabajo legislativo en el futuro, y a reserva de que en los capítulos correspondientes se hagan propuestas específicas, transcribiré las recomendaciones y sugerencias de tres grandes pensadores de nuestro tiempo.

Peter Häberle dice que la Constitución es cultura, lo cual significa que:

...no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones “vivas”, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las “informaciones” culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría sobrevenidas. Igualmente profunda es su validez cultural.

La teoría constitucional europea debe subrayar que cada nación ha prestado, a largo plazo, su específica aportación a esta obra colectiva: Gran Bretaña, la democracia parlamentaria; Francia, los derechos humanos de 1789; Suiza, el Estado federal de 1848; Austria, la jurisdicción constitucional (1920); Italia y España, el regionalismo (en 1947 como texto constitucional temprano, en Italia; desde 1978 como realidad constitucional sólida en España); Alemania, la ampliación de la jurisdicción constitucional, quizás el derecho eclesiástico del Estado, a veces, teorías avanzadas sobre derechos fundamentales (Carbonell y Salazar, 2004, 25, 35).

Jürgen Habermas:

Luego de más de dos siglos de creación constitucional, ya no nos situamos, en el umbral del siglo XXI, en un nuevo tipo de práctica; la cuestión constitucional tampoco es el corazón del problema que debemos resolver. El desafío no consiste en *inventar* algo, sino en *conservar* las grandes realizaciones democráticas de los Estados-nación europeos, más allá de sus propios límites (*ibidem*, 46).

Luigi Ferrajoli:

Es claro que, entendidas de este modo, las Constituciones no tienen su principal fuente de legitimación en el consenso popular. Obviamente una Constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un sentimiento compartido. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, es evidente que no tendrá fuerza vinculante ni estará destinada a durar. Pero este sentido común, este consenso, y por ello la homoge-

neidad cultural en ellos contenida, son circunstancias de hecho, las cuales fundamentan la efectividad de la Constitución, que es igualmente una cuestión de hecho y no ya de valor. La legitimidad, por el contrario, es una cuestión de valor, ligada no tanto al grado de consenso, que es una circunstancia de hecho, sino justamente a un valor: precisamente al valor de la igualdad, satisfecho por la forma de los derechos fundamentales que la Constitución confiere a todos, cualquiera que sean sus opiniones y voluntades, y que son, por tanto, en este sentido, “universales”: en el sentido de su universal titularidad de cada uno y, por tanto, de todos, y no en el sentido de que en torno a ellos existiría un improbable y quizás imposible consenso universal.

Existe, en suma, una circularidad entre Constitución y sentido común: las Constituciones producen sentido común; éste, a su vez, representa de hecho su principal sostén (*ibidem*, 46-47).

Éstas son ideas señeras de los más conspicuos pensadores contemporáneos, externadas en torno a la Constitución europea que, sin duda, constituye el paradigma jurídico más importante de nuestro tiempo. Ideas que deben ser consideradas por todos los legisladores. Robert Dahl (1999, 144) señala los objetivos que debe alcanzar una Constitución:

Estabilidad. Una Constitución debería proporcionar estabilidad a las instituciones políticas democráticas básicas descritas en el capítulo VIII. No sólo puede establecer un marco democrático de gobierno, sino asegurar también todos los derechos y garantías necesarios que requieren las instituciones políticas básicas.

Derechos fundamentales. Una Constitución debe proteger los derechos de las mayorías y minorías. Incluso aunque este criterio esté implícitamente incluido en el primero, dadas las variaciones entre Constituciones democráticas, es útil dotar de atención especial a los derechos y deberes básicos que proporcionan garantías tanto a las mayorías como a las minorías.

Neutralidad: representación equitativa. Qué constituya la “representación equitativa” en una democracia constituye el objeto de una controversia sin fin, en parte porque remite a los dos criterios siguientes.

Consenso informado. Una Constitución puede contribuir a que los ciudadanos y los líderes desarrollen un consenso informado sobre las leyes y políticas. Para alcanzarlo deben crearse oportunidades e incentivos para que los líderes políticos entren en negociaciones, compromisos y acuerdos de coaliciones que faciliten la conciliación de los diversos intereses.

Gobierno eficaz. Por eficacia entiendo la capacidad de un gobierno para actuar siguiendo lo que sus ciudadanos entienden que son los asuntos y problemas principales que les afectan y respecto de los que creen que es necesaria la acción del gobierno. El gobierno eficaz es particularmente importante en tiempos de grandes emergencias provocados por guerras.

Nicolas Tenzer (1992 182) insiste, al igual que Häberle, en el derecho como producto cultural:

El derecho es obra cultural. Desempeña una función de elaboración del conjunto social. El derecho es también producto de la sociedad o de ciertas formas existentes en su seno. El derecho describe a la sociedad; la sociedad escribe el derecho. Posee una virtud creadora y, porque posee esta facultad, es posible servirse de él para modificar las relaciones sociales en un sentido políticamente determinado. No se puede aislar el derecho en su esfera propia, separarlo de las realidades de la sociedad. Si esto sucediese, nos arriesgaríamos a una reacción brutal de rechazo que se traduciría en la impotencia del derecho o en una revolución. El derecho es la expresión del sentido de la sociedad; le cabe enorgullecerse de esa unidad de espíritu que debe inspirar a todas las políticas. El derecho es obra humana; se adhiere al movimiento de la costumbre, calificada a menudo jurídica; él la formaliza y, al hacerlo, la modifica. Siendo convención, no podría ser producto de lo arbitrario. Teniendo que ser conocido en sus principios fundamentales, también necesita ser comprendido y aceptado, salvo que suscite indiferencia y rechazo.

Por último, Tenzer (1992, 198) menciona los elementos que frenan la evolución del derecho y que bien pueden ser aplicables a textos constitucionales:

En primer lugar las garantías jurídicas, sobre todo en materia penal, expresadas por la idea de *due process of law* que la XIV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos enuncia explícitamente. El valor de referencia del derecho, que inscribe a éste en una tradición, categoría jurídica esencial, es el segundo de los elementos mencionados. Un derecho que niega la tradición es un derecho totalitario. La tercera garantía depende del cumplimiento, por parte del juez, de la labor de elaboración de la jurisprudencia, proceder lógico y constructivo que permite ciertos virajes pero cuya misión es evitar que una excesiva rapidez en la evolución del derecho disminuya la cobertura jurídica de las situaciones reales.

Concluyo citando al clásico W. Ratheneau, quien externa una idea fundamental: “Es preciso una Constitución que llene de vida lo existente y sea una estructura en que cada miembro pueda ejercer su misión, que recoja el sentimiento del país y sea el hogar de una nueva época, de una época de igualdad de todas las clases y capas sociales” (Martínez Báez, 1994, 10).

En los tiempos recientes está surgiendo una situación un tanto preocupaante. Durante mucho tiempo, la Constitución mexicana fue modificada en forma caprichosa por sus presidentes, con la excepción de don Adolfo Ruiz Cortines, quien sólo la modificó para reconocer el voto femenino. Sin embargo, en tiempos recientes ha surgido la situación exactamente contraria: la resistencia de ciertos grupos a modificarla, con el argumento de un mal entendido respeto, aun cuando esto sea para esclarecer ciertos términos equívocos que el texto utiliza. Podría denominarse a esta situación la “paradoja de nuestra transición”. Antes se hacían modificaciones sin necesidad y más bien para responder a egolatrías o para escapar de la realidad de manera demagógica. Hoy, que la realidad ha cambiado y que se requiere de un marco jurídico que le dé orden y sentido al cambio, surge la resistencia para ajustar el derecho mexicano a las nuevas demandas sociales. Así son las transiciones; ese es el largo proceso que recorren las democracias para poder consolidarse. Que nadie se sorprenda, pero hay que señalarlo insistentemente en el afán de corregirlo.