

## EL PAPEL DE LOS ABOGADOS Y LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN PARA MÉXICO\*

José Ramón COSSÍO DÍAZ\*\*

Hace algunos meses, Enrique Calvo me comentó la posibilidad de venir a conversar con ustedes acerca de lo que podría ser una teoría constitucional para la Suprema Corte de Justicia (SCJ) o, como es ahora el título de este seminario, acerca de cómo podríamos inferir una teoría constitucional a partir de las decisiones de la SCJ. Imagino que la invitación de Enrique, por supuesto formalizada después a través de Fabián Aguinaco, obedeció primordialmente al hecho de que hace tres años publiqué un pequeño libro en el que trataba de dar cuenta de esa teoría constitucional de la SCJ.<sup>1</sup> Todavía como profesor del ITAM, me parecía que era de suma importancia para el país, dado el extraordinario papel que actualmente tiene la SCJ, que nos preguntáramos justamente lo siguiente: ¿ha habido en México, en algún momento de la historia de la SCJ, un esfuerzo suficientemente reiterado y consciente para construir una teoría constitucional? ¿O en realidad tenemos simplemente interpretaciones aisladas respecto del texto constitucional? Y si esto último es lo cierto, ¿qué consecuencias se derivan de ello?

En aquel trabajo revisé los criterios de jurisprudencia, no las sentencias, de 1917 hasta 1994, fecha en que concluyen las labores de la octava época, así como las determinaciones judiciales entre 1995 y 2000, periodo que corresponde a la novena época. Para analizar estos criterios, el primer proble-

\* Versión estenográfica, revisada y editada, de la exposición hecha por el autor en el Noveno Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados “En busca de la teoría constitucional a la luz de las resoluciones del Poder Judicial federal”, realizado en Monterrey, Nuevo León, del 13 al 15 de octubre de 2005.

\*\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de derecho constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

<sup>1</sup> Cossío Díaz (2002).

ma con el que me enfrenté fue definir los rangos de búsqueda del enorme material que, según sabía, ya se había producido. En ese momento pretendía analizar qué había dicho la Suprema Corte sobre derechos fundamentales, órganos representativos, Constitución y sistema de fuentes, cuál era la definición de la Constitución que daba la propia SCJ y, a final de cuentas, cuál era el papel que la Corte misma se había asignado como garante de la Constitución.

El resultado de este trabajo permitió identificar cuatro periodos que, de forma convencional, llamé: el primero, “constitutivo”, que va de 1917 hasta 1927, y en el que fundamentalmente actúan los ministros designados por el propio Congreso Constituyente de 1917; el segundo, “liberal”, en el que, por cierto, tuvo una intervención muy importante la Barra, y que va de 1928 a 1934; el tercero, “socialista”, que va de 1934 a 1940, con las designaciones hechas por el general Cárdenas y que concluye en 1940 porque en ese año terminan los nombramientos por seis años; y, finalmente, el cuarto, el periodo al que he denominado “minimalista” y que hoy, cuando entré a la mesa de derecho constitucional, donde se discutían las tesis sobre expropiación y audiencia previa, recordé por lo dicho en mi libro.

Lo que encontré, al final del día, es una cuestión que me pareció sumamente preocupante. En el periodo de 1917 a 1940, lo que la SCJ había hecho era interpretar los preceptos constitucionales de una manera aislada, bastante inconsistente, salvo en algunas materias particulares. Y algo que me parecía todavía más preocupante es que la SCJ no se había formulado una gran representación de la Constitución. Aquí quisiera hacer un primer alto en el camino. Por teoría constitucional no entendí, en ese libro, la forma específica en la cual la SCJ interpreta un determinado precepto de la Constitución. Esto no se podría calificar, a mi juicio, como teoría constitucional. Lo que me parece que califica como teoría constitucional es la visión desde la cual se articula el texto constitucional y se le otorga sentido a los preceptos que la componen.

Pensando ayer en qué metáfora podría utilizar para explicar esta posición, me imaginaba lo siguiente: si ustedes y yo saliéramos una noche a ver un cielo estrellado, lo que veríamos, suponiendo que los aquí presentes tuvieran los mismos conocimientos de astronomía que yo, que son prácticamente nulos, sería una gran cantidad de brillantes puntos en el cielo. Sin embargo, algunas personas mucho más enteradas que nosotros nos irían señalando la unión de los puntos y nos dirían que de ello resultaba la conste-

lación de Orión, de la Osa Mayor o cualquier otra de los nombres otorgados a un grupo de estrellas. Creo que de lo que carecemos y echamos en falta en el país es, justamente, una o varias visiones superiores que nos permitan unir puntos y leer de una manera distinta los textos constitucionales.

Revisé brevemente el libro en el cual se recogen las ponencias y me parece que contiene análisis muy interesantes y muy críticos de cómo deberían ser las decisiones de la SCJ y, en general, las decisiones de la autoridad de este país. Con todo lo adecuadas que puedan ser esas ponencias, tenemos que subir a un nivel mayor de abstracción, y ese nivel mayor no es la crítica puntual de las decisiones, sino lo que las subyace. El problema, como enseguida trataré de mostrar, no pasa sólo por la forma en que la SCJ resuelve, sino, de un modo más general, por la forma en que están contruidos los supuestos del litigio en México, especialmente en su dimensión constitucional.

Hace algunos años se publicó un libro de dos profesores, un francés y un norteamericano, sobre el papel de los abogados en la construcción del liberalismo político occidental.<sup>2</sup> Lo que este libro demuestra, y ello me parece fundamental, es que la filosofía política, en particular la de corte liberal, no pudo haber aterrizado si no hubiera sido por el extraordinario papel de los abogados en su construcción cotidiana por la vía de la determinación de los derechos y los límites de los órganos estatales. Dicho en otros términos: aun cuando estaban ahí las Constituciones derivadas de las filosofías liberales (recuerden el pensamiento de cualquier filósofo político que a ustedes les parezca relevante), decían estos dos autores que *la traducción de una filosofía política en el derecho es tarea fundamental de los abogados*; abogados en un sentido amplio en los Estados Unidos y en un sentido más restringido para los franceses e ingleses, pero, en fin, de los abogados.

Y aquí es donde quisiera hacer énfasis en una cuestión importante también para comprender el sentido general de esta práctica. A mi modo de ver, seguimos careciendo de una teoría constitucional —insisto, como forma general de lectura, de unificación e integración de la Constitución— no sólo por defecto de los tribunales federales y de la SCJ, sino también por defecto de los abogados y los académicos.

Es cierto que la SCJ carece, pues, de una teoría constitucional, pero la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: la tarea de construir esa teoría, ¿es exclusiva de la Corte? ¿O es una tarea de más agentes jurídicos,

<sup>2</sup> Halliday y Karpik (1997).

de más operadores jurídicos? Éste es, me parece, el tema central en una comida de la asociación de abogados que, a mi juicio, es la más importante del país.

Decir que producir esa visión general o el sentido particular de los preceptos constitucionales es una tarea exclusiva de la SCJ, decir que la Corte se equivoca, decir que no ha tenido la consistencia ni la prestancia para construir nuestra o su teoría constitucional es, en el mejor de los casos, un triste consuelo. Considero que lo que debemos entender es que la Corte, y ustedes lo saben muy bien, recibe las demandas, los planteamientos y las formas primeras de interpretación del derecho que ustedes nos están planteando.

Hace 120 años el célebre *Justice* americano Oliver Wendell Holmes decía en un discurso ante otra asociación de abogados que el derecho se construía con los jueces, pero sobre todo, con los abogados. En mi opinión, esto es cierto para nosotros, aunque no sé si con el mismo grado de profundidad que en el sistema de *common law* de los Estados Unidos, pero sí en un grado de extraordinaria importancia.

Frente a esta conclusión, debemos plantearnos una función renovada del derecho. Los abogados y los jueces debemos colaborar intensamente en la construcción de esa teoría constitucional (lo cual no quiere decir “una sola” teoría constitucional), no sólo en la forma de interpretación concreta de los preceptos que tenemos que utilizar, ustedes para formular sus demandas y contestaciones, y nosotros para elaborar las resoluciones, sino, sobre todo, en la forma en que tenemos que entender el funcionamiento y el sentido de la Constitución.

Me parece que entonces la pregunta de fondo en este tema de la teoría de la Constitución es la siguiente: ¿qué estamos pensando los abogados? Con ella me refiero a todo el gremio, y no a las subespecies del mismo. ¿Qué estamos pensando en cuanto a la construcción de los valores liberales, de los valores democráticos, de los valores sociales? Considero que estamos pensando muy poco. Me parece que estamos pensando en la resolución del caso concreto y en la mera instrumentalidad del derecho. Nos estamos quedando muy cortos en el entendimiento de lo que debiera ser el derecho y, en particular, de lo que debiera ser la función de la Constitución. Voy a poner unos ejemplos de esto.

Estuve analizando las decisiones de la SCJ entre 1847 y 1913 y encontré que fueron muy pocos los casos en los que se hicieran planteamientos o in-

terpretaciones de los preceptos constitucionales distintos al equivalente de los actuales artículos 14 y 16. Si ustedes buscan qué se dijo sobre libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de asociación o cualquiera otra de las libertades de fondo liberal fuerte, verán que son poquísimas las decisiones en esta materia.

Si ahora analizamos las decisiones dictadas de 1917 a la actualidad, van a encontrar algo semejante: muchas relativas a los artículos 14 y 16, muchas respecto del debido proceso, muchas respecto de la fundamentación y motivación, numerosos criterios en materia fiscal, no sé si buenos o malos, pero al menos muy abundantes. Sin embargo, hay muy pocas definiciones de derechos fundamentales, liberales, sociales o políticos.

¿Qué nos indica este resultado? Probablemente lo que decía el título de aquel importante libro de Fernando Escalante: *Ciudadanos imaginarios*. ¿Es en realidad éste el problema? ¿En realidad no hemos podido constituirnos, como sociedad, en un conjunto de ciudadanos? ¿No hemos sido capaces, desde la ciudadanía, de tratar de determinar derechos, definir cuáles son sus fronteras frente a la autoridad? ¿Será éste el problema de fondo?

Tenemos prácticamente doscientos años como nación independiente y seguimos teniendo un extraordinario déficit en la definición fuerte de los derechos fundamentales. Por supuesto tenemos, insisto, los temas de los artículos 14 y 16, lo que es bastante. Ya con eso avanza uno considerablemente en la constitución de un Estado de derecho, pero me parece que la solución no es suficiente. Parte de lo que tenemos son esas definiciones tautológicas que muchos de ustedes habrán visto: derechos fundamentales o garantías individuales son aquellos elementos defendidos mediante el juicio de amparo, y juicio de amparo es aquel proceso que defiende derechos fundamentales. No hay en la jurisprudencia mucho más que eso, es decir, no hay definiciones fuertes, lo que, además de penoso, es gravísimo, porque entre todos no hemos sabido construir ciudadanía y, desde allí, constituir derechos.

Ahora un segundo problema. Cuando yo estudiaba se decía, y se sigue mencionando, que tenemos el constitucionalismo social más importante del mundo, o al menos, el de más antigua generación. Sin embargo, ¿cuál es el valor normativo de los derechos sociales? Salvo las cuestiones relacionadas con los artículos 27 y 123, de los demás preceptos constitucionales no se ha planteado nada por los abogados, y la SCJ —no necesariamente como consecuencia, pues para ello está la suplencia— tampoco ha dicho

nada. No tenemos definiciones importantes del derecho a la salud, no las tenemos del derecho a la habitación. Cualquiera de las cuestiones consagradas en el artículo 4o. está prácticamente intocada en materia jurisprudencial.

Finalmente, tenemos los temas de la democracia. Para no ir más lejos, consideremos los que afloraron con el amparo de Jorge Castañeda, resueltos hace unas cuantas semanas. En esta discusión se decía que los derechos políticos eran una causal de improcedencia del juicio de amparo. Sin embargo, si uno analiza el artículo 73 de la Ley de Amparo, no se encontrará fundamento jurídico a tal construcción jurisprudencial, ni mucho menos a la reiteración hecha por ciertos actores en materia de juicio de amparo. Los derechos políticos siguen excluidos de la revisión constitucional. Por determinación de la SCJ, el Tribunal Electoral no tiene facultades para pronunciarse, ni siquiera por medio de la desaplicación de las leyes electorales. Por ello, el sistema judicial, en cuanto a elementos constitutivos de un orden democrático, tiene enormes carencias.

Regreso a la pregunta de hace un rato: la reconstrucción de nuestro orden jurídico, ¿es sólo tarea de la SCJ? ¿O es una tarea que debe realizarse entre varios actores de una manera reiterada y enfática? Si uno analiza la pata restante del tripié necesario para reconstruir el derecho —el de la academia— el panorama tampoco es alentador. Sus resultados siguen consistiendo en descripciones normativas, muy pocas veces en problematizaciones, y menos aún, y esto es más complicado para efectos de la elaboración de una teoría constitucional, en la introducción de filosofías políticas desde las cuales se articule el propio texto constitucional.

Estoy pensando, por supuesto, en trabajos importantes, como el de Dworkin. Puede ser que comparta o no sus ideas, ese no es el tema, pero Dworkin propone una interesante lectura moral de la Constitución. Se trata de un trabajo interesante, pero poco leído entre nosotros, y cuando esa lectura se lleva a cabo, no se hace ninguna aplicación en nuestro derecho constitucional. Tampoco se consideran los trabajos del profesor Elster, de la Universidad de Stanford, en los que plantea que la Suprema Corte simplemente debe abrir las válvulas para los procesos decisorios y no entrometerse en los procesos sustantivos de decisión. El debate de las ideas del originalismo, por poner otro ejemplo que tuvimos ocasión de considerar en las últimas semanas con la designación del nuevo presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, nos recuerda que nosotros no tenemos ninguna discusión

de este tipo. ¿Cuál es el problema de que sea así? El problema de fondo es que la sociedad está dejando una vez más en manos de las autoridades, en este caso la SCJ, un enorme tramo de decisión. No estamos siendo capaces de discutir ni de articular posiciones alternativas de fondo, de manera que nos estamos limitando a sostener, en el mejor de los casos, que la sentencia es buena o mala y ello a partir, básicamente, del criterio de si beneficia o perjudica la posición propia.

Si ese es el nivel de la crítica, francamente estamos en una condición de suma pobreza. A mi juicio, y salvo contadas excepciones, no estamos produciendo una teorización general del tipo de Constitución que queremos, del tipo de sociedad que queremos, del tipo de Poder Judicial que queremos. Todo ello me lleva a pensar que estamos ante un déficit jurídico generalizado, el cual se agrava con la fuga hacia la reforma del Estado. No estamos pensando los temas de fondo. Simplemente reformamos las leyes o la Constitución, y lo demás vendrá por añadidura.

El último tema que quiero plantear lo hago desde mi condición de colega, de miembro de este Colegio. Me atrevo a decir que los abogados, en la parte que se refiere a los litigantes, tampoco están siendo capaces de ver más allá de la instrumentalidad del asunto concreto que tienen que representar en un proceso. No son capaces de construir un concepto de invalidez o un concepto de violación que vaya un poco más allá de la pretensión de su cliente. No son capaces de plantearle a la SCJ la metodología que debiera seguir para la resolución del caso; simplemente se plantea el concepto, se invoca una serie de tesis y se espera que la SCJ haga la parte sustancial del trabajo. Cuando se hace y el resultado coincide con la pretensión del cliente, se aplaude el trabajo y, tal vez, se elogia al tribunal. Cuando no es así, la crítica no se hace esperar. Esta pobreza de los planteamientos produce, por su carácter puramente conceptual, una depreciación de las condiciones institucionales de operación del derecho, precisamente esas que sirven como hábitat de los abogados.

La verdad es que estamos metidos en un embrollo complejo, y aquí no hablo como integrante de la SCJ, ni como profesor, ni como abogado. Hablo como miembro de la profesión. Si queremos avanzar en la construcción de una sociedad liberal, democrática y social, los abogados debemos tomar mucho más en serio el tema general de dónde estamos colocando nuestros juicios y nuestros planteamientos, y de cuáles son los objetivos concretos que quisiéramos obtener como gremio, y desde ahí, como miembros destacados de una sociedad compleja.

Si no lo hacemos así, dentro de algunos años nos volveremos a reunir en un evento como éste y volveremos a decir que la SCJ sigue sin tener una teoría constitucional. Nos volveremos a limitar a criticar los fallos, nos volveremos a lamentar de que no han aparecido los libros, de que las demandas y las contestaciones se circunscriben a instrumentalizar el derecho. En esos años habremos avanzado muy poco, no obstante que el cambio que estamos viviendo nos exige, como miembros de una profesión liberal, la elaboración de mejores categorías, de mejores soluciones para la construcción de un Estado social y democrático de derecho.

No creo posible que haya, ni pienso que deba haber, una sola teoría constitucional. Ello me parecería muy peligroso en una sociedad plural como la nuestra, pues equivaldría al autoritarismo puro. Lo que me parece que sí debemos tener son discusiones abiertas, debates en profundidad, pensando en la sociedad como un modelo a partir de nuestras propias reflexiones y, a través de ello, entrar en un debate y en una competencia entre teorías constitucionales. Esta es una agenda para la SCJ, para la academia y para los postulantes; en fin, para el gremio jurídico. Abramos un diálogo constitucional profundo y, desde ahí, un diálogo democrático.

Muchas gracias