

"Crisis constitucionales"

Recibido 08 abril 2021-Aceptado 23 abril 2021.

Dictada por el Dr. José Ramón Cossío Díaz*
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Investigador asociado en El Colegio de México-CDMX
jrcossio@colmex.mx

¿De qué crisis estamos hablando? Y ¿Frente a qué podemos considerar que estamos en una crisis? Déjenme colocarme unos momentos antes de Covid, porque el Covid me parece que va a ser una dimensión completamente distinta de los fenómenos, pero antes del Covid ¿teníamos ya una crisis constitucional o no? Insisto, y si la teníamos ¿Como podríamos detectarla?

Cuando yo estuve haciendo el doctorado en España, en el año 86 al 88, que son los años que la maestra Ángela recuerda, era un momento, yo diría glorioso del constitucionalismo, no solo en España que estaba muy bien con ese primer tribunal constitucional fantástico, presidido por Don Manuel García Pelayo, Rubio Llorente, Tomas y Valiente, Diez Picazo, el señor Arozamena, también he de decir, era un tribunal maravilloso, pero creo que pasaba en el mundo una evolución, una revolución muy importante y estábamos poniendo, o estaba poniendo el constitucionalismo, yo era un estudiante nada más, un énfasis muy importante en desarrollar la idea central del estado social y democrático de derecho.

En aquellos años estábamos todos leyendo desde los viejos autores como Forsthoff, que le gustaba mucho a don Pedro, y estábamos tratando de comprender ¿Qué era el estado

* Conferencia dictada por el Dr. José Ramón Cossío Díaz, el día 24 de febrero 2021 en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Constitucional Iberoamericano. Organizado por la Universidad de Salamanca, la Universidad Veracruzana, el Instituto Universitario Euromexicano, Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz de la Red Internacional de Cuerpos Académicos y la Cátedra Mahatma Gandhi. Se abordaron los temas: Crisis constitucionales, Estados constitucionales de excepción y Cultura de paz, durante los días 23 al 25 de febrero de 2021.

social? Aquella vieja disputa entre don Eduardo García de Enterría y don Pablo Lucas Verdú; en fin, era un momento fantástico donde se estaba discutiendo. Sin embargo, me parece, y lo digo con mucha franqueza y en un sentido autocrítico, nos conformamos mucho con el modelo, pensamos que el modelo por ser virtuoso se iba a desarrollar siempre, se iba a, como dicen los filósofos de la historia, "con una flecha ascendiente en el tiempo que nos iba a llevar a una situación fantástica". Me parece que en esos años entró en vigor, empezó a discutirse mucho más el tema de los derechos humanos, pasamos entonces según mi apreciación, de entender que la Constitución era norma jurídica como quería don Eduardo, con su magnífico y muy influyente libro, a entender que las instituciones, toda la parte que se llamaba orgánica de la Constitución iba a tener una evolución propia y me parece que nos enfocamos muchísimo en el tema de los derechos humanos y creo que ahí hemos estado los que hacemos derecho constitucional, muy entretenidos, no es que tenga nada de malo, pero me parece con toda franqueza y esto es lo que decía, que descuidamos la parte orgánica, que no le pusimos tanta atención. Nos metimos a discutir qué se podía hacer y qué no se podía hacer en clave de derechos humanos, y todo lo que se refería a las instituciones, al menos estoy hablando de una parte importante de mi país y creo que de otros países también, en materia de parte orgánica ¿Qué tenían que hacer los órganos?, ¿cómo los íbamos a reforzar?, ¿cuáles iban a ser las garantías que les íbamos a dar?

Y me parece que en ese estar entretenidos fue cuando nos empezaron a aparecer en diversos países del mundo estos movimientos que se han llamado populistas; y creo que éste es uno de los elementos clave de entendimiento de la crisis del derecho constitucional pre Covid.

Creo que estábamos todos hablando o muchos hablando de derechos humanos, de sus posibilidades, más en términos retóricos que en términos funcionales, más en términos de lo que debía ser, que en términos de sus posibilidades normativas para hacerlo, creo que aquí estábamos en esta situación y cuando empiezan a aparecer estos fenómenos del populismo me parece que no supimos reaccionar los constitucionalistas para decir "¡hey!".

Los populistas sean de izquierda o derecha, o cualquiera, todo el espectro de clasificaciones que se han hecho en este sentido; seguramente ustedes han leído el libro de Pierre Rosanvallon que, es espléndido sobre populismos y toda su clasificación, todos sus elementos y ahí me parece que nos tomaron, déjenme poner una expresión boxística "con la guardia un poco, bastante baja".

¿Por qué? Porque no nos percatamos que estaba viniendo un fenómeno político, que podía tener el potencial peligro de desconfigurar algunos elementos constitucionales muy importantes.

La parte experta sobre el sistema parlamentario, puede resistir un sistema parlamentario al populismo, pueden resistir los sistemas jurisdiccionales y de justicia constitucional, en particular a los populismos, puede el ejecutivo o puede la administración en su relación con el ejecutivo, ¿puede sostener estos cambios en la forma de pensar y de hacer política o no? y ahí me parece que seguimos discutiendo, seguimos alentando, cosa que por lo demás está muy bien, de ninguna forma es una crítica esta posición, al tema de los derechos humanos.

Entonces seguíamos hablando en clave de derechos humanos como si solamente los derechos humanos pudieran contrarrestar, pudieran frenar, pudieran limitar el avance del populismo y me parece que los populismos tienen una característica muy importante para estos efectos, que es que los populismos no hablan en clave de derechos, los populismos hablan en clave de clientelas, pero clientelas que están configuradas, que están alentadas, que están apaciguadas, que están hechas desde el poder político para generar, insisto, clientelas y votos, pero no están generadas en términos de ciudadanos empoderados, como titulares de derecho que exigen a los órganos del estado y en particular a la administración.

Creo que este es un tema para mí, muy importante, entonces por un lado había un menos desarrollo, no quiere decir que no hubiera un desarrollo, pero menos desarrollo constitucional en la parte orgánica; por otro lado, estábamos hablando mucho de la parte dogmática como se llamaba antes, simplemente lo digo para abreviar, no quiero extenderme en este tema, no es el punto importante de la charla, entonces me parece que cuando llegan los populismos, esta parte orgánica la teníamos debilitada, y esta parte dogmática, pensamos que por si misma iba a ser suficiente.

Allí hay elementos bien interesantes para entender una crisis, no en el pensamiento constitucionalista, creo que el problema estaba en la forma en que los constitucionalistas no nos estábamos ocupando de la realización del constitucionalismo en las prácticas constitucionales; creo que descuidamos (todos) la forma de selección de los magistrados de las cortes supremas o de las cortes constitucionales, creo que se vino un deslavamiento de muchos de los criterios. Mi impresión es que al final, antes del Covid, muchos países, desde luego el mío estaban viviendo o estamos viviendo una implosión en la materia misma de derechos humanos.

¿Por qué? Porque nos hemos ido conformando más con los moldes que con las realizaciones normativas empíricas (derivadas de las normativas) en los propios derechos. Creo que ahí hay un problema, para mí, central; ahora bien, llega Covid, y aquí si me parece entonces que el constitucionalismo está enfrentando y va a enfrentar después de Covid, una serie de problemas de una gran magnitud.

¿Por qué? Porque me parece que Covid nos toma en una situación muy interesante para el constitucionalismo, primero interesante como problema metodológico-teórico y después como realización práctica. Nos estamos dando cuenta en muchos países, sé que no hablo por todos, pero en muchos países, que la realización del estado social, (que la pensábamos mucho más elaborada, mucho más desarrollada) es un desarrollo pobre.

No tenemos los elementos de seguridad pública, de seguridad social, ni tenemos elementos sanitarios para resistir una crisis, no es solo el hecho de que la crisis sea de una magnitud enorme pues eso se comprendería, sino que los sistemas de salud no tenían la capacidad, desde antes de Covid, para satisfacer una gran cantidad de demanda de salud y ahora muchísimo menos.

Creo que este es un problema importante, estábamos muy acostumbrados a suponer que teníamos un derecho a la salud, que ese derecho era razonablemente bueno, que valían unas acciones colectivas o que valían algunos litigios de interés público, unos litigios estratégicos para que ese sistema de salud evolucionara y nos hemos dado cuenta que no es así; que por más litigio estratégico, que por más sistema de salud, no está no solo resolviendo los temas de Covid, sino una serie de elementos asociados con otras enfermedades, propias de cada una de nuestras comunidades, ahí me parece que hay un problema central.

Otro problema que me parece que nos va a llamar la atención, a plantear una crisis, es este tema que a don Pedro de Vega le llamaba la atención y le gustaba tanto, que era el que tenía que ver con los estados de excepción, alarma, sitio o como se llame en cada uno de los países.

¿Realmente la manera en que están configurados estos distintos elementos de suspensión de derechos, temporalmente las restricciones a las libertades son suficientes para enfrentar una condición pandémica? O ¿No son suficientemente buenos?

Yo sé que en varios países, España desde luego, tienen gradaciones para poder enfrentar fenómenos. Nosotros en México no tenemos gradaciones, es un solo disparo, se suspenden los derechos y sus garantías, y se le otorgan facultades al presidente, no se si el tema es

grande, es chico, etcétera. No hay una gradación, solo hay un impacto directo en esta materia.

Creo que aquí en lo que está pasando en México y en otros países de la región, creo que al menos éstos y en España, estamos encontrando que esa herramienta tan grande está resultando insuficiente para graduar, para modular, para modelar, inclusive los fenómenos que se nos están presentando con Covid.

Y el tercer tema, solo me quiero detener en este más de Covid ¿Cuál es precisamente esa relación entre los derechos con los que cuentan los ciudadanos? O ¿cuáles son las condiciones de otorgamiento de beneficios y de prestaciones en condiciones clientelares por parte del poder público? Yo creo que este es otro tema central desde mi punto de vista para la crisis del constitucionalismo que se está viviendo.

A final de cuenta somos ciudadanos titulares de derechos, o somos recipientarios de favores, bienes, prestaciones, de modo alguno despreciables, de los titulares temporales del poder público. Aquí si nos va a venir una reconfiguración, creo que algunos de estos elementos estaban dados desde antes de Covid, lo debo decir, es al menos el caso de México, pero Covid nos ha recrudecido extraordinariamente muchas de las crisis que estamos viviendo.

Ahora ¿Qué va a suceder después de Covid previsiblemente? Lo primero es que yo no tengo claro, y me lo he preguntado varias veces con amigos antropólogos, con varios de ellos, particularmente con un mexicano excepcional que es antropólogo en Estados Unidos desde hace muchos años, Claudio Lomnitz, ¿cómo vamos a recoger como humanidad y como vamos a recoger dentro de nuestras respectivas nacionalidades, la experiencia Covid? Vamos a regresar más religiosos, estoy hablando de la totalidad, más allá de las creencias de cada cual, o vamos a regresar más laicos, vamos a regresar más celebratorios o vamos a regresar más recogidos.

Vamos a culpar de los problemas que se están presentando al gobierno o vamos a culpar a la naturaleza, cuáles van a ser los mecanismos de adscripción de las responsabilidades por todos estos elementos que se dan. Yo sé que van a decir que nadie es responsable o todos. No, pero estoy hablando de una parte profunda, estoy hablando de una parte humana, antropológica, de cómo vamos a recoger esta experiencia hacia los próximos años. Para mi esto es un tema central de nuestra convivencia en los próximos años.

Y ahí si el constitucionalismo tiene muchas cosas que decir, esta experiencia, esta huella histórica que previsiblemente nos va a dejar la pandemia, cómo va a trasladarse a la

reflexión constitucional, cómo va a trasladar a la práctica. Vamos a reconsiderar las filosofías políticas que sustentan el constitucionalismo, las vamos a ajustar o no las vamos a ajustar, este me parece que es un elemento esencial.

Dos, me parece que vamos a salir en una condición de gran polarización de un conflicto geopolítico, en parte, que ya se estaba dando, pero me parece también recrudescido también por las vacunas. Las vacunas, vean ustedes como están teniendo un elemento de nacionalidad: la vacuna china, la vacuna rusa, la vacuna inglesa, la vacuna alemana, la vacuna estadounidense, etcétera. Los países, algunos como Venezuela, México, han hablado de crear su propia vacuna, a la vacuna acá se le quería poner el nombre de patria, es decir, creo que va a haber resortes nacionalistas que van a brincar, que van a desahogarse, a destacarse con motivo de la pandemia. Segundo elemento importante.

Tercer elemento. Las condiciones de pobreza de afectación económica que vamos a tener van a ser muy altas, en esto me parece que es bastante obvio, acá en mi país, me parece que en otros países de la región vamos a tener muchísimas personas desempleadas, con daños patrimoniales muy altos y también vamos a tener secuelas en los temas de salud, en los temas de administración. Si tomáramos solo esas experiencias, entonces ¿Cuáles van a ser las cargas al constitucionalismo siguiente? ¿cómo va el constitucionalismo a enfrentar el tema de los nacionalismos o de las nacionalidades? Si ustedes lo quieren ver así, cuando su vocación es una vocación por lo universal ¿Cómo va a enfrentar el constitucionalismo la condición de pobreza?

Cuando el constitucionalismo de nuestro tiempo requiere de altos niveles de contribuciones para tener altos niveles de redistribución y poder darles a las personas un conjunto de prestaciones materiales que les hagan más llevaderas su vida ¿cuál va a ser la condición de polarización entre los partidos políticos o inclusive la reflexión que los seres humanos vamos a tener hacia la forma de ejercicio del gobierno? Me parece esto que son temas bien, bien interesantes, para reflexionarlos en los próximos años.

¿Qué creo yo que es lo que nos conviene?, ¿qué creo yo que es lo que nos interesa? O mejor, no es que nos convenga ¿Qué es lo que debiéramos hacer? Me parece que tenemos que recuperar en primer lugar y no abandonar los que son los elementos básicos del constitucionalismo en nuestro tiempo, por trivial que esto parezca, no podemos abandonar la idea del estado social y democrático de derecho social, como realizaciones materiales por vías de prestaciones otorgadas por el Estado a los ciudadanos con base en el derecho que tiene el ciudadano; segundo, no podemos perder en modo alguno los conceptos de las

libertades, más allá de las predicas populares, más allá de los llamados a unos nacionalismos, a veces muy "chabacanos", que se nos están presentando.

Tampoco podemos perder de vista la idea democrática, no podemos, me parece, entrar en procesos o ciclos plebiscitarios, donde los líderes, las respectivas fuerzas políticas sustentándose en bases o en llamados carismáticos como quería Max Weber y contaba también el profesor de Vega, nos pudieran estar haciendo, entonces, sí creo que tendríamos que recuperar todos estos elementos materiales de constitucionalismo con independencia de la forma en que se vaya a experimentar el proceso humano que estamos viviendo con diferencias, desde luego, en los distintos países.

En segundo lugar, me parece que no podemos abandonar la idea central, importante de que los derechos no son beneficios otorgados por los titulares temporales del poder público, sino que son formas constitutivas, déjenme llamarlo así de la antropología constitucional de nuestro tiempo. Creo que esos derechos humanos no podemos transformarlos, por suave que sea este discurso, por discreta que sea la forma o indiscreta, en un sistema simple y sencillamente de otorgamientos gratuitos y generosos de los titulares, insisto, temporales del poder público.

Me parece que debemos mantener la idea de que estas son conquistas, si las queremos ver de un punto de vista, que son formas constitutivas del ser humano desde otro, etcétera, pero que tienen una titularidad y esa titularidad es ejercible frente al estado, esa titularidad es exigible frente al estado y no simple y sencillamente son beneficios gratuitos como dádivas por nuestra participación electoral o como resultado de nuestro sometimiento a nuestros líderes populistas. Este me parece que es un tema central de nuestro tiempo por que estoy viendo que se va deslavando suavemente este tema de los derechos humanos.

En la misma condición de los derechos humanos, si me parece que tenemos que reivindicar la condición de lo que ya existe, mi impresión, insisto, es que más allá de retóricas, más allá de que todos traigan o traigamos en la boca, en la punta de la lengua, los derechos humanos, si me parece que los tenemos que hacer práctica jurídica, práctica constitucional, y no conformarnos con su retórica. Creo que en varios países el profesor Mouin, él en Estados Unidos, en varios acá, en fin, él está insistiendo, o estamos insistiendo en esta suave contracción de los derechos humanos.

Y aquí viene un punto importante, si efectivamente se van a dar estas condiciones de afectaciones a las economías nacionales, a la economía global, a los bolsillos, a los empleos, me parece que entonces se va a volver a la idea de las viejísimas normas programáticas, qué

más quisiéramos, nos dirán desde el poder que los derechos sociales se realicen, pero como estamos en una situación tan comprometida, pues no va haber esa posibilidad; ahí si me parece que entra en vigor todo el sistema tributario con tasas progresivas, con modos distintos de recaudación, para después tener la redistribución, de otra forma al hacerse chica la economía, al hacerse chica la hacienda pública de cada uno de los Estados nacionales, nos dirán como no hay dinero, no hay derechos. Creo que este es un peligro muy importante que vamos a confrontar en unos años en una situación post Covid, que insisto, tiene que ver con este acortamiento.

Y un último punto, creo que nos hace falta también volver a la parte orgánica de la constitución, no se si estoy hablando por todos los países, mi experiencia no llega a todos ustedes, desafortunadamente, pero si en el caso concreto de México y de algunos otros países, creo que, si tenemos que volver a repensar, a reconfigurar instituciones, no desde luego para desaparecerlas, nadie podría pensar en una cosa tan absurda, que la podríamos reelaborar. Hace tiempo que por lo menos acá que no hemos pensado todo este cambio institucional, estos ajustes institucionales, la forma de generar frenos y contrapesos para poder estar trabajando sobre estos elementos.

Y termino. Creo que lo mas interesante, tenemos que volver a la idea de que la constitución es norma jurídica, parece una trivialidad y no lo es.

¿Por qué? Porque me parece que el encanto de nuestro tiempo va a querer ir por la vía de que la constitución es parte de ese decisionismo schmittiano, que otra vez nos enseñaba el profesor de Vega, que es parte de la elaboración de los partidos políticos, que es parte de el manejo de quien representa a la nación o quien se encara como su vocero mas importante y como consecuencia de ello, la constitución puede entrar en una situación de maleabilidad, donde, esa política nos diga que sí y que no se puede hacer con la constitución, dada la voz, dada el acercamiento, dada la empatía del líder político con su electorado.

Este me parece que es un tema central para todos nosotros, hoy lo damos por asumido, nos parece un tema pacifico, como dicen en España, un tema que no tendría importancia, pero yo sí creo que reivindicar el papel normativo de la constitución para, desde esa constitución, realizar todas las funciones constitucionales, por obvio que parezca, me parece que va a ser central cuando el poder político en estos tiempos convulsos diga que es el órgano interpretante, que es el órgano generador, que la génesis constitucional viene de él y de su cabeza; me parece que la oponibilidad de la constitución como norma, del texto de los órganos que la interpretan, va a ser un medio importantísimo de defensa.

Creo que si cedemos así sea suavemente, así sea conceptualmente en la idea de que finalmente la constitución ha dejado, o puede dejar, o en ciertas partes o en ciertas emergencias, de tener una condición normativa, me parece que estaríamos cometiendo un gravísimo pecado, no en términos religiosos desde luego, pero un gravísimo pecado constitucional, porque estaríamos cediendo la primera línea de defensa y desde ahí se nos desmoronaría todo.

Entonces, creo que estamos en un momento y, termino con esto, interesante, esto ya es la obviedad ¿No? Hemos, todos, escuchado en estos días el adagio chino de "dios nos libre de tiempos interesantes", pero todos estamos viviendo tiempos interesantes en este momento; y, si me parece que como red y como comunidad que trabaja en el derecho constitucional, con el constitucional, para el constitucional, si debiéramos entender que antes del Covid había unos problemas, que Covid nos está generando otros problemas y que después del Covid me parece que van a arreciar esos problemas, por las dinámicas poblacionales ideológicas que se nos van a ir presentando