
We the people, o sobre la legitimidad de las transformaciones constitucionales

Luis Raigosa Sotelo(*)
Departamento de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

*"Whoever gave Nine Old Lawyers
authority to overrule the judgements
of democratically elected politicians?"
Bruce Ackerman
We The People. Foundations*

1 Introducción.

Hace más de 175 años que el sistema político de los Estados Unidos iluminó el nacimiento de la nascente república mexicana. El acuerdo constitucional que lograron los habitantes de las trece colonias se ha mostrado exitoso en su historia. Fue un modelo para los mexicanos. Pero sus experiencias constitucionales han sido fuertemente divergentes. Las enormes disparidades numéricas en el tema de las reformas a la ley suprema -28 reformas en 210 años de constitucionalismo estadounidense, frente a más de 400 en 80 años de vida de la Constitución mexicana hoy vigente-, son apenas una muestra de las profundas diferencias en las respectivas vivencias constitucionales, dos formas distantes y distintas de cultura constitucional.

¿Qué lecciones podemos aprender hoy del constitucionalismo norteamericano, que en su momento nos pareció el modelo político y jurídico a seguir? ¿En qué aspectos es posible aceptar en nuestra vida política actual posibles influencias del

constitucionalismo de ese país? ¿Se podría inferir que la historia política de nuestro vecino es la consecuencia lógica de su modelo constitucional, pero no la nuestra, habida cuenta que somos otra sociedad y otra cultura? ¿Qué relevancia puede tener para nosotros el conocer la relación entre el diseño constitucional y la vivencia democrática americanos, en nuestro momento de apertura al pluralismo? ¿Cuál es el papel del pueblo soberano en los momentos de transformación constitucional? ¿Y cuál el de los intérpretes supremos de la Constitución, las cortes supremas? ¿Qué ocurre en las relaciones entre el poder político y el poder jurídico, entre el Poder Legislativo y el Judicial en esos momentos de cambio?

Quizá no es este un lugar para pretender algo más que la formulación de algunos cuestionamientos iniciales acerca de las experiencias resultantes de la vida constitucional estadounidense, que surgen tanto de la revisión de un punto de vista autorizado sobre esa experiencia, así como de la necesidad de aprovechar esta clase de referentes teóricos en un momento de transformación social en nuestro país.

(*) Debo agradecer aquí al profesor Eric Herrán, con quien en diversas ocasiones tuve oportunidad de conversar y discutir versiones preliminares de este texto. Su vasto conocimiento del pensamiento ackermaniano me facilitó la comprensión de varias partes de dicha obra, en un ejercicio de reflexión compartida desde diferentes campos de especialización profesional que aquí se tocan, bajo el común interés de la teoría del poder, desde lo político y lo jurídico.

En las siguientes páginas me voy a referir a una de las teorías constitucionales que en el contexto académico-jurídico de los Estados Unidos está en la arena de la discusión, denominada del **dualismo constitucional**, elaborada por el profesor del Yale Law School, Bruce Ackerman⁽¹⁾. Está construida en una obra extensa, anunciada para llenar tres volúmenes, cuyo segundo volumen, bajo el título *We the People, Transformations*, ha sido publicado en la primavera de 1998 y se suma al primero, *We the People, Foundations*, no por cierto muy reciente, pues apareció en 1991⁽²⁾.

El autor es ampliamente conocido en los círculos académicos mexicanos de los científicos sociales y de los politólogos⁽³⁾. Quizá esta razón no sea suficiente para defender la conveniencia de revisar con mayor atención su teoría constitucional también en nuestro medio jurídico. Pero me ha parecido oportuno el análisis de esa teoría, habida cuenta de nuestra necesidad de contar con referentes teóricos sólidos que nos permitan enriquecer la deliberación sobre diferentes posibilidades jurídicas, específicamente las constitucionales, en estas épocas de transición social en que tantos temas constitucionales están en la arena de la discusión. El punto de vista jurídico no puede quedarse ajeno al debate público sobre el reacomodamiento de las fuerzas sociales que está teniendo lugar en México, y afortunadamente hay trabajos jurídicos muy interesantes que se han incorporado a este debate⁽⁴⁾. La obra de Ackerman, como se verá, es sumamente sugerente, compleja, provocativa e invita a una reflexión seria, también con lentes de jurista, que se sume a la que desarrollan los

expertos de otras disciplinas interesadas en el juego por el poder político.

We The People es una compleja reflexión sobre muchas cuestiones históricas, sociológicas, jurídicas y filosóficas entrelazadas bajo el denominador común de la Constitución americana. Además, como se podrá observar en algunos aspectos de las páginas que siguen, el texto también admite interpretaciones diversas, quizá ambiguas, pero que no dejan de ofrecer una riqueza argumentativa abierta a la discusión interdisciplinaria. Así, una lectura puede llevar a sostener que entre las muchas preocupaciones del autor, a las que va dando respuesta a través del desarrollo de su estudio, quizá la principal es el problema de la carencia de legitimidad electoral de la principal institución controladora: la Suprema Corte de Justicia, que desarrolla esa función de control a través del *judicial review*. Sin embargo, Ackerman se apresura a sostener que quiere colocar su estudio fuera de ese gran afluyente de constitucionalistas estadounidenses que tiene como punto central de reflexión esta dificultad constitucional, porque su objetivo es otro: explicar aquellos momentos de expresión final o definitiva del pueblo en los procesos de transformación, de reconfiguración como sociedad política, a los que denomina “momentos constitucionales”, y distinguirlos de aquellos otros en los que se lleva a cabo la política normal, cotidiana, en los que la intensidad de la participación ciudadana se expresa a través de sus representantes.

En las páginas que siguen, sobre la revisión de *We the People, Foundations*, se incorporarán referencias a *We the People, Transformations*.

We the People, Foundations, combina, en mi

- (1) En la academia jurídica norteamericana, una de las clasificaciones de las teorías constitucionales las cataloga en las **basadas en el proceso, las sustentadas en derechos**, la que defiende el concepto de un **dualismo constitucional**, la que sostiene **una democracia deliberativa**, o **las perspectivas críticas**. Cfr. GARVEY H., John y ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. West Publishing Co., 3a ed., 1994. pp.3- 93.
- (2) ACKERMAN, Bruce. *We The People. Foundations*. The Belknap Press of Harvard University Press, 1995. 4ta. impresión. Anotaré en cada caso entre paréntesis las páginas correspondientes. En los casos en que cite *Transformations*, junto al número de las páginas, se escribirá una T. Agradezco al propio Prof. Ackerman sus comentarios a una versión anterior de este análisis, así como el anuncio de la próxima publicación del antecedente de la colección de estudios *We the People*. El antecedente es una participación hasta ahora no publicada, de Bruce Ackerman en las *Storrs Lectures*, en 1983, que aparecerá bajo el sello de Editorial Gedisa, en España, en 1999, adelanta el propio Ackerman.
- (3) Por ejemplo, Bruce Ackerman o la naturaleza y los límites del liberalismo político. En: BOKSER, Judith, coord. *Estado actual de la Ciencia Política*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública/UAM/IFE, 1996; y *Reflexiones sobre el concepto de revolución en el liberalismo contemporáneo*. En: *Estudios*. ITAM, No. 45-46. pp.165-178, ambos artículos del profesor Eric Herrán.
- (4) Es el caso del conjunto de oportunos artículos de José Ramón Cossío, que forman la parte denominada “Transición a la democracia y cambio normativo”, de la obra *Constitución, Tribunales y Democracia*. Themis, 1998.

opinión, una doble estructura: la primera, subraya las relaciones entre Política y Derecho, que presenta su concepción dualista de la democracia americana al distinguir entre política normal y política constitucional. La segunda, presenta otro tipo de relación jurídica: Historia y Derecho, en cuyo desarrollo queda claro que la revisión de las relaciones entre las tres repúblicas en la historia constitucional de los Estados Unidos, uno de los puntos de más notable interés de esta obra, permite apreciar una relación de continuidad-transformación constitucional, en donde, por cierto, la expresión de la voluntad popular no es la única manifestación de relevancia mayor, porque también adquiere significado singular la participación de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Esta segunda vertiente analítica temporal histórica es la línea argumentativa fundamental de *We the People, Transformations*.

2 Política y Derecho. La legitimidad constitucional ackermaniana.

2.1 De la teoría política a la teoría constitucional.

Si en *La justicia social en el Estado liberal* Ackerman construyó una teoría política que es su propuesta de respuesta a la búsqueda de la **legitimidad** del uso del poder, en *We The People* nos ofrece su propuesta de respuesta a la pregunta del tema de una Constitución, que puede verse como una consecuencia de la anterior. En su análisis del constitucionalismo norteamericano, no está alejado de la misma pregunta fundamental que animó a *La justicia social en el Estado liberal*.

La revisión de sus elementos teóricos, de sus presupuestos filosóficos, de su historia, conducen a justificar el ejercicio del poder por los órganos que una Constitución crea, pero también encuentra que los momentos de carencia de consenso admiten una respuesta válida, legitimada oportunamente por el pueblo, último órgano competente para justificar un

orden jurídico.

En un diálogo con las corrientes principales del liberalismo, el profesor de Connecticut defiende la neutralidad como el ingrediente principal de todo diálogo liberal, de todo diálogo que tenga la pretensión de legitimar el ejercicio del poder, elemento conceptual básico en la teoría política ackermaniana. Ni el **contractualismo** ni el **utilitarismo** logran, en su opinión, sustentar la construcción de normas que justifiquen una situación en la que una persona dispute a otra la legítima posesión de bienes en un mundo en que los bienes son escasos. Toda situación de conflicto de derechos exige una solución fundamentada en el liberalismo, pero no es posible sustentar la respuesta, como lo hace el contractualismo, en un ser ideal, un super-juez que resuelva todas las situaciones de contradicción normativa, precisamente porque se trata de un ser ideal, construido por el argumentador, quien en última instancia no puede garantizar que en esa construcción no se encuentran incorporadas, enmascaradas, sus propias subjetividades. Ni tampoco es adecuada la solución en los términos del utilitarismo, en un conjunto de seres altruistas dispuestos al sacrificio en aras de la felicidad común, no de los de carne y hueso que están en la cotidiana lucha por la distribución de los bienes escasos. Ackerman, en cambio, no puede dejar de lado la imperiosa realidad de los seres humanos comunes que cotidianamente luchan por la posesión de bienes protegidos por el Derecho: “La dura verdad es esta: no hay un significado moral escondido en las profundidades del universo. Todo lo que existe es usted y yo luchando en un mundo que no fue creado ni por nosotros ni por ninguna otra cosa⁽⁵⁾”.

De aquí surge su vigorosa defensa de un proceso dialógico para la identificación de las razones que sustenten el ejercicio del poder expresado en normas: “En el Estado liberal, todas las formas de dependencia social están subordinadas a un proceso dialógico de conversación neutral⁽⁶⁾”. Ackerman afirma que no puede sustentarse la legitimación del discurso

(5) ACKERMAN, Bruce, *La justicia social en el Estado liberal*. Traducción de Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.409.

(6) *Ibid.*; p.388. Énfasis en el original.

político ni en la defensa de un sujeto intrínsecamente mejor que otros, ni tampoco en la defensa de un proceso intrínsecamente superior a los demás. Sólo puede sostenerse en un proceso dialógico. Como recuerda Eric Herrán, la legitimación ackermaniana implica que “ninguna forma de poder se encuentre suficientemente consolidada como para no correr el riesgo de verse exigida a ofrecer una sensata justificación dialogística de sí misma⁽⁷⁾”.

La defensa de un liberalismo político que refleje el pluralismo contemporáneo, otro de los elementos conceptuales fundamentales ackermanianos, y al mismo tiempo, ofrezca criterios de adjudicación congruentes con ese pluralismo, recuerda Herrán, puede darse únicamente a través del diseño de una Constitución, porque solamente a través de ella se regula la lucha por el poder. Pero la aceptación del pluralismo implica admitir la fuerte consecuencia de aceptar la posibilidad de una “ausencia de consenso social fundamental”, en la expresión del profesor Herrán⁽⁸⁾, o la de un consenso definitivo, irrevisable. Normalmente esa revisión de consensos no es arbitraria y está sujeta a “requisitos políticos formales”. Pero también hay casos de incompatibilidad entre los límites formales y el sentir social fundamental. Es aquí el ingreso de la doble legitimidad constitucional ackermaniana en la relación Política-Derecho.

2.2 La doble legitimidad constitucional.

La parte central de la teoría constitucional ackermaniana es su provocativo concepto de dualidad constitucional. Para este autor, los grandes momentos de transformación constitucional americana: la creación de la República Federal, la Reconstrucción y el *New Deal*, si bien han estado marcados por “debilidades” constitucionales, es decir, por carecer de los elementos necesarios para dotarlos de plena

validez jurídica, han contado, en cambio, con el apoyo del Pueblo -así, con mayúscula-, que ha manifestado su conformidad con esas modificaciones. Estos grandes momentos constitucionales se diferencian de los momentos de la política normal, que son aquéllos en los que los órganos políticos actúan cotidianamente sin invocar la aprobación del pueblo para esos actos.

Ackerman invoca un tipo de ciudadano, de pueblo, como el fundamental actor en la vida política americana. Pero este pueblo está conformado por un tipo de ciudadano, el ciudadano privado, un *private citizen*, nos dice, que no tiende a participar activamente en la vida política. Por ello, Publius en *El Federalista* “propone una constitución democrática que trata de economizar la virtud⁽⁹⁾”.

El ciudadano común no suele participar activamente en la política, a considerarla su principal actividad, porque la concibe sólo como una más entre sus muchas actividades, y quizá una que merece una atención menor, habida cuenta que ese ciudadano común tiene muchas otras actividades que atender, dejando en manos de los profesionales de la política el desarrollo de ésta. Pero el pueblo participa activamente en ciertos casos o momentos constitucionales, decidiendo directamente la validez de actos que, si se sigue una interpretación formalista de las normas aplicables, no pasarían una prueba de validez jurídica. Estas son las dos formas de hacer política ackermaniana.

Este dualismo ackermaniano conduce a afirmar que su obra, a pesar de enfatizar el aspecto político del constitucionalismo del país vecino, no es solamente un intento de legitimar al *judicial review*, argumentando en contra de la dificultad contramayoritaria, sino que se trata de una propuesta de teoría de la Constitución, que describe su materia, sus procesos y sus órganos.

(7) HERRAN, Eric. *Bruce Ackerman...* Op.cit.; pp.210-211. En este trabajo citado, tomando en consideración el análisis de las posibilidades conceptuales que admite el concepto de revolución ackermaniano y situado en una perspectiva de liberalismo político, Eric ha logrado una fina revisión de la primera de las dos relaciones ackermanianas, la de la política y el derecho, evocando *La justicia social*, así como otra significativa obra de Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*. A diferencia de esos trabajos de teoría política, aquí se intenta presentar la cara constitucional del pensamiento de Ackerman. Es claro que *Foundations* muestra la revisabilidad de los acuerdos constitucionales y sus “condiciones” de legitimación exitosa. Pero también puede verse como una revisión de las circunstancias históricas que justifican esas condiciones de legitimación de los actos de revisión constitucional, si bien esta perspectiva histórica es explorada con mayor amplitud en *Transformations*.

(8) *Ibid.*; p.210.

(9) HAMILTON, MADISON Y JAY. *El federalista*. Traducción y prólogo de Gustavo R. Velasco. 4ta. reimpresión. Mexico: FLE, 1987. p.198.

2.3 La legitimidad del pueblo y de sus representantes.

En 1787, el pueblo tuvo una posición doble: por una parte, el evocarlo permitió superar la ilegalidad de la Convención de Filadelfia, dado el carácter de verdadero acto revolucionario de esta convención, que alteró la regla para aprobar las reformas a los artículos de la confederación, al reducir de 13 a 9 el número de votos estatales necesarios para las enmiendas constitucionales. Pero a pesar de esta ilegalidad palmaria, la convención se legitima porque son en sí mismas legítimas las convenciones, habida cuenta que éstas permiten expresar la voluntad del pueblo. *Foundations* nos recuerda la defensa que enarbola el número XL de *El Federalista*, de la originaria posición del pueblo, en donde afirma que: “en todas las grandes reformas de los gobiernos establecidos, las formas deben ceder ante la esencia. (Es) esencial que esos cambios sean instituidos por medio de proposiciones no revestidas de formas o autoridad oficiales... fue gracias a ese privilegio irregular que se arrogaron algunos, de proponerle al pueblo planes para su seguridad y felicidad, como se unieron inicialmente los estados contra el peligro con que los amenazaba su antiguo gobierno; que se formaron comités y congresos(...) que se eligieron convenciones en los distintos estados a fin de establecer las constituciones(...) que el plan debía someterse al pueblo mismo(...)”(10).

Pero, por otra parte, en su número LXIII, el mismo *El Federalista* consigna una afirmación paradójica, que choca con la anterior, porque aquí sostiene que la diferencia específica entre el ejercicio del gobierno representativo de la Grecia clásica y el del naciente Estado americano “reside en la exclusión total del pueblo, en su carácter colectivo, de toda participación en *éste*, no en la exclusión total de los representantes del pueblo de la administración de *aquellos*”(11). Es así que la invocación del pueblo en la creación de la nueva república permite superar el origen espurio de la Constitución de los Estados Unidos, pero le sigue la necesidad de excluirlo del

ejercicio del gobierno a través de la representación política. Consecuentemente, en el nivel federal, cada uno de los poderes, pretendiendo representar al pueblo, lograría disminuir las pretensiones de los otros de hablar con la voz del pueblo. Y el mismo fenómeno se da en el juego de distribución de poderes entre la nación y los estados, en el que ninguna de las diferentes representaciones tiene autoridad definitiva para hablar en nombre del pueblo.

Esta revolución de las
instituciones a la Ackerman
supone afirmar que los
momentos constitucionales
son momentos revolucionarios,
legitimados luego

Concluye Ackerman con la afirmación de que para Publius el único momento en que verdaderamente se manifiesta el pueblo, es en el caso de la reforma constitucional, que, por otra parte, “no es ni plenamente nacional, ni plenamente federal”(12).

2.4 Las temáticas constitucionales o los interlocutores del dualismo ackermaniano.

En su esfuerzo por encontrar las razones que han legitimado la democracia estadounidense, Ackerman establece un diálogo con -y, a la vez, toma distancia de- otros constitucionalistas de su tradición.

Invoca a los **monistas**, entre quienes se encuentran algunas de las mentes constitucionales más lúcidas de la tradición jurídica americana, tales como Woodrow Wilson, James Thayer, Charles Beard, O. W. Holmes, Robert Jackson, Alexander Bickel o John Hart Ely, quienes sostienen que la democracia exige que se otorguen plenos poderes legislativos a los triunfadores en las contiendas electorales. Consecuentemente, el problema principal de la constitución americana que estos teóricos encuentran es la “dificultad contramayoritaria” de la

(10)Ibid.; No. XL.

(11)Ibid.; No. LXIII.

(12)Ibid.; pp. 185 y 186.

actuación de la Suprema Corte en la determinación de la última palabra constitucional. Esta *deviant institution of the american democracy*⁽¹³⁾, como llama Alexander Bickel al *judicial review*, les ha llevado a preguntarse ¿quién les dio competencia a nueve ancianos abogados para anular las decisiones de los políticos democráticamente electos? La teoría dualista salva la dificultad del nombramiento no democrático de los miembros de la corte no por su origen, habida cuenta de la clara orfandad democrática del cuerpo judicial, sino por sus resultados, por su funcionamiento, ya que el objetivo de este alto tribunal es precisamente la defensa de los principios por los que han luchado los ciudadanos, el pueblo, frente a las élites políticas que no han contado con suficiente apoyo popular en sus reformas, en esos momentos constitucionales.

Otra importante corriente la integran los **fundacionalistas**, quienes buscan en grandes sistemas filosóficos el fundamento de derechos anteriores a los que las elecciones confieren a los políticos. Rawls, con sustento en Kant, y Nozick, en Locke, aportan los apoyos teóricos para que brillantes juristas como Epstein, Dworkin o Fiss sostengan, sin abandonar principios democráticos, que la Constitución está comprometida, antes que con cualquier otro contenido, con la protección de derechos como la propiedad, el trato igualitario o los derechos de grupos en desventaja. Con base en la posibilidad de reforma constitucional prácticamente ilimitada -excepción hecha de la cuestión de los esclavos⁽¹⁴⁾, y de la prohibición de comerciar con bebidas embriagantes⁽¹⁵⁾-, que distingue a la Constitución de los Estados Unidos de, por ejemplo, la Ley Fundamental Alemana, Ackerman

sostiene que la protección judicial de derechos depende de una previa afirmación democrática de la creación de normas superiores, invirtiendo la relación que los fundacionalistas sostienen.

Finalmente, los **historicistas**, que forman dos corrientes: los **burkeanos**: quienes ven “más sabiduría en el crecimiento gradual de las concretas decisiones (de los jueces) que en las especulaciones abstractas de nuestros más brillantes académicos”, en una perspectiva más bien de *common law-method*. A la ceguera de los burkeanos que sostienen que “el pueblo regula mejor cuando dejan los asuntos de gobierno a una élite entrenada inmersa en la concreta tradición constitucional de la nación” (p.20), la teoría dualista sostiene la defensa de un diálogo constitucional, entre generaciones, que aleje los riesgos de la demagogia. La segunda perspectiva historicista la denomina el **renacimiento del republicanismo**. Si bien pueden convertirse en los extremos de una antítesis, ni el liberalismo de Louis Hartz ni el republicanismo de John Pocock son asumidos por Ackerman tomando partido por ninguno de ellos, sino que los admite a manera de síntesis. Por cuanto hace al liberalismo, frente a la aceptación fácil que hace Louis Hartz de la etiqueta que Tocqueville pone al sistema político americano, en el sentido de que los americanos “han nacido iguales”, Ackerman sostiene que los grandes momentos constitucionales han sido realmente luchas por la igualdad, de manera que éste es un valor político que ha sido conseguido paulatinamente: antes que creer que los americanos han “nacido iguales”, los fundadores creyeron que el nuevo mundo podría sufrir un proceso de balkanización en pequeñas tiranías a

(13) Véase BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2a. ed. Yale University Press, 1986. p.18.

(14) “Tres disposiciones de la Constitución americana original reconocieron y dudosamente legitimaron la esclavitud. El artículo I, sección 9 prohíbe al Congreso la anulación del comercio de esclavos antes de 1808. El artículo I, sección 2 establece la elección de legisladores sobre la base del “número total de personas libres” en cada estado y “las tres quintas partes de todos los demás”. El artículo IV, sección 2, cláusula 3 exige que los estados “entregarán” a los esclavos que se escapan y prohíbe a los estados su liberación”. Véase STONE, Geoffrey R. *et al*, *Constitutional Law*. 3a. ed. Little, Brown and Company, 1996. p.496. Como se sabe, la abolición de la esclavitud tuvo que pasar en Estados Unidos por una guerra civil, y por una reforma constitucional, la enmienda XIII, sección 1: “Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria existirán en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción, salvo como castigo por un delito del cual la persona haya sido debidamente convicta”, de 1865; a esta reforma le siguieron la emisión de la *Civil Rights Act*, en 1866, la enmienda XIV, de 1868; y finalmente, la enmienda XV, de 1870, con las que se completa la gran reforma del periodo denominado la Reconstrucción. Véanse *Constitución de los Estados Unidos de América*. En: *The Constitution of the United States of America in Various Foreign Languages*. Spanish, Library of Congress, s. f.; y STONE, Geoffrey R. Op.cit.; pp.506-507.

(15) Esta prohibición se establece en la enmienda XVIII, de 1919: comercio de bebidas embriantes, que fue, a su vez, derogada por la enmienda XXI, de 1933.

menos que construyeran una fuerte nación, y no hicieron caso de las advertencias sobre un retorno a la monarquía, en caso de crear una fuerte nación; también los republicanos de la reconstrucción actuaron muy conscientes de la enorme desigualdad existente generada por la esclavitud; y los demócratas del *New Deal* estaban convencidos de que las modernas condiciones económicas habían convertido a los “derechos naturales” de la propiedad y contratación en símbolos de la opresión masiva. Consecuentemente, “los americanos no han nacido iguales... nos hemos ganado la igualdad...a fuerza de enérgicos debates, decisiones populares, y creatividad constitucional” (p. 27).

El nuevo republicanismo se explica, en principio, en la deconstrucción que elabora John Pocock de la imagen de los fundadores como seres lockeanos que tienen como problema fundamental de vida la búsqueda de la vida, la libertad y la propiedad. Se trata de un renacimiento del ideal republicano, surgido en la *polis* griega, recuperado en la república italiana de Maquiavelo y luego retomado durante la revolución americana. Ackerman acepta la invitación de Pocock para ver en los fundadores a entes conscientes de ellos mismos que confrontan el ideal clásico de autogobierno republicano y buscan la redefinición de su lugar en el mundo moderno.

Pero su apuesta es por un **republicanismo liberal**, sustentado en la línea de autores como J. S. Mill, Dewey y Rawls, defensores de una *liberal citizenship*. No hay dicotomía libertad-republicanismo dice y esto lo distancia de Pocock, para quien el republicanismo dieciochesco dio paso al liberalismo del diecinueve. El republicanismo liberal de Ackerman sigue un modelo diverso, pues se sostiene en la participación cíclica del pueblo que de tiempo en tiempo interviene a través del otorgamiento o no de su aprobación a las respuestas constitucionales que los políticos le presentan, intentando un cambio del *status quo* constitucional. De nuevo el concepto de ciudadano americano y lo que de él puede esperarse muestra aquí el sustento teórico de la ideología constitucional de nuestro autor.

3 Historia y Derecho. La relación continuidad-transformación constitucional en Ackerman.

3.1 Una interpretación diferente a la tradicional historia constitucional estadounidense.

En un análisis conceptualmente paralelo al político que formula Ackerman, o que aquí así reconstruyo, y que es el soporte histórico para su construcción teórica de política dual, nos conduce en un sugerente recorrido por tres grandes etapas, por las que ha transcurrido la nación americana desde su fundación hasta hoy, para mostrar no sólo que los grandes principios de los *Founding Fathers* no fueron seguidos de igual manera por los actores políticos a través de la historia constitucional de ese país, sino que la manera en que se cumplieron las grandes reformas constitucionales no siguió el patrón formal constitucional. Esta apreciación invitaría a valorar la conveniencia de releer el Prólogo que escribió nuestro constitucionalista Don Gustavo R. Velasco, a la edición en español de *El Federalista*, en la turbulenta época de 1943, para identificar si es oportuno formular apostillas a las ideas allí expuestas sobre la continuidad de los principios de los tres más citados comentaristas de la Constitución americana de 1787.

Según la tradicional narración, la historia constitucional estadounidense se desarrolla en tres etapas: la *Foundation*, la *Reconstruction* y el *New Deal*.

Sostiene esta narración que la *Foundation* fue una creación jurídica en el sentido más pleno, porque los federalistas no solamente crearon una nueva Constitución, sino que lo hicieron bajo un procedimiento diferente al establecido por la fuente formal de validez: los artículos de la confederación, que exigían el consentimiento unánime de los trece estados para considerar válida una reforma constitucional, mientras que los federalistas establecieron que sería suficiente el voto de nueve de ellos.

La *Reconstruction* fue también un movimiento constitucional creativo, pero ya no en el aspecto procesal y material como el anterior, sino sólo en el segundo, porque si bien hubo profundas

transformaciones a los principios constitucionales preexistentes, se hicieron siguiendo el procedimiento formal establecido, a través de un conjunto de enmiendas a la Constitución.

Finalmente, el *New Deal* es apreciado como un retorno a los principios de los fundadores, de manera que aquí se aprecia que la creatividad de las reformas es de hecho inexistente.

Ackerman no admite esta visión de creatividad jurídica decreciente que defiende la narración tradicional y sostiene que las fuentes históricas permiten concluir que de hecho en los tres periodos se encuentran análogos aspectos creativos constitucionales, procesales y sustantivos, no solamente en la *Foundation*.

En *Transformations*, Ackerman analiza minuciosamente los tres momentos que marcan la transición de cada una de las etapas hacia la siguiente. En su interpretación, ofrece un interesante patrón de comportamiento. Según el profesor de Yale, en los tres casos de construcción de las tres “nuevas” repúblicas americanas, sus creadores tuvieron que superar obstáculos de manera tal que reflejan un procedimiento análogo, desarrollado en cinco pasos: una señalización, la formulación de una propuesta, el arranque, la ratificación y la consolidación (p. T66). Este esquema teórico le permite al análisis comparativo entre los *Founding Fathers*, la *Reconstruction* y el *New Deal*. En el primer caso, nos muestra las dificultades que superaron los federalistas para lograr la aceptación, por los trece estados de la confederación, de dos cuestiones fundamentales: la propuesta de un nuevo régimen constitucional y la incorporación de un nuevo sistema de ratificación del procedimiento de reforma constitucional (p. T49). En la república de Filadelfia, la aceptación final de ambas cuestiones pasó tanto por un camino de movilizaciones democráticas en todos los estados, pero también por amenazas de castigos, específicamente a Rhode Island, que aceptó unirse a

la nueva federación no hasta después que el Senado había aprobado el *Rhode Island Trade Bill*, que declaraba el embargo de todo comercio con este estado, y exigía el pago inmediato en moneda corriente de todas sus deudas hacia los Estados Unidos (p. T65).

A su vez, en la *Reconstruction*, sostiene que la enmienda catorce nunca hubiera sido aprobada conforme al criterio tradicional marcado en el artículo V de la Constitución, porque este procedimiento estaba sustentado en el principio de que toda reforma debe ser apoyada “tanto por la federación como por los estados, actuando independientemente uno del otro” (p. 45). Pero la *Reconstruction* de los republicanos elaboró un nuevo sistema, más nacionalista, en donde los estados jugaban solamente un papel secundario, que fue de hecho un proceso novedoso que justificó la legitimidad de la enmienda catorce⁽¹⁶⁾. Adicionalmente, se fortalecieron el papel del ejecutivo y el legislativo federales, de manera que la separación de poderes entre la federación y los estados, única opción adoptada realmente por los *Founding Fathers*, y de la que resultaba una presencia sólida de los estados, tiene en la *Reconstruction* una alternativa en la división de poderes federales, fortaleciendo a la federación frente a los estados.

A su vez, el *New Deal* es para Ackerman un fenómeno que guarda enorme similitud con la *Reconstruction*: “como en la reconstrucción de los republicanos, los demócratas del *New Deal* se apoyaron en la separación nacional de poderes entre el Congreso, el presidente y la corte para crear un nuevo marco institucional que permitió al pueblo americano definir, debatir y finalmente decidir su futuro constitucional” (p. 47). Fue, en ambos casos, un enfrentamiento entre poderes federales: en la *Reconstruction*, el presidente Andrew Jackson que se negaba a aprobar la enmienda catorce, frente al congreso que la apoyaba; en el *New Deal*, la suprema corte se oponía a las reformas legislativas promovidas por el Ejecutivo. En ambos

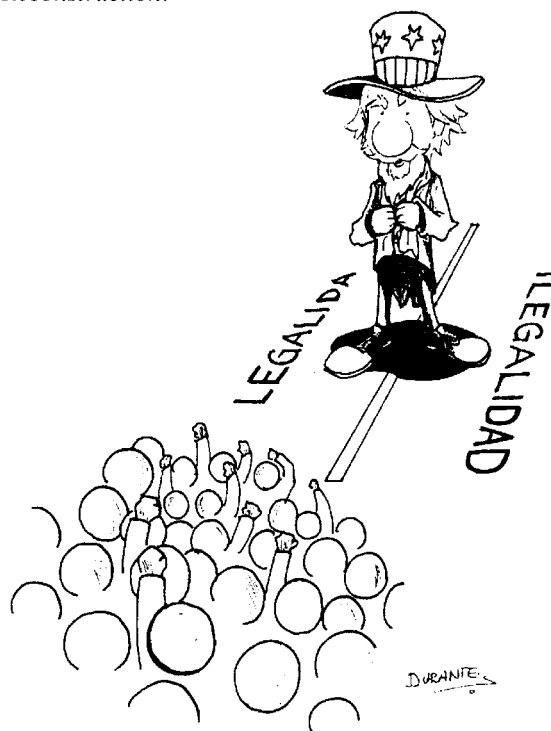
(16) Para mostrar el cambio de esta política constitucional, Stone y otros, recuerdan que si bien en *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U. S. (7 Pet.) 243 (1833) la corte sostuvo que las ocho primeras enmiendas constitucionales protegían a los individuos de violaciones de autoridades federales, pero que no limitaban los poderes estatales, habida cuenta de que esas amenazas provenían principalmente de autoridades federales, esa política se alteró tras la guerra civil: “en lugar de percibir la Constitución como una protección frente al poder federal, y a los estados como un parapeto ante la intromisión federal, por lo menos algunas personas valoraron los derechos constitucionales como la base para afirmar el poder federal en la protección de los individuos contra la interferencia estatal. Véase STONE, Geoffrey, R. *et al.*... Op.cit.: p.506.

casos, las subsecuentes elecciones -1866 y 1936- dieron un amplio apoyo a los correspondientes proponentes de las reformas, y, en los dos casos, los poderes oponentes aceptaron su derrota, porque el pueblo había expresado su preferencia electoral. Sin embargo, este tercer gran cambio en la historia constitucional norteamericana se verificó sin ninguna reforma constitucional formal, sino que el Ejecutivo “se apoyó en la Suprema Corte del *New Deal* para elaborar su nueva visión activista a través de series de opiniones judiciales transformadoras” (pp. 51 y 52). El hecho merece la pena resaltarlo, porque muestra una vía alterna en la forma de hacer política constitucional, ya que mientras la *Reconstruction* conllevó varias enmiendas a la Constitución, aplicando el artículo V, el *New Deal* se apoya en la facultad interpretativa de la corte, que sería dirigida a través de nombramientos de *justices* afines a la ideología del *New Deal*, de manera que para 1940 “la corte estaba rechazando unánimemente doctrinas fundamentales que habían delineado todo el derecho constitucional sólo una década antes” (p. 52).

3.2 La lucha por el poder legítimo en las tres repúblicas.

El recuento de la *Early Republic* no es sólo un oportuno recordatorio de las importantes diferencias que para la sociedad estadounidense de fines del dieciocho tenían las instituciones como la Presidencia, el Congreso o la judicatura. Para los *founders* su esquema constitucional se sustentaba primero en el federalismo, expresado en las grandes dificultades procesales para enmendar la Constitución; luego en el monopolio de las asambleas legislativas en los procesos de deliberación constitucional; y, consecuentemente, en la exclusión de la Presidencia y de los tribunales como actores centrales en la confección de nuevas normas supremas. Frente a, y como consecuencia de, estas posiciones originales, tanto la revolución jeffersoniana de 1800 como la posterior y, para estos efectos, más exitosa presidencia de Andrew Jackson, fueron dos movimientos constitucionales que se orientaron a una presidencia plebiscitaria, a manera de “mandato popular” del Ejecutivo, concepción que en realidad era extraña a la

posición que los federalistas habían asignado a la Presidencia, originalmente ajena a los reclamos del pueblo. Mientras que Jefferson fracasó en su intento, los movimientos de Jackson en los nombramientos de ministros de la corte afines a su política, culminaron en la defensa de las posiciones presidenciales, orientadas a una mayor descentralización del poder hacia los estados. Hasta entonces, la corte Marshall había logrado la defensa de concepciones más nacionalistas de la Unión, pero el cambio en la composición de sus miembros revertió esa tendencia, orientándola hacia los estados. El caso Dred Scott vs. Sandford da fin al periodo, pues sus contenidos son profundamente diferentes a los de las reformas constitucionales subsecuentes con que inicia la *Reconstruction*.



Mientras que hasta antes de la Guerra Civil tres términos básicos del discurso constitucional: nación, estado, individuo, están en lucha por conseguir cada uno su prevalencia sobre los otros, tras la Guerra Civil “el problema no es más si la soberanía estatal era más importante que los derechos individuales, sino cuáles derechos individuales eran suficientemente fundamentales para garantizar la protección nacional” (pp. 82 y 83). Es decir, hay una orientación hacia una

perspectiva nacionalista, la que abre la puerta para que se legitime la penetración de los tribunales federales en áreas anteriormente libres para los autoridades estatales, tocando aspectos tanto de protección de la libertad individual, como cruciales decisiones estatales para el desarrollo económico. Por otra parte, el principal foro para hacer política será el Congreso, no el Ejecutivo, pero, tal como lo vio Woodrow Wilson, más que el Congreso como un cuerpo colegiado, ese foro de la política nacional serán sus comités integrados por senadores y representantes electoralmente responsables ante los intereses locales de sus distritos. De esta manera, la reconstrucción abre el modelo de liderazgo congresional (p. T18).

La república moderna, el *New Deal*, marca el ascenso de la Presidencia a la categoría de institución que puede hablar en nombre del pueblo, que hasta entonces era un privilegio exclusivo del Congreso. Asimismo, el crecimiento consecuente de la administración pública será también un signo de la política contemporánea, marcada, entre otras cosas, por la lucha entre el Ejecutivo y el Legislativo por controlar la administración civil y la militar. No hay, después de esta etapa, movimientos constitucionales equivalentes al del *New Deal* en fuerza y profundidad, a pesar de varios intentos, como el ascenso primero de la nueva izquierda, a raíz del caso *Brown vs. Board of Education*, o de la nueva derecha, específicamente tras la victoria electoral de Richard Nixon, y más tarde la de Ronald Reagan. Así que, tras la etapa de la *Reconstruction*, ahora estamos ante el modelo del liderazgo presidencial (p. T18).

3.3 La suprema corte y la continuidad constitucional.

En la reinterpretación de la actuación de la corte de la reconstrucción, Ackerman apunta que esa corte tuvo que hacer el esfuerzo de sintetizar las dos visiones que sucesivamente dominaron el primer siglo de vida de los Estados Unidos, la transformación desde una república descentralizada que sólo limitadamente protege la libertad de sus ciudadanos frente a los gobiernos estatales, hasta una república que tiene una visión nacionalista y que no tolera la esclavitud de sus ciudadanos, aunque ella sea sostenida por mayorías

estatales. De manera que, para el final de esta república media, los tribunales americanos habían logrado un trato jurídico igual para negros y para blancos, para mujeres y para hombres, en materia de propiedad y de contratación. Pero, por otra parte, ni la materia fiscal ni la regulación del comercio fueron ámbitos que esta corte haya considerado dentro de la competencia de la federación, y que son precisamente dos campos esenciales para el desarrollo del *New Deal*. “Aunque la estrategia de enumeración de poderes fue al final repudiada por el pueblo americano, esto ocurrió en el siglo veinte, no en el dieciocho o el diecinueve, y nos equivocamos al condenar a los jueces republicanos por fallar en el uso de la bola de cristal correcta... antes del *New Deal*, el pueblo nunca había redistribuido conscientemente poderes plenos sobre la economía desde los estados hacia el gobierno nacional” (p. 103).

La Suprema Corte, en la *Reconstruction* y el *New Deal*, muestra análogo comportamiento, porque primero interpreta la Constitución limitando el ámbito de aplicación de las disposiciones que han modificado el anterior modelo, y luego, con el paso del tiempo, tiende a apreciar esas nuevas disposiciones con el mismo nivel de abstracción que las disposiciones antiguas que no fueron alteradas con el cambio. En esta labor interpretativa, juega un papel la diferencia entre el aprendizaje de primera mano, vivencial de los jueces que participan o conviven los momentos de las reformas, porque pueden contrastar esas reformas, con lo que han aprendido “en libros” acerca de los principios y valores aportados por las generaciones que construyeron el modelo anterior. Conforme pasa el tiempo, el aprendizaje se torna sólo de libros, de manera que la interpretación tiende a no distinguir los principios revolucionarios de los que informaron la etapa anterior, por lo que se da ese trato igual a ambos tipos de principios.

Pero la labor de la corte de la república moderna o del *New Deal* es más compleja que la de su predecesora, principalmente porque tiene que realizar esa tarea de síntesis o armonización interpretativa no sólo entre dos enfoques distintos, el de los *Founding* y el de la *Reconstruction*, sino de tres, los dos anteriores y el que surge del *New Deal*. La síntesis entre los *Founding* y el *New Deal*, dado el rechazo transparente

de éste al alto valor constitucional de la propiedad privada y la libertad de mercado, consistió en “encontrar una vía para preservar los fragmentos de los ideales de los fundadores que sobrevivieron al repudio popular de la concepción de gobierno limitado, sustentada en la propiedad” (p. 116). Pero esto se torna complejo al realizar la síntesis entre la *Reconstruction* y el *New Deal*, específicamente, teniendo en cuenta que los mismos valores están en juego: propiedad privada y libertad de contratación.

A diferencia de la corte de la *Reconstruction*, la del *New Deal* no podrá centrar su interpretación en la protección de los derechos de cada uno de los ciudadanos a tener propiedad y a transferirla. La corte tendrá que reestablecer el significado ofrecido por la *Reconstruction*, de la garantía de *equal protection* y debido proceso legal, en un mundo en donde la propiedad privada y su intercambio es menos importante.

4 Comentarios concluyentes.

Me parece difícil no encontrar provocativas interrogantes y cuestionamientos interesantes a partir de la obra ackermaniana. No se trata solamente de preguntas a partir de la reflexión acerca de los alcances de la propia teoría del profesor de Yale, sobre su complejidad, sus ambigüedades, o las consecuencias que puedan extraerse de ella, por ejemplo. Creo que es asimismo válido y oportuno repensar sus ideas no sólo como una reflexión para el mundo americano, tan cercano y paradójicamente tan alejado del mexicano, sino extraer de ellas los beneficios que su contraste con nuestra experiencia lo permita, en nuestro esfuerzo por la construcción teórica de nuestra realidad jurídica y política. Aquí se inician algunas reflexiones bajo estas dos perspectivas.

4.1 Algunos comentarios a la teoría ackermaniana.

a) El problema básico de Ackerman está en la legitimidad de los órganos constitucionales, desde el mismo órgano originario. Lo que en nuestra terminología denominaríamos **constituyente originario**, la Convención de Filadelfia de 1787, fue

una reunión política carente de legalidad pero no de legitimidad, es decir, revolucionaria, pero que intentó suplir su origen espurio invocando el hablar en nombre del pueblo, asumiendo que las convenciones son legítimas reuniones políticas en la sociedad americana de fines del dieciocho. Pero luego están los órganos creados por ese constituyente originario: no solamente el encargado de modificar la propia norma suprema, en nuestra terminología, el **constituyente derivado** o permanente, sino los órganos que tienen la responsabilidad de conducir la política cotidiana, que básicamente serían los órganos federales y los estatales.

b) Uno de los conceptos que construyen los cimientos de Ackerman, el de pueblo, parece denotar diferentes objetos: el término pueblo se refiere tanto al constituyente originario como al derivado, pero también pueblo significa la totalidad de los gobernados, *the American People*, de manera que se trata de un término ciertamente ambiguo. En cambio, los demás órganos constituidos no parecen incorporar la misma expresión de pueblo, ya que tienen asignadas competencias específicas, lo que les impiden arrogarse el exclusivo y excluyente derecho de hablar en nombre del Pueblo.

c) Precisamente de esta ambigüedad terminológica nacen las dos formas ackermanianas de hacer política: la alta política en la que sí habla el pueblo, o en la que lo hace directamente, o quizá más fuertemente, inclinándose por alguna de las opciones en pugna que sus representantes le muestran, y la política normal, en la cual el pueblo se expresa indirectamente, más débilmente, más bien a través de sus representantes, en donde éstos no se enfrentan en aspectos básicos. ¿Por qué esta doble participación en política?. Sostiene nuestro autor que la escasez de virtud del ciudadano privado es la causa de estas dos expresiones políticas. En realidad, Ackerman, si bien reconoce las diferencias entre las formas de participación política en el siglo dieciocho y doscientos años más tarde, su estructura de doble política le impide otorgarle la debida importancia a esas diferencias. El pueblo de hoy no participa solamente en esas reuniones legitimadoras de sus decisiones, como lo fueron las convenciones, o en los órganos constitucionalmente validados para hacerlo, los parlamentarios; también lo

hace a través de, o junto a, organizaciones e instituciones tales como los grupos de interés, las dependencias burocráticas, los medios de comunicación colectiva, los partidos políticos, o las ONG's (pp. 243 a 251). De manera que el concepto de pueblo, en mi opinión, ha adquirido a través de la historia una riqueza o una complejidad mayor que la que tuvo en la perspectiva de Publius.

d) Por otra parte, esa escasez de virtud ciudadana, expresada en el término *private citizen*, se enfrenta con otros modelos teóricos de virtud ackermaniana, como serían el del *public citizen*, para quien la vida privada se encuentra en inferioridad con relación a la pública, y el del *perfect privatist*, para quien, en cambio, nada puede superar el valor de lo privado. La distinción entre lo público y lo privado, la defensa de una separación entre estos dos ámbitos se encuentra en la base de estos modelos de ciudadano.

e) ¿Qué se requiere para mantener la dualidad democrática en los Estados Unidos? Ackerman sostiene que existen dos peligros a esa dualidad: el primero surge al considerar que el presidente tiene efectivamente un “mandato” directo del pueblo para cada detalle de su programa político, y el segundo es el no someter a una suficiente deliberación institucional las circunstanciales expresiones demagógicas, ejerciendo la *higher lawmaking* con relativa facilidad. En el fondo, se trata de la pregunta acerca del significado de la representación legítima. La interpretación ackermaniana y la historia constitucional de nuestro vecino parecen mostrar que este país ha tenido éxito en su respuesta acerca de la representación legítima a partir de su acuerdo democrático básico. El reservar la política alta sólo para los tiempos en que hay una genuina expresión del pueblo y separarla de los momentos de manifestación de la política normal, en la que actúan los representantes populares, hace que las reformas constitucionales, formales o informales, sean momentos especiales de la vida política, de tal manera singulares, que invitan a pensar en que la historia constitucional de los Estados Unidos ha tenido en los *Founding*, la *Reconstruction* y el *New Deal*, tres reglas de reconocimiento y no solamente la original, la de 1787. De aquí, asimismo, podría seguirse que también se trata de tres constituyentes originarios, pero

desde un punto de vista externo, como el mío, quizá no se pueda responder a ello.

f) No puede negarse que una perspectiva ackermaniana del *judicial review* es marcadamente política, pero que la desarrolla en estrecha combinación con otra posición jurídica. Ackerman no solamente hace también el esfuerzo de justificar la presencia de la suprema corte en el juego democrático de su país, intentando la superación de la “dificultad contramayoritaria”. Encuentra que esta suprema instancia judicial funciona como punto de inicio, por vía del *judicial review*, de un debate popular, en el que convoca a los ciudadanos a la discusión acerca de un enfrentamiento entre el punto de vista de los representantes populares, y el momento y la expresión que manifestó el pueblo en otros momentos constitucionales, y que la propia corte nos presenta como en un espejo. De aquí se identifican las consecuencias del *judicial review* en el *private citizen*: en tanto que la suprema corte inicia el debate entre el pasado y el presente, con perspectivas hacia el futuro, no se hace necesaria la participación activa de los ciudadanos en todo momento, precisamente porque la conservación de un espacio para la alta política es la función que cumple la suprema corte, y otras instituciones, al ejercer control constitucional sobre otras, de manera que los ciudadanos no se ven arrastrados a hacer oír su voz cada vez que se presenta una interpretación equivocada o un mal funcionamiento en los órganos. Todo esto nos hacen ver que Ackerman analiza la suprema corte como institución con fuerte carga política, y no sólo jurídica.

g) Pero esto también abre la puerta para lo que podría llamarse la principal preocupación constitucional contemporánea: la interpretación constitucional. Porque es precisamente a través del ejercicio de exégesis de contenidos normativos constitucionales como se desarrolla el juego entre la política normal y la política constitucional, como se abre la discusión sobre las relaciones entre esas expresiones de política. Como se ha visto, un elemento esencial dentro de la interpretación constitucional, es el de su método. No es lo mismo un enfoque burkeano, defensor de una construcción paulatina de contenidos normativos, a un enfoque ackermaniano, que pregona

la incorporación de contenidos políticos y sociológicos en la tarea interpretativa constitucional de los tribunales.

h) El estudio expone los orígenes y la mecánica de funcionamiento del contrato social de los Estados Unidos, a través del análisis de sus etapas históricas y de los elementos políticos que lo sustentan. También defiende la oportunidad de conservar el modelo dualista para mantener esa democracia, porque permite una continua discusión organizada para el mejoramiento de sus contenidos.

4.2 Ackerman y la distante realidad mexicana.

a) De entre las interesantes reflexiones acerca de la participación de la suprema corte de los Estados Unidos en el juego por el poder, el análisis ackermaniano de la designación de miembros de la corte como una alternativa a las reformas constitucionales, adquiere tintes interesantes si lo pensamos para el contexto mexicano, recientemente reformado, en 1994.

Sin ánimo de presentar todos los posibles cuestionamientos que surgen al enfrentar ambos sistemas, es oportuno formularse algunas preguntas, aunque no se ofrezcan respuestas, como las siguientes: ¿Podría en México considerarse que la interpretación constitucional judicial de última instancia es una alternativa real al procedimiento de reforma constitucional?, ¿cuándo y cómo?, ¿alguna interpretación de la suprema corte mexicana podrá eventualmente verse como un grave enfrentamiento con poderes democráticamente constituidos, al grado de provocar una reforma constitucional, pero precisamente para alterar esa interpretación judicial considerada equivocada?, ¿fortalece más al Ejecutivo la facultad de nombramiento de ministros de la suprema corte, en los términos en que está actualmente dispuesto su ejercicio en la Constitución, o se presenta ahora una verdadera alternativa al ejercicio de poderes constitucionales, como ocurre en los Estados Unidos?, ¿esta facultad de nombramiento representa una amenaza al debate democrático al descansar más en las características

ideológicas de los integrantes de los miembros de la corte, que en un debate de tipo político sobre los contenidos de una reforma constitucional?, ¿la nueva composición de la corte y la actual forma de designación de sus ministros puede considerarse indispensable en un contexto de competencia política que conlleva limitaciones serias a las reformas constitucionales fáciles?, ¿cómo aligerar la carencia de responsabilidad electoral del poder judicial, quizá con *passive virtues*, al estilo de Bickel?, ¿el juego de controles entre poderes se presenta aquí en el nivel no federal sino en el nacional, en el sentido en que lo entiende el profesor Schmill, al enfrentarse dos intérpretes últimos de la Constitución, uno judicial, la suprema corte, y otro democráticamente electo, el constituyente permanente, algo así como el pueblo ackermaniano?⁽¹⁷⁾

Como ya se dijo, no es este el lugar para revisar los elementos que implican las posibles soluciones a estos problemas, pero vale apuntar aquí que en nuestra cambiante realidad mexicana hay muchos temas constitucionales que ameritan reflexión, y el de las relaciones judicial-legislativo es uno de los que merecen un estudio detallado, en lo que puede ser de enorme utilidad el análisis de la problemática de otros países, que en su momento fueron modelos de nuestro sistema, como el caso norteamericano.

b) Los tipos de ciudadanos ackermanianos hacen reflexionar sobre las formas de participación política emergentes en México, por mencionar dos ejemplos, como en nuestra ciudad capital que tiene cotidianamente expresiones de grupos descontentos - por ejemplo, a través de marchas-, o como en las formas de expresión política que el EZLN ha incorporado a la discusión política nacional, es decir, las formas de hacer política y de participar en lo público de las comunidades indígenas que eran conocidas, fuera de éstas, quizá sólo por antropólogos o sociólogos, pero no juristas.

Curiosamente, quizá las formas de participación en la cosa pública en esas comunidades de minorías étnicas, hablara más de un *public citizen* ackermaniano, habida cuenta del aparente interés y responsabilidad asumidos por los indígenas hacia sus propias comunidades.

(17) Véase SCHMILL, Ulises. *El sistema de la Constitución Mexicana*. México: Miguel Angel Porrúa, 1971. pp.139-175.

Por otra parte, es claro que el concepto de *private citizen*, que por definición combina la idea de un sujeto que actúa en múltiples esferas de vida privada, pero que, a la vez, en otros momentos interviene en la actividades de la vida colectiva, es una crítica a la postura economicista del sujeto que actúa movido por el único resorte del interés privado.

c) ¡Qué distante está esta percepción de cultura constitucional de la que hemos estado viviendo en México! No quiero decir que la perspectiva ackermaniana acerca de la manera en que se debe vivir una experiencia constitucional es la correcta. Me refiero a que el modelo americano de constitución, que en su momento sirvió para construir la nación mexicana, ha sido experimentado tan diferentemente de aquel lado de la frontera. La experiencia de las reformas constitucionales es un buen ejemplo, porque mientras que sus reformas constitucionales han sido escasas, la sociedad estadounidense muestra un juego democrático dinámico y tres repúblicas bajo una misma Constitución. En cambio, la nuestra ha sido expresión más bien de una experiencia limitadamente democrática, y, a la vez ha tenido una multiplicidad de reformas constitucionales. Es una interesante paradoja: una sociedad que formalmente se ha movido poco, en su nivel constitucional, pero es políticamente dinámica, en el sentido de que admite un juego democrático, mientras que la nuestra ha tenido múltiples cambios formales, pero es o había venido siendo políticamente estática, en el mismo sentido de juego democrático limitado.

d) La tesis ackermaniana da lugar a hablar de una especie de “institucionalización de la revolución”, pero que de inmediato habría que distinguir de nuestra mexicana manera de institucionalizar la revolución de 1910. Mientras que la institucionalización estadounidense es a través de la regulación constitucional de las expresiones políticas, de manera que los momentos “revolucionarios” de este pueblo americano tengan una vía de expresión a través de *higher lawmaking*, la manera mexicana de institucionalizar una revolución fue el forzar el juego de la política normal dentro de un mismo partido

político, el entonces PNR y ahora el PRI, iniciada por Calles en el ahora distante 1928, no sólo en sentido temporal sino también político y social. Esta revolución de las instituciones a la Ackerman supone afirmar que los momentos constitucionales son momentos revolucionarios, legitimados luego por el pueblo. La aceptación popular de estos momentos de expresión revolucionaria legitima lo que es ilegal. Se trata de revoluciones dentro de las instituciones, no revoluciones violentas, que suponen un contexto liberal democrático.

Por ello se infiere que la preocupación ackermaniana por el tema de la revolución, es también un espacio de reflexión para nuestro contexto. En *El futuro de la Revolución Liberal*⁽¹⁸⁾, Ackerman plantea la necesidad de repensar el concepto de revolución, siguiendo los pasos de Hanna Arendt, ante el retorno del liberalismo revolucionario. Su preocupación básica le surge a partir de la caída de los regímenes comunistas en 1989, ¿cómo aprovechar esos momentos revolucionarios para implantar un sistema democrático liberal?, la vía de constitucionalizar la revolución es la obvia, pero es necesario aprovechar el “momento revolucionario”, es decir, la fuerza moral que apoya a los revolucionarios para incorporar ideales liberales: igualdad y libertad en las normas fundamentales. Aunque se refiere a Europa y tiene alguna referencia circunstancial a México, entre otros países, la manera en que Ackerman analiza el tema ofrece sugerentes cuestionamientos acerca de las transformaciones sociales y políticas, las revoluciones pacíficas y las violentas, el papel de las constituciones en las revoluciones, el papel de los órganos de justicia en los procesos de cambio revolucionario, la relación entre apoyo popular y reformas jurídicas, la conveniencia de esquivar tentaciones de buscar correcciones penales a los responsables del pasado, para en su lugar aprovechar el apoyo social y el acervo moral de los revolucionarios en la construcción del futuro, antes que en la recomposición del pasado. El papel de los jueces constitucionales en países de tradición civilista, en los momentos revolucionarios.

La conveniencia de cuidar la construcción de los

(18) ACKERMAN, Bruce. *El Futuro de la Revolución Liberal*. Barcelona: Ariel, 1995. Traducción de Jorge Malem.

elementos que definan al poder judicial, como la estructura, la jurisdicción y la independencia. ¿En qué términos es aprovechable para nuestra actual circunstancia de transformación jurídica y política la comparación con otras experiencias de transformación constitucional?, dada la calidad “revolucionaria” de estos momentos constitucionales, quizá el título de este trabajo habría podido substituir el término transformaciones constitucionales por el de revoluciones constitucionales, claro, en términos ackermanianos.

En contextos revolucionarios adquiere fuerza la distinción entre legalidad y legitimidad. Una revolución carece de la primera y aspira a la segunda. ¿Sería una opción en México, en nuestro actual circunstancia, buscar la legitimación revolucionaria, en el sentido ackermaniano, invocando la autoridad última del pueblo, si se llegara a carecer del acuerdo que mantuviera el juego político dentro de la política normal? ¿Es éste un momento de política constitucional ackermaniana en México? *LR*