



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Cisneros Farías, Germán

Antinomias y lagunas constitucionales. Caso México

Cuestiones Constitucionales, núm. 8, enero-junio, 2003, pp. 47-71

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500802>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ANTINOMIAS Y LAGUNAS CONSTITUCIONALES. CASO MÉXICO

Germán CISNEROS FARÍAS\*

**RESUMEN:** Las contradicciones, silencios y vacíos que se presentan actualmente en la Constitución; la forma antimetódica actual con la cual los jueces resuelven esas contradicciones; la paulatina descodificación o desmembramiento de las normas fundantes; y los conflictos políticos que se dan entre el legislador que crea esas normas, y el Poder Judicial que desea ser el único órgano para interpretarlas, son examinadas en el presente artículo. Siguiendo el orden ascendente de la Constitución, se analizan las diferentes antinomias y lagunas, de manera especial el conflicto entre la propiedad privada y la expropiación, y la ausencia de la garantía de audiencia para efectuarla. Asimismo, se estudian los conflictos de la democracia sin los debidos controles constitucionales para los grandes actores de ella como lo son los partidos políticos y el Poder Judicial, y los usos y costumbres en conflicto con derechos abstractos ya establecidos. Finalmente, se abordan los temas de la cláusula de exclusión en las asociaciones sindicales, la consignación en casos de rebeldía o contumacia, y la desventaja del género femenino en la ocupación de cargos públicos. Resaltan la ausencia de una lectura moral de la Constitución y de los errores metodológicos en la redacción de cierta parte de la Constitución y la ausencia de una forma precisa de redacción constitucional, favoreciendo la abstracción lata.

*ABSTRACT: This article studies several matters and topics, among others: the contradictions, silences, and lacunas that actually are found in the Constitution; the actual anti-methodic form in which judges solve those contradictions; the gradual deregulation or the dissolving of the fundamental norms; and the political conflicts that arise among the Legislator that creates those norms and the Judicial Power that wants to be the only organ in charged of interpreting them. Following the upward order of the Constitution, the different antinomies and lacunas are analyzed, given special interest to the conflict between private property and expropriation, and the absence of due process. Also, the conflicts of democracy are studied, conflicts characterized by the absence of controls for political parties and the judicial branch and the uses and customs in conflict with abstract rights already established. Finally, the topic of the "exclusion clause" is approached regarding labor unions, the consignment in cases of contumacy and gender biased politics in public roles, concluding in disadvantages for the female gender in the occupation of public roles. These contradictions highlight an absence of a moral reading of the Constitution and the methodological errors regarding the drafting of a Constitution.*

\* Profesor de la Universidad Autónoma de Nuevo León e investigador del Sistema Nacional de Investigadores.

## I. UBICACIÓN CONCEPTUAL

Me propongo examinar las antinomias y lagunas en la Constitución vigente; los efectos que los métodos de interpretación e integración empleados en ellas, por el juzgador, han ocasionado en la predictibilidad y certeza del derecho; que las reformas efectuadas en los últimos años al documento mencionado, son la primera causa evidente de las contradicciones y vacíos en la norma suprema; y que, por éste y otros aspectos, es inaplazable la necesidad de construir un método de interpretación científica de la Constitución mexicana.

En dos campos de la teoría constitucional se insertan los temas citados: en la decodificación del derecho y en el conflicto del control constitucional entre los poderes Legislativo y Judicial.

De inmediato, en descargo del legislador debemos apuntar que tanto las antinomias como las lagunas no han sido intencionalmente buscadas. Las presenta una realidad social con escasez de bienes por repartir y la proliferación de leyes y microsistemas jurídicos.

La tarea del juzgador en su misión de aplicar la norma a casos concretos se ha vuelto azarosa y asistemática, a pesar de la existencia lógica de una norma. La interpretación extensiva de esa premisa general ubicándola en un caso concreto, bien mediante silogismos, subsunciones, ecuaciones legales o simples abstracciones ya no es el camino fácil de recorrer para firmar una sentencia judicial.

Ante la presencia de antinomias y lagunas legales —entre el debe y el haber social—, el juzgador ha encontrado en el procedimiento de ponderación una técnica para destrarbar conflictos sociales.

Para Habermas,<sup>1</sup> un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que sean congruentes, legítimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos, no de manera contradictoria sino igualitaria.

También en la discrecionalidad que le otorga la ponderación en esos casos, ha encontrado el juzgador un refugio seguro para sus decisiones, y ha creado con el uso exagerado de la misma otro conflicto: vacíos científicos en la interpretación del derecho.

<sup>1</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 94.

Ubiquemos doctrinalmente los conceptos. El uso intencional de ambigüedades semánticas se inicia en la literatura, con figuras gramaticales que permiten la suspensión intencional de pronombres, sustantivos y otros elementos sintácticos del lenguaje, cambiando por razones estéticas, el orden de los factores sin alterar el producto. De la literatura ha pasado a los textos jurídicos, a pesar de que en esta materia el esfuerzo no se orienta por alcanzar cualidades de belleza, sino de seguridad.

Los textos jurídicos tienen lagunas, no dan o no pueden dar respuesta a todos los casos que han de presentarse en el futuro. Las ambigüedades semánticas favorecen el ideal casi imposible de realizar por parte del derecho, de regular toda la conducta humana. Es aquí donde la hermenéutica y la argumentación jurídica sobresalen para jalar al derecho hacia la nueva realidad social, tratando de cubrirla.

La noción de antinomia pertenece al pensamiento sistemático, ya que presupone la idea de un sistema y de que éste tiene coherencia interna. Todo ordenamiento jurídico persigue un mínimo de coherencia, y por lo tanto no tolera las antinomias, es decir, que dos normas aplicables al mismo caso den soluciones contrarias o contradictorias.

Este concepto requiere, como presupuesto, que ambas normas pertenezcan al mismo ordenamiento y que se refieran a igual ámbito de validez.

Tal vez, antinomias y lagunas se refieren a malentendidos lingüísticos creadores de tensiones entre la facticidad y validez. Sobre lo anterior, Habermas opina que: Con esta tensión entre facticidad y validez tiene que contar toda sociología que sea consciente de la circunstancia de que sólo puede abrirse camino hacia su ámbito de conocimiento a través de una comprensión hermenéutica del sentido. Pero no necesita dejarse inquietar todavía por esta circunstancia en su autocomprensión como ciencia experimental de tipo convencional, porque puede atribuir a los sujetos mismos que actúan comunicativamente la capacidad normal, adquirida con la competencia lingüística, de remediar las perturbaciones en la comunicación que se deben a simples malentendidos. Los malentendidos desmienten de forma inofensiva esas idealizaciones que no tenemos más remedio que hacer. Lo mismo vale para una suposición ulterior que también resulta inevitable en la acción comunicativa y que de nuevo consiste en una suposición idealizadora. Los participantes en la interacción tienen que atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios ac-

tos, es decir, tienen que suponerse mutuamente capaces de orientar su acción por pretensiones de validez. En cuanto esta expectativa de racionalidad resulta falsa, los participantes —al igual que los observadores sociológicos como participantes virtuales— cambian su actitud realizativa por una actitud objetiva, científica.<sup>2</sup>

En las disposiciones ordinarias, las antinomias pueden resolverse: haciendo que la norma posterior prevalezca sobre la anterior; que la norma superior desplace a la de rango inferior; o que la norma general sea desplazada por la especial. Bien bajo el criterio cronológico, jerárquico o de especialidad pueden despejarse las antinomias. Pero qué sucede en los casos de normas constitucionales, en las cuales no existen, no se perciben, o se prohíben tales procedimientos.

En cuanto a las lagunas, es sabido que tratándose de leyes ordinarias, llamémosle provisionalmente, de rango inferior, se colman mediante procedimientos de integración, principios generales de derecho, equidad, analogía, en suma con criterios de integración, dados por el mismo orden jurídico existente o por la ciencia del derecho. Lo anterior es comprensible en órdenes legales cuya base piramidal puede estar llena de antinomias o lagunas, esperando que los estadios superiores integren los huecos correspondientes.

En el estudio que ahora abordamos no se trata de la laguna específica de una ley, de la tarea legislativa, o del complemento reglamentario sino de las oquedades científicas que se dan en la aplicación a casos concretos de la norma constitucional, que no pueden colmarse con la sencillez de los procedimientos mencionados.

Iniciemos nuestro estudio. De acuerdo con el criterio de Falcón y Tella,<sup>3</sup> se presentan antinomias y lagunas constitucionales:

1) Cuando hay dos normas que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen haciendo recíprocamente ineficaces, creando como consecuencia de la colisión una laguna de orientación legal para un caso específico.

2) Cuando la norma sólo da al juez una orientación abstracta, general, señalando expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en la misma ley, por lo que el juez debe actuar en forma sub-

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 81 y 82.

<sup>3</sup> Falcón y Tella, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Civitas, 1991, p. 73.

jetiva, atendiendo a sus investigaciones y estimaciones personales para resolver el caso concreto.

3) Cuando no existe la norma aplicable porque la ley calla en absoluto, ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después de dictada la misma.

4) Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquellos o sospechado éstas.

5) Cuando se expresan en la ley principios generales de abstracción lata, de difícil ecuación a casos concretos.

## II. RELACIÓN DE ANTINOMIAS Y LAGUNAS CONSTITUCIONALES

### 1. *Por su contenido*

Siguiendo la relación numérica ascendente de la Carta de Querétaro, se presentan a continuación en un breve análisis las siguientes:

1. Las reformas establecidas al artículo 102, apartado B, al ordenar el establecimiento de organismos de protección de los derechos humanos, amplió de manera considerable el ámbito material de éstos, rebasando los límites de las garantías otorgadas, ahora, a todo el orden jurídico mexicano, constrñéndose no tan sólo a lo establecido en el artículo 1o., sino a toda la formalidad jurídica vigente.

Ambas propuestas están ancladas en las aguas del positivismo jurídico.

En el caso conceptual que nos ocupa, ¿De qué espacio tomará el argumento para la solución de una controversia real? ¿La apariencia del buen derecho se fundamentará otra vez en la discrecionalidad, abierta y subjetiva del juzgador?

Esta ampliación ahora constituye un principio de contradicción ontológica entre ambas disposiciones, pues es obvio que en cuanto a garantías y derechos humanos ya no estaremos ante los límites de casos y con las condiciones que la misma Constitución establezca, sino en el amplio espectro del orden jurídico mexicano.

2. Al considerarse en el artículo 3o. a la democracia como un sistema de vida —más que una estructura jurídica y un régimen político— a partir de esa definición la democracia es por ende participativa, vincu-

lante, orientada al constante mejoramiento de sus participantes. En cambio, en otros artículos constitucionales se protege la recepción de sus productos, sin tener el mismo peso en las obligaciones, como se lee en todos los beneficios, con muy escasos controles para los beneficiarios, concedidos a los partidos políticos en el artículo 41.

Existen aquí claros silencios en el campo de las obligaciones para los partidos políticos, grandes beneficiarios de la democracia como sistema de vida, concebida para ellos como una democracia receptiva, atendiendo la lectura del artículo mencionado.

Valadés<sup>4</sup> escucha los silencios constitucionales mencionados y opina: Corresponde al sistema político establecer las formas de reclutamiento, actuación y sustitución de los dirigentes políticos; pero concierne al sistema constitucional definir los mecanismos para su control. La dirigencia política que actúa en los diferentes órganos del poder no puede conservar la legitimidad de su acceso al poder y de su desempeño de responsabilidades públicas, sino se ajusta al adecuado control de sus decisiones y actuaciones.

No tan sólo los partidos políticos tienen un *deber* desigual ante la democracia. Hay otros, a quienes se les ha aumentado el *haber* social, a pesar de ello no entregan su cuota democrática en el sistema de vida antes mencionado. Tal es el caso del Poder Judicial que sin método científico y sin la debida predictibilidad de sus decisiones, reclaman espacios fundamentados en la carrera profesional para acceder, casi de manera única, a la titularidad de esos tribunales.

Rawls<sup>5</sup> sostiene que las personas son llamadas a participar en el proceso democrático no sólo para permitirles la defensa de sus intereses, sino también para que expresen sus convicciones sobre la justicia; y para Habermas<sup>6</sup> los individuos deben deliberar con otros para adoptar una determinada solución colectiva a los diversos conflictos que se producen en la sociedad, en una pluralidad desordenada de sistemas y discursos.

4 Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 421.

5 Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 334-340.

6 Habermas, *op. cit.*, nota 1, p. 111.

La elección para otro periodo inmediato de ciertos poderes, ahora prohibida, constituye una contradicción de fondo al concepto democracia plena, como sistema de vida, enunciado en el artículo correspondiente.

Entre moral y democracia existe una íntima correspondencia, al decir de Dworkin,<sup>7</sup> y más en el terreno judicial:

The moral reading offers different counsel. It explains why fidelity to the Constitution and to law *demands* that judges make contemporary judgments of political morality, and it therefore encourages an open display of the true grounds of judgment, in the hope that judges will construct franker arguments of principle that allow the public to join in the argument.

3. ¿Cómo habrán de interpretarse “usos y costumbres” mencionados en el artículo 4o. constitucional, en el contexto de las reformas constitucionales sobre pueblos y comunidades indígenas, dentro de la garantía y ahora de los derechos humanos para profesar la creencia religiosa y para practicar, en libertad, ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, por supuesto dentro de una conducta lícita, de acuerdo con el artículo 24? Sabida es la actitud excluyente practicada por algunas comunidades indígenas que no toleran a ciertas creencias religiosas en su *habitat*, en franca contradicción a la libertad garantizada por la Constitución y los derechos humanos.

Matrimonio, proceso educativo, propiedad privada, propiedad de la nación, donaciones nupciales y otras figuras jurídicas tendrán para el juzgador, nuevas lecturas en “usos y costumbres” de los pueblos y comunidades indígenas.

4. Resulta indispensable la lectura moral de la Constitución si quiere aportarse una interpretación coherente con el todo. Dworkin,<sup>8</sup> en su tesis afirma: “The Constitution is America’s moral sail, and we must hold to the courage of the conviction that fills it, the conviction that we can all be equal citizens of a moral republic. That is a noble faith, and only optimism can redeem it”.

Frente a la intención del legislador, a la estructura de conjunto del texto normativo constitucional, su interpretación evolutiva, semántica en

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald, *The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University, 1999, p. 37.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 38.

su conjunto, Dworkin contrapone todo lo anterior con un peso favorable a la lectura moral de la Constitución.

Muchos juzgadores nacionales pueden estar asimilados a ese criterio. Pero, ¿En qué parte o partes de la Constitución encontramos los subrayados morales que orienten y determinen un criterio para lectura moral del resto de ella?

Cuestionado por Zarco,<sup>9</sup> el concepto moral manejado en el artículo 6o. relativo a la manifestación de las ideas, es distinto al concepto moral relativo a la libertad de escribir y publicar escritos, de acuerdo con el artículo 7o. y distante con los anteriores, en la moral mencionada en el artículo 94.

Por supuesto que las menciones específicas del concepto moral no orientan la moral integral, plena, de la Constitución; sin embargo, al menos dan una pauta para señalar el manejo conceptual de la misma, en su parte moral, que se encuentran distintas entre sí. Junto a la moral atacada del artículo 6o., a la neutra del artículo 6o. y a la moral exigente del 94, no logramos obtener un criterio uniforme de la misma.

Los conceptos que pueden dar una orientación moral de más fuerza, son: familia, menores, mujer, padres, educación, religión, y se encuentran lagunas axiológicas en el texto constitucional de sus contenidos. Así, el derecho de la familia se circunscribe a disfrutar de vivienda digna y decorosa; respecto a los menores, la satisfacción de sus necesidades; de las mujeres a su igualdad ante la ley; de los padres, hacer que sus hijos concurren a las escuelas; sobre la religión, se asienta el principio histórico de la separación del Estado, prohibiciones a los ministros y la personalidad jurídica de las iglesias.

Se salva del positivismo absorbente, la lectura moral del proceso educativo. Ahí se da una fuerte relación de disposiciones axiológicas, en el campo jurídico y pedagógico que ciertamente orientan, pero no de manera plena, la lectura moral de la Constitución.

5. ¿Qué habremos de entender por extranjero pernicioso, en un concepto estrictamente jurídico, cuando esta palabra no tiene connotación específica ni en códigos penales, fiscales o civiles?

En cambio el artículo 33, al referirse a los extranjeros, acepta la discrecionalidad al calificar al extranjero cuya permanencia juzgue incon-

<sup>9</sup> Gómez de Lara, Fernando *et al*, *Estudio sobre la libertad de prensa en México*, México, UNAM, 1997, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, p. 27.

veniente, sin necesidad de basar su expulsión en la probanza del calificativo pernicioso mencionado en el artículo 11 constitucional.

El vocabulario utilizado en los tratados internacionales para facilitar la permanencia de ciudadanos de otros países en lugares distintos a los de su origen, encontramos diferentes acepciones como motivos, calificativos previos a la expulsión de un extranjero y no el calificativo pernicioso, usado en nuestra relación jurídica internacional.

6. Se afirma en el artículo 12 que no se dará efecto alguno a los títulos de nobleza, prerrogativas, ni honores hereditarios. Es implícita la extensión de prerrogativas de sangre, para que pueda aceptarse la integridad lógica de dicho artículo; pero qué sucede con las prerrogativas del ciudadano, establecidas en el artículo 35, las cuales no se encuentran calificadas y por una extensión lógica se admite que son prerrogativas políticas, relativas a la formación del Estado o su defensa.

7. El derecho de asociación con cualquier objeto lícito, que por supuesto, la ilicitud debe ser expresa y por ende no implícita en alguna norma y menos bajo el criterio discrecional del juzgador, ha permitido la interpretación extensiva en otro artículo constitucional, me refiero a la fracción XVI del 123, en concordancia con el artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo.

En este tema la corte ha tenido diferentes criterios. En algunos casos aceptando la cláusula de exclusión en la asociación sindical, y ahora, en los últimos tiempos, restringiendo el alcance de esa fracción, o mejor dicho, permitiendo la amplitud del derecho subjetivo de asociarse con cualquier objeto lícito.

Al resolver en definitiva un juicio de amparo promovido por trabajadores azucareros que renunciaron a su sindicato, y por ello fueron despedidos del ingenio El Potrero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró que la cláusula de exclusión, por cuyo efecto se produjo tal despido, es inconstitucional.

Ahora el tribunal constitucional ha coincidido con las partidarios de la libertad sindical. Lo hizo mucho tiempo después de que el gobierno mexicano pusiera en vigor el convenio 87 sobre esa libertad, de la Organización Internacional del Trabajo, aparecido en el *Diario Oficial* del 16 de octubre de 1950 y que en otras facetas sigue siendo letra muerta. La corte ha dado sólo un primer paso. Se trata de una tesis aislada, por

lo que el criterio sustentado por la segunda sala puede variar y sólo será obligatorio cuando la suma de tesis genere jurisprudencia.

8. Es válido el cuestionamiento, en cuanto a la fracción III del artículo 35, responder si sólo mediante la asociación de los ciudadanos en partidos políticos, se puede acceder a un órgano político estatal que requiera del sufragio popular. En la práctica la respuesta es afirmativa, pues en la mayoría de las legislaciones electorales locales el derecho subjetivo de asociación atraviesa por los partidos, aspecto que no se contempla en el artículo 35 ni en el 41 constitucionales.

9. De las múltiples y distintas interpretaciones que ha tenido el artículo 14 constitucional, cuya redacción en su conjunto ha sido cotidianamente cuestionada por la doctrina jurídica mexicana, debemos deternos en el concepto “mediante” en relación con la parte relativa al segundo párrafo del artículo 27 constitucional referido a las expropiaciones que sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnizaciones.

Ahora la colisión jurídica no se encuentra vinculada al pago previo, a la indemnización previa sino a la audiencia previa antes de que al gobernado se le expropien sus bienes.

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mayoría y minoría, sobre la garantía de audiencia en materia de expropiación, han dado sus argumentos:<sup>10</sup> En los requisitos que contiene el artículo 27 constitucional para llevar a cabo una expropiación, no figura la garantía de audiencia previa.

El numeral anterior no contiene la garantía de audiencia pero ello no significa que contradiga al artículo 14 de la Constitución porque mientras éste consagra una regla general para derechos subjetivos, el 27 ampara garantías sociales que por su propia naturaleza están por encima de los derechos individuales, pues crea un sistema de propiedad especial cuya función es social, al señalar que la propiedad corresponde originariamente a la Nación, la cual puede otorgarla en propiedad privada, conservando la facultad de recuperarla mediante la expropiación cuando el bien común lo requiera.

<sup>10</sup> *Garantía de audiencia en materia de expropiación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Serie Debates, Pleno, 1999, pp. XIII-XVI.

En los casos de expropiación existe una necesidad pública urgente de cubrir que requiere una determinación rápida, la cual no podría lograrse oyendo al afectado ante los tribunales con las formalidades de un juicio.

El vocablo “mediante” que contiene el artículo 14 constitucional no significa que la garantía deba ser previa, ya que la interpretación directa de ese artículo y su evolución a través de la doctrina judicial de la Suprema Corte permite llegar a la conclusión de que puede ser posterior.

No puede concluirse que debe otorgarse audiencia previa para evitar que se cometan arbitrariedades en la expropiación porque, en primer lugar, con ello se acabaría con el principio de presunción de validez de los actos de autoridad que rige en derecho administrativo y que dispone que debe presumirse que éstos buscan el bien de la comunidad y, en segundo lugar, porque el hecho de que se dé no descarta por sí solo que se realice el acto arbitrario.

Es incorrecto decir que con la expropiación se priva al gobernado de su derecho de propiedad y se le deja sin nada, toda vez que a cambio del bien que necesita la comunidad se queda con un derecho que le reconoce la Constitución: la indemnización.

Si bien es cierto que varios ordenamientos estatales sí contemplan la garantía de audiencia previa, esto no significa que por ello deba otorgarse en esa forma, pues el artículo 27, fracción VI, de la Constitución señala que a la Federación y a los Estados corresponde determinar cómo hacerlo, dejándolos en libertad para ello.

Si algún tratado internacional celebrado por México pudiera contemplar la garantía de audiencia previa a favor de extranjeros, es un problema diverso que nada tiene que ver con la *litis* porque en este asunto no se está impugnando la inconstitucionalidad de ningún tratado sino únicamente se está discutiendo si la Ley de Expropiación viola la carta magna por no contemplarla de esta forma; además de que no se puede interpretar ésta partiendo de un tratado.

Con el otorgamiento de audiencia posterior se respeta al bien común que protege el artículo 27 de la ley fundamental, y al derecho de ser oído que consagra en su numeral 14, ya que tanto los medios ordinarios de defensa como el amparo otorgan esa oportunidad.

Se aduce, por parte de la minoría de los ministros opuestos a las afirmaciones anteriores, que el artículo 27 constitucional no establece la audiencia como requisito de expropiación, porque tal afirmación se apoya

en una interpretación que se aparta del texto de dicho precepto, ya que éste establece las condiciones para su procedencia, mas no excluye en esta materia las demás garantías de seguridad jurídica previstas por los artículos 14 y 16 de la carta magna.

Se afirma que la expropiación no obedece a circunstancias urgentes, y que por lo mismo no pueda oírse previamente al afectado porque esa oportunidad de defensa no debe necesariamente sustanciarse ante tribunales y con las formalidades de un juicio, pues ello puede lograrse mediante un procedimiento administrativo sencillo que permita defenderse eficazmente contra las autoridades. La urgencia en el despacho de la expropiación no justifica la excepción a la regla de audiencia previa, dado que si bien ello puede ser verdad en casos de suma premura, como en el de catástrofes, no lo es cuando se trata de otros casos de utilidad pública, ya que su declaración presupone una actividad técnica y material (estudios de campo, aspectos presupuestales, dictámenes periciales, estudios estadísticos, proyecciones actuariales, medición de impactos ambientales, etcétera) que sólo puede sustanciarse con cierto tiempo.

La posible intervención del afectado en el procedimiento expropiatorio no sólo se traduciría en la observancia efectiva de la garantía de audiencia, sino que constituiría un mecanismo de control o autotutela de la propia administración en la regularidad de la expropiación, que legitimaría su actuación y evitaría que en este campo se cometieran arbitrariedades.

10. La prohibición impuesta de la pena de muerte en casos de delitos políticos, implica a *contrario sensu*, la aceptación de ella en otros casos tal como se explica en la parte final del artículo 22 constitucional. Aceptada la pena de muerte en esos casos, ahora se lee la prohibición de otras penas, entre ellas las inusitadas y trascendentales.

La prisión perpetua no puede entenderse como pena inusitada, a menos que ella se dé mediante cadenas físicas en el sentenciado, ya que lo anterior implica en la práctica, la privación inusitada de la vida del reo.

Ciertamente no se requiere que en un artículo específico se enumeren las penas prohibidas, sino basta y sobra con el calificativo inusitadas, para obtener de ahí las penas que deben estar prohibidas; sin embargo, en una interpretación histórica debe evolucionar el carácter de pena inusitada, de acuerdo con el tiempo, y considerarla ayer no implica considerarla ahora como pena inusitada. La prisión perpetua con “cadenas”

originó el binomio cadena perpetua, que ayer se consideró inusitada pero que ahora al no existir cadenas, la prisión perpetua no puede ser inusitada, pues es menor que la privación de la vida, que por otra parte se encuentra expresamente aceptada por nuestra Constitución.

La interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia el 21 de enero de 1931 y el 11 de agosto de 1939,<sup>11</sup> a la prisión perpetua como pena inusitada, se entiende y explica en relación a esos tiempos, pero considerarla vigente en los actuales implica aceptar una laguna constitucional en el artículo 22 que no existe.

11. ¿A qué cargo se referirá la fracción III del artículo 20, al decir: “y puede contestar el cargo”? Pues esa palabra aparece con otras extensiones gramaticales, en los artículos 32, 36, 41, 101, 108 y 130; y también aparece en el artículo 115 en el inciso a) fracción IV, con una connotación semántica distinta a las anteriores.

El concepto imputación puede deslindar los tres espacios lingüísticos ocasionados por ese vocablo.

Este comentario no lo formularíamos si no se tratase de la materia penal que se rige en la doctrina y en la legislación por el principio de causalidad jurídica en la que: no hay consecuencia jurídica en materia penal sin supuesto específico de una ley.

12. Los límites impuestos a la libertad de escribir y publicar escritos, como derecho subjetivo público pleno, tienen correspondencia en cuanto a su seguridad jurídica, en la obligación de ser juzgados por un jurado, tal como se lee en la fracción VI del artículo 20.

En el artículo 7o. relativo a esa libertad, se especifica como límite el respeto a la paz pública. En la fracción mencionada del artículo citado, se habla de los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público.

¿Podrán establecerse las diferencias legales entre paz pública y orden público?

13. La configuración gramatical del género masculino en la que está redactada la titularidad de la mayor parte de los puestos públicos, tiene un peso favorable en la inducción en caso de acceso a ellos mediante el voto popular, a favor de los ciudadanos de género masculino. Así se lee en diferentes artículos: presidente, en el 82; secretario, en el 91; jefe,

<sup>11</sup> Quinta época, segunda sala, t. XXXI, p. 347 y Quinta época, primera sala, t. LXI, p. 2390

en el 92; diputado, en el 55; senador, en el 58; procurador, en el 102; ministro, en el 97.

La concordancia gramatical en género masculino de los artículos mencionados, chocan con los principios establecidos en los artículos 3o, inciso c), fracción II, y con el artículo 4o. como párrafo segundo.

14. No existe concordancia plena, al menos de manera explícita, entre los artículos 94 y 113 de la Constitución, en la parte relativa a “las bases” señaladas en el párrafo cuarto del primer artículo mencionado, al referirse a “las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación”. En tanto el artículo 113 indica que las leyes sobre responsabilidades de los servidores públicos, determinarán obligaciones, sanciones, procedimientos y autoridades para aplicarlas. En la lectura de las demás disposiciones constitucionales no se encuentra de manera explícita, aunque sea de manera genérica, las bases de las responsabilidades de los miembros del Poder Judicial mencionado, dejando serias lagunas para integrarlas de manera coherente con la propia Constitución.

No se quiere, necesariamente, la relación de “las bases” descritas en unos y otros casos en la Constitución, como se aplica en los artículos 41, 115, 121, 122 y 123, cuyas descripciones de contenido son precedidas de la palabra bases, pero sí se requiere que en los dos capítulos correlacionados, en este caso el IV y el título específico para las responsabilidades de los servidores públicos, se encuentren las especificaciones de dichas bases y no extrapolarlas de situaciones aisladas descritas en el artículo 101 de este ordenamiento, que si bien se estudian no pueden elevarse a la categoría de bases constitucionales porque se refieren a aspectos administrativos que pueden integrarse en un ordenamiento inferior.

15. La consignación a un juez de distrito de la autoridad que insista en la repetición del acto reclamado o trate de eludir la sentencia respectiva, lo anterior como facultad de la Suprema Corte de Justicia, entra en colisión con la facultad de solicitar las órdenes de aprehensión por el ministerio público. Así los artículos 21, 102 y 107, en ese acto, se encuentran en contradicción.

Evasivas, desacato, contumacia, encuentran en conflicto a dos disposiciones constitucionales y a las disposiciones inferiores que las regulan, en este caso al 208 y 108 de la Ley de Amparo.

*2. Por su forma abstracta, lato sensu*

Ciertamente la norma jurídica debe expresarse mediante juicios lógicos breves, abstractos, generales e impersonales. Este principio rige para toda clase de normas que permiten a su vez que mediante una disposición reglamentaria, o genéricamente reglamentaria, se puedan detallar y explicar los aspectos abstractos de la norma superior. En el caso de las normas constitucionales por su propia naturaleza, de norma fundante, el principio de la abstracción llega a veces a casos extremos, constituyéndose en normas de principios axiológicos de difícil interpretación y ubicación conceptual.

Por supuesto que esta circunstancia se encuentra en la redacción general de nuestra Constitución. Lo que ahora se critica no es la abstracción sino las contradicciones conceptuales que se encuentran como antinomias axiológicas, que ahora detallamos:

1. El concepto privilegio que se encuentra en la parte final del artículo 28 al afirmar que no constituyen monopolios los privilegios temporales concedidos a los autores, artistas, inventores y perfeccionadores de alguna mejora, en franca contradicción con los privilegios de grupos que deben evitarse en el proceso educativo, para contribuir a la mejor convivencia humana.

2. Para que haya plena concordancia entre los numerales constitucionales 35 y 38, debe agregarse la preposición copulativa *y*, a la preposición disyuntiva *o*, para quedar en el artículo 38: los derechos y/o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden. En efecto, la fracción I se refiere a los derechos que se suspenden por el incumplimiento de las obligaciones del ciudadano, especificadas en el artículo 36, y las prerrogativas que se suspenden se refieren a las prerrogativas políticas mencionadas en el artículo 35.

3. De suyo, el artículo 30. constitucional es axiológico. Poca importancia tendrían en el terreno jurídico tales aspectos si nada mas hubiera necesidad de especificarlos en objetivos pedagógicos, pero sucede que en muchos casos, del terreno educativo con bastante facilidad y frecuencia se pasa al terreno jurídico en cuyo espacio el concepto axiológico adquiere una dimensión discrecional extrema.

El amor a la patria, mencionado en el párrafo segundo de dicho artículo, se encuentra en franca contradicción con la libertad del individuo

para enlistarse o no, en la guardia nacional según se lee en la fracción III y con la libertad de ser o no diestro en el manejo de las armas, en correspondencia con la libertad religiosa que prohíbe matar a sus semejantes.

También, en relación al amor a la patria y a su representación gráfica, objetiva, en los llamados símbolos nacionales como lo son la bandera, escudo e himno nacionales, su respeto, culto y disciplina con frecuencia entra en contradicción con el inciso c), fracción II, del artículo 3o. y el párrafo primero de dicho artículo cuando se refiere al derecho de todo individuo de recibir educación, reclamado entre otros, por algunas religiones o sectas religiosas.

En ese mismo artículo, la mejor convivencia humana pasa por el proceso educativo de evitar los privilegios de sexos, de la igualdad del varón y la mujer ante la ley, en contradicción con la práctica utilizada en el servicio militar, en la marina y en la fuerza aérea nacionales de permitir espacios sólo para los varones, como derecho para enlistarse en los mismos.

4. Veamos los siguientes artículos constitucionales en los cuales se observan principios abstractos que en primera lectura parecen iguales, pero están referidos a diferentes sujetos, a diferentes funciones y por supuesto a diferentes materias.

Surge el primer cuestionamiento: ¿Serán necesarios tantos principios generales abstractos para abarcar y comprender la responsabilidades de los servidores públicos? ¿Cumplidos los primeros, y sin agotar el cumplimiento de manera plena de los segundos, estaremos en el caso, aún así de una responsabilidad?

En el artículo 113 se habla de los siguientes principios a salvaguardar por los servidores públicos, sin especificar puesto o poder alguno, sino a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en la administración pública federal, incluyendo a los servidores públicos electorales: legalidad, honradez, imparcialidad y eficiencia.

Establecido el principio general para los servidores públicos, ahora se especifican, de la siguiente manera:

En el artículo 21 se dice que las instituciones policiales y por ende los servidores públicos con tales funciones, deberán actuar bajo los principios de: legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. En esta pri-

mera lectura no aparece el principio de imparcialidad y se le agrega el de profesionalismo.

En el ejercicio de la función electoral, los funcionarios electorales, ajustarán su conducta a los siguientes principios: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, según se aprecia en el artículo 41. A los principios señalados en el 113, se les agrega ahora la certeza, independencia y objetividad.

La carrera judicial se regirá por los principios de: excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, según indica el artículo 100. Aún cuando se trata de una disposición académica para futuros funcionarios judiciales, finalmente éstos deben salvaguardar en el ejercicio de sus funciones como servidores públicos los principios establecidos en el artículo 113. Por tal razón, entre formación profesional y función del servicio público, hay correspondencia en uno sólo de los principios, en este caso el de la imparcialidad, agregándosele: los principios de excelencia, objetividad, profesionalismo e independencia.

En la fracción III, del artículo 109, del título referido a las responsabilidades de los servidores públicos, se indica que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, en franca correspondencia con el principio general señalado en el artículo 113. Así, disposición general y sanciones generales de rango constitucional, forman una ecuación de causa y efecto de manera plena, por lo que el cuestionamiento arriba señalado sobre la aplicación de otros principios para casos especiales, existiendo un principio general, tiene pertinencia.

A los principios abstractos de carácter axiológico, debemos agregarles los de eficiencia y eficacia, en las licitaciones públicas señaladas por artículo 130, aspectos difíciles de señalar y probar en cuanto a características legales, en casos concretos. ¿La imparcialidad en las licitaciones no implica eficacia y eficiencia en las mismas?

Las anteriores comparaciones entre los principios a proteger por los servidores públicos no son ociosas ni son divagaciones teóricas, pues en la presencia de un caso concreto en el cual se hayan cumplido todos los principios generales y no se haya salvaguardado un principio especial, la respuesta jurisdiccional será siempre cuestionable por la naturaleza axiológica de esas abstracciones.

5. ¿Cuál es el concepto constitucional de libertad, como principio axiológico pleno, manejado en los artículos 5o., 14 y 25 de ese ordenamiento? ¿Se fundamenta en el derecho natural o en el positivismo jurídico?

¿Existen las libertades en la actividad económica, tal como lo establece el artículo 25? ¿Sólo la justa distribución del ingreso y la riqueza, permiten el pleno ejercicio de la libertad?

### 3. *Por su metodología*

En las reformas constitucionales de las dos últimas décadas no se ha respetado la metodología básica impuesta en el documento original de 1917. Los problemas de construcción técnica que ahora se apuntan tienen que ver con cuatro aspectos:

1. En lugar de disposiciones abstractas, generales, redactadas con un lenguaje directo se han establecidos disposiciones detalladas, explicativas, propias de normas inferiores o reglamentarias.

Se han creado órganos y organismos constitucionales paralelos, de la misma jerarquía de los poderes constitucionales, con facultades y obligaciones, explicadas al detalle, a veces con más extensión que los poderes señalados.

Tales son los casos de los siguientes artículos: 41, relativo a los partidos políticos, en el que se enumeran y detallan las bases de su campo de acción, facultades y funcionamiento, con escasas obligaciones constitucionales en comparación con las atribuciones concedidas; 100, en lo que respecta al Consejo de la Judicatura Federal, ahí se detallan en exceso su funcionamiento, así como bases y principios para el desarrollo de la carrera judicial; el 122, relativo al gobierno del Distrito Federal, relatado los ámbitos de competencias de otros poderes para finalmente arribar a sus ámbitos de competencia, en bases escritas al detalle reglamentario.

2. Al hacer un estudio comparativo entre algunos conceptos utilizados en diferentes numerales constitucionales se observa el uso semántico diferenciado en la misma palabra, esto indudablemente acarrea problemas de interpretación que como ya se ha dicho no pueden subsanarse debido al grado jerárquico superior que tienen las palabras y los artículos en cuestión. Así, para referirse a un mismo tema, se habla de *asuntos, objeto y negocios*, en los artículos 67, 79 y 102; y con un contenido altamente diferenciado se habla de *criterios* en los artículos 3o., 26 y 74; bases y prevenciones en los artículos 109, 41, 115, 121, 122 y 123; *conflictos*,

*diferencias y asuntos* aparecen como conceptos semejantes, pero en campos semánticos distintos, en el artículo 123, fracciones XX y XXXI; *elección popular* en el 115 y *votación universal, libre, directa y secreta* en el 122.

3. La presentación esquemática de la Constitución, mediante apartados y bases que ahora se dan en algunos artículos numerales constitucionales, seguidos de fracciones, números arábigos, e incisos, todo esto en un mismo artículo, como se indica en los artículos 20, 27, 37, 105, 115, 116, 122, 123, crea en la práctica serias confusiones lógicas en la comprensión, exposición y aplicación de los contenidos, a casos concretos.

4. El artículo 73 pudiera ser motivo de una más amplia investigación sobre las facultades que la Federación ha atraído a su ámbito de competencia en detrimento de las atribuciones que se entendían reservadas a los Estados.

Tal vez en su redacción se ha tenido cuidado de que no existan antinomias y lagunas en la correspondencia de las facultades concedidas a unos y reservadas a otros, pero lo que no se discute es el vacío ontológico de la autonomía e independencia de las entidades federativas que al substraérseles las facultades anteriormente reservadas a ellas y colocadas, una por una, en las facultades del Congreso o de la Federación, se ha quedado la Constitución sin Federalismo ni Pacto Federal, creando con ello una laguna ontológica de graves proporciones políticas en los tiempos actuales. ¿Quién triunfó: Fray Servando o Ramos Arizpe?

### III. POR SUS EFECTOS EN LA TEORÍA JURÍDICA

#### 1. *En la certeza del derecho*

Aulis Aarnio<sup>12</sup> está convencido de que predecir es un componente esencial de la seguridad como fin del derecho. Se espera que las reglas jurídicas y su aplicación mantengan el orden social de tal manera que sea posible que los miembros de la sociedad puedan planificar sus actividades por adelantado, tanto individual como colectivamente. Las alteraciones judiciales impredecibles en la práctica de la aplicación de las normas, debilitaría la base de la certeza del derecho.

<sup>12</sup> Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 81.

La cuestión de la predictibilidad merece ser examinada más de cerca. Para los propósitos de este trabajo quisiera hacer una distinción entre la aproximación sistemática interna y la aproximación sistemática externa respecto al derecho, siguiendo la teoría de Aarnio. Esto es, el juez o la persona encargada de la aplicación de normas en la administración de justicia. Desde el punto de vista interno del sistema, la pregunta fundamental es: ¿cuál es el método científico para una decisión jurídica en lo que concierne a los casos de normas con antinomias o lagunas en la propia ley?, ¿cuál es el peso de los argumentos emitidos en una jurisprudencia en los mismos supuestos?

Un teórico del derecho se aproxima a la práctica jurídica desde un punto de vista externo respecto al sistema. No es parte de la maquinaria social del ejercicio del poder como, por ejemplo, lo son los jueces. Los argumentos doctrinarios sólo forman una parte del material de las fuentes del derecho. No obstante, en ocasiones, la tarea propia de la dogmática del derecho se define de manera mucho más estrecha: la dogmática jurídica debe confinarse sólo a hacer predicciones de la práctica jurídica futura. Sin embargo, esta concepción distorsiona gravemente la actividad de investigación en el área de la dogmática jurídica, tal y como se lleva a cabo en la mayoría de los países. En el nuestro, son pocas por no decir nulas las investigaciones sobre las cuales se basan los jueces para orientar sus decisiones en casos de lagunas y antinomias. Con un grave temor mencionan tesis y nombres de investigadores nacionales que puedan orientar sus decisiones judiciales. Hay una exacerbada endogamia en sus argumentaciones jurídicas, con un grave desprecio por los criterios externos sobre temas específicos. Así la predictibilidad del derecho, en ausencia de investigaciones científicas y del uso de las mismas por parte de los juzgadores, se vuelve incierta.

A los investigadores jurídicos les interesa encontrar en la argumentación dada por el juzgador, alguna tesis, criterio, escuela e incluso de ser posible, la construcción de una teoría valida para gran parte de los problemas concretos que la realidad social y política del país está presentando. No se quiere o no queremos una conducta azarosa, incierta, impredecible, hecha mas bien de acuerdo con los vaivenes y pesos de partidos políticos que con las fuerzas teóricas o argumentos de nuestra ciencia.

La tarea en este terreno es inmensa. Sólo hombres y hombros, con aguda perspicacia intelectual y atlética contextura, podrán construir los

paradigmas de los que habla Kuhn,<sup>13</sup> aunque en primera instancia para ser verdaderos necesiten el rechazo por parte de la comunidad científica.

## 2. *En la descodificación del derecho*

Los espacios de la vida social que el derecho ha menester regular, se han multiplicado; la conducta desarrollada por el hombre, en cuanto a su naturaleza psicológica permanece igual, aunque orientada en una fuerte filosofía pragmática, utilitarista, que arrastra al hombre de nuestros días hacia objetivos en conflicto con el derecho; las instituciones jurídicas, otrora íntegras, plenas han sido estiradas al máximo en su afán de capturar la nueva realidad social, presentando así roturas, agujeros en la tela reguladora del derecho; los bienes y valores a repartir, fuertemente impregnados por la doctrina materialista de nuestros días no logran satisfacer los fines del derecho que por definición permanecen al par que los fines de la justicia y de la equidad.

En ese panorama, el juzgador pondera y distribuye la riqueza axiológica que se ha dejado en sus manos, y con un método discrecional y ponderativo, sin quererlo, va quitándole al derecho las formalidades del código para depositarlo en fuentes más amplias, vastas y generales en que la equidad encuentra su razón de ser.

Código o equidad; método o discrecionalidad; ciencia libre o ciencia rígida, son ahora en su conjunto las grandes disyuntivas teóricas de nuestra ciencia. Lorenzetti<sup>14</sup> nos cuestiona: la tarea del intérprete se ha vuelto decisiva; prueba de ello es el rol protagónico que se le reconoce al juez, y la labor creativa de la jurisprudencia y doctrina. El lenguaje jurídico se ha contaminado de genética, economía, moral, tecnología, computación, y es poco lo que exporta al resto de la sociedad. ¿Asistimos a una era de descodificación?

La sociología aplicada a nuestra ciencia debe entrar de inmediato para investigar esta disyuntiva. En una primera parte, atendiendo a la sociología aplicada, la dimensión temporal en que Luhmann coloca el concepto de norma, como expectativa generalizada temporalmente y con ello el concepto de sanción, no debe estar socialmente aislada. Luhmann

<sup>13</sup> Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 28.

<sup>14</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Argentina, Rubin-  
zal, 1995, p. 13.

asegura que el derecho afianza la compatibilidad entre los diversos mecanismos que en cada una de las dimensiones de sentido posibilitan la generalización de las expectativas. Los mecanismos existentes en las diversas épocas de la evolución social varían: el grado de generalización requerido en cada una de las dimensiones depende de la complejidad del sistema social, y ésta depende, a su vez, de las posibilidades de generalización existentes. Luhmann reserva el nombre de derecho a esta función de generalización congruente de expectativas normativas en el ámbito de la sociedad.

En la segunda parte, el análisis se refiere al derecho moderno, entendiendo por tal el subsistema jurídico diferenciado funcionalmente en el sistema global sociedad. No se trata ya, por tanto, de una respuesta estructural ante un determinado problema funcional, sino de la creación de un sistema: dado el grado de complejidad sistémica y ambiental, la respuesta del sistema social para reducir el desequilibrio de complejidad no es ya simplemente la formación de nuevas estructuras o la utilización reflexiva de éstas. La sociedad moderna aumenta su potencial de complejidad, formando en su seno diversos subsistemas y entre ellos está el sistema jurídico.

Si el lenguaje jurídico se ha contaminado de genética, economía, tecnología computacional, debemos vacunarlo con el lenguaje de Luhmann que al decir de Giménez Alcover<sup>15</sup> es el único de los pensadores alemanes que ha elaborado una sociología del derecho.

En las explicaciones arriba mencionadas hemos seguido la teoría de Luhmann aplicada al derecho, en cuanto a un sistema complejo, en la cual el sociólogo alemán afirma:

La distinción que constituye la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad. Un estado de *facto* se expresa en dos versiones distintas: como unidad y como multiplicidad, y el concepto niega que aquí se esté tratando de algo distinto. Con esto se bloquea la salida, bastante cómoda, que consiste en el hecho de que da la complejidad a veces se hable como de unidad y a veces como de multiplicidad. Pero esto nos lleva sólo a la pregunta ulterior: ¿cómo se puede transformar la paradoja en un modo creativo, cómo la paradoja puede desarrollarse?

<sup>15</sup> Giménez Alcover, Pilar, *El derecho en la teoría de Niklas Luhmann*, Barcelona, 1993, p. 163.

La respuesta que ordinariamente se da consiste en descomponer la complejidad mediante los conceptos de elemento y relación, es decir, mediante una distinción ulterior. Una unidad, se dice, es compleja en la medida en que posee varios elementos y los une mediante relaciones. Pero esto se puede realizar únicamente con la condición de que no sólo se cuantifiquen los elementos, sino que se consideren las diversidades cualitativas; y además, con la condición de que se considere también la dimensión temporal, y se admitan, por tanto, de ahí en adelante, también las diversidades, es decir, los elementos inestables. Elaborado de esta manera, el concepto de complejidad se vuelve, al mismo tiempo, más complejo y más realista, y se vuelve también multidimensional, por lo que se pierde la posibilidad de confrontar la complejidad ante lo que es más grande o más pequeño.<sup>16</sup>

¿Estaremos ante la presencia de un subsistema que ha roto sus fuerzas de equilibrio? O, para aceptar con Hart: cuando el desequilibrio aparece podemos decir que la sociedad, junto con su soberano, es un Estado independiente único, y podemos hablar de su derecho; cuando falta, no podemos usar ninguna de estas expresiones, porque la relación entre soberano y súbdito, según esta teoría, forma parte del significado mismo de ellas. Así, ¿estaremos en el tránsito del cambio de lugar por parte del soberano que ha decidido trasladar su imperio del ámbito legislativo al ámbito del juzgador, como ayer cambió del ejecutivo al espacio ya mencionado?

### 3. En el conflicto del control constitucional

No podemos contar como anécdota la prohibición impuesta por Justiniano de interpretar el *Digesto sive pandecta yuris*, que constituyó al decir de Cisneros,<sup>17</sup> la primera interpretación auténtica respecto a un documento legal ni mucho menos como superficial la apropiación de la facultad de interpretar la Constitución, por parte del constituyente francés. Son hitos de la historia que han marcado profundas diferencias en el manejo de esa parte constitucional.

<sup>16</sup> Luhmann, Niklas y Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, México, U. de G., ITESO, 1994, pp. 59 y 60.

<sup>17</sup> Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, México, Trillas, 2000, p. 56.

No se crea que en la regulación de ese *control* sólo intervienen los hacedores de la ley y los aplicadores de la misma, ha participado también el Poder Ejecutivo. En suma todos los poderes.

Desde la casación que entró para provocar el ejercicio del poder de anulación por parte del soberano, referido a la actuación de los jueces, no era necesariamente una función que pudiera considerarse estrictamente jurisdiccional. La casación quedaba comprendida en el llamado Poder Ejecutivo, o, si se quiere decir de un modo más exacto en el poder de control jurídico de que hablan los publicistas alemanes. *El Conseil des parties* ejercitaba, por tanto, como órgano de casación, una función de naturaleza ejecutiva, destinada a controlar el mantenimiento de las ordenanzas por parte de los jueces. Calamandrei<sup>18</sup> nos narra de manera eficiente el proceso evolutivo que siguió la *Corte de Casación* y el *Conseil des Parties* trayendo su origen del soberano, podía cuando el soberano quisiera convertirse en un órgano legislativo o actuar en un contenido estrictamente jurisdiccional.

En nuestros días este tema recibe el bautismo de John Marshall, a la idea fundamental de la desaplicación por parte de todos los jueces y con ello el control constitucional, al expresar de que una ley repugnante a la Constitución es nula y que debe ser elevado ese principio a la categoría de sagrado, esencial a todas las Constituciones escritas. Marshall dejó firme el principio de que si la Constitución es ley suprema y no es mutable por vía ordinaria entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley, entra por tanto en la competencia y en los deberes del Poder Judicial, el cometido de declarar cuál es la ley.

Volvamos los ojos a la región más transparente del aire. El control constitucional ha implicado en la historia de nuestro país una serie de conflictos armados, sangrientos, que a veces han culminado con fuertes productos constitucionales, y otras sólo con bajas numéricas entre los contendientes.

Asistimos en los tiempos actuales a la apertura de un gran proceso democrático que ha derribado los muros del autoritarismo, y se ha iniciado un proceso de grandes responsabilidades en los ciudadanos, tal vez con mayor peso en el universo de los juristas.

<sup>18</sup> Calamandrei, Piero, *La casación civil*, pról. de Niceto Alcalá-Zamora y trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, t. I., vol. I, p. 410.

Requerimos de voces autorizadas, sensibles, perspicaces que puedan otear los límites de otros horizontes. Habrá que tomar en cuenta las opiniones de Valadés,<sup>19</sup> cuando afirma: con los nuevos sistemas constitucionales lo que se procura no es limitar facultades de unos para favorecer a otros, sino robustecer las de todos; la noción de control político debe vincularse a la de responsabilidad pública; y ésta, en una concepción democrática está determinada por la existencia de una voluntad razonable y libre.

Para atenuar los efectos de la lucha contra el poder, o por el poder, desde Maquiavelo hasta nuestros días, la teoría constitucionalista transfirió el espacio normado de una buena parte de esas luchas a la misma Constitución. Ahora debemos referirlas hacia los espacios académicos que con más argumentos racionales y prudencia pueden darnos las orientaciones definitivas.



<sup>19</sup> Valadés, *op. cit.*, nota 4, pp. 162-164.