

La inconstitucionalidad como antinomia*

Miguel Bonilla López
Juez de Distrito

I

Con miras a penetrar su esencia, examinaré con ustedes la inconstitucionalidad de la ley, pero no la que deriva de infracciones al procedimiento que regula la emisión de las normas, la cual, al final del día, se reduce a constatar una cuestión meramente empírica. Discernido el contenido de las normas constitucionales que regulan la creación de la norma legal, basta hacer un juicio de contraste sobre *hechos*: esta disposición pertenece a una ley que fue o no iniciada ante la Cámara correspondiente, que fue o no fue votada por la mayoría requerida, que fue o no emitida por la asamblea competente, que fue o no promulgada en forma... En verdad, no se trata de un problema mayor. Basta con asomarse a las actas de las sesiones parlamentarias o a las publicaciones oficiales de las leyes y contar el número de legisladores presentes y el número de votos otorgados.

No ocurre lo mismo cuando la inconstitucionalidad se predica de una norma legal que se dice es contraria a una norma de la Constitución de carácter sustantivo. Aquí no se trata de hacer meros juicios de hecho. Aquí se tienen que establecer significados y compararlos entre sí, y argumentar en una forma muy diferente a la que cabe esperar de una inconstitucionalidad procedimental. Además, esta segunda clase de inconstitucionalidad resulta más “trágica”, por así decirlo: de un cierto significado depende o una libertad o una competencia, y si en algo los seres humanos hemos demostrado falta de unanimidad es precisamente en los significados. Y de lo trágico vale la pena ocuparse.

Sin embargo, el análisis de la inconstitucionalidad que les sugiero es diferente del que de ordinario se ocupa la doctrina. Pretendo que veamos su naturaleza, su singularidad como fenómeno normativo; definirla, hallar una expresión que la explique y la distinga.

Algunos suponen que este empeño es inútil o banal, una perogrullada. Arguyen sin más que la ley inconstitucional es la ley que contraviene a la Constitución, y piden que pasemos a otra cosa. Aseguran que es más apremiante saber qué hacer con una ley contraria a la norma suprema, a través de qué medios combatirla, cuáles serían los efectos de constatar que una ley lo es.

Hay dos objeciones poderosas contra esta forma de proceder. La primera es que quien pretende definir la ley inconstitucional del modo descrito cae en una regresión *ad infinitum*, un círculo vicioso del que nada sale en claro: la ley inconstitucional es la ley que contraviene a la Constitución y ésta es la ley inconstitucional, es decir la que contraviene a la Constitución, o sea,

* Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional, auspiciado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de la Judicatura Federal, el 5 de noviembre de 2015. El texto se basa en el ensayo de mayores alcances, “Constitución, ley y antinomia (continuidad del diálogo entre Antígona y Creonte)”, en Bonilla López, Miguel, *Tribunales, normas y derechos. Los derechos de rango máximo y la inconstitucionalidad de ley en la jurisprudencia mexicana*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 159 a 262.

la ley inconstitucional... Como si al inquirirnos qué es el sol respondiéramos al ingenuo que nos pregunta: “Es la estrella que brilla de día”, sin reparar en que la noción de día sólo tiene sentido por la presencia o ausencia del sol... y que los ingenuos verdaderos somos nosotros. Así, resulta que la pregunta no es perogrullada; tiene valor heurístico: es la clase de pregunta que distingue al que piensa que su trabajo sólo es poner ladrillos del que sabe que es hacer edificios.

La segunda objeción es que sin duda apremia saber cuáles son los remedios de las leyes inconstitucionales y qué podemos exigir de los tribunales que así las declaran, sí, pero a condición de que podamos argumentar ante ellos por qué es que una cierta norma secundaria ha de reputarse contraria a la Constitución; a condición de que los jueces puedan sostener fundadamente que alguna norma lo es (o no). Aquí es dónde se ve en toda su expresión el valor heurístico de interrogarnos sobre el significado de ley inconstitucional: de la respuesta dependerá si somos asertivos al exponer nuestro caso ante las cortes o al formular nuestras consideraciones en el fallo.

No veo la necesidad de ejemplificarlo; ustedes coincidirán conmigo: ¡cuántos y cuántos casos se ventilan en los tribunales sobre la inconstitucionalidad de leyes (y ahora, sobre su inconventionalidad) cuyo destino mejor es el archivo!

Paso, pues, a nuestro asunto.

Me serviré de tres fragmentos como eje de mi exposición. Uno es de Miguel de Cervantes, el segundo de Ludwig Wittgenstein y el tercero de Michel de Montaigne.

II

La primer cita:

Y el primero que maese Nicolás le dio en las manos fue *Los cuatro de Amadís de Gaula*, y dijo el cura:

—Parece cosa de misterio ésta, porque, según he oído decir, este libro fue el primero de caballerías que se imprimió en España, y todos los demás han tomado principio y origen en éste; y así, me parece que, como a dogmatizador de una secta tan mala, le debemos sin excusa alguna condenar al fuego.

—No, señor —dijo el barbero—, que también he oído decir que es el mejor de todos los libros que de este género se han compuesto; y así, como a único en su arte, se debe perdonar.

—Así es verdad —dijo el cura—, y por esa razón se le otorga la vida por ahora [...]

En este pasaje del *Quijote* —del capítulo llamado “Del donoso y grande escrutinio que el cura y el barbero hicieron en la librería de nuestro ingenioso hidalgo”—¹ se expresa la esencia de las contradicciones normativas. Puestos a salvar a Don Alonso, el cura y el barbero entran a su biblioteca “de más de cien cuerpos de libros grandes, muy bien encuadernados, y otros pequeños”, y encuentran en las novelas de caballerías la causa de sus desvaríos. Forman una pila para quemarlas. No reparan en destruir ninguna, salvo la del Amadís, el primero entre todos los caballeros andantes. Dudan si el libro merece el mismo destino. El cura apela a una máxima, que puede enunciarse así: “Los libros que son la fuente de doctrinas perniciosas deben ser quemados”, y toma el libro para arrojarlo a las llamas. Lo detiene el barbero, profesión de hombres prácticos si la hay, enunciando otra regla: “Los libros que son únicos en su género

¹ Cervantes, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, México, Santillana-Real Academia Española, 2004, pp. 60 a 69.

deben conservarse”. Con base en esta última norma, el del virtuoso caballero Amadís de Gaula se salva.

La esencia de las contradicciones normativas es la imposibilidad de dar satisfacción simultánea a las normas contendientes. Si se cumple con una, la otra dejará de verse satisfecha. Si se adopta la norma del cura, el libro arderá en el fuego y no podrá verse salvado, que es lo que ordena la norma del barbero. Si se adopta la de éste, el libro seguirá depositado en los estantes, pero la regla que pregona el cura no se verá cumplida y a la hoguera que inició faltará combustible. A este fenómeno, los antiguos lo llamaron “antinomia”.

La palabra “antinomia” es de cuño milenario —tan sólo en nuestro idioma su empleo es verificable desde 1597.² La han acogido prácticamente todas las lenguas. Hoy por hoy resulta polivalente: lo mismo se usa en el lenguaje de la filosofía, en el de la lógica y en el jurídico. Literalmente significa conflicto de leyes o, más propiamente, “contradicción en las leyes”. Dice el *Diccionario de uso del español* de María Moliner: “Contradicción entre dos cosas tales como dos leyes o dos principios” y el de la Real Academia, en su primera acepción: “Contradicción entre dos preceptos legales”. Hay quien va más allá: “contradicción entre dos leyes vigentes”.³

La expresión era de uso frecuente entre los romanos, aunque su origen es griego: el prefijo *anti* (contrario u opuesto) y el sustantivo *nómos* (ley). La palabra estaba referida a la situación en la que se hayan dos leyes que se contraponen. Una antinomia no era una ley que contradecía a otra; era el fenómeno mismo en el que dos leyes se contradecían, en el sentido de que satisfacer el contenido de una implicaba dejar a la otra insatisfecha. Quintiliano la consigna con ese tenor en su tratado de retórica y oratoria (VII, 7, 1):

*Proximum est de legibus contrariis dicere, quia inter omnes artium scriptores constitit in antinomia duos esse scripti et voluntatis status [...]*⁴

Traducido, el pasaje diría más o menos esto:

El siguiente tema que se examinará es el de las leyes contrarias. Los autores coinciden en que hay antinomia cuando las leyes se contradicen entre sí en su letra o en su espíritu.

Los ejemplos de Quintiliano son de esta índole: una ley que previene que debe erigirse estatua del tiranicida en el Gimnasio frente a otra que prohíbe erigir estatuas de mujeres en el Gimnasio, y resulta que hay que determinar a qué ley hacer caso si quien liberó al pueblo del

² Corominas, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed., Madrid, Gredos, 2005, voz “antinomia”, p. 54, y Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª ed., México, FCE, 2004, voz “antinomias kantianas”, p. 85.

³ Gómez de Silva, Guido de, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, México, FCE, 2008, voz “antinomia”, p. 64. Cursivas mías.

⁴ Tomado de la página http://www.intratext.com/IXT/LAT0332/_P25HTM Hasta donde sé, no existe traducción al español del séptimo capítulo del Libro VII de las *Instituciones oratorias*. La versión que de éstas circula en nuestro idioma, fruto de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier en 1799 (*Instituciones oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano*, Madrid, 1799, Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, tomo segundo, pp. 1 a 20), sólo contiene el primer capítulo de ese Libro, pues su fuente no fue Quintiliano en directo, sino la edición expurgada del francés Charles Rollin (y lo corrobora Roberto Heredia Correa en su prólogo a Quintiliano, *Institución Oratoria*, México, Conaculta, 1999, p. 23). Tuve a la vista tres ediciones más: la francesa de M. C. V. Ouzille: *Ouvres completes de Quintilien*, París, Garnier, 1863, volumen III, pp. 274 a 277; la inglesa de H. E. Butler, *The Institutio Oratoria of Quintilian*, London, W. Heinemann, 1965, volumen III, pp. 143 a 149, y la italiana de Orazio Frilli, *Istituzioni Oratorie*, Bologna, Nicola Zanidelli Editore, 1974, libros VI-VII, pp. 207 a 213.

tirano fue una mujer; una ley que prohíbe a los generales abandonar la ciudad frente a la ley que establece que el libertador de la ciudad puede pedir lo que desee a sus conciudadanos, y resulta que hay que dilucidar cuál de las dos hay que aplicar cuando un general ha abandonado la ciudad pero es también quien la liberó, y pide no ser castigado por su falta; una ley que dispone que el hijo que no defienda a su padre queda desheredado contra la ley que dispone que al que defienda al traidor sea desterrado, y resulta que a quien hay que defender es al padre que ha sido acusado de traición.

No obstante, ninguno es del calibre del presentado por Cicerón en *De la invención retórica*. El suyo es el argumento de una tragedia. Refiere que la controversia nace de leyes contrarias cuando

dos o más leyes discrepan entre sí, de este modo: una ley: *el que mate a un tirano, reciba los premios de los olímpicos, y exija al magistrado cuanta cosa quiera para sí y el magistrado concédasela*, y otra ley: *cuando se haya matado a un tirano, el magistrado haga morir a cinco parientes suyos [del tiranicida] por cognación*. A Alejandro, quien había ocupado la tiranía entre los fereos, en Tesalia, su esposa, que se llamaba Tebe, de noche, como se acostaba junto con él, lo mató. Ésta, como premio, exige para sí al hijo suyo, que tenía del tirano. Hay quienes dicen que por ley es oportuno que el hijo sea matado. La cosa está en juicio.⁵

Como se ve, en una relación como las descritas, las normas ponen al destinatario ante una disyuntiva, pero no tanto por su particular situación fáctica frente a ellas, como por la circunstancia de que ambas están referidas a un mismo hecho y clase de sujeto normativo: haga lo que haga siempre dejará una de las normas sin satisfacción, y ello, la más de las veces, conlleva consecuencias negativas. Por otro, lado adviértase que en estos ejemplos clásicos de lo que es una antinomia la incompatibilidad no deviene de modalidades deónticas contrapuestas — prohibición *versus* obligación; obligación *versus* permisión; permisión *versus* prohibición—, pues incluso algunas de las normas en juego ni siquiera son mandatos; deviene de la imposibilidad de dar satisfacción a lo establecido por ellas. Así, me parece plausible suponer que ningún griego ni romano rechazaría esta propuesta: designar con la palabra “antinomia” el fenómeno de incompatibilidad entre normas vigentes dentro de un mismo sistema, sin importar su rango ni su tipo, siempre que, por su propia estructura y contenido, la satisfacción de una impida satisfacer la otra, en tanto cuanto ofrecen a un mismo caso una solución incompatible.

A mi entender, la teoría contemporánea de las antinomias descansa en una idea ajena al buen espíritu grecolatino, y además equivocada. Parte de que sólo existe un tipo de normas, las de mandato, y por ello es que las contradicciones se dan entre prohibiciones, obligaciones y permisiones (e incluso, de un modo en el que no se distinguen especies de mandatos: si se trata de enunciados categóricos o hipotéticos, ni si ordenan conductas o la consecución de finalidades).

⁵ Marco Tulio Cicerón, *De la invención retórica*, II, 144. La traducción es de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 1997, p. 125. Cursivas en el original. Fereos fue una ciudad de Tesalia. Alejandro y Tebe fueron personajes verdaderos. La historia que cuenta Cicerón se contrapone con la real, pues a Alejandro lo asesinaron los hermanos de Tebe alrededor del año 359 a.C., a iniciativa de la misma Tebe, luego de que su marido ordenase la muerte de otro de sus hermanos, Polifrón. Arrojaron su cadáver al mar, que fue rescatado por Dioniso para encargar a un pescador darle sepultura (Vinagre, Miguel A., “En torno a la datación del tragediógrafo Mosquión y al concepto griego de progreso humano en <http://www.emerita.revistas.csic.es/index.php/emerita/article/download/105/106>).

Sobre los enunciados normativos denominados mandatos (pero vistos, por decirlo de este modo, sin “refinar”), es que se han construido los axiomas de la lógica deóntica: no todo puede estar prohibido; dada una acción determinada y respecto de un mismo sujeto, o le está permitido cumplirla o le está permitido omitirla; para un mismo sujeto un acto no puede ser a la vez obligatorio y estar prohibido; lo que es obligatorio está permitido; si algo está prohibido, entonces está permitido omitirlo; una conducta no puede ser obligatoria si se permite su omisión; una conducta no puede estar a la vez prohibida y permitida; una acción es facultativa si y sólo si está permitido cumplirla y también está permitido omitirla; la permisón, la obligación y la prohibición pueden calificar conductas complejas; si está permitido un acto determinado u otro es lo mismo que afirmar que está permitido uno o está permitido el otro; la conjunción de dos actos es obligatoria si y sólo si cada uno de ellos es obligatorio; si es obligatorio realizar un acto o es obligatorio realizar otro, entonces será obligatorio realizar el uno o el otro; si la conjunción de dos actos está permitida, cada uno de ellos estará permitido; es lógicamente inadmisibles estar obligado a elegir entre dos alternativas prohibidas.⁶

Estos axiomas son los que subyacen bajo la teoría estándar de la antinomia. Por ejemplo, uno de estos axiomas dicta que si dentro de un sistema normativo una norma prohíbe una conducta, se entiende que al mismo tiempo *está autorizada la omisión* de la misma conducta (si está prohibido usar sombrero por una norma y se quiere predicar un mínimo de racionalidad en el sistema al que pertenece ésta, debe admitirse que está permitido tener la cabeza descubierta, esto es, no portar sombrero). De este modo, habría oposición entre dos enunciados si, ambos referidos a la misma conducta y a un mismo sujeto, al mismo tiempo y en el mismo lugar, uno la prohibiese y el otro obligara a realizarla (prohibido usar sombrero/obligatorio usar sombrero).

Si bien lo vemos, la incompatibilidad entre normas, *tal cual es normalmente explicada*, tiene que ver esencialmente con la discrepancia del carácter o modalidad deóntica (obligación, permisón, prohibición) y la coincidencia del contenido o conducta regulada, pues se presenta entre la norma que manda hacer alguna cosa y la que la prohíbe (relación a la que se llama de contrariedad), entre la que manda hacer alguna cosa y la que permite no hacerla (contradictoriedad) y entre la que prohíbe hacer alguna cosa y la que permite hacerla (contradictoriedad), perteneciendo cada par a un mismo sistema e iguales ámbitos personal, material, espacial y temporal de validez.⁷

Los autores sostienen que la antinomia “propia”, “genuina” o “real” se surte en cualquiera de los casos anotados, y muchos también sostienen que una condición *sine qua non* para que se presente el fenómeno es que las dos normas en oposición sean de igual rango, pues si la contraposición se da entre dos normas de jerarquía diferente, lo que se tiene es un problema de validez (o antinomia aparente).

A mi juicio, ninguna de estas dos tesis resiste el análisis.

En primer término, como he dicho, la teoría común sobre las antinomias parte de la premisa de que únicamente existe un tipo de normas en el orden jurídico: las regulativas, de mandato o deónticas, esto es, las que prohíben, permiten u obligan (y que la literatura estándar

⁶ Bulygin, Eugenio, “Lógica deóntica”, en Alchourrón, Carlos E., editor, *Lógica*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 129 a 141; Echave, Delia Teresa, María Eugenia Urquijo y Ricardo A. Guibourg, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 119 y ss., y García Máñez, Eduardo, *op. cit.*, pp. 108 a 109.

⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 187 a 189, Barrère Unzueta, María de los Ángeles *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 146; Betegón Carrillo, Jerónimo *et al.*, *op. cit.*, p. 272; Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 284 a 285, n. 1; Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 132, y Sorrenti, Giusi, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp. 9 a 10.

tiende a concebir como reglas, no como principios ni directrices que son otra especie de mandatos). Si así fuera, nada tendríamos que objetar y, al contrario, estaríamos de acuerdo que la esencia de la contradicción normativa está en la discrepancia del carácter y la coincidencia del contenido.

No obstante, en los cuerpos como la Constitución o las leyes conviven enunciados de diferente estructura: principios, directrices, reglas de acción, reglas de fin, normas que confieren poder, normas puramente constitutivas, definiciones y actos normativos.⁸ Así, una buena teoría de las antinomias tendría que dar cuenta de estos casos. En efecto, si bien concedemos en que son claramente opuestas la norma que prohíbe usar sombrero y la que obliga a usarlo (puesto que coinciden en su destinatario y objeto, pero no en su carácter), no menos cierto es que diríamos sin dudar que alguna clase de oposición existe si una primer norma prohibiera la conducta y una más, sin ordenar expresamente su realización, estableciera que a quien no la ejecutare cabe aplicarle cierto castigo (prohibido usar sombrero/a quien no use sombrero se le impondrá multa). En este supuesto tenemos sí, una norma de prohibición, pero contrapuesta a algo que ya no es una norma igual, una norma cuyos destinatario y objeto ya no coinciden con los de la primera: la segunda prescripción tiene como destinatario al sujeto que la ley faculta para sancionar y como contenido la emisión de una sanción.

También diríamos que alguna clase de incompatibilidad existe entre la norma que prohíbe usar sombrero con la norma que dispone que nadie tiene atribuciones para emitir normas en las que prohíba el uso de sombreros.

Otro supuesto: si la norma prohíbe *omitir* la conducta, se entiende que está autorizado ejecutarla: si está prohibido salir a la calle sin sombrero, tendrá que reconocerse que al mismo tiempo está autorizado portarlo en la testa. El legislador, se dice, al menos debe permitir cumplir con las obligaciones o las prohibiciones que impone, y permitir realizar las conductas a las que obliga u omitir aquellas que prohíbe; por ello, si una norma prohibiera salir sin sombrero y otra estableciera que es opcional salir o no con sombrero también diríamos que hay algún tipo de incompatibilidad, pero lo mismo cabría decir de la norma que previera imponer una sanción a quien trasgrediera la que previene la prohibición.

Pensemos ahora en una norma que dijera que el derecho de usar sombrero en los actos públicos se adquiere cuando una persona cumple dieciocho años y goza de buena reputación; pensemos en otra norma que dijera que los hombres menores de treinta años tienen prohibido usar sombrero. Sin duda que en este ejemplo se presenta una inconsistencia, pero es claro que ésta no se surte entre dos normas de mandato, pues sólo respecto de la segunda cabe predicar modalidad deóntica. La primera no obliga, no faculta y no ordena; dispone que, dado un supuesto de hecho, se produzca una consecuencia normativa. La segunda sí impone una conducta, la de abstenerse de usar sombrero si es que no se ha satisfecho una cierta condición.

Imaginemos una norma que define un cierto vocablo frente a otra que hace uso del mismo en un sentido diverso o que, incluso, lo define con otros elementos.

Para dar cuenta de esta diversa clase de inconsistencias normativas, los autores hablan de antinomias impropias, entre las que distinguen entre empíricas, instrumentales, teleológicas y axiológicas.⁹ Las primeras existen si “dos normas, aun no siendo lógicamente incompatibles, no

⁸ Me baso, evidentemente, en la concepción alicantina de las normas, propuesta por Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004. En las páginas que siguen, en lo que atañe a las clases de enunciados normativos, me basaré en estos dos autores.

⁹ El origen de la distinción es el jurista alemán Karl Engisch y su libro de 1968, *Einführung in das juristische Denken*, según refiere Pierluigi Chiassoni (*op. cit.*, p. 286). Los ejemplos son de dicho autor —pp. 304 a 306— y de Barrère

pueden ser obedecidas o aplicadas simultáneamente por imposibilidad fáctica”, y se suelen ilustrar con un supuesto como este: una norma que permite la venta de alcohol dentro de una escuela fuera del horario de clases frente a una norma que establece que el horario de clases comprende las veinticuatro horas del día (véase que este segundo enunciado no es un mandato; si acaso, una definición legislativa). Se dice que la segunda norma impide, *de hecho*, ejercer el permiso que otorga la primera.

Las antinomias instrumentales se dan si “una norma prescribe ciertos fines y otra norma establece los medios para alcanzarla en modo incongruente o falta de pertinencia”, y la ejemplifican así: una norma que prohíbe la venta de alcohol dentro de las escuelas, en aras de fomentar el consumo responsable entre la juventud, frente a una norma que valora como mérito para beneficiarse con una beca de estudios el consumo de alcohol.

Las antinomias teleológicas se dan cuando dos normas de fin prevén objetivos incompatibles, de modo que la consecución de uno implica la no consecución del segundo.

Las antinomias axiológicas se dan, por ejemplo, cuando una norma castiga el robo con una pena muy elevada y otra norma castiga el homicidio con una pena menor, incluso en comparación de la prevista para el robo; o cuando ambas prevén imponer el mismo castigo (claramente, aquí no se está en un supuesto antinómico; se está frente un defecto de técnica legislativa y más bien hay acuerdo que esto se aborda como un tema de interpretación).¹⁰

Esta vía oblicua para explicar el fenómeno de la oposición entre enunciados normativos deviene de la concepción de que lo que configura a los ordenamientos jurídicos son normas de mandato y nada más que normas de mandato. Habrá que reconocer, si se acepta la existencia de normas diversas, que el fenómeno antinómico puede darse en relación con cualesquiera y, entonces, tan hay antinomia genuina, real y propia en un caso como en los otros.

Por otro lado, si se sostiene que la contraposición entre una norma de rango superior con una que le es inferior no es un fenómeno antinómico, sino un cuestión de validez, se pierde de vista que la invalidez, en todo caso, es la consecuencia de la contraposición normativa, es decir,

Unzueta, María de los Ángeles *et al*, *op. cit.*, pp. 150 a 151). Bobbio no admite las antinomias teleológicas, que para él más bien constituyen problemas de lagunas (*op. cit.*, p. 190). Otra forma de distinguir es la que expone Kelsen en su *Teoría General de las normas*, México, Trillas, 1994, pp. 130 a 134: él define el conflicto normativo como un fenómeno que acaece “cuando aquello que una dispone como debido es irreconciliable con aquello que la otra dispone como debido, y por ello el cumplimiento o la aplicación de una norma implica necesaria o posiblemente la violación de la otra”, y distingue entre conflictos bilaterales (los que implican la violación recíproca, se satisfaga una u otra norma) o unilaterales (si sólo una resulta violada, en caso de cumplir con su opuesta). Todos sus ejemplos están expuestos en términos de normas que imponen o excluyen deberes, esto es, normas de mandato.

¹⁰ Siguiendo la tipología de Daniel Mendonca (*Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 157 a 165), los problemas interpretativos, según su causa, pueden obedecer a indeterminación, anomalía, vaguedad, ambigüedad, bivalencia y alteración (falta de correspondencia entre intención legislativa y resultado). Esta última se produce ordinariamente con el error introducido en la parte final del proceso de creación de un texto normativo, como cuando se aprueban leyes y en la publicación oficial faltan o sobran palabras o signos de puntuación, o se aprueba un texto que no se adecua a la voluntad legislativa. En otras ocasiones, el problema interpretativo surge por un *lapsus* del legislador al aprobar el texto, cuyo sentido es claro pero implica un contrasentido con reglas de lógica o sentido común. Hablo aquí de falta de correspondencia entre lo querido y el resultado: en el Código Penal para el Estado de Guerrero, en un texto que estuvo en vigor casi treinta años hasta el 29 de agosto de 1983, se disponía que “El robo simple se sancionará de acuerdo con las siguientes reglas: Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor de cambio de la cosa robada. Si éste no pudiera determinarse o por su naturaleza *no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará prisión de tres días hasta dos años. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar el monto, se aplicarán de tres días a cuatro años de prisión*”. Evidentemente se trata de un error: no es lógico castigar en forma más drástica la tentativa que el delito consumado (el ejemplo es de Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, HARLA, 1998, pp. 331 a 332).

que la expresión “antinomía”, como lo dice su raíz, sirve para referir una situación, la de contradicción, incompatibilidad, inconsistencia, y no para explicar cuál ha de ser ni su efecto ni su remedio.

La manera adecuada de abordar esta cuestión es concediendo que frente a un conjunto dado de circunstancias, lo que las normas hacen es establecer que una cierta conducta está permitida, prohibida u ordenada o que es posible o no es posible derivar del mismo un estado de cosas; en ese orden, existe antinomia si y solo si frente al mismo conjunto de circunstancias, alguna de estas normas ofrece una respuesta tal que su cumplimiento *implique no satisfacer la otra*.¹¹

De este modo, puede pensarse en un primer cuadro de incompatibilidades normativas, muy simple, en el que coexisten dos normas *del mismo tipo* y cada una dispone lo contrario de la otra (doy por descontado el caso de los mandatos, que ha sido visto así sea someramente):

Normas que confieren poderes: “Si se da el estado de cosas E y el sujeto Y hace la acción Z, entonces se produce el resultado institucional R” frente a la norma que dijera “Si se da el estado de cosas E y el sujeto Y hace la acción Z, entonces *no* se produce el resultado institucional R”.

Normas puramente constitutivas: “Si se da el estado de cosas E, se produce el resultado institucional R” frente a la norma que dijera “Si se da el estado de cosas E, *no* se produce el resultado institucional R”.

Definiciones: “N significa Q” contra “N *no* significa Q” o “N significa T”.

Actos normativos: “Se deroga la ley L” frente a “L es vigente”.

No obstante, nada impide que exista oposición entre normas de diversa índole. Es más, parece ser que en la práctica judicial las contradicciones normativas se dan más bien entre normas de tipos distintos, de tal suerte que el cuadro de relaciones antinómicas crece considerablemente.

III

El segundo pasaje del quiero que nos sirvamos en esta exploración es de Wittgenstein:¹²

Considera, por ejemplo, los procesos que llamamos “juegos”. Me refiero a juegos de tablero, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, etc. ¿Qué hay común a todos ellos? No digas “Tiene que haber algo común a ellos o no los llamaríamos juegos”, sino mira si hay algo común a todos ellos. Pues si los miras, ciertamente no verás algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y, por cierto, toda una serie de ellos. Como se ha dicho: ¡no pienses, sino *mira!* Mira, por ejemplo, los juegos de tablero con sus

¹¹ En sentido semejante Iturrealde Sesma, Victoria, “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 332 a 333.

¹² Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, México, UNAM, 2003, p. 87.

variados parentescos. Pasa ahora a los juegos de cartas: aquí encuentras muchas correspondencias con la primera clase, pero desaparecen muchos rasgos comunes y se presentan otros. Si ahora pasamos a los juegos de pelota, continúan manteniéndose varias cosas comunes pero muchas se pierden. ¿Son todos ellos “entretendidos”? Compara el ajedrez con el tres en raya. ¿Hay siempre un ganar y perder o una competición entre los jugadores? Piensa en los solitarios. En los juegos de pelota hay ganar y perder; pero cuando un niño lanza la pelota a la pared y la recoge de nuevo, ese rasgo ha desaparecido. Mira qué papel juegan la habilidad y la suerte. Y cuán distinta son la habilidad en el ajedrez y la habilidad en el tenis. Piensa ahora en los juegos de corro: hay el elemento del entretenimiento, ¡pero cuántos de los otros rasgos característicos han desaparecido! Y podemos recorrer así los muchos otros grupos de juegos. Podemos ver como los parecidos surgen y desaparecen. Y el resultado de este examen reza así: vemos una complicada red de parecidos que se superponen y entrecruzan. Parecidos a gran escala y de detalle.

Son palabras harto comentadas por los filósofos. La aprovecharemos para cosa mucho más modesta. El autor clama a sus interlocutores porque se dejen guiar por los parecidos que hacen posible que antes que son distintos desde ciertas perspectivas puedan verse como miembros de una misma colección. Dice Wittgenstein: “No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’, pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre una misma familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etcétera, y diré: los ‘juegos’ componen una familia”.

Esta misma idea es la que hemos de tener presente al examinar los siguientes ejemplos, todos basados en criterios firmes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Unánimemente, el artículo 17 de la Constitución ha sido entendido como fuente de un derecho fundamental, el de tutela judicial. La Corte entiende que éste consiste en la posibilidad jurídicamente reconocida y protegida “que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”. El asidero principal de esta inteligencia es el segundo párrafo del artículo 17:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

¿Cuál es la estructura última de esta clase de enunciado, de acuerdo con el canon de la escuela alicantina, tal vez la mejor teoría normativa con que contamos? La respuesta no puede darse en forma inmediata. Es un texto breve, pero de mucha complejidad. Muchas páginas se han escrito para explicar los alcances de sus palabras.¹³ Nos concentraremos tan solo en una de las características que menciona: la expeditéz. Esta palabra alude a la cualidad de “expedito”, o sea, lo “desembarazado, libre de todo estorbo”, según define el *Diccionario*. Si se disecciona el precepto y abstraemos lo que no está directamente vinculado con dicha calificativa, se obtiene un enunciado completo que muy bien puede frasearse así: “la impartición de justicia *debe* ser expedita” o “la impartición de justicia *debe* estar libre de estorbos”. Así vista, la oración no sólo está referida a la actuación de los tribunales; alcanza, también, a las leyes de organización de la judicatura y a las que norman los procedimientos, esto es, al legislador. Ni los tribunales en su

¹³ A guisa de ejemplo: Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, Oxford, 2007, pp. 139 a 173.

actuación ni sus órganos de gobierno —como los consejos de la magistratura—, ni los legisladores al emitir las leyes de justicia y procesales escapan de su égida.

Ahora traslademos el enunciado obtenido a los esquemas sintácticos que proponen Atienza y Ruiz Manero. Desde mi punto de vista, lo que se obtiene es una directriz: “Siempre que sea el caso, el sujeto Y debe alcanzar el estado de cosas E”: “Siempre que sea el caso, las leyes de procedimiento y de organización de los tribunales que emita el Congreso, los órganos de gobierno de la judicatura al regularla y los propios órganos jurisdiccionales al conocer de los procedimientos, deben alcanzar el estado de cosas tal, que permita que la impartición de justicia esté libre de obstáculos, de requisitos innecesarios”.

En la norma así obtenida hay condiciones de aplicación abiertas; por ello se está frente a un enunciado categórico. No regula una acción en particular, más bien ordena alcanzar una finalidad valiosa en sí misma, conectada con un valor superior del orden jurídico, que es el de justicia. Se deja libertad al agente para escoger la vía de acción, como si se le dijera: “en el margen de tu competencia, hagas lo que hagas, puedes hacerlo, sólo recuerda que lo que hagas debe conducir a que la justicia esté libre de estorbos”. Se trata de una directriz, por tanto. De este mismo talante lo ha entendido la Suprema Corte en diversos precedentes; citaré dos:

GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público —en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.¹⁴

¹⁴ Jurisprudencia 42/2007 de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXV, abril de 2007, p. 124.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Cualquier disposición que tienda a impedir que se administre justicia, de acuerdo con las prevenciones de la ley, importa una violación del artículo 17 constitucional.¹⁵

Sobre estas bases, examinemos un caso concreto. Tomemos como guía el recurso de queja previsto en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. Este medio de impugnación, vertical y sumarísimo, que se tramita sin posibilidad de que se suspenda el procedimiento principal (artículo 1.394), procede contra los autos por los que no se admite una demanda o que deniegan la apelación (artículo 1.393). El libelo debe interponerse ante el juez que haya emitido el proveído (artículo 1.394). Al presentar su escrito, el recurrente debe ofrecer garantía (artículo 1.395). Agotados estos pasos, el juez debe remitir los autos a la Sala, la que ha de dictar resolución en un plazo brevísimo (artículos 1.396 y 1.397). El superior puede resolver en cualquiera de dos sentidos: declarar fundado el recurso, caso en el cual ordena admitir la demanda o la apelación; declararlo infundado (artículo 1.398). Para esta última hipótesis, el artículo 1.399 dispone lo siguiente:

Artículo 1.399. Si la queja es infundada se impondrá, a la parte quejosa y a su abogado, solidariamente, una multa hasta de treinta días de salario mínimo vigente en la región, si se trata de un Juez de Primera Instancia y hasta de veinte días si se refiere a uno de Cuantía Menor.

Veamos primero qué clase de norma es la contenida en este numeral. Todo indica que se trata de una regla de acción: “Si se dan las condiciones de aplicación X, entonces el sujeto Y debe hacer la acción Z”, pues lo que se dispone es que si el recurso es infundado, lo que *debe* hacer al tribunal de alzada es imponer multa a la parte que interpuso el recurso. Se trata, sí, de una regla de acción de carácter obligatorio.

Ahora bien, ¿este precepto es inconstitucional? ¿Contraviene la directriz contenida en el párrafo segundo del artículo 17? ¿Puede una regla de acción contrariar una directriz? La Corte estimó que el precepto era contrario al deber de que la justicia sea expedita:

ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. EL ARTÍCULO 1.399 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO, AL PREVER LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA SI EL RECURSO DE QUEJA ES INFUNDADO, VIOLA DICHO DERECHO FUNDAMENTAL. El citado precepto, al establecer la imposición de una multa a la parte quejosa y su abogado solidariamente, si el recurso de queja interpuesto contra la resolución que niega la admisión de la demanda o la que deniega una apelación es infundado, viola el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional previsto en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que dicha imposición constituye un impedimento legal para acceder a la justicia, al desalentar e inhibir su promoción y condicionar injustificadamente el acceso a ésta. En efecto, el establecimiento de una multa en atención al sentido en que se resuelva en lo material el recurso, *constituye una traba innecesaria entre los gobernados y los tribunales* para acceder a plantear una pretensión de inconformidad, lo cual restringe indebidamente el derecho fundamental de pedir justicia.¹⁶

¹⁵ Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, tomo V, p. 418.

¹⁶ Tesis LXXXI/2013 de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, p. 879.

¿De dónde deriva la inconstitucionalidad? Exactamente del mismo fenómeno que apuntábamos en los ejemplos latinos: *de satisfacer el contenido de la norma legal, se dejaría de satisfacer el contenido de la norma superior*. Si prevaleciera la solución dada por el artículo 1.399 y se impusiera multa, no se estaría cumpliendo con la obligación de alcanzar ese estado de cosas en el que la impartición de justicia esté libre de estorbos innecesarios o desproporcionados; es más, dice la Corte, la existencia misma del precepto constituye en sí un estorbo, porque desalienta la intención de acudir a los tribunales a obtener justicia. Nuevamente, estamos frente a una relación antinómica.

Otro caso tomado de los repertorios jurisprudenciales: en cierta legislación procesal penal, se dispone que la flagrancia, como condición para que cualquier persona pueda detener al presunto autor de un hecho delictivo, se surte desde el momento de su comisión y hasta las 72 horas siguientes. Esto mismo es lo que dispone el tercer párrafo del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California:

Artículo 106. Detención en caso de flagrante delito. En caso de flagrancia delictiva, cualquier persona podrá detener al inculpado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público competente.

Se entiende que un delincuente es aprehendido en flagrante delito, no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo sino, también, cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, es perseguido y detenido materialmente, o cuando inmediatamente después de realizado, alguien lo señala como autor o partícipe del mismo y se encuentra en su poder el objeto, el instrumento del delito o cualquier huella o indicio que hagan presumir, fundadamente, su intervención en la comisión del mismo.

En el caso de delitos graves, podrán ser detenidos dentro de las setenta y dos horas posteriores a la comisión del hecho delictuoso, cuando sean señalados como responsables por la víctima, por algún testigo o quien hubiese participado con ellos en el delito o se encuentre en su poder el instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas o indicios que indiquen su participación en el mismo delito.

Al recibir el Ministerio Público a una persona detenida, calificará inmediatamente la legalidad de la detención y, si resulta injustificada, ordenará su libertad. En caso contrario, integrará la averiguación y resolverá sobre el ejercicio de la acción penal en el término legal.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al funcionario que decrete indebidamente el aseguramiento, así como al ministerio Público que no ordene la libertad del sujeto.

Analicemos el párrafo en cuestión. Contiene tres hipótesis, una referida al señalamiento que hagan ciertas personas (la víctima, un testigo o un cómplice) respecto de otra en el sentido de que es el responsable de un delito, una más referida a que a ésta se le encuentre en posesión del instrumento o producto del delito, y una tercera referida a que aparezcan indicios que indiquen que fue ella quien cometió el hecho ilícito. Si cualquiera de estas situaciones se presenta dentro del margen de las siguientes 72 horas a la de la comisión del hecho penado, entonces se actualiza para cualquier persona la potestad de detener al presunto culpable, con miras a ponerlo a disposición de la autoridad. Esa detención, por ende, debe estimarse lícita. Como se ve, se trata

de una norma que confiere poder: “Si se da el estado de cosas E y Y realiza la acción Z, entonces se produce el resultado institucional R”.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero nos advierten que en el Derecho existen normas constitutivas, de las que distinguen dos especies: las normas que confieren poderes y las puramente constitutivas. Las primeras son las que otorgan competencia en el ámbito del Derecho Público o capacidad en el ámbito del Derecho Privado.¹⁷ Esta clase de enunciados jurídicos es muy diferente de las normas deónticas. Su función es conferir la facultad o atribución de hacer algo, de modificar estados de cosas preexistentes, pero no constituyen permisos de hacer: “el ámbito de lo que un sujeto X puede (*en el sentido de tener un poder normativo para*) hacer no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede (*en el sentido de permiso para*) hacer”.¹⁸

Son constitutivas puesto que crean la posibilidad de realizar cambios, de pasar de un estado de cosas previo a uno diferente, y esta posibilidad no existe sin ellas; el cambio —resultado institucional o cambio normativo— está unido indisolublemente a la existencia conjunta de un estado de cosas (configurado por hechos o actos) y de la realización de una o varias acciones específicamente determinadas por parte de un sujeto calificado.

Si bien se ve, el esquema al cual pueden ser trasladados los contenidos normativos de textos como el contenido en el artículo 106 de la ley procesal penal de Baja California no tiene que ver con el de las normas regulativas, pues no están caracterizados por modalidades deónticas, es decir, ni prohíben ni permiten ni obligan a nada. Confieren a su destinatario principal (quien ejerce el poder) la atribución de influir en la vida o intereses de otros (que vienen a ser, por así decirlo, los *destinatarios reflejos* de la norma). La finalidad inmediata de estas normas es regular la atribución y el ejercicio del poder sobre las instituciones, las personas y las cosas, imponiendo las condiciones que deben concurrir para que un sujeto calificado pueda (en el sentido de tener poder para) modificar un estado de cosas preexistente.

Explicado lo anterior, retomemos el hilo de nuestra exposición: en contra de esta noción del delito flagrante dispuesta por el legislador bajacaliforniano, está la flagrancia según el artículo 16 constitucional, párrafo quinto. Este magno precepto dispone (cursivas mías):

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito *o inmediatamente después* de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público [...]

¿Cuál es la naturaleza de este precepto, a la luz de la teoría alicantina? Igualmente, se trata de una norma que confiere poder: “Si se da el estado de cosas E —que en el momento en que se esté cometiendo el delito o inmediatamente después de haberse cometido, cualquier persona lo detiene— y Y —cualquier persona— realiza la acción Z —lo pone a disposición de la autoridad competente sin demora—, entonces se produce el resultado institucional R —la detención es válida”. La Corte ha entendido que la clave de esta norma radica en el concepto de flagrancia, el cual está referido al instante de la comisión del delito y al de la huida u ocultamiento del sujeto que se generan *inmediatamente* después de la realización de los hechos delictivos. Vale la pena conocer el siguiente fragmento de una ejecutoria:

¹⁷ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas...*, op. cit., p. 69.

¹⁸ *Ibidem*, p. 80.

62. Un delito flagrante es aquel (y sólo aquel) que brilla a todas luces. Es tan evidente e inconfundible que cualquiera es capaz de apreciarlo por los sentidos y llegar a la convicción de que se está en presencia de una conducta prohibida por la ley. Para reconocerlo no se necesita ser juez, perito en derecho o siquiera estar especialmente capacitado: la obviedad inherente a la flagrancia tiene una correspondencia directa con la irrelevancia de la calidad que ostenta el sujeto aprehensor.

63. Esta nueva interpretación (obligada por la reforma de dos mil ocho) vuelve a dar sentido a la idea de que, ante un delito flagrante, cualquiera puede detener al sujeto activo del delito, pues —como se ha insistido— tanto particulares como autoridades pueden apreciar la comisión del delito sin que para ello tenga relevancia si alguno de ellos cuenta con una investidura determinada.

64. De este modo, la flagrancia siempre es una condición que se configura *ex ante* a la detención. Esto implica que la policía no tiene facultades para detener ante la sola sospecha de que alguien pudiera estar cometiendo un delito o de que estuviera por cometerlo o porque presuma que esté involucrado en la comisión de un delito objeto de investigación, si no cuenta con una orden de detención del órgano ministerial. Tampoco puede detener para investigar.

65. Tratándose de delitos permanentes, la anterior precisión es especialmente importante. Si la persona no es sorprendida al momento de estar cometiendo el delito o inmediatamente después de ello, no es admisible que la autoridad aprehensora detenga, sorprenda al inculpado y después intente justificar esa acción bajo el argumento de que la persona fue detenida mientras cometía el delito. La flagrancia resplandece, no se escudriña.

66. Por otro lado, la referencia a una actitud sospechosa, nerviosa o a cualquier motivo relacionado con la apariencia de una persona, no es una causa válida para impulsar una detención amparada bajo el concepto “flagrancia”. Éste siempre tiene implícito un elemento sorpresa (tanto para los particulares que son testigos como para la autoridad aprehensora). En contraste, cuando no hay ese elemento sorpresa —porque ya se ha iniciado una investigación que arroja datos sobre la probable responsabilidad de una persona— la detención requiere estar precedida por el dictado de una orden de aprehensión.¹⁹

¿Qué ocurre si contrastamos ambas disposiciones, la del código de Baja California con la Constitución? Lo que obtenemos es la contraposición de dos normas que confieren poder, pero que no son idénticas en su contenido, aun y cuando se refieren a una misma situación. La norma legal excede los términos de la constitucional, la rebasa, impone una restricción adicional a los derechos de libertad de los individuos. Esquemáticamente podríamos verlo así:

Norma constitucional: Si se da el estado de cosas E —conformado *exclusivamente* por A o por B— y Y realiza la acción Z, entonces se produce el resultado institucional R.

Norma legal: Si se da el estado de cosas E —conformado por A o por B o por C— y Y realiza la acción Z, entonces se produce el resultado institucional R.

¹⁹ Amparo directo en revisión 2470/2011, resuelto por unanimidad de votos en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en sesión del 18 de enero de 2012.

De seguir el curso de acción indicado por la norma legal, *dejaríamos de satisfacer* el contenido de la norma suprema. El artículo 106, tercer párrafo, de la ley procesal penal de Baja California es inconstitucional. Así resolvió la Corte:

FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 106, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO TERCERO, POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008. El artículo 106, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, prevé que en el caso de delitos graves, las personas pueden ser detenidas dentro de las setenta y dos horas posteriores a la comisión del hecho delictivo, cuando sean señaladas como responsables por la víctima, por algún testigo o quien hubiese participado con ellos, cuando se encuentre en su poder el instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas o indicios que indiquen su participación en éste. De tal forma, la porción normativa de mérito amplía a setenta y dos horas —bajo determinados supuestos— el periodo en que puede considerarse que se está en presencia de una flagrancia, por lo que dentro de ese plazo podrá detenerse —sin orden judicial o de autoridad competente— al sujeto que se hubiera señalado como responsable de un ilícito penal. Así las cosas, dicha porción normativa viola lo previsto por el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al establecer el término de setenta y dos horas como el periodo en el cual puede considerarse flagrancia después de que tuvo lugar un delito, pues no cumple con el precepto constitucional citado, el cual establece el concepto de flagrancia como al instante de la comisión del delito y al de la huida u ocultamiento del sujeto que se generan inmediatamente después de la realización de los hechos delictivos sin que establezca término.²⁰

Continuemos escudriñando ejemplos. El artículo 109 constitucional, fracción I, previene lo siguiente:

Artículo 109. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

El artículo 110 al que hace mención este precepto menciona, entre otros, a los gobernadores de las entidades federativas. En concepto de la Suprema Corte, lo que dispone el artículo 109, fracción I, es que el fincamiento de responsabilidad es la *única* forma de dar por terminado el ejercicio del cargo de gobernador *antes de* la conclusión legal de su mandato. Básicamente, entonces, lo que se tiene es una norma puramente constitutiva: “Si se da el estado de cosas E, se produce el resultado institucional R”, pues si antes de la conclusión de su

²⁰ Tesis CCLXXIX/2012 de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XV, diciembre de 2012 tomo 1, p. 527.

mandato, el gobernador de algún Estado incurre en responsabilidad entonces se hace acreedor a la destitución (queda en estado de ser destituido).

El carácter constitutivo de esta clase de enunciado normativo radica en que en sí mismo crea la posibilidad de que se dé el cambio institucional, pero, a diferencia de las de competencia o capacidad, en ésta no se precisa de la realización de ninguna acción por parte ningún sujeto, esto es, la voluntad de querer el cambio normativo; basta para que se produzca éste con que se dé un estado de cosas previo.

En el Estado de Yucatán, el artículo 30, fracción XLI, previene una norma que confiere poder a favor del Congreso local:

Artículo 30. Son facultades y atribuciones del Congreso del Estado:

XLI. Revocar el mandato conferido al Gobernador del Estado, a los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia y a los diputados en lo particular, esta facultad será enteramente libre a juicio del Congreso y a mayoría de votos, excepto cuando se trate del Gobernador y de los diputados, en cuyos casos será necesario la determinación del sesenta y cinco por ciento de los electores, comunicada al Congreso y aprobada por el voto unánime de la Legislatura, cuando se trate del Gobernador, y de las dos terceras partes para el caso de los diputados;

Como se advierte, esta disposición encierra la norma siguiente: “Si se da el estado de cosas E —que a juicio del 65% de los electores y con la aprobación total de los miembros del Congreso se vote la destitución en el cargo del gobernador— y Y —el Congreso— realiza la acción Z —declara la revocación— entonces se produce el resultado institucional R —el gobernador queda destituido”. Esta, claramente, es una norma que confiere poder.

Contrastando ésta con la constitucional (puramente constitutiva), se obtiene que la primera contraviene la limitación de la segunda (tal cual la ha interpretado la Corte), pues establece un modo adicional de que un gobernador quede privado del cargo. De acuerdo con el máximo tribunal, no hay posibilidad de modos adicionales para destituir a esa clase de servidor público:

REVOCACIÓN DEL MANDATO CONFERIDO AL GOBERNADOR Y A LOS DIPUTADOS LOCALES. CONSTITUYE UNA FORMA DE DAR POR TERMINADO EL CARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS REFERIDOS QUE CARECE DE SUSTENTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El artículo 109, fracción I, de la Constitución General establece como única forma de dar por terminado el ejercicio de los cargos públicos como los de gobernador y diputados de la Legislatura Estatal antes de la conclusión legal de su mandato, la de la responsabilidad de los servidores públicos, sin que pueda establecerse válidamente una diferente en las Constituciones de los Estados. De ahí que la figura de la revocación del mandato conferido al gobernador y a los diputados locales, como facultad del Congreso del Estado, constituye una forma de dar por terminado su cargo que carece de sustento constitucional.²¹

El artículo 30, fracción XLI, es inconstitucional por estar en antinomia con el artículo 109, fracción I. Satisfacer aquél implica *dejar insatisfecho* el segundo, que es superior.

²¹ Jurisprudencia 21/2012 del Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XIII, octubre de 2012, tomo 1, p. 290.

Veamos ahora un ejemplo de inconstitucionalidad en el que se contraponen una regla de fin de carácter constitucional con una norma que confiere poder de rango inferior. El artículo 20, fracción I, de la Constitución previene que en materia penal, para el otorgamiento de la libertad bajo caución, el juez *debe* fijar un monto y una forma de exhibirlo que sean *asequibles* para el inculpado. La disposición no prevé ni las cantidades exactas ni los medios; sólo obliga a que se consiga un estado de cosas tal que al individuo le sea asequible obtener su libertad. Es claro que el deber se impone tanto al legislador (al emitir la ley procesal) como al juez (al motivar su resolución). Podemos traducir así esta regla: “Si se dan las condiciones de aplicación X —que sea el caso de conceder la libertad caucional— el sujeto Y—el juez o el legislador en sus respectivos ámbitos— deben alcanzar el estado de cosas E —hacer que el monto y la forma de caución sean asequibles para el inculpado”.

Por su parte, el artículo 340, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México vigente en 1999, era de este tenor:

Artículo 340. Desde el momento en que sea puesto a disposición del Juez, todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte, aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II. Que garantice las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele a criterio del Juez;

III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso, y

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en la ley penal.

La garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, y las señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Como se ve, esta disposición encerraba una norma que confiere poder, en tanto que se daba al indiciado la potestad de solicitar la libertad caucional. Para ello, debía exhibir la caución precisamente en dinero en efectivo, para la hipótesis de las fracción I. Esquemáticamente se puede frasear de este modo: “Si se da el estado de cosas E —que se trate de delitos en los que procede el beneficio de la libertad caucional, que se garantice el monto estimado de la reparación del daño precisamente en dinero en efectivo— y Y —el indiciado— realiza la acción Z — lo solicita al juez—, entonces se produce el resultado institucional R —surge el deber del juez de decretar su libertad”.

Esta norma contravenía al artículo 20, fracción I, constitucional. En efecto, la forma de caucionar prevista, la única forma de hacerlo, no era asequible, pues excluía cualquier medio idóneo para garantizar responsabilidades que no fuera el depósito en efectivo. Otra vez: si se satisface el contenido de la norma legal (una que confiere poder), no se satisface el de la norma constitucional (una regla de fin). Esto mismo resolvió la Suprema Corte:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 340, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MÉXICO, QUE RESTRINGE LA FORMA DE

GARANTIZARLA, ES INCONSTITUCIONAL. El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, como garantía de todo inculpado, que: “I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio ... El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado”. Los ordenamientos procesales secundarios, en cumplimiento a este mandato constitucional, han establecido como medios de caución, entre otros, los consistentes en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso, para que el procesado opte por el que le sea más fácil conseguir, pues ese es el significado de asequible (aquello posible de ser alcanzado o conseguido). El último párrafo del artículo 340 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México se aparta de este principio al exigir, como requisito para obtener la libertad provisional, que la caución para garantizar la reparación del daño se haga mediante depósito en efectivo. Tal disposición es inconstitucional, pues restringe la garantía establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, al excluir cualquier otro medio de caución asequible para el procesado e igualmente idóneo para garantizar las responsabilidades a su cargo, sin que exista razón alguna, ya que igual seguridad jurídica le dan a la víctima del delito las otras formas de caución que han sido aceptadas por el legislador ordinario como efectivas.²²

Un ejemplo final, de entre los que al azar he retomado de las páginas del *Semanario*: la norma transitoria (esto es, un precepto que de acuerdo con el estándar de los alicantinos corresponde a un acto normativo) de una nueva legislación sobre aranceles previene que el correspondiente a la condena en costas debe calcularse conforme a la ley abrogada, a pesar de que el momento en que se genere el derecho a reclamar dicha prestación (coincidente con el de la fecha en que se dicte la sentencia de condena) sea posterior a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley. La Corte, al resolver la cuestión, concluyó que el derecho a percibir los aranceles es de carácter sustantivo, por lo que la ley aplicable tiene que ser la vigente en el momento en que se genera, esto es, cuando se dicte la sentencia de condena. Así, dice la Corte, la norma transitoria contraviene el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 14 constitucional, primer párrafo:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Como se aprecia, este párrafo contiene claramente un principio en el sentido apuntado por Atienza y Ruiz Manero. Se trata de una norma categórica, en tanto que no tiene más condiciones de aplicación que las que derivan de su contenido (dar efectos retroactivos en perjuicio), esto es, el supuesto de hecho supone que alguien (el destinatario de la norma) tenga al menos una oportunidad de satisfacer lo ordenado, que es abstenerse de hacer algo. ¿Qué destinatario es ese? Aquel que tenga oportunidad de dar efectos retroactivos a una ley, esto es, el legislador al emitir una norma o el gobernante y los jueces al aplicarla. Por otra parte, la conducta proscrita —dar efectos retroactivos en perjuicio— se engarza directamente con un valor superior del ordenamiento: seguridad jurídica. En su formulación se emplean conceptos jurídicos esencialmente controvertidos (piénsese en la abundante y encontrada doctrina sobre qué significa que una ley sea retroactiva). Expresamente contiene un mandato de prohibición: “Siempre que

²² Jurisprudencia 37/99 del Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo IX, abril de 1999, p. 18.

sea el caso, el legislador, el gobierno o la judicatura tienen prohibido dar efectos retroactivos a una ley”, o más esquemático: “Siempre que sea el caso, Z tiene prohibido realizar la conducta Y”.

Por su parte, la disposición transitoria es de este tenor:

Artículo tercero. A los juicios sobre honorarios profesionales y a los incidentes de liquidación de costas que se hubieren iniciado antes de la entrada en vigor de la presente ley, les serán aplicables las normas de la Ley Arancelaria para el Cobro de Honorarios de Abogados y Notarios publicada en el decreto número 228 del 8 de marzo de 1953, en el Periódico Oficial de Gobierno del Estado.

Según se ve, esta norma tiene una estructura como esta: “Sigue vigente la ley L para los hechos H”; con ella ocurre, sin embargo, que de ajustarse a su contenido, no se satisfaría el contenido de una norma de rango superior, que es el principio de irretroactividad de la ley. La Corte emitió la siguiente tesis jurisprudencial:

IRRETROACTIVIDAD. EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY ARANCELARIA PARA EL COBRO DE HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS Y NOTARIOS Y DE COSTAS PROCESALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, ES INCONSTITUCIONAL POR SER CONTRARIO A LA GARANTÍA DE. El citado artículo transitorio, al limitar la aplicación de la Ley Arancelaria para el Cobro de Honorarios de Abogados y Notarios, publicada el 8 de marzo de 1953 en el Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, a los incidentes de liquidación de costas tramitados antes de la entrada en vigor de la actual ley arancelaria (4 de abril de 2006), afecta una situación jurídica preexistente; ya que el monto económico (arancel) de la condena en costas, es una norma de carácter sustantivo, y en esos casos, la ley aplicable debe ser la vigente en el momento en que se generó el derecho a reclamar dicha prestación, es decir, la fecha en que se dictó la sentencia de condena; con independencia de que la tramitación para el ejercicio de dicho derecho tenga lugar una vez que se encuentre vigente la nueva legislación; por lo cual, la aplicación del nuevo ordenamiento arancelario resulta retroactiva y por tanto contraviene, únicamente en ese aspecto, la garantía de irretroactividad contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²³

Podríamos continuar con esta exploración sobre las páginas del *Semanario Judicial*. La verdad es que en todos los casos que se pueda encontrar, cuando la Corte determina que una cierta norma de carácter legal es contraria a la Constitución, lo que se contrapone no necesariamente son normas de mandato contra normas de mandato, modalidad deóntica contra modalidad deóntica; la inconstitucionalidad sí es una relación antinómica, pero entre normas que pueden pertenecer a distinta clase. Lo hemos visto: principios contra reglas de acción o actos normativos; reglas de fin contra normas que confieren poderes; directrices contra normas puramente constitutivas y así, en un largo etcétera. La antinomia, el fenómeno, se actualiza en tanto la satisfacción del contenido del precepto legal supone dejar insatisfecho el precepto constitucional. Esto es lo que tienen en común éstas y todas las tesis que declaran inconstitucional algún precepto, si es que lo hacen bien: constatan ese rasgo irremplazable. La

²³ Jurisprudencia 91/2010 de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXXIII, enero de 2011, p. 200.

insatisfacción del contenido normativo de la norma de rango superior es el “parecido de familia” wittgensteiniano, esa es la estatura, el color de los ojos, las maneras que identifican una norma legal como perteneciente al amplio conjunto de las que son contrarias a la Constitución.

IV

He llegado al fin. Mis fuerzas tal vez darían para más; no, por desgracia, el tiempo del que puedo disponer para disquisiciones teóricas. Hay que hacer el recuento: nos hemos ocupado de la inconstitucionalidad que tiene que ver con el contraste entre los contenidos de las normas de rango superior con el de sus subordinadas... Si efectuamos el escrutinio del articulado de la Constitución y de cualquier ley, podremos constatar empíricamente que contienen proposiciones o enunciados de diferente estructura, es decir, encontramos que en los artículos se contienen normas no de un único tipo, sino de diversos.

Por otra parte, cuando decimos que una ley es contraria a la Constitución disfrazamos el hecho de que en verdad no hablamos de *toda* una ley ni de *toda* la Constitución, sino de que una cierta norma legal contraviene a una norma constitucional; esto es, la inconstitucionalidad supone una relación antinómica, una contraposición entre normas individualmente consideradas. Entonces, si se reconoce *prima facie* que las normas contenidas en la Constitución y las contenidas en las leyes son de índole diversa y pueden ser identificadas según su estructura, y que la inconstitucionalidad es una relación antinómica, parece natural conjeturar que determinando cuáles son los componentes de una y otras, puede evidenciarse en qué es que se contraponen, cuál es la causa de la antinomia. Las tareas a desarrollar, entonces, serían las siguientes: 1) establecer qué clases de normas son las que conforman el orden jurídico a nivel Constitución y a niveles secundarios; 2) establecer cuáles son los componentes de las mismas, y 3) determinar las posibles relaciones de contradicción, contrariedad o incompatibilidad (es decir, no habría una sola causa de antinomia, sino tantas como pudieran establecerse colisiones entre tipos de enunciados jurídicos). A este fin, es necesaria una teoría de las normas; si esa teoría se corresponde con la realidad, abreviará el camino. Creo que la teoría de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero puede ser ese atajo.

Hay, sin embargo, un rasgo común que identifica a todas y cada una de las normas que han sido, están siendo y serán declaradas inconstitucionales, una cierta característica que les da ese “parecido de familia” que observó Wittgenstein. Alguna vez Bobbio sostuvo que “Si dos normas son incompatibles entre sí, significa que tienen una relación, un nexo”;²⁴ yo sugiero que ese nexo es el de su satisfacción simultánea: si, referidas a un mismo supuesto y a una misma clase de sujeto, no puede darse satisfacción a las dos y optar por una significa dejar insatisfecha a la otra, quiere decir que se está frente a una antinomia, pero no en el sentido que quiere la actual teoría del derecho, sino la buena tradición romana. Con seguridad las relaciones de incompatibilidad de las normas son múltiples y devienen de su estructura y de la función que cumplen, pero todas llevan a un mismo factor común: hay incompatibilidad cuando no es posible dar satisfacción al contenido de una norma sin que otra quede insatisfecha.

Quien afirma que una ley es inconstitucional en realidad niega una propiedad que se espera cumpla cualquier norma producida por los Parlamentos: su apego a la Constitución; por

²⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 183.

ello ha de evidenciar en su alegato que una, la constitucional, dejaría de ser satisfecha en su contenido al satisfacer el de la otra. Lo opuesto sería la regularidad de la norma, “la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”²⁵.

Conjeturo, pues, que la inconstitucionalidad de las leyes es la *situación en que se halla una norma vigente en un lugar y momento determinados* —una norma deóntica, una norma que confiere poderes, una norma puramente constitutiva, una definición y hasta un acto normativo— contenida —explícita o implícitamente— en uno o más artículos de cualquier ordenamiento formal y materialmente tenido como ley *en relación con cualesquier otra norma vigente para el mismo lugar y momento* —deóntica, que confiere poderes, puramente constitutiva, definición o acto normativo— contenida —explícita o implícitamente— en uno o más artículos de la Constitución —entendida ésta como el conjunto de textos normativos al que así se le denomina, o por tal conjunto y el derivado de los artículos transitorios y/o los decretos que lo reforman sucesivamente y/o la jurisprudencia que emiten los tribunales constitucionales sobre su interpretación y/o los tratados internacionales que regulan derechos fundamentales y/o las decisiones de las cortes internacionales—, *en la que*, superados posibles problemas de interpretación y ciertos ya del significado de cada una, *la primera resulta incompatible con la segunda, en el sentido de que para el operador jurídico, satisfacer el contenido de aquélla implica no satisfacer el de ésta*. La inconstitucionalidad es una antinomia, aunque todavía no está claro cuántas causas, fincadas en la estructura y función de cada tipo de norma contrastada, son las que propician esa insatisfacción.²⁶

Y así cierro mi discurso, no tanto con una conclusión, como con una advertencia: el trabajo de identificar dichas causas está todavía por hacer y parece laborioso.

Aquí termino. Sí, sé que justo ahora estarán pensando de mí lo mismo que Sócrates dijo a Menón, según cuenta Montaigne: “Sócrates preguntó a Menón qué era la virtud: ‘Hay’, replicó Menón, ‘la virtud del hombre y la de la mujer, la del magistrado y la del particular, la del niño y la del anciano’. ‘¡Éste va bien!’, exclamó Sócrates; ‘buscábamos una virtud, y nos proporcionas un enjambre de ellas’.

Sí, les dejo un enjambre. Y aparte me despido. Buenas noches.

²⁵ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, p. 14.

²⁶ La inconstitucionalidad y, desde luego, también la inconventionalidad. En ambos casos, el contraste se da entre una norma de rango inferior con una de rango superior ínsita en la Constitución o en un tratado internacional. Todo lo dicho aquí vale igual para ambas.