

II. EL SOMETIMIENTO DEL JUEZ A LA CONSTITUCIÓN Y A LA LEY

No cabe duda que en el sistema jurídico mexicano, como sucede en todos los ordenamientos pertenecientes a la familia de Derechos romano-germánica, el principal control institucional sobre la labor del juez es la exigencia constitucional de su sometimiento a la Constitución y a la ley, establecida en diferentes disposiciones, tanto constitucionales como legales:

Artículo 133 de la Constitución.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Artículo 97 de la Constitución.- [...]

Cada Ministro de la Suprema Corte de Justicia, al entrar a ejercer su encargo, protestará ante el Senado, en la siguiente forma:

Presidente: “¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se os ha conferido y guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?”

Ministro: “Sí protesto”

Presidente: “Si no lo hicieréis así, la Nación os lo demande”.

Artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (en lo sucesivo LOPJF).- La protesta a que se refiere este capítulo se prestará en los términos siguientes: ¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de (el que se confiera al interesado) que se os ha conferido; guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión? El interesado responde-

rá: Si protesto. La autoridad que tome la protesta añadirá: Si no lo hicieréis así, la nación os lo demande.

Artículo 238 LOPJE- Los magistrados electorales rendirán la protesta constitucional ante la Cámara de Senadores o la Comisión Permanente, según sea el caso, y los comisionados de la Comisión de Administración que sean miembros del Consejo de la Judicatura Federal, lo harán precisamente ante este órgano.

Los secretarios y empleados de la Sala Superior y de la Comisión de Administración rendirán su protesta ante el presidente del Tribunal.

Los demás servidores públicos y empleados rendirán la protesta constitucional ante el presidente de la Sala a la que estén adscritos.

En todos los casos, la protesta se prestará en los términos señalados en el artículo 155 de esta ley.

El sometimiento del juez a la ley resume una serie de obligaciones intrínsecas a la función judicial. ¿Cuáles son esas reglas? Realizando una reconstrucción libre de las indicadas por Riccardo Guastini, podrían señalarse las siguientes.

1. Toda decisión judicial debe estar fundada en normas jurídicas procedentes de alguna fuente del Derecho autorizada.

En los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica esta regla prácticamente se concreta en la obligación de mencionar en la sentencia alguna disposición normativa: uno o varios artículos o partes de artículos. Esto es así ya que las normas jurídicas de origen consuetudinario son de una utilización cada vez más escasa, lo que convierte a la costumbre en una fuente del Derecho muy marginal.

Sin entrar ahora a abordar el complejo problema de la relación entre las disposiciones o enunciados normativos y sus significados, sí deseo recordar que parece comúnmente aceptado que el sistema jurídico está compuesto de dos tipos de normas: las normas expresas y las normas implícitas. Las primeras serían el significado de una disposición normativa, pero las segundas no son siempre entendidas del mismo modo.

En el lenguaje de los juristas puede encontrarse utilizada la expresión “norma implícita” al menos en tres sentidos:

a) En primer lugar, como *normas derivadas* de las normas expresas o explícitas. Si estas últimas son las imputables a una específica disposición como su significado según una concreta interpretación, las normas

implícitas serían sus consecuencias lógicas. Un sistema normativo estaría integrado, según la ya clásica noción de Alchourron y Bulygin, por tanto, también por todas las consecuencias lógicas de las normas que lo componen.

b) En segundo lugar, suele utilizarse la expresión norma implícita para referirse a las *normas inexpresas*, es decir, las que no pueden ser reconocidas como el significado de una precisa disposición redactada por una autoridad normativa, sino de una combinación de disposiciones (o partes de disposiciones).

c) En tercer lugar, se habla de normas implícitas, que para diferenciarlas de las “derivadas” y de las “inexpresas” podrían denominarse “normas implícitas en sentido estricto”, para referirse a las proporcionadas por los diferentes instrumentos para la solución de lagunas normativas.

El punto de vista desde el que en este momento interesa abordar los diferentes tipos de normas implícitas es el de la creatividad. Dicho de otro modo, se trata de ver si estas normas son producidas (aunque sea indirectamente) por las autoridades normativas o por el contrario tienen un origen diferente. Ello obliga a determinar la relación que cada uno de los tres tipos tiene con las disposiciones normativas, ya que éste es el instrumento lingüístico típico por medio del cual las autoridades normativas formulan sus normas. Pues bien, desde la perspectiva señalada puede afirmarse, en primer lugar, que las normas derivadas, cuando realmente son consecuencias lógicas de normas explícitas no se diferencian de éstas. Así, cuando una autoridad normativa formula una norma jurídica por medio de una disposición, hay que entender formuladas, igualmente, todas sus consecuencias lógicas como una exigencia de la racionalidad que es presumible de la función legislativa.

Desde el punto de vista de la creatividad la conclusión es, en principio, diferente en cuanto a las normas inexpresas y a las implícitas en sentido estricto. Teniendo en cuenta lo dicho para las normas derivadas, podría afirmarse que la creación no legislativa de una norma jurídica se produce cuando el contenido de ésta es distinto al de cualquier otra norma del mismo sistema jurídico o al de sus consecuencias lógicas. Pues bien, las dos normas que están siendo analizadas son “nuevas” y “diferentes” a las imputables directamente a las autoridades normativas, por distintas causas.

Las normas inexpresas, en primer lugar, porque, al menos algunas de ellas, no son el significado de ninguna concreta disposición, sino el resultado de interpretar conjuntamente varias disposiciones. Resulta evidente que en algunas ocasiones la norma jurídica obtenida como consecuencia de combinar varias disposiciones responde a un plan preconcebido por la autoridad normativa (por ejemplo, cuando las disposiciones combinadas pertenecen a dos apartados de un mismo artículo). Pero, en otras, la norma obtenida es completamente nueva y resultado exclusivamente de una actividad interpretativa “creativa” y no meramente cognoscitiva, aunque sea presentada como tal. Este tipo de normas inexpresas se asemeja bastante a las normas implícitas en sentido estricto.

La situación de creación de nuevas normas está mucho más clara desde el principio en relación con estas últimas, esto es, las implícitas en sentido estricto. Si se tiene en cuenta que se trata de las normas que sirven para solucionar las lagunas normativas debe reconocerse que son normas “creadas” por el intérprete, que no existían antes de la actividad de éste: tanto la analogía, como los principios jurídicos, el argumento *a fortiori* o el *a contrario*, dan lugar a la producción de normas jurídicas nuevas que regulan casos genéricos cuya solución normativa no se encontraba prevista.

De los múltiples problemas relacionados con las normas implícitas en sentido estricto (y con las normas inexpresas a ellas asimilables) interesa resaltar ahora sólo un par de cuestiones. Por un lado, que al estar producidas con ocasión de una laguna normativa no pueden ser objeto de conocimiento al no preexistir a la actividad interpretativa. Por otro, que, a pesar de ello, no son normas completamente desconectadas de las disposiciones redactadas por las autoridades normativas ya que, en todo caso, son presentadas como significados atribuidos a aquéllas.

En relación con la primera cuestión, tanto las normas inexpresas como las implícitas en sentido estricto son creadas por el intérprete como consecuencia de una falta de previsión expresa de las autoridades normativas sobre un caso genérico. Sin embargo, en las primeras esa imprevisión no es sacada a la luz, no es reconocida la presencia de una laguna normativa y la solución proporcionada por la norma inexpresa es atribuida al legislador y no presentada como una creación interpretativa, mientras que en las segundas se reconoce el vacío normativo y la autorización al juez para producir la norma implícita.

La conexión de las normas implícitas con las disposiciones normativas, incluso en casos de laguna normativa, es una forma de mantener la diferencia entre la función legislativa y la función jurisdiccional. Ambas son creadoras de normas jurídicas, incluso generales, pero la jurisdiccional exige el apoyo de una disposición elaborada por una autoridad normativa.

2. *La obligación de fundar y motivar:*

A los efectos que ahora interesan, y como se ha indicado en el punto anterior, la mención de alguna disposición normativa es un requisito necesario para que la decisión judicial pueda considerarse motivada, pero en ocasiones no es un requisito suficiente. Sin tomar en consideración ahora la motivación en relación con los hechos del proceso, al juez se le exige argumentar el paso de la disposición a la norma jurídica, en definitiva, se le impone la obligación de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar el significado otorgado a la disposición o disposiciones utilizadas.

Afortunadamente, en la aplicación del Derecho los jueces se encuentran con un buen número de casos que no requieren un especial esfuerzo interpretativo, sin embargo no es infrecuente la aparición de dudas acerca del significado de una disposición, situación en la que la utilización de argumentos adecuados y su plasmación en la decisión son requisitos indispensables para considerarla suficientemente motivada.

No creo que sea necesario detenerme demasiado en recordar la tradición mexicana en materia de motivación. Baste con la mención de los preceptos más importantes:

Artículo 16 de la Constitución.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

[...] Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

[...]Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

Artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles: “las resoluciones judiciales (...) expresarán (...) sus fundamentos legales”.

Artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles: “Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias...”.

Artículo 94 del Código Federal de Procedimientos Penales: “...toda resolución deberá ser fundada y motivada...”.

Artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Penales: Las sentencias contendrán “V. Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de la sentencia”.

Artículo 96 del Código Federal de Procedimientos Penales: “Los autos contendrán una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de su motivación y fundamentos legales”.

Artículo 22 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (en adelante LGSMIME): “Las (...) sentencias que pronuncie(n) el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, (...) contendrán: ...d) Los fundamentos jurídicos”.

Históricamente la obligación de motivar fue considerada exclusivamente como un instrumento técnico-procesal (lo que suele denominarse como una “concepción *endoprocesal*” de la motivación). Su función, en relación con las partes del proceso, se ceñía a proporcionarles tanto los criterios aplicados en la decisión, su alcance y su justicia, como facilitarles los eventuales recursos (control *privatista*). Adicionalmente, esa función endoprocesal de la motivación facilita igualmente el control de la decisión por parte de los tribunales revisores, tanto en apela-

ción como en casación (control *burocrático*). Cuando la exigencia de motivación adquiere rango de principio constitucional se configura adicionalmente como una garantía político-institucional (lo que suele denominarse como una “concepción *extraprocesal*” de la motivación). Su función, en este caso, es conformarse como una garantía de los individuos frente a los poderes del Estado, al posibilitar la motivación el control de la decisión judicial por parte de la opinión pública (control *democrático*).

Esa doble función (*endoprocesal* y *extraprocesal*) de la motivación conlleva varias importantes consecuencias de cara al entendimiento del deber de fundar y motivar la decisión judicial:

- a) La motivación debe *publicarse*: sólo así cualquiera podrá conocerla; su notificación a las partes deja de ser suficiente, ya que sólo si es publicada puede ejercerse el control social de la decisión.
- b) La motivación debe estar *internamente justificada*: el fallo debe ser presentado como el resultado lógico de las premisas, es decir, de las diferentes decisiones parciales que conducen a la decisión final. Entre las premisas de la decisión y la decisión misma debe haber coherencia.
- c) La motivación debe estar *externamente justificada*: cada una de las premisas que componen el denominado silogismo judicial debe, a su vez, estar justificada. La motivación debe contener argumentos que justifiquen adecuadamente cada una de las premisas.
- d) La motivación debe ser *inteligible*: sólo así cualquiera podrá entenderla; los destinatarios de la motivación ya no son sólo los abogados de las partes y los Tribunales revisores.
- e) La motivación debe ser *completa*: todas las decisiones parciales adoptadas en el curso del proceso deben tener reflejo en la motivación, incluyendo tanto la *quaestio iuris* como la *quaestio facti*.
- f) La motivación debe ser *suficiente*: no es suficiente con que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final estén justificadas, sino que es preciso, además, que la motivación de cada una de ellas sea “suficiente”. Para cumplir con esa exigencia no es suficiente con proporcionar un argumento que avale la decisión adoptada, sino que (al menos en los casos de discrepancias) habrá que dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento es mejor o más adecuado que otros potencial-

mente utilizables. Por ejemplo, ante una duda interpretativa, no será suficiente justificar el significado adoptado por medio de una argumentación sistemática, sino que deberán proporcionarse también razones que motiven por qué ese modo de interpretación es más adecuado en ese caso que una argumentación teleológica.

- g) La motivación debe ser *autosuficiente*: la sentencia en su conjunto, incluida la motivación, debe ser comprensible por sí misma, sin requerir acudir a ninguna otra fuente.
- h) La motivación debe ser *congruente con las premisas* que se desea motivar: los argumentos empleados deben elegirse y utilizarse en función del tipo de premisa o decisión que quiere justificarse (por ejemplo, la premisa “factual” o *quaestio facti* y la premisa “jurídica” o *quaestio iuris*). Los argumentos por medio de los que puede ser considerado suficientemente motivado un significado, seguramente no pueden ser válidamente empleados para justificar por qué se considera más creíble un testimonio que otro.
- i) La motivación debe emplear *argumentos compatibles*: una motivación bien construida no sólo debe mostrar una congruencia entre las premisas y la decisión, sino que los argumentos utilizados para justificar cada una de las premisas deben ser compatibles entre sí.
- j) La motivación, por último, debe ser *proporcionada*: tanto una motivación demasiado escueta, como una demasiado prolija pueden estar eludiendo una suficiente motivación.

3. *El juez no está autorizado a crear normas jurídicas.*

El contenido propio de la función judicial es la aplicación de las normas jurídicas proporcionadas por los órganos legislativos. Este deber judicial, tal vez el más característico del genérico de sujeción a la ley, es exigido incluso en los supuestos de lagunas jurídicas, circunstancia sorprendente que merece un momento de atención.

El principal problema con el que un juez puede encontrarse al ejercer su función es que carezca de disposición normativa alguna que *prima facie* contemple los hechos del caso a resolver. Una buena forma de denominar el caso anterior es el de *lagunas textuales*, para diferenciarlas de las conocidas como *lagunas normativas*. Si estas últimas se producen, según la clásica definición de Alchourron y Bulygin, cuando un determinado caso genérico de un determinado universo de casos no está correlacionado

con solución maximal normativa alguna, las que podrían calificarse como *lagunas textuales* implicarían que un determinado caso genérico no se encuentra incluido en el supuesto de hecho de ninguna norma formulada *prima facie* por ninguna disposición del sistema. Dicho más sencillamente, no hay disposición alguna que *prima facie* contemple un caso genérico. Puede suceder, por supuesto, que en un concreto proceso de aplicación judicial del Derecho inicialmente se ponga de manifiesto una laguna textual, pero no una laguna normativa debido a que, por medio de la interpretación de alguna disposición del sistema, se pueda obtener una norma que otorgue solución al caso individual. En la medida que la solución de los casos individuales exige la aplicación de normas jurídicas, lo verdaderamente relevante es la aparición de lagunas normativas, pero merece la pena fijarse también en la situación de ausencia de disposición.

La aparición de una laguna es un problema importante en relación con el deber judicial de sujeción a la ley en la medida que lo que en realidad se le está imponiendo es la obligación de utilizar los textos producidos por las autoridades normativas reconocidas en el sistema para obtener las normas con las que justificar jurídicamente su decisión. La cuestión que procede contestar ahora es cómo puede el juez “atenerse” al sistema de las fuentes del Derecho cuando éste no proporciona disposición alguna que contemple el supuesto planteado.

En esta situación, a pesar de los instrumentos de los que el juez dispone para solucionar la laguna, es difícil afirmar que la decisión ha sido adoptada con sujeción a la ley.

4. *Se presume el conocimiento de la ley por parte del juez.*

Independientemente de las implicaciones procesales resumidas en el aforismo “*iura novit curia*”, el cumplimiento del deber de sujeción a la ley requiere obviamente el conocimiento de ésta por parte del juez. A este respecto, creo, sin embargo, que es importante distinguir:

- a) La presunción de conocimiento judicial del Derecho, que es un corolario lógico del criterio técnico de selección de los jueces;
- b) Los conocimientos jurídicos efectivos de un concreto juez o incluso de todo un sistema judicial, que dependerá en buena medida de los mecanismos de formación;
- c) Por último, la posibilidad real de que el Derecho pueda ser objeto de conocimiento.

En relación con esta última cuestión, son evidentemente diferentes las dificultades para conocer los textos redactados por las autoridades normativas (las disposiciones o enunciados normativos), cuya cognoscibilidad está en principio garantizada por la publicación necesaria de los documentos normativos, que para conocer las normas jurídicas expresadas por esos textos, cuestión que depende de la interpretación, del caso concreto y de otros factores que serán abordados un poco más adelante.

5. *El juez no puede rechazar la aplicación de una ley.*

El deber incondicionado de aplicación de la ley expresado por esta vertiente “objetiva” del principio de sujeción del juez a la ley impone también al juez la prohibición de rechazar la aplicación de una ley que contemple el caso a resolver.

Obviamente, cuando en el contexto que está siendo analizado se hace referencia a la ley, debe considerarse incluida también la Constitución, cuya aplicación directa debe llevarse a cabo cuando sea posible. Conviene recordarlo dentro de esta regla porque no es infrecuente que el juez considere que el Derecho que a él le corresponde aplicar comienza en la ley, siendo las normas constitucionales asunto de Tribunales específicos de control de la constitucionalidad, cuando existen, o de las Cortes Supremas.

Por otro lado, es preciso advertir que la sujeción del juez a la ley impone un deber incondicionado de aplicación de las leyes *aplicables*. En cualquier sistema jurídico pueden encontrarse un cierto número de disposiciones promulgadas y publicadas pero que son inaplicables por el juez, es decir que no pueden ser utilizadas para obtener normas jurídicas válidas. De entre ellas pueden destacarse las siguientes:

a) Cuando se difiere la entrada en vigor de una ley (*vacatio legis*) (artículo 4 del Código Civil: “Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior”).

b) Las disposiciones derogadas (con problemas especialmente relevantes cuando se trata de derogaciones tácitas) (artículo 9 del Código Civil: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”).

c) Las disposiciones declaradas inconstitucionales (particularmente cuando el órgano de control de la constitucionalidad formula una “sentencia interpretativa”).

d) Los supuestos de suspensión individual o colectiva de derechos constitucionales (artículo 29 de la Constitución: “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación”).

6. No vinculación a los precedentes jurisprudenciales.

Con carácter general, en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica la sujeción del juez a la ley implica, como una cara oculta, la no vinculación a los precedentes jurisprudenciales de Tribunales superiores.

Esta regla tradicionalmente asociada a la sujeción del juez a la ley debe ser objeto, sin embargo, de importantes matizaciones. Baste por ahora con indicar que la instauración en casi todos los sistemas jurídicos de procedimientos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad de las leyes, con decisiones vinculantes y eficacia *erga omnes*, obliga a reformular esta cuestión.