



Roberto Islas Montes (México)*

Sobre el principio de legalidad**

RESUMEN

El principio de legalidad como principio fundamental está para intervenir cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Controla la aplicación de normas adjetivas y sustantivas. Se enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. Establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo. Verifica la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley y la Constitución. En el Poder Ejecutivo y Judicial la aplicación del principio debe ser total porque estos son los encargados de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. En el Poder Legislativo es determinante su estricta aplicación porque de ello depende la validez de su creación.

Palabras clave: poderes del Estado, principio de legalidad, garantías constitucionales, México.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Legalitätsprinzip kommt als wesentlicher Grundsatz zur Anwendung, wenn der Staat gegenüber den von seinen Handlungen Betroffenen in nicht gerechtfertigter Weise von der Legalität abweicht. Es kontrolliert die Anwendung von materiellen und Verfahrensnormen, befasst sich mit Fragen der Zuständigkeit und Gesetzmässigkeit und ist teils statisch, teils dynamisch. Es legt fest, wer eine Handlung vornehmen darf und wie das geschehen muss, und stellt das gesetzeskonforme Vorgehen der Behörde und die Konformität der Ergebnisse der Handlungen mit Gesetz und Verfassung fest. Das Prinzip muss in Exekutive und Justiz ausnahmslos angewendet werden, da es diesen beiden Gewalten obliegt, die verfassungsmässige Ordnung des Staates und der darauf beruhenden Gesetze zu sichern bzw. für ihre Sicherung zu sorgen. Im Fall der Legislative ist seine strikte Anwendung insofern entscheidend, als davon die Gültigkeit ihrer Gesetzgebung abhängt.

Schlagwörter: Staatsgewalten, Legalitätsprinzip, verfassungsrechtliche Garantien, Mexiko.

* Catedrático en la Universidad Autónoma de Querétaro. <puelo888@hotmail.com>

** La idea central de este trabajo surge a raíz de la lectura de la obra de Karla Pérez Portilla referente al principio de igualdad, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en preparación de una discusión que sostendríamos sobre dicho principio en una sesión del doctorado.

ABSTRACT

The principle of legality is a fundamental principle intended to be followed when there is no application of the principles of law by the State affecting the governed, the application of procedural and substantive legal rules is also controlled by this principle. It is focused on competence and legality and it is partly static and partly dynamic. It states who is in charge of an act and the way to do the act. This principle verifies that the acts of authorities and their results are in agreement with the law and the Constitution. In the Executive Power and the Judiciary this principle must be fully applied because they are in charge of safeguarding the set of rules of each State and its body of laws. For the Legislative Power, the strict application of this principle is essential because the validity of its own creation depends on it.

Keywords: State powers, principle of legality, constitutional guarantees, Mexico.

1. Introducción

El principio de legalidad es un principio fundamental. Generalmente es reconocido en los ordenamientos supremos de los diferentes Estados; ello se debe a la relación de supra/subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder. Así, este Estado moderno interviene de forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados afectando sus derechos, incluso aquellos que el subordinado tiene en la más alta estima, aquellos que son básicos para su subsistencia, porque el Estado legisla, dicta y emite actos que trascienden el estatus de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente.

El principio de legalidad está para intervenir en estas ocasiones, cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Pero ¿cuánto apego debe existir por parte de cada uno de los poderes del Estado al principio de legalidad? ¿Cuándo se considera que actúan apegados a este principio? Un esbozo de respuesta a estas preguntas ya fue formulado por Karla Pérez Portilla cuando señaló:

[...] la vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles. Así, tiene una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que en el Jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el legislativo.¹

Evidentemente su respuesta no es cabal —porque ella no tenía estas preguntas en mente—, pero su afirmación sirve de punto de partida para buscar una respuesta más

¹ Karla Pérez Portilla: *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, III-II, p. 55.

completa; así podremos avanzar un poco más, acercarnos más a la solución del problema de la relación entre el Estado y el principio de legalidad. De esta forma, la idea central de este ensayo será la siguiente: el *principio de legalidad* relacionado con la aplicación de *normas adjetivas* rige plenamente al Poder Legislativo y Judicial, y casi plenamente al Ejecutivo; en cambio, el *principio de legalidad* relacionado con la aplicación de *normas sustantivas* no rige al Poder Legislativo, rige plenamente al Poder Ejecutivo y casi plenamente al Poder Judicial.

Claro está, para los efectos de este trabajo estamos presuponiendo que en el derecho existen dos grandes grupos de normas, las normas adjetivas y las no adjetivas, esto es, las que se refieren a procesos y procedimientos, y todas las demás; las que tienen que ver con procedimientos administrativos y con procesos y procedimientos jurisdiccionales, y las que no se refieren a ellos; las que regulan aquello que solemos llamar *formalidades esenciales del procedimiento* y las que no comprenden esas formalidades; en suma, como señalamos, las normas adjetivas y las normas sustantivas.

No es la intención en este ensayo abocarnos al estudio de esta clasificación, sino simplemente identificar el conjunto *derecho* y la división en *normas adjetivas* y *normas sustantivas* como un todo, de tal forma que podamos decir —sin sentirnos ofendidos por ello— que “el derecho es un conjunto de normas coactivas”,² que “las normas adjetivas son el subconjunto de normas que tienen que ver con los procesos y los procedimientos” y que “las normas sustantivas son el subconjunto de normas no adjetivas”.

El otro presupuesto del que partimos es que en el Estado moderno se pretende evitar el abuso del poder, por lo que la división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial es esencial:

[...] en cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil [...] virtud del primero [...] hace leyes [...] se llama [al] [...] último Poder Judicial, y al otro Poder Ejecutivo del Estado.³

[Se establece] lo que Montesquieu entendió como un sistema de frenos y contrapesos, de tal forma que, al encontrarse dividido el poder del Estado, sea el propio poder el que detenga el poder. O sea, mediante la división se pretende encontrar un sistema interno de control de la actividad del Estado, partiendo del supuesto de que la Constitución, como norma suprema, delimita los ámbitos competenciales de los diversos órganos, de manera que ninguno de ellos esté en posibilidad de ejercer de manera absoluta el poder del Estado, y, a su vez, establece sistemas que sean susceptibles de garantizar la regularidad constitucional.⁴

² Kelsen.

³ Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, México: Porrúa, 2001, XI-VI, p. 145.

⁴ Carlos de Silva: “El acto jurisdiccional”, en *Isonomía*, n.º 21, México: ITAM, octubre del 2004, p. 185.

Así, la producción del derecho, su ejecución y aplicación⁵ se encuentran realizadas por poderes diversos, cada uno de ellos en las tareas propias de la división: el Legislativo produciendo leyes, es decir, expresiones normativas (las normas generales *lato sensu*), el Ejecutivo obedeciéndolas y el Judicial componiendo la norma y aplicándola al caso particular.

2. El principio de legalidad

El primer acercamiento que tenemos al principio de legalidad nos es natural; la razón de esto es que los fenómenos naturales que se suceden a nuestro alrededor obedecen las leyes de la naturaleza. Cuando una manzana cae al suelo simplemente está ajustando su *actuación* a la ley de la gravitación universal. Cuando hemos colocado nuestro libro favorito en el buró junto a nuestra cama, esperamos sin siquiera pensarlo encontrarlo ahí mismo al día siguiente, en el *mismo estado de reposo*, cumpliendo con una de las leyes de Newton —a menos, claro está, que actúe sobre él una *fuerza resultante* y lo mueva de ese lugar—. Cuando en la mañana, muy temprano, caliente agua para prepararme un café y le adiciono azúcar, no espero menos que este trío de *compuestos* reaccione y se ajuste a las leyes correspondientes de la química, de tal forma que el café y el azúcar se disuelvan en el agua y yo pueda saborear mi aromático café; lo que no espero es incorporar el café y el azúcar en el agua y que después de una agitación vigorosa ambos permanezcan incólumes en el fondo de la taza; lo consideraría una *violación* a alguna ley química. Siempre esperamos que las cosas que suceden naturalmente, sigan sucediendo naturalmente, sigan ajustándose a las leyes de la naturaleza, sigan *actuando* apegadas a la *legalidad natural*, como lo señaló Mario Bunge: “todo cuanto acontece satisface por lo menos una ley”.⁶ Este es el principio de legalidad natural; la ley rige el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la ley y nunca esperamos que el acontecimiento viole la ley; sería antinatural. Así que aprendemos de la naturaleza que todo acontecimiento natural ajusta su *actuación* al *orden legal natural*.

Ahora bien, en el mundo del derecho no ocurre lo mismo, y no ocurre porque la relación de causalidad que existe en el mundo natural no existe en el derecho. Lo que existe en el derecho es una relación de imputación, una conexión entre el acto y su consecuencia,⁷ porque el mundo del derecho es un *deber ser*.

[...] el enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad.⁸

⁵ Riccardo Guastini: “Concepciones de las fuentes del derecho”, en *Isonomía*, n.º 11, México: ITAM, octubre de 1999, p. 170.

⁶ Mario Bunge: *Ser, saber, hacer*, México: Paidós y UNAM, 2002, p. 16.

⁷ Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa, 2007 (1960), III-18, p. 96.

⁸ *Ibidem*, p. 91.

En términos generales, el enunciado jurídico dice que si se cumplen determinados requisitos condicionados por el orden jurídico, debe producirse determinado acto establecido por el orden jurídico.⁹ En el caso particular que estamos tratando, el acto de autoridad se produce al cumplir los requisitos establecidos por el orden jurídico, y su validez está condicionada por el cumplimiento de esos requisitos a que debe sujetarse la actividad estatal para afectar algún derecho del gobernado. Ferrajoli llama a esto “la garantía política de la fidelidad de los poderes públicos” y dice que “consiste en el respeto por parte de estos de la legalidad constitucional”,¹⁰ así “cada poder público debe actuar estrictamente en su órbita de atribuciones”¹¹ y no en otra. Este es el principio de legalidad jurídico: la ley rige el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la ley y nunca esperamos que el acontecimiento viole la ley; sería antijurídico. De modo que entendemos que todo acto de autoridad debe ajustar su actuación al orden legal.

Rolando Tamayo y Salmorán se refiere al principio de legalidad de la siguiente forma:

[...] el principio de legalidad es presupuesto en todo el discurso jurídico, tanto en la “descripción” (textos y tratados) como en la argumentación (alegatos). El principio opera en dos niveles: descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así: (1) es regla de competencia; *i. e.*, es el derecho de un Estado [...] todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica. (2) La legalidad *debe* controlar los actos de los funcionarios (*e. g.*, el exceso o desvío de poder, decisión *ultra vires*, son cuestiones jurídicas).¹²

Esto es, para un acto establecido por la ley, el principio de legalidad es regla de competencia y regla de control, dice quién debe hacerlo y cómo debe hacerlo. Por otra parte, Karla Pérez Portilla, de quien ya hemos tomado parecer, señala que “el propio principio de legalidad [...] es susceptible de formulaciones diversas”.¹³ Según ella, “de acuerdo con Riccardo Guastini, se trata de un solo nombre para tres principios”,¹⁴ a saber: el “principio de preferencia de la ley”, el “principio de legalidad en sentido formal” y el “principio de legalidad en sentido sustancial”. De acuerdo con estos principios, “es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley”, “es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley” y “es inválida [...] toda ley que confiere un poder sin regularlo completamente”.¹⁵

⁹ *Ibidem*, pp. 90-91.

¹⁰ Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, V-14-63-2, p. 943.

¹¹ Juan Colombo Campbell: “Funciones del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002, p. 137.

¹² Rolando Tamayo y Salmorán: *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, México: UNAM, 2005, “Excursus II”, p. 214.

¹³ Pérez Portilla: *o. cit.*, III-II, p. 58.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

De esta manera, el principio de legalidad se opone a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y a los actos no regulados completamente por la ley.

Así, la formulación del principio de legalidad toma un matiz de claridad, nos enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. En su aspecto estático establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; en su aspecto dinámico, la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley. Por ello una de sus mejores expresiones es “la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite”, estableciendo la competencia y el control, y la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con la ley no solo faculta sino que además vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden legal

[...] el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.¹⁶

Dos son los extremos que combate este principio. Por una parte se opone al irracional apego a la ley, es decir que el principio de legalidad exige la conformidad de actuación al orden normativo, pero sin que se entienda que las leyes que lo conforman son simples ecuaciones matemáticas cuyo resultado debe ser exacto, derivado de procedimientos meramente mecánicos. Por la otra, también se opone al capricho en su aplicación, porque no tolera que el humor, el antojo o el gusto de la autoridad influyan en el resultado.

Ahora bien, si por legalidad entendemos solo la conformidad con la ley, entonces no debemos confundirla con el principio de legalidad, porque la legalidad no agota el principio; estaríamos confundiendo la especie con el género. Por la misma razón, tampoco debemos confundir el principio de legalidad con la legitimidad, porque el principio de legalidad tiene que ver con la competencia y el ejercicio de facultades, mientras que la legitimidad tiene que ver con la justificación del que ejerce el poder; se refiere a “la búsqueda de un fundamento”.¹⁷ No obstante, la legalidad debe realizar cierta legitimidad.¹⁸ Asimismo, tampoco se debe confundir el principio de legalidad con el principio de igualdad, porque este se refiere al trato igualitario que merecen todos en la ley y ante la ley;¹⁹ en cambio, el primero se refiere al estricto apego que debe tener la autoridad en su actuación cuando afecte a un subordinado. Por último, tampoco se debe confundirlo con el principio de seguridad jurídica, porque este es género de aquel.

¹⁶ *Ibidem*, p. 54.

¹⁷ Rolando Tamayo y Salmorán: *Introducción analítica al estudio del derecho*, México: Themis, 2008, XIV-3-b, p. 219.

¹⁸ Ricardo García Manrique: “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, en *Doxa*, n.º 26, 2003, p. 479.

¹⁹ María José Añón: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México: Fontamara, 2001, II-3 p. 33.

Por otra parte, existe un grado de legalidad superlativo: la constitucionalidad o superlegalidad. Rolando Tamayo y Salmorán dice que “es fácil percatarse [de] que el ‘principio de constitucionalidad’ [...] no es sino un caso especial de legalidad”.²⁰ Esta establece la competencia y el control, y la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con el ordenamiento supremo del Estado; además, faculta y vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden supralegal, porque

[...] en un Estado de derecho moderno, no basta con la existencia de normas jurídicas y con el apego a las mismas por parte de quién(es) detenta(n) el poder político sino que es necesario, para garantizar efectivamente el imperio de la legalidad, que esas normas cuenten con una serie de características en su origen y estructura... y que sean aplicadas respetando determinados criterios [...].²¹

La diferencia entre la legalidad y la constitucionalidad es que aun las leyes como actos del Estado deben adecuarse al ordenamiento supremo; así, el principio de legalidad establece que todo acto emanado del Estado se adecue a las leyes y a la Constitución, y que aun aquellos actos no subordinados a ley alguna deben adecuarse a la Constitución.

3. El principio en el Poder Ejecutivo

En el caso del Poder Ejecutivo, tanto las normas adjetivas como las normas sustantivas requieren de plena ejecución. Es en este poder donde la aplicación del principio debe ser total, absoluta, en estricto apego al principio; es aquí donde la mejor expresión del principio se completa, porque si “la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite”, en cualquier sentido es plenaria en el Poder Ejecutivo. La razón estriba en que es el Poder Ejecutivo el encargado de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. Él tiene que cumplir tanto con las normas sustantivas como con las adjetivas, precisamente porque es el encargado de cumplir y hacer cumplir las leyes que emanen del ordenamiento supremo; entonces, realmente serán contados los casos en los que podrá tener cierto margen de apreciación en la ejecución del orden legal; fuera de esto su enfoque será la estricta legalidad.

Quizás el caso más representativo de la apreciación ejecutiva lo sea el ejercicio de facultades discrecionales, es decir, si generalmente el Poder Ejecutivo actuará apegándose a la legalidad, tratándose de facultades discrecionales existirá cierto margen de apreciación sujeto únicamente a los criterios y principios implícitos en el propio orden legal.

Pensemos por ejemplo en que la ley estableciera una multa por la omisión de algún dato en la presentación de cierta declaración fiscal, y que esa multa fuera de tal

²⁰ Tamayo y Salmorán: *Los publicistas...*, o. cit., “Excursus II”, p. 214.

²¹ Pedro Salazar: “Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México”, en *Isonomía*, n.º 9, México: ITAM, octubre de 1998, p. 195.

magnitud que solo tuviera relevancia si tomara parte en un importe mayor, esto es, que por sí sola resultara insignificante. Ahora pensemos en que en la ley se obligara a la autoridad a su cobro, formara o no parte de otro importe. Si la autoridad determinara una multa de estas y la tuviera que cobrar mediante alguna clase de procedimiento coactivo y el costo de estas acciones superara con creces el importe de la multa, entonces el apego de la autoridad a la legalidad solo traería como consecuencia ineficiencia administrativa; o sea, la autoridad tendría que valorar entre ajustarse a la legalidad y obligarse a cumplir con ella, o apreciar el criterio de eficiencia implícito en todo orden legal y elegir el costo menor, lo que implicaría probablemente ni siquiera imponerla. Su disyuntiva sería: legalidad o eficiencia.

Otro ejemplo: supongamos que en el ordenamiento supremo del Estado se facultara al Poder Ejecutivo a una especie de revisión administrativa para verificar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones fiscales cuyo procedimiento se estableciera en alguna ley derivada, y que ante el comprobado incumplimiento del obligado se facultara a la autoridad a obligar al cumplimiento y adicionalmente determinar alguna sanción administrativa. Ahora bien, a cierto obligado, discrecionalmente determinado dentro del conjunto de obligados, se le emite mandamiento por el que se le iniciará el ejercicio de la facultad, se ejercita lo que jurídicamente se puede hacer y se determina que ha cumplido con sus obligaciones por el periodo sujeto a revisión, por lo que al término del ejercicio de la facultad se dicta resolución en blanco, es decir, sin obligación pendiente de cumplimiento y sin sanción administrativa alguna. Al año siguiente, al mismo obligado se le vuelve a emitir mandamiento por el que se le iniciará el ejercicio de la misma facultad por el siguiente periodo posible de revisión, se ejercita lo que jurídicamente se puede hacer y de nueva cuenta se determina que ha cumplido con sus obligaciones por el periodo revisado, por lo que se dicta de nueva cuenta resolución en blanco. Al siguiente año lo mismo. Para el cuarto año, la autoridad se encuentra en la disyuntiva de seguir molestando al mismo obligado que en tres ocasiones consecutivas ha demostrado el cumplimiento de sus obligaciones o seleccionar a otro para ejercer la facultad y así verificar si este nuevo obligado ha cumplido o no con sus obligaciones fiscales. En ambos casos existiría legalidad. Legalmente la autoridad tiene la permisión para iniciar de nueva cuenta el ejercicio de la facultad con el mismo obligado, pero también puede elegir otro; discrecionalmente puede volver elegir al mismo dentro del conjunto de obligados o a otro. Sin embargo, ha de tomarse en cuenta que en ese obligado ha quedado demostrado que la ley ha conseguido su objetivo; se percibe que lo ha incentivado al cumplimiento y que de hecho él lo ha cumplido; se nota que el criterio de eficacia ha tenido fruto. De igual forma, el criterio de efectividad administrativa ha probado suficientemente que el obligado seleccionado históricamente ha cumplido con sus obligaciones fiscales, por lo que la disyuntiva es a cuál de los obligados se debe revisar, si al que ha demostrado que ha cumplido o aquel que no sabemos si ha cumplido.

Lo anterior es ilustrativo de que tratándose de facultades discrecionales existirá un cierto margen de apreciación sujeto a los principios y criterios implícitos en el orden legal; se tomarán en cuenta probablemente la justicia, la equidad, la eficacia, la eficiencia y la efectividad, entre otros.

De esta forma, el principio de legalidad referente a normas adjetivas y sustantivas aplica plenamente al Poder Ejecutivo; la estricta legalidad debe ser su objeto y propósito para que, como en el caso de ejemplo anterior, el obligado sepa lo que será materia de revisión y la finalidad que se persigue con ella. La salvedad en este caso sería el ejercicio de facultades discrecionales que necesariamente conlleva la libre y prudente aplicación de criterios y principios implícitos en el orden legal para la apreciación de las circunstancias de cada caso particular. Así, consideraremos apegada la actuación del Poder Ejecutivo al principio de legalidad cuando quien debe realizar el acto lo realice como deba hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con la ley y el ordenamiento supremo. Además, tomaremos en cuenta en nuestra valoración el ejercicio de la facultad discrecional, el irracional apego a la ley y el capricho en su aplicación. Ante la presunción de incumplimiento de la autoridad por el no apego al principio de legalidad, el afectado podrá solicitar ante la instancia correspondiente la anulación de dicha actuación y su resultado.

4. El principio en el Poder Legislativo

En el caso del Poder Legislativo, en el ordenamiento supremo lo que tenemos son normas adjetivas de creación, derogación y reforma de leyes y del propio ordenamiento supremo. No encontramos que este poder tenga relación con normas sustantivas; ni las aplica ni las ejecuta. Su función consiste en la producción de expresiones con contenidos normativos —agrupadas en leyes o en reformas al ordenamiento supremo— que tienen sustento en el derecho positivo, el derecho comparado, la costumbre y en los hechos sociales que necesitan ser regulados, en las que subyace la voluntad nacional²² o voluntad soberana,²³ lo que Montesquieu llamó “la voluntad general del Estado”.²⁴

Así este poder debe aplicar estrictamente el principio de legalidad por la naturaleza de su función en la creación, derogación y reformatión de las leyes (y en lo que corresponda al ordenamiento supremo), es decir, es determinante la estricta aplicación del principio de legalidad en su función legislativa porque de ello depende la validez de su creación, que su creación sea ley y que por ende sea válida. El Legislativo tiene que cumplir con las normas adjetivas de producción de las leyes que establezca el ordenamiento supremo porque ante el menor incumplimiento su producto puede ser invalidado. Y no solo esto: el acotamiento productivo que enfrenta se encuentra en el propio ordenamiento supremo. Cuando produce una ley debe respetar ese ordenamiento supremo; de ninguna manera puede violentarlo;²⁵ su producto no puede contradecir ninguna norma jurídica suprema; así, su creación no solo debe ajustarse al marco supremo y no salirse de él, sino que además, internamente, no debe estar en conflicto con él.

²² Rousseau.

²³ Hobbes.

²⁴ Montesquieu: o. cit., XI-VI, p. 147.

²⁵ Riccardo Guastini: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa y UNAM, 2002, 2.º-VI, p. 47.

El señalamiento anterior no significa que las leyes producidas no se encuentren fuera del ordenamiento supremo y que por ello tengan que ser intraconstitucionales o algo así, sino que a pesar de ser extraconstitucionales y encontrarse fuera de él estén acotadas por él al legislarse solamente las materias especificadas en dicho ordenamiento. Y el Poder Legislativo no solo debe respetar el ordenamiento supremo; también debe tomar en consideración los principios del derecho. La presunción es que cuando produce una ley respeta esos principios y de ninguna manera pretende derogarlos;²⁶ así, el principio que establece “a lo imposible nadie está obligado” es respetado por el legislador implícitamente en cada producción legislativa al no establecer obligaciones de imposible realización. Por ejemplo, un impuesto que gravara el ingreso del obligado con una tasa del 110% sería imposible de cumplir; una ley que estableciera una condena de 969 años de prisión por algún delito solo podría haber sido cumplida por Matusalén.²⁷ Una ley que en igualdad de circunstancias prohibiera una conducta y al mismo tiempo la permitiera no respetaría el principio de no contradicción,²⁸ de tal forma que, si el legislador expresara un contenido normativo que dijera: “se considera infracción a la ley no presentar o presentar la declaración...”, estaría ubicando al obligado ante dos situaciones de suyo contradictorias en cualquiera de las cuales infringiría la ley. Principios como estos son tomados en cuenta en el momento de la producción legislativa.

Entonces, de conformidad con lo dicho, existirá afectación al principio de legalidad cuando el producto:

1. no sea creado por el facultado para producirlo, o
2. no sea producido de conformidad con la norma adjetiva suprema, o
3. el contenido contradiga alguna norma suprema, o
4. el contenido no respete los principios del derecho.

En estos casos el producto es inválido total o parcialmente. En los casos 1 y 2 la invalidez es completa, recae sobre todo el producto; se presenta porque el creador no tiene facultad para crear o porque no se ciñó a la norma adjetiva establecida para su producción. En los casos restantes la invalidez puede recaer o en una parte del producto o en todo, lo que dependerá de si el contenido respeta o no las normas *supremas* y los principios del derecho.

De esta forma, el principio de legalidad relacionado con la aplicación de normas sustantivas no rige al Poder Legislativo; en cambio, referente a normas adjetivas, le aplica plenamente. En este caso, la estricta legalidad —en cuanto a la aplicación de normas adjetivas— debe ser su propósito porque de ello depende la validez de su creación, ya que ante el menor incumplimiento su producto puede ser invalidado. Así que consideraremos apegada la actuación del Poder Legislativo al principio de lega-

²⁶ *Ibíd.*, p. 48.

²⁷ Santa Biblia, Génesis, capítulo 5, versículo 27.

²⁸ Roberto Islas Montes et al.: *Una introducción a la hermenéutica fiscal*, México: Porrúa, 2007, III-II-3, p. 150-151.

lidad cuando quien debe realizar el acto lo realice como deba hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con el ordenamiento supremo. Tomaremos en cuenta además en nuestra valoración si fueron o no respetados los principios del derecho. Ante la presunción de incumplimiento por el no apego al principio de legalidad, el afectado podrá solicitar ante la instancia correspondiente la invalidez de la producción legislativa.

5. El principio en el Poder Judicial

En el caso del Poder Judicial, en lo general, tanto las normas adjetivas como las normas sustantivas requieren de plena aplicación. La razón estriba en que el Poder Judicial también es encargado de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él emanen. En lo particular, la aplicación del principio en cuanto a normas adjetivas del proceso judicial debe ser total, absoluta, plenaria, en estricto apego a él; aquí también la mejor expresión del principio toma completitud. En cuanto a las normas sustantivas, el principio le rige casi plenamente; la razón particular es que en los ordenamientos supremos de cada Estado encontramos alguna norma que lo obliga a resolver no conforme a ley sino conforme a derecho o en justicia, o aplicando principios de derecho o jurisprudencia técnica²⁹ en los que, si bien subyace lo que es *conforme a derecho*, no en todos ellos tiene la misma amplitud; todo dependerá de lo que en ese Estado particular se entienda por justicia o derecho, los principios a que se refiera o el contenido de la jurisprudencia técnica.

Cuando un caso es puesto a consideración del juez,³⁰ lo primero que hace es componer la norma, esto es, la reescribe a partir de los textos donde las busca³¹ —generalmente la ley, por ser la fuente del derecho—. La razón de ello es que “la mayor parte de las veces, los textos jurídicos no contienen normas redactadas en la forma canónica; por eso, precisamente, es que el jurista debe interpretarlos para extraer de ellos las normas jurídicas”.³² Así que, como la norma está compuesta de dos elementos, la descripción de la conducta y la consecuencia, busca en el texto de la ley las partes correspondientes para componer la norma, la norma general en formato canónico: *A debe ser B*. Un ejemplo de norma es el siguiente:

El que cometa el delito de homicidio debe ser condenado a una pena de prisión de entre doce y veinticuatro años.

²⁹ No me refiero a la jurisprudencia en el sentido de ‘ciencia del derecho’.

³⁰ O tribunal.

³¹ Óscar Correas: *Teoría del derecho*, México: Fontamara, 2004, II-5, p. 65.

³² *Ibídem*.

Hecho lo anterior, la primera toma de decisión se centra en la evidencia empírica (A) y la subsunción³³ de esta en la descripción normativa de la conducta (A), A' en A ; Por ejemplo, puede decir:

La conducta realizada por R es homicidio.

Posteriormente, determina la solución individual (B') y su subsunción en la pre-determinación que establece la ley (B), B' en B ; por ejemplo, cuando establece:

La pena de prisión de veinte años es una pena de entre doce y veinticuatro años.

Como se puede observar, en el aspecto general existe un apego a la estricta legalidad por el Poder Judicial, ya que en la ley formal encuentra tanto la descripción normativa de la conducta como la descripción de la pena, y con la subsunción encuadra tanto la conducta como la solución individual en ellas. Pero esto no es todo; el juez también compuso la norma general, y esta norma general no solo es expresión normativa, sino que también conlleva jurisprudencia técnica, costumbre, etcétera. Por otra parte, también subsumió un supuesto de hecho en la descripción normativa de la conducta, y desde luego que la solución individual que él infirió también la subsumió en la predeterminación legal. En estos casos existe interpretación de textos y mucha valoración y apreciación discrecional por parte del juez. Jueces distintos podrían determinar que A' no encuadra en A , o pueden establecer una B' diferente dentro de B , menor o mayor. Así que la función del Poder Judicial no solo consiste en aplicar la ley; no realiza una función puramente técnica; no es como indicó Montesquieu, “que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley”,³⁴ si fuera así, diría Hart, sería “compatible con una enorme iniquidad”.³⁵

De manera que el principio de legalidad referente a normas adjetivas y sustantivas aplica plenamente en lo general al Poder Judicial, ya en lo particular, tratándose de normas sustantivas existe valoración y apreciación discrecional, si bien la estricta legalidad debe ser su propósito para que exista congruencia y pueda justificar su decisión. Por lo tanto consideraremos apegada la actuación del Poder Judicial al principio de legalidad cuando quien debe realizar el acto lo realice como deba hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con la ley y el ordenamiento supremo. Tomaremos en cuenta en nuestra valoración, en su caso, el ejercicio de la facultad discrecional, el irracional apego a la ley y el capricho en su aplicación. Ante la presunción de incumplimiento de la autoridad judicial por el no apego al principio de legalidad, el afectado podrá, cuando sea posible, solicitar ante la instancia correspondiente la invalidez de la aplicación.

³³ En el sentido kantiano, puede verse: Kant: *Crítica de la razón pura*, México: Porrúa, 2003, II-I, p. 118-119.

³⁴ Montesquieu: o. cit., XI-VI, p. 147.

³⁵ Herbert Lionel Adolphus Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (1961), IX-3, pp. 255-256.