



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Valadés, Diego

La no aplicación de las normas y el Estado de derecho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 103, enero - abril, 2002, pp. 589-620

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710308>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

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

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

LA NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y EL ESTADO DE DERECHO*

Diego VALADÉS**

RESUMEN: El presente artículo analiza la relación que existe entre la no aplicación circunstancial de la norma y el proceso constructivo o el funcionamiento del Estado constitucional, para lo cual profundiza en el estudio de conceptos tales como el Estado de derecho, Estado social de derecho, y Estado social y democrático de derecho, así como en algunos problemas relativos a los límites de la ley, la representación y la legitimidad. Asimismo, se argumenta que si bien es cierto que el constitucionalismo tiene, entre otros objetivos, el de la certidumbre, que se traduce en que las normas aprobadas de acuerdo con la propia Constitución se aplicarán sin excepción tantas veces como se produzcan los supuestos que ellas mismas prevean, existen determinadas circunstancias, que no pueden ser entendidas sin la tolerancia, en las que los órganos del Estado optan por la no aplicación de la norma como una forma de consolidar un Estado constitucional o como una forma de preservar el Estado de derecho. Estas circunstancias son conocidas como los límites del derecho o de la ley.

Palabras clave: Estado de derecho, tolerancia, discrecionalidad, representación, legitimidad.

ABSTRACT: This article studies the relationship between the circumstantial non-implementation of a legal norm and the way in which the Constitutional State functions. To do so, the author analyzes in depth the concepts of "Estado de derecho", "Estado social de derecho", and "Estado social y democrático de derecho", as well as some problems related to the limits of the law, representation and legitimacy. Moreover, it is argued that even if it is true that constitutionalism considers certainty to be an important goal (which means that the norms that have been created according to the Constitution shall be implemented without exception every time the situation they foresee is actualized in the real world) there are certain circumstances, which can only be understood in connection with the principle of tolerance, in which State organs may opt for the non-implementation of a norm, as a way of contributing to the consolidation of the Constitutional State, or as a way of preserving the rule of law. These circumstances are known as the limits of the law.

Descriptors: rule of law, tolerance, discretion, representation, legitimacy.

* Agradezco profundamente a los profesores Enrique Cáceres, Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Javier Saldaña y José Ma. Serna, por sus valiosos comentarios.

** Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del Sistema Nacional de Investigadores y de El Colegio de Sinaloa.

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*. II. *Estado de derecho*. III. *Estado social de derecho*. IV. *Estado social y democrático de derecho*. V. *Estado de derecho y constitucionalismo*. VI. *Límites de la ley*. VII. *Representación y legitimidad*. VIII. *Consideraciones finales*. IX. *Bibliografía*.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El problema del Estado de derecho es una de las cuestiones más relevantes de los sistemas constitucionales. El constitucionalismo tiene, entre otros objetivos, el de la certidumbre de los derechos reconocidos y garantizados por la norma suprema. Esa certidumbre se traduce en que las normas aprobadas de acuerdo con la propia Constitución se aplicarán sin excepción tantas veces como se produzcan los supuestos que ellas mismas prevean. En este sentido todo acto que se aleje del cumplimiento puntual de la norma es considerado a su vez como contrario al Estado de derecho.

El constitucionalismo también tiene como propósito establecer las bases jurídicas de la tolerancia. Este principio, que estuvo en el origen de los sistemas constitucionales, supone que haya espacios para la libertad que trasciendan incluso lo estrictamente establecido por la norma. La norma fija sólo los mínimos aceptables; pero la conducta individual y colectiva acorde con esa norma puede ampliar el contenido de la tolerancia. Desde luego, la extensión de la tolerancia está vinculada con la naturaleza de los actos tolerados y de los actos de la autoridad. No se trata de una cuestión simple; es, en realidad, uno de los asuntos más complejos en la vida cotidiana del Estado.

En ese punto es necesario considerar la cuestión de la legitimidad. Se sabe que éste no es un tema pacífico en la doctrina. Las tesis dominantes relacionadas con la legitimidad tienen una importante influencia weberiana; esto no obstante, los matices son muchos. De manera general puede decirse que la idea de legitimidad está impregnada de un subjetivismo que va más allá de la

interpretación de una norma; se trata de la interpretación del poder político, que es fuente del derecho y su órgano de aplicación.¹

En este trabajo se parte de un esquema conceptual del Estado de derecho y se concluye con una referencia a los temas de la representación y legitimidad y a los problemas culturales que se advierten en cuanto a los casos admitidos de no aplicación de la norma, por considerar que están estrechamente vinculados. La cuestión central que queda planteada es la de los límites del derecho, entendidos como las circunstancias en que los órganos del Estado optan por la no aplicación de la norma como una forma de preservar el Estado de derecho. Es, sin duda, una de las varias paradojas que se advierten en los sistemas constitucionales, y sólo a partir de que apliquemos las categorías de análisis propuestas por Peter Häberle, como se hará en la parte final, será posible encontrar soluciones satisfactorias.

No es un problema nuevo, aunque sí presenta nuevos dilemas. La sujeción al derecho de los órganos del poder es una de las garantías más relevantes para prevenir y corregir los actos de arbitrariedad. En este punto deben tenerse presentes los casos de las Constituciones que ya, expresamente, proscriben la arbitrariedad: Argentina (artículo 43), Chile (artículo 20), España (artículo 9.3), Suiza (artículo 9). Aceptar que esos órganos puedan dejar de aplicar la norma jurídica significa abrir un espacio para la acción discrecional.² La experiencia histórica del poder demuestra que por ese intersticio se han introducido prácticas derogatorias del derecho; pero la sola aplicación de la norma tampoco es garantía suficiente para conciliar la certidumbre en cuanto a los actos de la autoridad y el espacio de libertades que los individuos y la sociedad requieren. Con frecuencia, por ejemplo, se ha confundido el principio jurídico del Estado de derecho con el discurso político conservador de “ley y orden”.³

¹ Véase Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 55 y ss.

² Véase Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1997.

³ Cfr. Durán Muñoz, Rafael, *Contención y transgresión*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 185 y ss.; y Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 266.

Por esas razones es necesario incorporar, a las consideraciones que se hagan sobre los problemas del Estado de derecho, la cuestión de la representación y la legitimidad, considerando que estos elementos forman parte de una sola realidad jurídica y del entorno cultural de la norma. Las solas instituciones representativas tienen, como ha demostrado la doctrina contemporánea, numerosos puntos vulnerables (deformaciones en los sistemas electorales, distorsiones mediáticas, fallas en el régimen de los partidos políticos, influencias de intereses, irresponsabilidad de los representantes, entre otras); por otra parte, el principio de legitimidad es bastante más complejo de lo que suele ser considerado, porque implica la necesidad de conjugar tres factores: origen, ejercicio y percepción social del poder.

En este punto se debe formular una prevención: al aludir a la no aplicación de la norma dentro de un Estado de derecho se está considerando la plena validez del orden constitucional. La cuestión de la aplicabilidad de las normas constitucionales tiene otra dimensión, como han demostrado J. J. Gómes Canotilho⁴ y J. Afonso da Silva.⁵ La no aplicación de la norma a que se hace referencia en este estudio corresponde a actos de la autoridad administrativa, no de los tribunales y congresos. La no aplicación en el caso de estos dos órganos del poder tiene otras implicaciones que aquí no se examinan. En el caso de los congresos, tienen la posibilidad de modificar la norma, pero de acuerdo con los procedimientos establecidos previamente; cualquier acto de no aplicación de las normas del procedimiento legislativo es impugnable judicialmente, y los casos de omisión del desarrollo de normas constitucionales pueden dar lugar a que se plantee la inconstitucionalidad por omisión.⁶ Por lo que concierne a los tribunales, por el contrario, las posibilidades de aplicar principios en lugar de reglas, es mucho más amplia. Puede decirse que mientras que los

⁴ Gómes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, esp. pp. 216 y ss.

⁵ Afonso da Silva, José, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, esp. pp. 209 y ss.

⁶ Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.

congresos tienen vedada esa posibilidad, los tribunales disponen de ella con mayor amplitud y, en medio, se sitúan los órganos de gobierno. La Ley Fundamental alemana sintetiza esta situación en su artículo 20-3, al señalar que el legislador está sometido al orden constitucional, mientras que el Poder Ejecutivo y el jurisdiccional lo están a la ley y al derecho. Desde luego, la doctrina no es unánime en cuanto al contenido y alcance de esa disposición constitucional. Starck⁷ identifica un amplio haz de entendimientos, procedentes de diversos autores, con relación a esa fórmula: alude a la ley en sentido formal y material; se refiere al derecho escrito y consuetudinario; reconoce la coexistencia del derecho positivo y natural; combina positividad y axiología; es tautológica, porque ley y derecho son sinónimos. Se hace evidente que esa pluralidad de interpretaciones muestra lo difícil que ha resultado para la doctrina admitir que los jueces y el gobierno disponen de márgenes jurídicos que van más allá de la ley *stricto sensu*, y que el asunto es bastante más sencillo si, como veremos más adelante, se tiene en cuenta la distinción entre regla y principio. Esta referencia tiene como propósito subrayar la complejidad del asunto de la no aplicación de la norma dentro de un Estado de derecho con relación al cual en este trabajo nos referiremos exclusivamente al aspecto que concierne al gobierno.

Se conocen las características del Estado constitucional en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento; pero hay dos aspectos cuya elucidación es también necesaria: cómo se va configurando ese Estado, y cuáles pueden ser las causas de quebrantamiento. El Estado constitucional pasa por fases previas que conducen hasta su consolidación, de la misma forma que corre riesgos de desintegración. Hay que determinar cómo se va produciendo ese proceso constructivo y cómo evitar que las tensiones y presiones acaben desencadenando un proceso destructivo.

No es tarea sencilla identificar los elementos de ambos procesos, porque si bien tendencialmente todos los estados constitucionales presentan características más o menos homogéneas, la dinámica

⁷ Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 61 y ss.

que conduce a su formación o genera su erosión obedece a circunstancias irrepetibles en el tiempo y en el espacio. La conjunción de múltiples factores, culturales, políticos, y aun personales, es lo que va determinando la intensidad y dirección de esos procesos.

En el caso de este estudio no se abordan todos los problemas concernientes a la construcción o destrucción del Estado constitucional, sino sólo un problema que está presente en las diversas fases de la vida de ese tipo de Estado. Ese elemento presente en las diferentes etapas de la vida del Estado constitucional es el concerniente a la aplicación estricta de la norma.

Ese fenómeno es importante para definir el proceso constructivo del Estado constitucional, y también es relevante para advertir que están en marcha tendencias que llevan a su declinación. Poder identificar hasta qué punto la no aplicación de la norma corresponde a una etapa en la formación del Estado constitucional, es compatible con la vigencia de ese Estado o preludia su crisis, es una labor que el constitucionalista debe desarrollar, para poder precisar las posibilidades o los riesgos por los que está transcurriendo la vida constitucional.

En este ensayo se intenta explicar que en todo Estado constitucional existen márgenes razonables para la desviación transitoria, parcial, controlable y explicable del funcionamiento institucional con relación al marco jurídico vigente. El tema me ha interesado a partir de que esa situación es común en los Estados constitucionales en formación, en los consolidados y en los que se encuentran en crisis, pero en cada caso presenta causas y tiene consecuencias distintas.

Tratándose de la formación del Estado constitucional, un excesivo rigor en la aplicación de la ley podría inhibir expresiones propias del pluralismo en gestación (manifestaciones, libertad de manifestación de ideas y opiniones, casos aislados de desobediencia, por ejemplo). En el caso de impedirse esas expresiones, probablemente también se reducirán o diferirán las posibilidades de consolidación del Estado constitucional. Si ya en plena vida del Estado constitucional se redujeran los márgenes de tolerancia, se

incurriría en una contradicción con la propia naturaleza de ese Estado, y se podrían generar tensiones excesivas que acabarían por quebrantar el funcionamiento de las instituciones. Y si los márgenes de no aplicación de la norma se ampliaran de tal manera que se propiciara la entropía, el Estado constitucional correría el riesgo de perder su significado y vigencia.

Al abordar estos problemas he tenido como referente el concepto de Estado constitucional formulado por Peter Häberle,⁸ que se compone de una pluralidad de elementos: dignidad humana; soberanía popular; la Constitución como contrato; la separación de poderes entendida como pluralismo; el Estado de derecho, el Estado social y el Estado cultural; los derechos fundamentales y sus garantías; y la independencia de la jurisdicción, entre otros. Es evidente que una composición tan amplia de los elementos del Estado constitucional.

Este no pretende ser un trabajo de carácter filosófico, sino constitucional. Lo que esencialmente me interesa es encontrar algunas regularidades que hagan compatible la no aplicación circunstancial de la norma con el proceso constructivo o el funcionamiento del Estado constitucional, y que no se llegue al extremo de desencadenar la quiebra de ese Estado.

En este trabajo serán abordados, desde una perspectiva constitucional, los problemas que resultan para el Estado de derecho de la no aplicación circunstancial de las normas. Independientemente de las consideraciones que sobre este tema puedan hacerse con un enfoque filosófico, en este estudio se verán sólo los aspectos que tienen relevancia para el Estado constitucional. Es evidente que el prisma de observación varía si un problema es abordado como parte de la teoría general de la norma o de la teoría de la Constitución. En este caso se ha optado por este último enfoque.

Una precisión más concierne a las normas no aplicadas. En todos los casos debe entenderse como las normas secundarias, esto es, no las que prescriben una conducta sino las que disponen una sanción. En este punto no nos pronunciamos por la naturaleza

⁸ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

coactiva del orden jurídico o por la posibilidad de que existan normas sin sanción como postula E. Allorio, por ejemplo. En este caso ese debate es irrelevante, porque no se trata de que no haya aplicación de la norma, en cuyo caso no se produciría el problema que deseamos examinar, sino que nos interesa exactamente lo contrario: habiendo una sanción prevista por la norma, no se aplica.

II. ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

El concepto de Estado de derecho se desarrolló durante el liberalismo y encuentra, entre sus fuentes filosóficas, las obras de Kant y de Humboldt. Ambos llegaron a la conclusión de que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del individuo. Aunque la idea aparecía claramente en sus escritos, el primero que la introduce como un tema relevante para las definiciones políticas y jurídicas del Estado fue el jurista y político alemán Robert von Mohl⁹ en su obra *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, publicada en 1829. Muchos autores le atribuyen incluso haber acuñado la expresión; sin embargo Böckenförde demuestra¹⁰ que en 1813 la había empleado por primera vez Carl Th. Welker, y en 1924 Ch. Freiherr von Aretin. De lo que no queda duda, con esto, es que el concepto es de cuna germana. Pero lo que más interesa no es la génesis de un concepto, sino que tanto Welker como Aretin y Mohl le atribuyen una característica central a ese nuevo concepto: el Estado de derecho es el

⁹ Cfr. Carcagni, Angelo, *I diritti della "società": stato di diritto e associazione* in R. von Mohl, Nápoles, Giannini, 1990.

¹⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 19.

Estado de la razón, del entendimiento, de la racionalidad política. Estas líneas se fueron difuminando para dejar que otras notas fueran integrando el contenido del Estado de derecho. En este estudio veremos que, no obstante el tiempo transcurrido y las adiciones adoptadas, la esencia del Estado de derecho sigue siendo la racionalización del ejercicio del poder; esto es lo que permite explicar que no se altere su esencia cuando, en determinadas circunstancias, se producen episodios en los que la norma no es aplicada.

El concepto de Estado de derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de derecho corresponda al constitucionalismo moderno. Curiosamente, el término “constitucionalismo” fue utilizado por primera vez en 1832 por el poeta inglés Robert Southey, y su difusión como expresión jurídica es relativamente reciente. Se ha entendido que el constitucionalismo contiene dos elementos básicos, que por mucho tiempo han sido considerados como sinónimo del Estado de derecho: la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio del poder. La Constitución francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución”. Conviene, sin embargo, tener presente que en 1793 el proyecto de Constitución de Saint-Just proponía modificar el concepto: “todo pueblo en el que no esté garantizado el ejercicio de sus derechos y asegurado el cumplimiento de sus deberes, carece de Constitución y de principios de orden social”.¹¹ En este caso sólo importaba la supremacía constitucional.

Es útil no perder de vista que si bien el Estado de derecho es la antítesis del Estado absolutista, los instrumentos de uno y de otro son los mismos: la supremacía de la norma. Lo que varía no es el contenido (esto sólo ocurrirá cuando aparezca el Estado social

¹¹ Citado por Blanc, Louis, *Histoire de la Révolution Française*, París, Pagnerre, 1870, t. VIII, p. 489.

de derecho) ni la aplicación (esto sólo se presentará cuando surja el Estado democrático de derecho), sino la fuente de la norma.

Dicey¹² demostró cómo en Inglaterra, desde el siglo XIV, se integraron como concepto la corona y la supremacía de la norma. La corona requería de la norma para conjurar los peligros del derrocamiento y de la usurpación; la norma suponía, a su vez, la existencia de un poder que la impusiera. El poder regio residía en la elaboración y en la aplicación de la norma, ambas en las mismas manos. La revolución inglesa implicó la traslación del poder supremo (soberanía), que pasó del monarca al Parlamento; pero el instrumento para ejercer el poder fue el mismo: la norma. El *rule of law*, a su vez, involucraba una triple garantía: el proceso legal, la universalidad de la justicia, y la sujeción de los actos del poder a la decisión de los jueces.

Más tarde, en el siglo XX, el Estado de derecho tuvo como contrapunto al totalitarismo. Se advierte que las solas ideas del proceso legal y de la universalidad de la justicia son insuficientes. Y en cuanto al control de los actos del poder por los jueces, se hace necesario precaverse no sólo contra los excesos del gobierno, sino también del legislador. Por eso el Estado de derecho está orientado a vedar la expansión totalitaria del Estado. El totalitarismo se caracterizó por la supresión de libertades individuales y públicas, incluyendo las proscripción de partidos, de órganos deliberativos y de libertades de tránsito, reunión y expresión. Eso no obstante, el totalitarismo procuró legitimarse a través de instrumentos jurídicos. Con excepción del comunismo y del corporativismo, que desarrollaron un aparato formalmente constitucional, el falangismo, el nacionalsocialismo y el fascismo se expresaron a través de diversas leyes que no llegaron a conformar un cuerpo sistemático.

Hitler gobernó esencialmente apoyado por la Ley de Autorización de 1933, que lo facultaba para legislar a su arbitrio. Con fundamento en esa delegación parlamentaria expidió, entre otras, las leyes racistas de Nuremberg de 1935 y la 11 Ordenanza sobre

¹² Dicey, A. V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Indianápolis, Liberty Fund, 1982, pp. 107 y ss.

la Ley de Ciudadanía del Reich, del 25 de noviembre de 1941, que privaba de la ciudadanía alemana a los judíos. Alexy¹³ transcribe los considerandos de una resolución del Tribunal Constitucional Federal en un caso relacionado con esa ominosa norma. Entre otras importantes expresiones, el Tribunal declara que “hay que negar a las disposiciones jurídicas nacionalsocialistas la validez como derecho, porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría ‘no-derecho’ en vez de derecho”; más adelante reafirma: “el ‘no-derecho’ impuesto que viola manifiestamente los principios constitutivos del derecho no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido”. Como el propio Alexy observa, el Tribunal pudo optar por invocar preceptos del orden constitucional alemán, pero prefirió el argumento no positivista; en todo caso, para los efectos de este estudio, se corrobora la insuficiencia de un Estado de derecho estrictamente formal.

En Italia, por su parte, subsistió la vigencia formal de Estatuto Albertino de 1848, pero diversas leyes consolidaron el poder de Mussolini. Además de la integración del Gran Consejo del Fascismo, su más importante disposición fue la Ley Acerbo, de 1923, donde incluyó la “cláusula de gobernabilidad”: al partido que obtuviera la mayoría simple en las elecciones se le atribuía automáticamente la mayoría absoluta en el Parlamento. En 1925 Mussolini fue investido de facultades delegadas para legislar, y su principal decisión fue integrar, en 1926, el Tribunal Especial para la Defensa del Estado, que varios autores han considerado la verdadera ley fundamental del régimen.

Por eso los aspectos de naturaleza estrictamente formal (contar con una Constitución, por ejemplo) fueron considerados insuficientes para identificar al Estado de derecho. De ahí que Zippelius¹⁴ haya planteado que el Estado de derecho se rige por dos principios básicos: el de proporcionalidad (que haya una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales), y el de exceso (que no se afecten los intereses de nadie en una medida

¹³ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 15.

¹⁴ Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1985, p. 314.

superior a la necesaria). Como se verá más adelante, la conjugación de ambos postulados será útil para determinar hasta qué punto los actos de no aplicación de la norma pueden ser acordes o contrarios al Estado de derecho.

Se sabe que para Kelsen existe identidad del orden estatal y del orden jurídico, “todo Estado tiene que ser Estado de derecho en sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo... y todo orden coactivo tiene que ser un orden jurídico”.¹⁵ Ahora bien, este autor acepta que se puede hablar de un Estado de derecho material para aludir a la cuestión de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que los actos jurídicos individuales se correspondan con las normas generales.

De ahí que Raz¹⁶ considere al Estado de derecho como un valor negativo: al otorgarle facultades de coacción, el derecho crea el peligro del poder arbitrario; “el Estado de derecho está hecho para *minimizar* el peligro creado por el propio derecho”. Por su parte, aludiendo al cuestionamiento kelseniano, García-Pelayo señala que la idea del Estado de derecho tiene sentido desde el punto de vista jurídico y político, en tanto que representa la funcionalidad del sistema estatal, e introduce en ese sistema la normalización, la racionalidad y, por ende, la disminución de factores de incertidumbre.

Son pocas las Constituciones que adoptan expresamente el principio de Estado de derecho. Ocurre así en el caso de la Federación Rusa (artículo 1o.), de Honduras (artículo 1o.), de la República de Sudáfrica (artículo 1o. c), de Rumania (tit. 1o., artículo 4o.), y de Suiza (artículo 5), por ejemplo. En la Constitución de Chile (artículo 6o.) se establece que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, con lo cual sin hacerse referencia directa al Estado de derecho, se enuncia su significado.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 120.

¹⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 279.

III. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Como correlato de las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, se han venido acuñado conceptos complementarios del Estado de derecho. Han aparecido los de Estado social de derecho, Estado social y democrático de derecho y, con la Constitución venezolana de 1999 (artículo 2o.), surgió el denominado Estado democrático y social de derecho y de justicia. Éste último carece de elementos que permitan diferenciarlo de los anteriores, y la inclusión de la expresión “justicia” sólo desempeña una función semántica.

El concepto jurídico-político que sirve como antecedente inmediato al Estado social de derecho es el de Estado de derecho. El surgimiento del constitucionalismo social con las Constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), también generó un nuevo enfoque del Estado de derecho. Aunque la Constitución de la República Rusa Socialista Soviética Federada de 1918 incluyó una amplia “declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado” y diversos preceptos acerca del derecho al trabajo,¹⁷ con lo que podría considerarse a esta Constitución entre las precursoras del Estado social de derecho, también es necesario advertir que el sistema electoral y la extrema concentración del poder que establecía la norma rusa, no permiten encuadrarla como parte del constitucionalismo moderno y contemporáneo.

En el caso de las cartas de Querétaro y de Weimar se constató que el Estado de derecho, al estatuir una igualdad formal ante la ley, produce desigualdades económicas. Así, el aparente paraíso del Estado de derecho ocultaba profundas contradicciones. Hermann Heller percibió con claridad esa situación y planteó la transición del Estado liberal (de derecho) al Estado social de derecho. Esta concepción helleriana del Estado social de derecho permitiría al movimiento obrero y a la burguesía alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado. En otras palabras, se planteaba la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particular-

¹⁷ Cfr. Johnson, E. L., *El sistema jurídico soviético*, Barcelona, Península, 1974, pp. 42 y ss., y Castro, Horacio de, *Principios de derecho soviético*, Madrid, Reus, 1934, pp. 990 y ss.

mente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público.

Para Heller¹⁸ el Estado de derecho es el resultado provisional de un proceso de racionalización del poder conforme al cual se reivindica y fortalece a la burguesía. Progresivamente, empero, también los trabajadores, organizados en sindicatos y aun en partidos, logran establecer el “poder legislativo del pueblo”. Así, el económicamente débil procura, a través de una nueva legislación, “trabar” al económicamente poderoso y obligarlo a conceder mayores prestaciones.

Zippelius¹⁹ adopta la expresión “Estado social liberal” para caracterizar a la sociedad industrializada de Occidente donde se garanticen las posibilidades del desarrollo individual al tiempo que se limita el egoísmo que perjudica la libertad del conjunto. Como correctivo de las distorsiones del liberalismo, ese Estado social debe intervenir siempre que la economía de mercado haga peligrar las condiciones mismas del mercado libre o de causar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.

Herman Heller y Elías Díaz²⁰ identifican al Estado social de derecho como una etapa de transición: el primero hacia el socialismo (de ahí la “provisionalidad” del Estado social de derecho), y el segundo hacia el Estado democrático de derecho. El juicio de Zippelius es más reservado: alude a una oscilación del desarrollo histórico entre el Estado de bienestar y el liberalismo a través del cual se evidencia el riesgo que enfrenta continuamente el Estado: reducir el umbral de la libertad, “sofocando así una necesidad elemental”, o extender los efectos de la libertad, “con lo cual abre la puerta a las posibilidades, gustosamente aprovechadas, de abusar de aquélla”. Por eso, concluye, la inestabilidad de las formas del Estado liberal se origina en que “la libertad induce,

¹⁸ Heller, Hermann, *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza Universidad, 1985, pp. 283 y ss.

¹⁹ Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, nota 14, p. 307.

²⁰ Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 18; Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1969, Cuadernos para el Diálogo, pp. 125 y ss.

una y otra vez, a abusar de ella”, y tal abuso conduce nuevamente a restringirla.

Tres observaciones de Elías Díaz son de trascendencia y deben ser tomadas en consideración cuando se trata del Estado social de derecho: una, que no todo lo que se denomina “imperio de la ley” es necesariamente Estado de derecho. Esa aseveración puede exemplificarse con la hipertrofia normativa (“normocracia”, diría Heller) de las dictaduras; la segunda, que el Estado social de derecho requiere de un “ejecutivo fuerte”, capaz de hacer prevalecer el interés reivindicatorio de la sociedad y la aptitud intervencionista del Estado, sobre la vocación complaciente del parlamentarismo; y la tercera, que existe un evidente parentesco entre el Estado social de derecho y el Estado de bienestar. Este último en efecto, suele caracterizarse por la prestación creciente de servicios públicos de interés social como educación, vivienda, abasto, atención médica y asistencia social; un sistema impositivo progresivo; la tutela de los derechos urbano, obrero y agrario, y la redistribución de la riqueza.

La visión weimariana (o europea) del Estado social de derecho, lo identifica estrictamente con la clase obrera y con sus formas organizadas de lucha: el sindicato y el partido. A su vez, una visión latinoamericana de la misma realidad, tiende a involucrar, como ya se mencionó en el párrafo precedente, a los sectores marginados de las ciudades y a los trabajadores agrícolas, la protección de cuyos intereses (muy difusos en el primero de los casos) apenas se produce con mediana efectividad por parte de organizaciones agrarias. De esta suerte el capítulo económico del Estado social de derecho en Europa y en Latinoamérica se integra por rubros diferentes: industrial y comercial en el primer caso, adicionado del urbano y agrícola en el segundo.

Por todo lo anterior considero que, a los principios básicos del Estado de derecho (proporcionalidad y exceso) enunciados por Zippelius y que fueron mencionados más arriba, pueden agregarse dos más, complementarios de aquéllos y que permiten encuadrar satisfactoriamente al Estado social de derecho. Propongo incluir el principio de razonabilidad, en virtud de que la organización estatal

debe tender a la integración y no a la estratificación de la sociedad, y el principio de equidad, toda vez que la igualdad entre desiguales es meramente conjetural. Estos principios (los sustentados por Zippelius y los propuestos por mí) permiten explicar la función del Estado de derecho en un sistema constitucional democrático.

Al igual que el concepto de Estado de derecho es cuestionado por Kelsen, el de Estado social de derecho tampoco es admitido pacíficamente por la doctrina. En especial Forsthoff²¹ argumentaba en 1961 que la relación entre Estado de derecho y Estado social plantea problemas de gran calado. Se trata, dice, de dos Estados diferentes e incompatibles en el ámbito constitucional. Por un lado el Estado de derecho tiene por eje un sistema de libertades, y por otro el Estado social tiene por objeto un sistema de prestaciones. El autor considera que la tendencia del Estado social lleva a una expansión progresiva del poder organizado, y a una dependencia creciente de la sociedad con relación a las prestaciones y a las acciones de distribución de la riqueza por parte de ese poder. Forsthoff adopta, en este punto, la misma conclusión a la que Hayek denominó el “camino de servidumbre”: el Estado social acaba transformando al Estado de derecho en un Estado totalitario.

Quince años después Forsthoff²² matizó sus puntos de vista, y admitió que la presencia de instituciones democráticas podía atenuar la tensión entre los dos modelos de Estado, e incluso permitir su complementariedad. Esta conclusión se ve confirmada parcialmente por las tendencias del constitucionalismo contemporáneo. En las Constituciones de Colombia (artículo 1o.), Ecuador (artículo 1o.) y Paraguay (artículo 1o.), por ejemplo, aparece ya el concepto de Estado social de derecho; en las de Alemania (artículo 28), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2o.) y Venezuela (artículo 2o.), el principio social aparece acompañado por el democrático. Además, como se ve en el numeral 5, el constitucionalismo

²¹ Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendroth, W. et al., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 45 y ss.

²² *Id.*, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en Abendroth, W. et al., *op. cit.*, nota anterior, pp. 71 y ss.

social surgió con las Constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919, aunque no se utilizó de manera expresa el término social. La naturaleza social de numerosas Constituciones ha quedado implícita en su contenido, de la misma forma que ha ocurrido con el concepto mismo de Estado de derecho.

Ahora bien, a la inversa de lo previsto por Hayek y por el propio Forsthoff en 1961, no fue el Estado social el que desmontó al de derecho, sino el Estado (liberal) de derecho el que ha prevalecido sobre el social. A pesar de las disposiciones constitucionales, donde las hay, la tendencia dominante es en el sentido de reducir la presencia del Estado. El sistema prestacional y las políticas de redistribución de la riqueza que caracterizan al Estado de bienestar, van en retroceso. Allí donde se conservan en el texto constitucional, progresivamente se van transformando en cláusulas semánticas.

IV. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La primera vez que se utilizó la expresión “Estado democrático y social” fue durante la revolución de París de 1848, si bien la integración del derecho individual y del derecho social ya se advertía desde los intensos años de la Convención.²³ Las demandas del reconocimiento del derecho al trabajo planteadas por los socialistas, encabezados por Louis Blanc y secundadas por el constitucionalista Comernin, encontraron una fuerte resistencia en los argumentos de Tocqueville y de Thiers. En el proceso de acuerdos previos a la elaboración de un nuevo texto constitucional, los socialistas y los conservadores acordaron impulsar un modelo transaccional de “Estado democrático y social”, como resultado del cual fue aprobada la Constitución presidencialista de ese año. Esta norma incorporó algunas reivindicaciones sociales, pero no el derecho al trabajo.

Un siglo más tarde la Ley Fundamental de Bonn (artículo 28.1), de 1949, fue la primera disposición constitucional que incluyó el

²³ Blanc, Louis, *op. cit.*, nota 11, t. XII, pp. 603 y ss.

concepto de Estado de derecho democrático y social. Después lo han hecho también las Constituciones de España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2o.) y Venezuela (artículo 2o.). En otras Constituciones se ha incorporado el principio de Estado democrático de derecho, sin mencionar expresamente el componente social. Es el caso de la carta suprema de Brasil (artículo 1o.). Abendroth²⁴ advierte que, en cuanto a Alemania, la fórmula “Estado social de derecho” ha perdido conexión con la de “Estado social y democrático de derecho”. Para corroborarlo, menciona las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal del Trabajo, que sólo aluden al componente social del texto constitucional. El mismo autor admite,²⁵ no obstante, que “con la formulación del principio jurídico de la estatalidad de derecho democrática y social, la Constitución ha pretendido, sin duda, asegurar efectivamente un mínimo de ideas sobre el contenido de aquel principio”, lo que ejerce una fuerza vinculante para el legislador, el gobierno y los *Länder*.

En el Estado social y democrático de derecho se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de participación política y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar.

Lo característico de esta forma de Estado es la vinculación entre los contenidos sociales y los concernientes al pluralismo. La participación ciudadana es indispensable tanto para ampliar los derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos del poder. Un Estado que prescinde del pluralismo tiende aceleradamente al paternalismo, y de ahí a la adopción de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad.

²⁴ Abendroth, Wolfgang, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *id. et al., op. cit.*, nota 22, p. 97.

²⁵ *Id., Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1973, pp. 267 y 287.

V. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO

Las características del Estado de derecho han permitido definir al sistema constitucional. En este sentido se advierten cuatro grandes tendencias: la liberal, la social, la democrática y la cultural. Cuando entró el siglo XX dominaba el constitucionalismo liberal fraguado a todo lo largo de la centuria precedente. Las Constituciones se estructuraban a partir de los derechos de libertad, propiedad, seguridad jurídica e igualdad. Algunos de sus corolarios eran los derechos de asociación, petición, sufragio y libertad de conciencia.

Aunque, como afirma Vanossi,²⁶ no es sencillo formular un juicio que comprenda la totalidad del ciclo del constitucionalismo social, entre otras cosas porque todavía no se extingue, sí es posible identificar algunos trazos de carácter general. El constitucionalismo social apareció en la carta de Querétaro de 1917 y en la Constitución alemana de Weimar de 1919. Fue ésta la que mayor influencia tuvo en Europa, mientras que la mexicana recibió mayor difusión en América Latina. Las tesis sociales de Weimar tuvieron resonancia en las sociedades industriales, sobre todo porque permitían hacer frente a las presiones obreras que encontraban inspiración en la revolución soviética; las tesis mexicanas fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de las sociedades rurales.

Las características fundamentales del constitucionalismo social consistieron en el reconocimiento de los derechos a la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, al acceso a la riqueza (en el caso mexicano significó una amplia gama de acciones de naturaleza agraria), y de principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas. Así se explica el surgimiento de la seguridad social, de los tribunales laborales, y la defensa de derechos como la jornada, el salario y el descanso obligatorio. También aparecieron los derechos prestacionales con cargo al Estado, como los concernientes a educación, salud, vivienda y abasto.

²⁶ Vanossi, Jorge R., "Etapas y transformaciones del constitucionalismo social", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Argentina, año XXIV, núm. 42, 1982, p. 21.

Uno de los efectos más señalados del constitucionalismo social fue servir como base a la acción intervencionista del Estado. Por eso durante el proceso iniciado en la década de los ochenta, el progresivo desmantelamiento del Estado intervencionista ha implicado, inevitablemente, la reducción progresiva del Estado de bienestar.

El constitucionalismo democrático, por su parte, fue objeto de importantes previsiones en seguida de la segunda posguerra. Los sistemas parlamentarios, a partir del concepto adoptado por la Ley Fundamental de Bonn, se estabilizaron mediante su parcial presidencialización, y los sistemas presidenciales propendieron a su progresiva flexibilidad para hacerse más receptivos de instrumentos y procedimientos de control político, de origen parlamentario. En Estados Unidos incluso se establecieron límites a la reelección presidencial (enmienda 22, 1951).

Las características del constitucionalismo democrático han consistido en el reconocimiento de los partidos políticos; en la garantía de procesos electorales libres e imparciales; en la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; en el fortalecimiento de la organización, facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; en la adopción de formas de democracia semidirecta, a veces incluso en perjuicio de los sistemas representativos, como el referéndum legislativo, el plebiscito, la iniciativa popular y, aunque mucho más raro, en la revocación de los representantes.

El constitucionalismo de la última década del siglo XX se significó por el énfasis en los derechos culturales. Los derechos culturales no son, como los sociales, derechos de clase, ni como los democráticos, derechos universales. Los culturales son derechos colectivos que tutelan intereses relevantes que conciernen a todos los estratos socioeconómicos. Entre esos intereses están los derechos humanos, pero la gama es muy amplia. Comprende el derecho a la protección del ambiente, al desarrollo, al ocio y el deporte, a la intimidad, a la no discriminación, a la migración, a la información, a la objeción de conciencia, a la seguridad en el consumo, y a la diversidad lingüística, cultural y étnica, entre otros aspectos.

Peter Häberle, por otra parte, considera que el Estado social de derecho es un elemento del Estado constitucional. Esta tesis no

debe ser confundida con la propuesta de Zagrebelsky, razonadamente refutada por Rodolfo Vázquez,²⁷ en tanto que el autor italiano plantea el concepto de “Estado constitucional de derecho” como alternativo frente al de Estado de derecho. En el caso de Häberle²⁸ no se sugiere la substitución de un concepto por otro, sino subsumir uno en el otro. Los argumentos son convincentes, pues, como se dijo líneas arriba, la relación entre el Estado de derecho y el constitucionalismo se ha venido desarrollado de una manera simbiótica, hasta llegar a formar una clara unidad.

VI. LÍMITES DE LA LEY

Desde la perspectiva de Habermas²⁹ el Estado de derecho es la forma de regulación de los ciclos del poder en las sociedades complejas. En este sentido aporta un nuevo elemento: el de sociedades complejas. No es difícil suponer a lo que se refiere, pero en todo caso no resulta explícito. Aparentemente podría encubrir una tautología, porque la idea misma de Estado, con su entramado normativo y conceptual, sólo es dable en las “sociedades complejas”; de ninguna manera en lo que sería su antinomia: las sociedades tribales,³⁰ por ejemplo. Pero esa aparente redundancia se despeja cuando el mismo autor afirma³¹ que el Estado de derecho “no puede tenerse ni mantenerse sin una democracia radical”. En este punto, la nueva incógnita a despejar es qué debe entenderse por ese tipo de democracia. No es, desde luego, un concepto de radicalismo derivado de la contundencia de la acción del poder en nombre de la sociedad, o de la sociedad con el pretexto de la libertad. La democracia es radical y la sociedad es compleja, simplemente porque prevalece la razón comunicativa.³² Esta razón es el medio lingüístico que permite que se estructuren las formas de

²⁷ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós, 2001, pp. 86 y 87.

²⁸ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 8, pp. 224 y ss.

²⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 58 y 63.

³⁰ *Id.*, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 205.

³¹ *Ibidem*, p. 61.

³² *Ibidem*, pp. 65 y ss.

vida y se realicen las interacciones propias de esos tipos de democracia y de sociedad. También Elías Díaz³³ desarrolla con precisión la vinculación íntima entre el sistema democrático y el Estado de derecho, identificando las líneas convergentes de su evolución.

Esa razón comunicativa enunciada por Habermas está presente en las relaciones cotidianas, y es la que permite encontrar acuerdos o aplazar la solución de conflictos. Existe una tensión permanente entre los planteamientos normativistas “que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad”, y los objetivistas, “que eliminan todos los aspectos normativos”. Es, en las palabras que para este objeto utiliza Habermas,³⁴ el problema de la facticidad y de la validez. Para resolver los conflictos surge entonces la regulación normativa de las interacciones,³⁵ que es lo que convierte al derecho en una categoría de la mediación social.

El supuesto de la validez jurídica, con sus factores de libertad y coerción, debe tener presente la tensión con la realidad, o facticidad. Aquí reaparece el concepto de sociedad compleja de Habermas: “las sociedades modernas no sólo se integran socialmente por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistemáticamente, a través de mercados y de poder empleado administrativamente”.³⁶ Tenemos, por lo mismo, que mientras que en el Estado de derecho el poder sólo puede actuar con fundamento en el orden normativo, lo que permite estabilizar las expectativas de la sociedad³⁷ y mantener la convivencia jurídicamente organizada, la facticidad introduce factores de tensión cuya solución también es exigida por la sociedad. En este caso no se descartan como instrumentos de solución de conflictos los acuerdos de voluntades. El “poder comunicativo” se localiza en los dos espacios: el de la creación y aplicación de la norma, y el de la

³³ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en *Ética pública y Estado de derecho*, Madrid, Fundación Juan March, 2000, pp. 20, 40 y ss.

³⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad...*, cit., nota 29, p. 68.

³⁵ *Ibidem*, p. 88.

³⁶ *Ibidem*, p. 102.

³⁷ *Ibidem*, p. 200.

deliberación y suscripción de acuerdos. Se trata, por lo mismo, de un concepto de notable amplitud, que comprende los fenómenos de la facticidad y de la validez.

El problema es que la composición consensual de los conflictos se presta a distorsiones. La perspectiva sociológica del Estado de derecho³⁸ no excluye un equilibrio entre los poderes de integración social: dinero, poder político y solidaridad. Aquí se presenta el riesgo de ampliar excesivamente el número de factores que intervienen en la mediación social, además del derecho mismo. La solución consiste en aceptar que todos los poderes de integración social son poderes regulados. Para el tema que nos viene ocupando, de la no aplicación de la norma, esto nos permite alcanzar una solución satisfactoria desde la perspectiva del Estado de derecho: es probable que cuando no se aplica una norma para evitar mayores daños que con su aplicación, se esté aplicando otra disposición normativa. En otros términos, es posible que a veces la regla específica ceda su lugar al principio general. Esto, sabemos, comporta riesgos, pero se explica sólo en las situaciones límite, a las que todo Estado de derecho tiene que hacer frente sin exponerse a una fractura. El enunciado de los principios tropieza con problemas interpretativos que no siempre es fácil superar. También debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico constituye un sistema³⁹ que permite explicar la omisión en cuanto a la aplicación de una norma determinada en tanto que se aplica otra. En tanto que el sistema denota una relación de coherencia entre las normas (sean reglas o principios) que lo componen, podría decirse que al no aplicarse un disposición hay otra que sí se cumple. Esto, sin embargo, supondría a su vez que un sistema es perfecto y carece de lagunas. Como no se ha demostrado que tal cosa exista, tenemos que admitir que en algunos casos sí se podrá afirmar que la no aplicación de una norma puede explicarse en función de la aplicación de otra, sin que esto constituya una antinomia, pues en este caso se trataría de un sistema deficiente porque incluye normas contradictorias entre sí. Pero también es posible

³⁸ *Ibidem*, p. 218.

³⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, pp. 189 y ss.

que en algunos casos lisa y llanamente deje de aplicarse una disposición sin que se pueda demostrar plenamente la aplicación de otra. Es, por lo mismo, un problema de alta complejidad.

En cuanto a la aplicación de principios generales debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico es de gran amplitud y comprende reglas y principios. En este trabajo estamos utilizando la voz “norma” como equivalente de “regla”. Esta aclaración es pertinente, porque la distinción con los principios puede dar lugar a confusiones. Sin entrar a la polémica, ya añeja, sobre el significado de ambos conceptos (regla y principio), encuentro muy funcional para los objetivos de este estudio la diferenciación formulada por Alexy:⁴⁰ los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado, en tanto que las reglas únicamente pueden ser cumplidas o no. Por otra parte, y dentro del propósito de encuadrar jurídicamente (como corresponde a un problema del Estado de derecho) la no aplicación de la norma, también podemos recurrir al amplio espacio que nos abre la concepción renovada del pluralismo jurídico de Elías Díaz.⁴¹ Para Díaz la interrelación sociedad-Estado-derecho permite entender que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas nuevas y comportamientos anteriores, por la capacidad de autorregulación social, por la autonomía de la voluntad, por la creación jurisprudencial y por el orden coactivo del Estado, que en la actualidad está sujeto a procesos muy dinámicos de transformación. La tesis, vinculada a las fuentes del derecho, tiene una larga tradición; pero lo relevante es advertir que incluso los paradigmas bien establecidos se encuentran sujetos a actualización conceptual, precisamente por la necesidad de proveer explicación a fenómenos tan heterodoxos como la no aplicación de la norma en un Estado de derecho.

Desde la antigüedad ha habido una zona de la vida colectiva donde la aplicación estricta de la ley ha sido objeto de matices. En *Analectas*,⁴² Confucio declaraba: “Si gobiernas al pueblo por

⁴⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86 y ss.

⁴¹ Díaz, Elías, *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 85 y ss.

⁴² Confucio, *Analectas*, Buenos Aires, NEED, 1998, II, III, 1 y 2.

medio de leyes y los mantienes en orden por medio de castigos ellos eludirán los castigos pero perderán su sentido de la vergüenza; pero si gobiernas por medio de tu excelencia moral y los mantienes en orden por medio de tu conducta recta, ellos retendrán el sentido de la vergüenza y se pondrán a la altura de tu modelo". En este punto, como señala Wilhelm,⁴³ el filósofo chino contrapone la norma a la costumbre. Esto no es comprensible para el hombre moderno, agrega el biógrafo de Confucio, porque "no puede representarse un mecanismo del Estado sin códigos", pero era parte del debate sobre la organización social en la China del siglo VI a. C. El contrapunto de Confucio fue adoptado por Han Fei Zi,⁴⁴ casi tres siglos más tarde. A la inversa del viejo maestro, Han considera que el rigor del castigo es la expresión del verdadero amor, porque es la única acción que permite alejar al hombre del mal.

Tsii Tschan, contemporáneo de Confucio, que gobernaba en Tschong, decidió dar a conocer las leyes mandando grabar su texto en placas de bronce, para que nadie alegara incumplirlas por desconocerlas. Esta forma de difusión de la ley en la antigüedad, inscribiéndola en piedra o en metal, fue una práctica también seguida por los pueblos semitas, y luego por griegos y romanos.⁴⁵ En el caso comentado, la discrepancia entre Tsii y Confucio reside en la diferente perspectiva que se tiene del gobierno. El moralista sabía que ninguna ley podría prever todas las conductas.

Así debió discutirse a lo largo de los siglos. Cinco centurias más tarde lo subraya también Cicerón, cuando recoge un proverbio al parecer ya muy difundido en su época: *summum ius summa iniuria*.⁴⁶ En efecto, casi cien años antes de que Cicerón escribiera, Terencio utiliza una expresión semejante y la identifica como de uso corriente desde tiempo atrás. En el desenlace de la comedia *El atormentador de sí mismo*,⁴⁷ se llega al punto en el que se hace necesario pagar una elevada cantidad para que uno de los personajes recu-

⁴³ Wilhelm, Ricardo, *Kungtsé*, Madrid, Revista de Occidente, 1926, pp. 131 y ss.

⁴⁴ Han Fei Zi, *El arte de la política*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 175 y ss.

⁴⁵ Cf. Cortés Copete, Juan Manuel (ed.), *Epigrafía griega*, Madrid, Cátedra, 1999.

⁴⁶ Cicerón, *Sobre los deberes*, Madrid, Tecnos, 1989, I, 10, 33.

⁴⁷ Terencio, *El atormentador de sí mismo (Heautontimorumenos)*, en *Comedias*, México, UNAM, 1975, p. 796.

pere a su hija, “dada en prenda” por una tercera persona. Es entonces cuando exclama “*verum illud dicunt: ‘ius summum saepe summa est malitia’*” (“por eso dicen ‘muchas veces el supremo derecho es suprema maldad’”).

Por su parte, Cicerón alude a un ejemplo muy ilustrativo: supóngase, dice, que entre dos rivales se pacta una tregua de treinta días; eso no obstante uno de ellos devasta los campos del adversario por la noche, “porque en la tregua sólo se hablaba de días y no de noches”. El aforismo alude, como es evidente, a una forma de interpretación de la norma; pero en todo caso es sabido que todo acto de aplicación es una forma de interpretación, por lo que utilizó aquí el principio ciceroniano como un elemento para acreditar la ya muy remota preocupación por atenuar los rigores de la ley.

De manera coincidente se expresaba en la misma época Columella. Al referir las cargas legales que pesaban sobre los trabajadores agrícolas, Columella⁴⁸ subraya que no todo lo que la ley establece debe aplicarse, porque puede causar al “pueblo” mayores inconvenientes que ventajas. Por esa razón, agrega, desde “los antiguos” se sabe que el rigor máximo de la ley equivale al rigor máximo de la opresión (*nam summum ius antiqui summam putabant crucem*).

Para Kant⁴⁹ el principio *summum ius summa iniuria* (“el derecho más estricto constituye la mayor injusticia”) representa el apotegma de la equidad. Sin embargo, agrega, ese daño no es remediable a través de procedimientos jurídicos, “aunque afecte a una exigencia jurídica”. La equidad es “una divinidad muda, que no puede ser oída”. En *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*⁵⁰ reiteró que esa expresión constituye el lema de la equidad, advirtiendo que la reclamación que se funda en la equidad no tiene fuerza “más que en el tribunal de la conciencia”, y no en el tribunal civil.

⁴⁸ Columella, Lucius Junius Moderatus, *Res rustica*, Cambridge, Harvard University Press, 1977I, VII, 2.

⁴⁹ Kant, Emanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996, p. 45.

⁵⁰ *Id.*, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1978, p. 38.

Por otra parte se suele atribuir al filósofo la formulación de la devastadora expresión “*fiat iustitia et pereat mundus*” (“hágase justicia y perezca el mundo”), que reproduce otra también en uso “*fiat iustitia, ruam caelum*” (“hágase justicia y cáigase el cielo”), y a Hegel haber corregido en el sentido de “*fiat iustitia ne pereat mundus*” (“hágase justicia para que no perezca el mundo”). En cuanto a Kant, se trata de una expresión que ya circulaba en su época, pero que él justificó⁵¹ como “un valiente principio de derecho que ataja todos los caminos torcidos por la violencia o la insidias”. Pero luego también previno que no había que mal interpretarlo como una licencia para emplear el derecho con el máximo rigor, porque esto sería contrario al deber ético, y que su verdadera dimensión consistía en la obligación de los titulares del poder a no denegar a nadie su derecho. De esta suerte, la justicia a que se refiere, y así la entiende Kant, es a la que puede reclamarse ante la autoridad. Por eso, concluía el filósofo alemán, “es preciso una Constitución interna del Estado de conformidad con los principios generales del derecho”. No queda lugar al equívoco, y la lectura directa de la expresión latina, sin el matiz inteligente adoptado por Kant, se convierte en una licencia para atropellar en nombre de la ley.

Tácito⁵² refiere un caso con motivo del cual se discutió en el Senado acerca de la severidad de aplicar la ley. En el año 61 el prefecto de Roma, Pedanio Sacundo, fue asesinado por uno de sus esclavos. La irritación fue enorme, y de inmediato se exigió que fuera aplicada una antigua costumbre, convertida en ley durante el reinado de Augusto, conforme a la cual cuando un esclavo atentaba contra la vida de su dueño, debían ser ejecutados todos los demás esclavos. En este caso la víctima era persona de gran riqueza, y el número de sus esclavos se elevaba a cuatrocientos.

Buena parte de la población se amotinó, pidiendo indulgencia para los esclavos de Pedanio. En el Senado las posiciones se dividieron, hasta que prevaleció el criterio del senador Cayo Casio: la ley debía aplicarse. Cayo Casio declaró que Pedanio podía “ha-

51 *Id., La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 57.

52 Tácito, *Los anales*, Madrid, Viuda de Hernando y Compañía, 1891, p. 170.

ber sido muerto con razón”; que seguramente “habrían de morir muchos inocentes”, y que era evidente “la crueldad de aquella antigua costumbre”, pero que esa era la ley, y su aplicación resultaba inexcusable. Sin embargo, el argumento político que realmente convenció a los senadores fue muy sencillo: Roma estaba llenándose de esclavos de diversos orígenes, y era necesario mandar un mensaje disuasivo y contundente para evitar cualquier acción adversa a los intereses del poder. Esto debió tocar fibras sensibles, en una etapa en la que la prédica religiosa cristiana conseguía progresivamente un mayor número de adeptos. La decisión senatorial se basó en consideraciones propias de la razón de Estado. Así se explica que se haya aplicado una disposición tan drástica, aún habiéndose reconocido lo desproporcionado de la sanción.

La perspectiva más precisa del problema del rigor de la ley la ofrece Séneca en su excepcional trabajo sobre la clemencia. Obligado por la circunstancia de ser el preceptor, primero, y el consejero, después, de Nerón, formuló un sumario de la política estoica pensando en orientar las decisiones, cuyo sentido tal vez ya preveía, del nuevo príncipe. El tratado fue escrito antes de que Nerón adoptara las decisiones que lo caracterizaron como un psicópata. Es más que probable que Séneca ya advirtiera las tendencias del emperador, y por eso inicia su tratado⁵³ explicando “me he propuesto escribir de la clemencia, oh Nerón César, para servirte a manera de espejo”.

Puestos por un lado los argumentos de Séneca relacionados con la exaltación del poder cesáreo, “De la clemencia” es un profundo estudio de la política desde una perspectiva próxima a lo que ahora denominaríamos tolerancia. Séneca mismo se encarga de diferenciar la clemencia de la misericordia, porque la primera va unida a la razón y la segunda al dolor ocasionado por las miserias ajenas.⁵⁴ En nuestros días se produce una expresión coincidente cuando Zagrebelsky admite⁵⁵ que las tensiones del tiempo que co-

⁵³ Séneca, Lucio Anneo, “De la Clemencia”, en *Tratados filosóficos*, Madrid, Sucesores de Hernando, 1913, p. 103.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 136 y 137.

⁵⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 16.

rre hacen converger el “rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas”.

El legado filosófico de Séneca opaca su obra literaria, y en mayor medida aun su labor política. Debe tenerse en cuenta, empero, que sus dotes políticas se hicieron evidentes en el hacer y el decir de Nerón, en los inicios de su gobierno. En el primer discurso ante el senado, el nuevo emperador retomó un antiguo principio ya enunciado por Aristóteles: la separación del poder. Conforme al texto preparado por Séneca, Nerón lanzó una proclama democrática: “que no se dé al gobierno de pocos el dominio absoluto de todos”;⁵⁶ más adelante subrayó que el poder suyo y el del senado “eran cosas separadas y distintas”, y que la justicia sólo correspondía a los cónsules.

Séneca argumenta en torno a la clemencia también a la manera aristotélica del justo medio: “la clemencia no ha de ser ciega..., porque tanta crueldad puede haber en perdonar a todos como en no perdonar a ninguno. Necesario es conservar el término medio”.⁵⁷ Agrega que el príncipe debe ser para los súbditos como querría que los dioses fuesen para él: indulgentes y justos. “Los dioses, en su indulgencia y justicia no castigan en el acto con el rayo los crímenes de los poderosos...”⁵⁸.

Hay otro atisbo importante, que preludia las tesis sobre la razón de Estado que sólo aparecerían hasta el Renacimiento (Maquiavelo, Botero, Campanela, Frachetta, Zuccoli, Settala, Chiramonti, etcétera): la diferencia entre el tirano y el príncipe está en que el primero castiga por placer y el segundo por necesidad. También la disyuntiva que siglos después plantearía Maquiavelo, aparece ya en Séneca,⁵⁹ cuando alude a un “verso execrable” que, según dice, tantos príncipes habían hecho suyo: “que me odien con tal que me teman”. Esto ocurría, según el filósofo, porque no practicaban la clemencia.

⁵⁶ Tácito, *op. cit.*, nota 51, p. 87.

⁵⁷ Séneca, Lucio Anneo, *op. cit.*, nota 52, p. 106.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 117.

¿Qué es, finalmente, la clemencia? Séneca le atribuye varias características: castigar sin dureza; castigar por necesidad; castigar con oportunidad. Clemencia, concluye, “es la moderación que suprime algo del castigo debido y merecido”.⁶⁰ La clave de la clemencia está en la equidad, que permite “absolver y tasar castigos”.⁶¹ Con esto, nuevamente Séneca preludia consideraciones sobre la justicia que sólo se desarrollarían dieciocho siglos más tarde, cuando el tema es retomado, si bien desde otro ángulo, por Vattel, quien en su célebre tratado sobre el derecho de gentes,⁶² postuló en pleno siglo XVIII que “la misma naturaleza del gobierno exige que el ejecutor de las leyes tenga poder de dispensarlas, cuando lo puede hacer *sin perjudicar a ninguno*, y en ciertos casos particulares en que el bien del Estado pide una excepción”. Aquí, el célebre humanista suizo apunta un tema acerca del que volveremos más adelante: los efectos de la no aplicación de norma respecto de terceros. Lo medular, por otra parte, reside en la forma tan precisa y clara como ve el problema, que no escapa a la concepción de “justicia y clemencia” que encontramos a partir de Séneca.

En cuanto a la no aplicación de la norma, Séneca refiere un caso llamativo:⁶³ un edicto del Senado había dispuesto, “en otro tiempo”, que los esclavos llevarían un traje particular que los distinguiría de los hombres libres. “Muy pronto se comprendió el peligro que nos amenazaba si nuestros esclavos comenzaban a contarnos”. Se optó entonces por no aplicar las sanciones previstas por la norma, porque se advirtió que era mayor el daño que el beneficio que ocasionaba.

Este hecho no era extraño al comportamiento del Estado romano. Ihering⁶⁴ ha mostrado hasta qué punto existe un marcado contraste entre el Estado moderno, organizado en buena medida para ofrecer tranquilidad a los gobernados y atenuar la descon-

⁶⁰ *Ibidem*, p. 135.

⁶¹ *Ibidem*, p. 139.

⁶² Vattel, Emer, *Derecho natural y de gentes*, Madrid, Imp. Campuzano, 1846, &CLXXIII.

⁶³ Séneca, Lucio Anneo, *op. cit.*, nota 52, p. 129.

⁶⁴ Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 167 y ss.

fianza en las instituciones y en los políticos, y el Estado romano, con apenas algunas normas escritas y muchas consuetudinarias, en el que la confianza hacia los titulares del poder residía en los controles que entre sí ejercían recíprocamente, en la corta duración de los mandatos y en la búsqueda de prestigio y respeto que caracterizó el desempeño de las funciones públicas, por lo menos desde el siglo IV a. J. C. y hasta el fin de la república.

Un viejo principio de derecho formulado por Ulpiano reza *dura lex sed lex*. Sus implicaciones son claras: entre el daño de aplicar la ley y el de no hacerlo, se opta por el primero. Las consecuencias de la rigidez implacable pueden ser muy amplias; valgan los ejemplos literarios de Víctor Hugo en *Los miserables*, de Heinrich von Kleist en *Michael Kohlhaas* o *El gran inquisidor* de Dostoiewski. Se trata de intensos cuadros morales en los que la aplicación de la dura ley desemboca en lo monstruoso. Las reflexiones de *El gran inquisidor* en el sentido de tener que aprehender a Cristo, que se había presentado en Sevilla, y condenarlo a la hoguera, porque de no hacerlo establecería una excepción a la regla que precipitaría el derrumbe del cristianismo, implica además la paradoja de que el rigor se vuelve contra sí mismo: el sistema que se apoya en el rigor se destruye si deja de practicarlo y se destruye si lo practica.

Pero volvamos a Ulpiano. El enunciado que hemos mencionado en realidad expresa una advertencia contraria al rigor legal. La expresión *dura lex sed lex* es una interpolación; el texto literal dice “*durum est, sed ita lex scripta est*” (es duro, pero la ley así está escrita).⁶⁵ El caso al que alude concierne a las restricciones para la manumisión de los esclavos, de ahí que a continuación de identificar la regla que impide a la mujer divorciada conceder la libertad a sus siervos, reconozca que “es ciertamente duro, pero la ley así está escrita”.

Ocurre que todo sistema político contemporáneo, fundamentalmente los más abiertos, admite la posibilidad de límites para la aplicación de la ley. Esos límites consisten, precisamente, en la libertad de valoración atribuida a los representantes para que de-

⁶⁵ Ulpiano, “De los adulterios”, en *Digesto*, Madrid, Ramón Vicente, 1874, 40, 9, 12, 1o.

terminen en qué casos, y hasta qué extensión, es posible tolerar conductas transgresoras de la legalidad. Los casos más frecuentes son aquéllos en que se producen manifestaciones tumultuarias que, desde la perspectiva del orden legal estricto pueden incidir en acciones normalmente sancionadas. Aquí es aplicable la útil tipología del poder propuesta por Jorge Carpizo,⁶⁶ conforme a la cual hay seis clases de poder, uno de los cuales es considerado originario. Este poder establece las reglas de la libertad y de la seguridad jurídica, y en la realidad suele expresarse de manera regulada y organizada, por ejemplo a través de procesos electorales, o de forma espontánea y esporádica, por ejemplo a través de manifestaciones y concentraciones.

Nadie está autorizado para impedir la circulación por las vías de tránsito; pero esta limitación no suele operar cuando se trata de concentraciones populares, autorizadas o no por las autoridades administrativas. Abundan los casos como ése. Los términos de la tolerancia se extienden, en todos los sistemas constitucionales democráticos, en beneficio de las libertades públicas, más allá de las limitaciones impuestas por los preceptos legales.⁶⁷ Las sociedades aceptan que sus representantes disfruten de márgenes de discrecionalidad tanto más amplios cuanto más legítimas las consideren. En otras palabras, entre más desconfíen de sus representantes, más exigentes serán con ellos en cuanto a la aplicación de la ley.

En esas condiciones, la ley se vuelve objeto de aplicación ritual y textual. Los titulares del poder no pueden eximir a nadie de ese proceso, porque a ellos tampoco les favorece la confianza colectiva. Ocurre, sin embargo, que toda sociedad requiere válvulas de escape para las tensiones cotidianas, que suponen espacios de tolerancia. Cuando se carece de esos espacios porque también falta confianza en la idoneidad de los representantes, sobreviene el endurecimiento de la vida social, en nombre de la sociedad pero en perjuicio de ella misma.

Aunque no se trata de una cuestión de alta relevancia política, si es un ejemplo susceptible de ser mencionado por la viva polé-

⁶⁶ Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2000, p. 333.

⁶⁷ Véase Voltaire, *Traité sur la tolérance*, en *Oeuvres complètes*, París, Garnier, 1883.

mica que suscitó, y por los efectos que tuvo en cuanto al ejercicio de las libertades fundamentales, particularmente las de creación y expresión. En 1892 Óscar Wilde anunció la presentación de su drama *Salomé*, interpretado por Sarah Bernhardt. El oficial responsable de autorizar la presentación pública impidió el estreno, alegando que una vieja ordenanza prohibía la exhibición de escenas bíblicas en el teatro. Aunque esa ordenanza sólo fue derogada en 1968, desde octubre de 1931 dejó de aplicarse, precisamente para permitir, al fin, el estreno en Londres de la obra de Wilde.⁶⁸

También encontramos otro ejemplo ilustrativo en Alemania. Poco después de la reunificación alemana, la luchadora por los derechos humanos Bärbel Bohley⁶⁹ reclamó: “queríamos justicia y nos entregaron el Estado de derecho”. En efecto, quienes en seguida de la reunificación de Alemania deseaban someter a juicio a los responsables de numerosas violaciones a los derechos humanos, encontraron que el Estado de derecho no permite la aplicación retroactiva de la ley. Este caso plantea una parcial contraposición entre el Estado de derecho y la realidad, aunque en sentido inverso al que venimos sustentando. Conforme a la tesis de la señora Bohley, el Estado de derecho constituyó un obstáculo para la justicia, en tanto que de acuerdo con nuestro planteamiento el Estado de derecho no se interrumpe por la no aplicación excepcional de la norma. La no aplicación de la norma que prohíbe los efectos retroactivos de la ley habría significado un grave daño a las personas y al orden jurídico.

A pesar de la plenitud del orden jurídico, es preciso admitir que no todo cuanto ocurre en la vida de una sociedad puede estar normativamente previsto y regulado. Las democracias, en tanto que sistemas abiertos, están expuestas a considerables vicisitudes. Por sus propias características, estos sistemas permiten incluso conductas que les son adversas. La tolerancia es la gran virtud de los sistemas democráticos, pero es también su punto más vulnerable. Las dictaduras se derrumban cuando los excesos de la intolerancia

⁶⁸ Hyde, H. Montgomery, “Introduction”, en *Óscar Wilde, The complete plays*, Londres, Methuen Drama, 1988, p. 27.

⁶⁹ Münch, Ingo von, “¿Estado de derecho versus justicia?”, en *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 279.

no dejan otra salida que la violencia; en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión.

La discrecionalidad tiene dos dimensiones: la arbitrariedad y la que podemos considerar acorde al Estado de derecho. En cuanto a ésta, la argumentación original aparece en Aristóteles⁷⁰ y alude, fundamentalmente, a la incapacidad del legislador para prever todas las conductas posibles. “La ley, dice, no retiene más que los casos ordinarios, sin desconocer por otra parte su insuficiencia”. De ahí que la “naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley, en la medida en que ésta resulta insuficiente en virtud de su carácter general”. Sin embargo, el filósofo luego examina otra cuestión que adquiere una dimensión ética, porque el “hombre equitativo” es aquel que “no se atiene con excesivo rigor a sus derechos”, e incluso se aviene a “tomar menos de lo que le corresponde, aun teniendo de su lado la ley”. Como se puede apreciar se trata de dos asuntos diferentes.

Aunque el problema que Aristóteles analiza corresponde a lo que podríamos denominar lagunas de la ley, también alude al “rigor” en el ejercicio del derecho propio, que es una cuestión distinta. En el primer caso se está ante una conducta que la norma no prevé; en el segundo sí hay previsión normativa pero se admite que de su aplicación puede resultar un exceso dañoso. Éste es el tema que ahora interesa. No se trata, por ende, de lo que en la doctrina administrativa contemporánea se ha venido examinando como discrecionalidad de la administración para reglamentar la ley o dejar de hacerlo; o para ejercer actos administrativos con amplios márgenes de decisión, como cuando se celebran contratos u otorgan permisos o concesiones. No es ese el tema; lo que aquí se plantea es en qué casos, habiendo disposición expresa, el órgano de autoridad puede dejar de aplicar coactivamente una norma sin vulnerar el Estado de derecho. Más aún, es necesario determinar si existen circunstancias en que la discrecionalidad del órgano de gobierno forme parte del Estado de derecho, y en estos casos cuál es el límite y quién lo determina.

⁷⁰ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, en *Obras*, Madrid, Aguilar, 1982, 1137 b, 1138 a.

El extremo de la discrecionalidad se expresa con la conocida expresión coloquial castellana: “allá van leyes, do quieren reyes”. Los orígenes de esta locución son ciertamente chuscos. Refiere Mariana⁷¹ que en el año 1088 se suscitó un curioso asunto en la corte de Castilla. De varios siglos atrás venía usándose el misal gótico; pero la corona, de acuerdo con el papado, se propuso introducir el breviario romano. Como la utilización del primer texto estaba muy arraigada, y la población no aceptaba de buen grado la sustitución, se acordó dirimir el diferendo mediante duelo formal. En el lance de armas venció el caballero que competía a favor del breviario antiguo. Con ese motivo se decidió un segundo desafío, que consistió en poner en la hoguera ambos missales, acordándose que prevalecería aquel que no fuera consumido por el fuego; pero el misal romano se “chamuscó”. Ante tal circunstancia el rey tomó la determinación de que el breviario gótico se aplicara en las iglesias más antiguas, llamadas “mozárabes”, y el romano se utilizara en los demás templos. El sector tradicionalista derrotado rápidamente acuñó la respuesta: “allá van leyes do quieren reyes”. La experiencia y la expresión presentan un buen cuadro de una etapa en que no se consolidaba plenamente el autoritarismo monárquico, pero en la que ya se apuntaban las tendencias de concentración y ejercicio discrecional del poder.

El problema de la discrecionalidad no ha desaparecido. Cuando Wade,⁷² por ejemplo, formula una serie de objeciones a las ideas de Dicey sobre el Estado de derecho (*Rule of Law*), subraya que el sistema constitucional británico admite un amplio número de facultades discretionales del gobierno, cuyo ejercicio en todo caso queda sujeto a la valoración que los tribunales hagan de ellas. La doctrina administrativa ha desarrollado ampliamente este tema, también abordado desde la perspectiva de la teoría del Estado⁷³ y se trata de un aspecto mínimamente controvertido en la actualidad. Lo que ahora es necesario determinar es si la autoridad gubernamental puede hacer excepciones en la aplicación de nor-

⁷¹ Mariana, Juan de, *Historia de España*, Valencia, Benito Monfort, 1787, IX, XVIII.

⁷² Wade, H. W. R., *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 11 y ss.

⁷³ Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, nota 19, pp. 313 y 331.

mas específicas, con el argumento de no causar daños superiores a los que resultarían de esa aplicación.

Al examinar las implicaciones semánticas de la expresión inglesa “*to enforce the law*”, que suele traducirse al francés y al español como “aplicar la ley”, Derrida formula una serie de consideraciones útiles para el objeto de este estudio. El significado real está directamente relacionado con la fuerza de la ley, y de manera implícita esa fuerza se traduce en su aplicación. Corresponde, como Derrida también señala, a la idea del imperativo categórico de Kant:⁷⁴ una acción objetivamente necesaria por sí misma. Ahora bien, el problema no está en la coercibilidad de la norma, sino en la decisión circunstancial de no ejercer esa coacción. La norma no deja de serlo por no ser aplicada (“*enforced*”), en el ejemplo invocado por Derrida. Simplemente el órgano del poder encargado de su aplicación adopta la decisión, de acuerdo con una norma de atribuciones (norma A), de no aplicar la sanción prevista por la norma infringida (norma B). Es en este punto donde tenemos que determinar si el Estado de derecho se altera cuando se deja de aplicar la norma secundaria (coactiva).

Por otra parte, frente a la tesis de la “*enforcement*” a que alude Derrida, el derecho norteamericano también ha desarrollado la denominada *norm of justifiable nonenforcement*⁷⁵ y el concepto de “alejamiento de la norma”,⁷⁶ al que por nuestra parte aludimos como “no aplicación” de la norma. De manera explícita se autoriza a algunos funcionarios para que hagan cumplir la ley “según su propia discreción”.⁷⁷ Es el caso de los oficiales en cuanto a sus facultades de aprehender o no a infractores de la ley, en circunstancias especiales (por ejemplo, manifestaciones callejeras); de los fiscales, que pueden no perseguir a personas determinadas (por ejemplo, testigos protegidos); de los jueces, cuyas posibilidades de valoración de la gravedad de los delitos es muy amplia, y de los

⁷⁴ Derrida, Jacques, *Fuerza de ley*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 38.

⁷⁵ Ugartamendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 401 y ss.

⁷⁶ “*Lawful departure from legal rules*”: Kadish, Mortimer y Kadish, Sanford, *Discretion to disobey*, Stanford, Stanford University Press, 1973.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 44, 72 y ss.

propios gobernantes, estatales y nacional, que pueden ejercer la atribución suprema del perdón (indulto o amnistía).

Al lado de esa “discrecionalidad delegada” (explícita) existe la figura de la “interposición legitimada”⁷⁸ que se produce cuando los funcionarios se separan justificadamente de las normas de competencia que regulan su actividad. Como puede observarse, la clave está en que esa omisión esté “legitimada”. En este punto interviene el concepto de sistema legal.⁷⁹ Se trata de un concepto útil, porque independientemente de la norma particular que es objeto de no aplicación, el sistema contiene todo un conjunto de principios y disposiciones que se cumplen de manera permanente, y que no se ven afectados por la excepción. Aquí la excepción se justifica en tanto que contribuye a los fines del sistema legal y, en esta medida, del Estado de derecho. Esa no aplicación parcial y excepcional no corresponde, por ende, a las colisiones de validez a que alude Alexy,⁸⁰ cuando advierte que las normas dejan de ser eficaces cuando no son “en general” obedecidas o no se aplica la sanción que corresponde a su infracción.

La interposición legítima, o no aplicación, no puede confundirse con la usurpación ni con la violación de la ley. En el primer caso el agente de la autoridad estaría actuando conforme a las facultades atribuidas a otro órgano; en el segundo estaría incurriendo en una acción u omisión sancionada por la norma. La no aplicación a que nos referimos no consiste en usurpar las funciones de otro agente de la autoridad, ni se lleva a cabo para violar la norma, sino para evitar un daño superior al que ocasionaría su aplicación.

Se trata, desde luego, de un aspecto muy controvertible, porque sugiere el reconocimiento de la discrecionalidad en la acción de los agentes de la autoridad. Es el tipo de cuestión al que Dworkin⁸¹ denomina “embarazosos”, porque no tienen una respuesta satisfactoria para todos. Según Dworkin⁸² existen tres formas de discrecionalidad: la acción que se realiza dentro de los márgenes

⁷⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 184 y ss.

⁸⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 13, pp. 90 y ss.

⁸¹ Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 14.

⁸² *Ibidem*, pp. 31 y 32, y 69.

de razonabilidad que permite la norma; la acción que no admite revisión ulterior, y la acción que se lleva a cabo bajo la estricta responsabilidad del agente. Al observar con detenimiento la diferenciación adoptada por Dworkin, advertimos que el verdadero elemento para distinguir los niveles de discreción reside en la definitividad de la decisión.

Quizá la fórmula positiva más completa, que permite superar el riesgo de la discrecionalidad a partir de la razonabilidad de la acción de los agentes de la autoridad, ha sido la acuñada por el profesor Meijers, considerado como el más prominente jurista holandés del siglo XX, que a partir de 1958 preparó el proyecto del nuevo (1994) código civil de Holanda. El artículo 248-2 establece que “una regla que rija entre las partes a consecuencia del contrato no es de aplicación, en cuanto esta aplicación fuera inadmisible en las circunstancias dadas, según los criterios de la razón y de la equidad”. Aquí nos encontramos con un factor adicional al de la equidad: la racionalidad de la norma y, eventualmente, de su no aplicación. Es cierto que esto introduce nuevos problemas, porque determinar la racionalidad de las normas y de las decisiones que llevan a su aplicación o no aplicación, abre un nuevo y anchuroso espacio para la reflexión; lo apunto sólo como una nueva perspectiva, acerca de la cual será necesario seguir profundizando, que resulta de la sugerente innovación del código civil holandés. Por su parte, la Constitución suiza de 1999 introduce (artículo 5o.) un concepto nuevo, como elemento del Estado de derecho: los órganos del Estado, igual que los particulares, deben actuar de buena fe. Esto supone que los posibles casos de no aplicación de una norma no pueden ser considerados como acto de lenidad o como precedente adverso al ordenamiento jurídico, sino como una decisión encaminada a evitar que se afecte la cohesión social, que es uno de los objetivos básicos del Estado.

Otro punto de vista importante es el sustentado por O'Donnell.⁸³ Subraya la obligación de la autoridad de aplicar la norma,

⁸³ O'Donnell, Guillermo, “Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America”, documento presentado en la Reunión de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Chicago, septiembre de 1998, p. 12.

que implica certidumbre para los gobernados y control de la acción de la autoridad, y adopta la tesis de Raz⁸⁴ sobre los elementos característicos del Estado de derecho, que incluye un rechazo total con relación a la discrecionalidad de las agencias de prevención del delito. Esto no obstante, Raz también ofrece una amplia argumentación concerniente a la obediencia del derecho, en virtud de que “en innumerables ocasiones un acto en violación del derecho no tiene consecuencias adversas”⁸⁵ que aparentemente no comparte O'Donnell. La tesis de Raz con relación a la obediencia del derecho no descarta márgenes para la “discreción administrativa”,⁸⁶ en tanto que sea controlada.

En el caso de la no aplicación de la norma, sin que se violente el Estado de derecho, debe tratarse de una decisión revocable por el agente que la adoptó, o modificable por un órgano de control. De no ser así, al carecer de posibilidades de rectificación, la discrecionalidad podría traducirse en arbitrariedad. Por supuesto, no todos los riesgos que se corren con la no aplicación de la norma conciernen a los posibles excesos por parte de la autoridad. También puede suscitarse otro fenómeno igualmente nocivo para la seguridad jurídica y las libertades: inducir a prácticas colectivas de quebrantamiento de la norma como instrumento para alcanzar determinados objetivos razonables que podrían conseguirse mediante procedimientos legales.

Un aspecto digno de consideración es el de los efectos de la no aplicación de una norma con relación a terceros. En general, esta es una cuestión cuya relevancia se ha centrado en cuanto a la relación directa entre el sujeto a quien no se aplica la norma y el sujeto que deja de aplicarla, sin que en principio sea vulnerado el Estado de derecho. Hay que considerar, sin embargo, la situación de los terceros, a quienes la no aplicación de la norma les puede ocasionar perjuicios superiores a los beneficios que resultarían de la aplicación de la norma.

⁸⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 272.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 323.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 277.

Utilicemos una vez más el ejemplo de las manifestaciones violentas, consentidas en función del principio de tolerancia en el ejercicio de las libertades públicas. En este caso no sólo tenemos la relación entre manifestantes y agentes de la autoridad; también puede ocurrir que se afecten los derechos de tránsito y de reunión de terceros, independientemente de los daños patrimoniales que les hayan podido causar los manifestantes. En esta circunstancia el problema se complica considerablemente, porque los daños mayores que evitan de un lado, se producen del otro. Puede darse una situación en extremo complicada en la que por una parte no se aplique la sanción al infractor y, por otra y en esa misma medida, se deje sin protección el derecho del afectado.

La no aplicación de la norma se enfrenta a un enorme problema cuando se trata de los efectos a terceros. Este problema obliga, en una primera instancia, a determinar quiénes deben ser considerados como terceros en los casos a que hacemos alusión, porque si tal concepto se extendiera al conjunto mismo de la sociedad en que se producen los hechos, difícilmente se podrían explicar numerosos casos de no aplicación de la norma en los que no va de por medio evitar un daño social significativo. La sociedad en su conjunto, por tanto, no puede ser considerada como parte perjudicada en los casos a los que nos hemos referido en este estudio. En cambio es muy claro que hay personas concretas que sí pueden resentir los efectos de la no aplicación de las normas.

Ya se mencionó el caso de quienes no se vean impedidos para transitar, trabajar, o reunirse. También pueden darse perjuicios patrimoniales, sea porque resulte afectado algún bien, sea porque, como ocurre con el comercio ambulante no regulado, se afecten las legítimas expectativas de los comercios establecidos conforme a la norma. Una vez más se hace evidente que las medidas de no aplicación de la norma deben ser transitorias; máxime si los efectos negativos son absorbidos parcialmente por terceros.

Otro aspecto que es muy importante tener en cuenta cuando nos referimos a los terceros, es que los actos sancionables con relación a los cuales se deje de aplicar una norma, no vayan dirigidos contra esos terceros, sino constituyan conductas que con-

ciernan principalmente a los órganos del Estado. Si las conductas no sancionadas hubieran estado dirigidas exclusiva o deliberadamente a causar algún tipo de afectación a otros miembros de la sociedad, la no aplicación de la norma resulta inexplicable desde el punto de vista del Estado de derecho. Una cosa, por ejemplo, es la realización de manifestaciones que limitan el tránsito de las personas, pero en cuyo caso el objetivo directo no es precisamente ese, y otra las prácticas de sabotaje que afectan fuentes de trabajo. En este caso la acción está dirigida directamente en contra de personas físicas o morales determinadas.

El tema de los terceros no se ha resuelto satisfactoriamente en ningún sistema positivo. Ni siquiera en los Estados donde existen instrumentos para demandar responsabilidad civil a la administración, se han utilizado para reclamar compensaciones con motivo de los daños ocasionados por la tolerancia con relación a ciertas conductas lesivas de los intereses o de los derechos de terceros. Por ejemplo, cuando han quedado bloqueadas las vías de comunicación en Europa, por acción al margen de la norma de los transportistas, nadie ha intentado siquiera demandar la reparación consiguiente por parte de las autoridades que, en este caso, dejaron de aplicar las normas a los transgresores.

No cabe, desde luego, que las autoridades utilicen como eximente las causas de fuerza mayor, porque denotarían que su inacción no obedeció a una decisión de prudencia y tolerancia, sino de estricta impotencia; esto sería incompatible con la naturaleza misma del poder. Lo que en este caso puede darnos una explicación razonable para admitir que en ciertas circunstancias los terceros absorben los efectos negativos de la no aplicación de las normas es, una vez más, la teoría de la representación. Sólo así es explicable que los terceros se vean obligados a aceptar los efectos de la no aplicación de las normas; quienes toman las decisiones lo hacen en función de la representación legítima que ostentan, con lo cual los efectos jurídicos de sus decisiones se trasladan, a pesar del posible perjuicio, a los representados. De no entenderse así, no habría solución teórica para este problema.

VII. REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD

El problema de la representación política constituye uno de los temas fundamentales en la organización del Estado contemporáneo. De un adecuado sistema representativo depende, en buena medida, la legitimidad de los sistemas políticos en su conjunto. Cuando la representación deja de funcionar en los términos que prescribe la Constitución o que espera la ciudadanía, se produce una fractura en la legitimidad del poder.

Se trata de una cuestión de gran importancia, porque de la acción de los representantes depende el Estado de derecho. Habitualmente se considera que la legalidad de la conducta de los gobernantes corresponde a su adecuación a los preceptos de la ley. Esto es lo que suele denominarse Estado de derecho. Pero ocurre que además de la legalidad, a los representantes se les exige que hayan accedido al poder mediante procedimientos considerados por toda la comunidad como razonables, libres, objetivos y equitativos.

Independientemente de las concepciones tradicionales sobre el Estado de derecho y del concepto que hemos adoptado en este trabajo, hay una observación de Dworkin en la que es necesario detenernos. Advierte⁸⁷ que hay dos “concepciones” del Estado de derecho: una conforme a la cual el poder del Estado nunca puede afectar a los individuos, excepto de acuerdo con normas expresas de competencia; y otra que corresponde a la percepción que tienen los individuos en el sentido de ser titulares de derechos ante terceras personas y frente al poder en su conjunto.

Aunque en términos generales ambas concepciones formen parte de una misma realidad jurídica, la diferenciación es atendible para comprender las distintas actitudes que se dan ante el Estado de derecho. Por eso, además de lo señalado por Dworkin hay que agregar una tercera categoría: la que corresponde a quienes consideran que el Estado de derecho sólo se aplica cuando los órganos del poder actúan para la preservación de lo que un número determinado de personas entiende que son sus derechos, frente a

⁸⁷ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 80, pp. 11 y ss.

otro número de personas a quienes se considera infractoras de esos derechos.

Conforme con ese esquema, las percepciones sobre el Estado de derecho varían según proceden de los individuos, en sus relaciones directas con otros individuos y con el poder, o en sus relaciones con otros individuos a través del poder; o procedan del poder mismo en sus relaciones con los individuos, o de los órganos del poder entre sí.

Todos esos elementos dependen, en buena medida, de la apreciación subjetiva del ente colectivo llamado sociedad política. Cuando de acuerdo con la percepción general dominante los mecanismos para atribuir el poder a los representantes son razonables, libres, objetivos y equitativos, la sociedad está dispuesta a obedecer las decisiones de quienes la representan; cuando no es esa la percepción general, comienzan a darse las bases de la desobediencia civil.

Este tema forma parte de las preocupaciones que afectan a numerosas sociedades. Muchos de los fenómenos que a diario se advierten y son calificados como parte de un proceso de deterioro institucional, corresponden a la pérdida de la convicción generalizada de la legitimidad de los representantes. Una de las manifestaciones más frecuentes en ese sentido consiste en el desdén por la política. Incluso se llega al extremo paradójico de que los propios protagonistas de la política expresan su desprecio por la política.

Lo malo es que el desprestigio de la política suele preceder episodios autocráticos, ahora llamados eufemísticamente “autoritarios”. En efecto, desde hace pocas décadas se comenzó a hablar de “autoritarismo” como una forma de suavizar las referencias primero al totalitarismo nazi y luego a la dictadura franquista. El término prosperó, sobre todo con el impulso que le imprimió Juan Linz, y ahora opera como sucedáneo de lo que no es otra cosa que la propensión a concentrar el poder en manos de una persona o de un grupo. El desprestigio de la política tiene un doble efecto en cuanto a la legitimidad: por una parte, los ciudadanos comienzan a ver con recelo a todos aquellos que aspiran a representarlos,

y en lugar de apreciarlos por sus méritos políticos, los valoran justamente por lo contrario; por carecer de las máculas que trae consigo el ejercicio de la política. Así, acaba atribuyéndose honestidad al inexperto, simplemente por no haber tenido contacto con el quehacer político. Esto lleva a algunas sociedades a aceptar proposiciones de manifiesta irresponsabilidad y demagogia, como las más adecuadas para solucionar los problemas generados por los políticos.

La convicción generalizada de la legitimidad de los representantes está en el origen del acatamiento colectivo y voluntario de la autoridad. Se sabe que, cuando la autoridad se excede, existen los medios adecuados para corregir el yerro, pero que en términos generales hay una garantía de efectividad y objetividad en la acción de los órganos del poder. Esto permite, incluso, resolver uno de los problemas más serios a que se enfrenta el Estado: el de los límites de la ley.

Ninguna Constitución establece dónde se encuentra el punto de equilibrio. Este aspecto corresponde en buena medida a la política. Por eso el derecho es el contenido ético de la política, al tiempo que la política es ejercicio práctico del derecho. Quien espere encontrar todas las soluciones para los problemas del poder en la letra de los códigos, corre el riesgo de equivocarse; y quien ignore que la ley tiene límites, más allá de los cuales es necesario actuar con fundamento en los preceptos de la política, corre el riesgo de quedarse sin respuestas.

Rodolfo Vázquez⁸⁸ ha demostrado que el Estado de derecho implica un contenido ético. ¿Cómo encuadrar, desde esa perspectiva, la no aplicación de la norma? La argumentación mejor construida, susceptible de ser aplicada a este problema, es la que ofrece Max Weber⁸⁹ cuando distingue entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. La primera concierne a la acción sin tener en cuenta sus consecuencias; la segunda corresponde a la decisión que se toma a partir de prever sus efectos. Como bien señala Weber, ambas no son necesariamente incompatibles, pero

88 Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 27, pp. 86 y ss.

89 Weber, Max, *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, pp. 163 y ss.

lo que también resulta obvio es que en determinadas circunstancias las decisiones de aplicar o no una norma se deberán tomar pensando en la disyuntiva de la convicción o de la responsabilidad. Seguramente en los casos en que se opte por la no aplicación, estará prevaleciendo el criterio de la responsabilidad, en tanto que los casos donde se prefiera el rigor normativo, estará dominando la ética de la convicción. Será una situación en la que, en efecto, se preferirá que se haga justicia aunque el mundo perezca.

El Estado de derecho consiste en la adecuación de los actos del poder a la letra de la ley. Sin embargo, la propia ley prevé la posibilidad de casos extremos, fuera de su regulación expresa. No se trata de una contradicción, supuesto que se admite la posibilidad de que se presenten situaciones no contempladas por las disposiciones legislativas, en cuyo caso las soluciones tendrán que encontrarse en los principios del derecho. Sabemos, desde luego, que estos principios también son normas en sentido amplio; por eso hacemos esta salvedad para subrayar la falta de previsión de una conducta por una regla. La Constitución mexicana dispone (artículo 14) que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Los límites de esta disposición han sido advertidos con toda claridad por Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia,⁹⁰ en tanto que la separación entre aplicación e interpretación de la ley ha dejado su lugar al concepto de integración, “cuyos alcances se encuentran todavía controvertidos”. No obstante se admite, como señalan los autores, que la aplicación de una norma es imposible sin su previa interpretación. Para nuestro caso lo relevante consiste en subrayar que la interpretación por sí sola no genera controversias en el sentido de que, cuando es restrictiva en cuanto a los efectos de la norma, encubra hipotéticos actos de no aplicación de la norma.

En este sentido también es oportuno tener presente que el código civil para el Distrito Federal (artículo 19) recoge el precepto

⁹⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 142 y ss.

constitucional e incluso amplía sus consecuencias, pues los refiere no sólo a las sentencias sino, de manera más general, a “las controversias judiciales”. La génesis de estos dispositivos se localiza en los códigos civiles de Austria, de 1812, y de Cerdeña, de 1837. Posteriormente pasaron a la legislación española y aparecieron en México en el código civil de 1870 y en la Constitución de Querétaro. La doctrina civilista ha resuelto ese enunciado, pero puede formularse válidamente una pregunta: ¿la aplicación supletoria de los principios generales del derecho por los jueces sólo es valedera en los asuntos de naturaleza civil? ¿No procede también en las cuestiones de orden político y por la autoridad administrativa? La “expansión de la fuerza normativa de los principios”⁹¹ debe ser explorada en esa dirección, más allá de la potestad del juez para invocar los principios en determinados casos.

También surge otra cuestión: se admite la aplicación supletoria cuando no existe disposición legal para el caso de que se trate. Ahora la pregunta consiste en determinar si quien aplica la ley está o no en posibilidades de optar entre el mal menor y el mal mayor que resulte de aplicar o de omitir la ley. En otras palabras, hay situaciones límite en las que el costo de la aplicación del derecho puede ser mayor para la comunidad, que el de su no aplicación. Esto parece una paradoja, pero si examinamos ejemplos obtenidos de la realidad, veremos que no lo es tanto.

En 1999 los tribunales turcos impusieron la pena de muerte al conocido líder curdo Abdullah Ocalan, fundada en los numerosos y crueles atentados que ordenó y practicó, con motivo de los que perdió la vida un gran número de personas. La respuesta de Ocalan no se hizo esperar: su ejecución sería sucedida por una ola de atentados terroristas. La comunidad europea reaccionó de una manera que no corresponde a la estricta aplicación de la ley: solicitó al gobierno turco que dejara sin efectos la sentencia judicial. ¿Es esto razonable?

No se trata de un caso en el que la ley no proporcione las claves para resolver una situación específica. Por el contrario, la disposición penal turca en el caso de los homicidas es muy clara.

⁹¹ Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998, pp. 36 y ss.

Pero ocurre que la aplicación de la ley puede representar daños mayores para la sociedad que su omisión. Esto es a lo que llamamos los límites de la ley.

Otro caso es el que se va extendiendo en las disposiciones penales, sobre todo de los países afectados severamente por la delincuencia organizada. Se ha desarrollado una forma de atenuación del rigor de la ley con relación a los “arrepentidos”, o a quienes ofrecen información relevante para poder procesar a otros delincuentes. En realidad se trata de excepciones a la aplicación estricta de la ley, en aras de evitar un perjuicio mayor o de obtener una ventaja superior.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en julio de 1998, establece en su artículo 16 que el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas puede pedir a la Corte que suspenda una investigación o un enjuiciamiento hasta por doce meses. La misma disposición señala que esa petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad.

De esa manera la suspensión de una investigación o de un procedimiento ya iniciado pueden quedar suspendidos por razones de orden estrictamente político. No es poca cosa, si se tiene en cuenta cual es la competencia de la Corte Penal Internacional (Estatuto, artículo 5o.): genocidio (por ejemplo, matanza de miembros del grupo, impedir nacimientos en el seno del grupo, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo), crímenes de lesa humanidad (por ejemplo, exterminio, esclavitud, tortura, violación de normas fundamentales del derecho internacional, desaparición forzada de personas, esclavitud sexual, prostitución forzada, persecución por motivos religiosos, raciales o de género), crímenes de guerra (por ejemplo, atacar objetivos civiles, atacar intencionalmente hospitales, someter a los prisioneros de guerra a mutilaciones físicas y a experimentos médicos y biológicos, infligir graves sufrimientos a la población o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de la población), y crimen de agresión, cuya definición está aún pendiente.

Como se ve, el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé expresamente la no aplicación de sanciones, dejando la decisión

en manos de un órgano político y sin obligarlo a fundar y motivar su determinación. Tampoco regula las condiciones en que puede darse una decisión de esa magnitud.

En estas circunstancias, debe asimismo tenerse presente que los titulares de los órganos del poder normalmente desempeñan su cargo previo juramento de cumplir y hacer cumplir la ley. Cuando no lo hacen en función de consideraciones próximas a las que justifican los estados de excepción, ¿incurren en una infracción punible? Todos los sistemas constitucionales democráticos incluyen disposiciones aplicables en casos de extrema tensión, conforme a los cuales es posible suspender los efectos de alguna o algunas normas de la propia Constitución. En este caso se trata de hacer frente a riesgos de considerable magnitud para la vigencia del orden constitucional; pero ¿cómo tratar los casos de menor enjundia, que también son susceptibles de acarrear perjuicios a la comunidad y al orden jurídico del Estado?

¿Qué debe hacerse en situaciones así? ¿Tomar la ruta de la inflexibilidad, aun cuando lleve a un probable conflicto mayor que el problema que se pretende solucionar, o hacer lo posible por superarla? ¿Cuál de ambas opciones representa menores costos sociales? La doctrina y la ley reconocen que se debe aplicar un tratamiento especial a las personas que en estado de necesidad incurran en conductas sancionables; ¿cabe extrapolar el concepto de estado de necesidad a los órganos del poder cuando se trata de proteger las libertades públicas?

Véase que se trata de una situación exactamente opuesta al estado de excepción, que corresponde a la vieja razón de Estado. Si el poder puede limitar parcial y temporalmente algunas libertades públicas y derechos individuales, ¿está impedido para hacer lo contrario, y en situaciones límite ampliar el umbral de tolerancia y de libertades, más allá de lo que la norma establece? Hasta ahora se acepta, por prácticamente todos los sistemas constitucionales, la posibilidad de restringir el espacio de libertad social e individual en condiciones excepcionales; ¿no habrá condiciones excepcionales que justifiquen precisamente lo contrario: ampliar y garantizar ese espacio?

La Constitución de Guatemala (artículo 155) contiene una singular disposición: hay responsabilidad de los servidores públicos cuando “*infrinjan la ley en perjuicio de particulares*”. Opera un principio análogo al que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley “en perjuicio de persona alguna”. Si se admite la retroactividad que favorece a las personas, al parecer en el sistema guatemalteco también se admite la infracción de la ley cuando de ello resulte algún beneficio para los destinatarios de la norma.

En la práctica política así ocurre y ha ocurrido siempre en los sistemas abiertos, sólo que el problema no ha sido abordado en cuanto a sus múltiples implicaciones teóricas. Uno de los problemas que se presentan, en estos casos, es el de abrir las puertas a la discrecionalidad de los gobernantes, con los riesgos para la sociedad que esto implica. Por eso el tema de la representación se tiene que vincular con el de la legitimidad. Al no ser imperativa la representación, se pueden dejar ciertos márgenes de apreciación a los representantes para que, en circunstancias extremas, cuando el daño a las libertades públicas que resulte de la aplicación estricta de la ley sea mayor que el de su omisión parcial, se opte por esta última decisión. Esto sólo es admisible en tanto que el nexo de confianza que legitima a los titulares de los órganos del poder se base en el reconocimiento de sus virtudes públicas, que ya Aristóteles⁹² advertía como el requisito de obediencia que los gobernados imponen a los gobernantes.

Se trata de un tema trascendente. En muchas ocasiones la autoridad no puede resolver determinados desafíos sólo con la ley en la mano; existen también asuntos en que deben adoptarse soluciones políticas eficaces que no ocasionen daños mayores de los que se quiera resolver. Un problema no se soluciona creando otro, pero tampoco eludiéndolo. Esas soluciones políticas, sin embargo, no pueden ser ajenas al orden jurídico, al menos en un sistema constitucional democrático. Los agentes políticos deben adoptar decisiones adecuadas para solucionar problemas específicos de convivencia social, pero en ningún caso puede entenderse que la no aplicación de una norma específica abre las puertas a la discre-

92 Aristóteles, *Politique*, París, Les Belles Lettres, 1991, IV, 4, 17.

cionalidad, y que la norma se convierte en instrumento de coerción política.

Se atribuye al presidente Porfirio Díaz haber expresado: “para mis amigos, justicia y gracia; para mis enemigos, justicia a secas”. Esa frase sintetiza el riesgo de poner en manos de los agentes políticos la determinación de los límites de la ley. Por eso cuando se hace referencia a la decisión política de no aplicar una norma, no se debe implicar que esa decisión se haga al margen de toda norma. Los actos políticos, en un sistema constitucional, siempre tienen una base jurídica. De no ser así, el orden imperante no sería el constitucional. Lo político de la decisión reside en la valoración de las circunstancias y en la elección de la acción correspondiente. Supongamos que el hecho ante el que se enfrenta la autoridad consiste en la manifestación violenta de un grupo y la consiguiente interrupción de una vía pública. Los agentes de la autoridad tendrán dos opciones: aplicar la norma penal o, extendiendo los efectos de la libertad de reunión y de expresión de ideas, tolerar los hechos.

En este punto resulta conveniente dejar establecido que, además de que en todos los casos la decisión política debe contar con una base jurídica, también debe contarse con la seguridad de que el sistema representativo, único que permite sujetar las decisiones al control político, está funcionando. En política es todavía más difícil que en el ámbito de las relaciones civiles prever todas las posibles circunstancias en la vida de una sociedad. De ahí que sea tan importante la confianza en los representantes políticos. Entre mayor sea la convicción de su legitimidad, mayor será el espacio de tolerancia que todos los ciudadanos disfrutarán. El problema de la representación ha sido examinado desde muy diversas perspectivas. Kelsen⁹³ considera la representación como una ficción jurídica, y para Rousseau no es sino una ficción democrática. No obstante, Rousseau, en su estudio sobre la Constitución de Polonia (VI), tuvo que admitir, a diferencia del *Contrato Social*, que había aspectos de la vida política que sólo podían ser resueltos mediante procedimientos representativos.

⁹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, pp. 343 y ss.

En la actualidad nadie controvierte que los sistemas democráticos requieren mecanismos de representación. Sólo la democracia suiza se basa en instrumentos de democracia directa. Pero el problema de nuestro tiempo hay que verlo en otra dimensión: ¿qué tan “representativa” es la “representación”? Los sistemas electorales, la influencia mediática, la acción de los grupos de interés, la “globalización” misma, son factores que influyen en el funcionamiento de los sistemas representativos. Es un hecho político y jurídico que los representantes no están vinculados con los representados⁹⁴ más que por nexos muy tenues, que no implican un mandato imperativo para quienes reciben un voto favorable. En este sentido también es rescatable la crítica de Rousseau⁹⁵ cuando señalaba que los ciudadanos británicos sólo eran libres durante el fugaz momento en el cual sufragaban.

Los correctivos democráticos de la representación son varios. Uno es el llamado *recall*, o revocación, que se aplica en sistemas constitucionales como el suizo y el venezolano, pero que suponen una clara contradicción con el sistema representativo;⁹⁶ otro es la utilización de las formas de consulta directa a la ciudadanía, como el plebiscito y el referéndum. Uno más, el de mayor eficacia, es la posibilidad de que el elector reeinja o no a su representante. Este último es de aplicación prácticamente universal; son muy pocos los casos, como ocurre en México y Costa Rica, en que está prohibida la reelección sucesiva de los legisladores. Esta limitación significa, en el caso mexicano, un fuerte condicionamiento a la naturaleza democrática del sistema representativo.

Sin embargo, ningún correctivo garantiza el funcionamiento idóneo del sistema representativo. Los sistemas electorales no han conseguido desterrar las prácticas clientelistas que acompañan a buena parte de los comicios. Tampoco han podido evitar la hegemonía de los grupos directivos de los partidos, que condicionan la libertad electoral de los ciudadanos. Por su parte, la influencia de los medios sobre la ciudadanía está muy relacionada con el

⁹⁴ Carré de Malberg, R., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 956 y ss.

⁹⁵ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, en *Oeuvres politiques*, París, Garnier, 1989, III, 15.

⁹⁶ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, p. 201.

ascendiente de los grandes intereses económicos sobre los medios. Esto tampoco se ha podido resolver.

En cuanto a las formas de consulta directa a la ciudadanía, presentan básicamente dos limitaciones: por un lado, no es posible asegurar la objetividad de la acción propagandística de los partidos y publicitaria de los medios;⁹⁷ por otra parte, el recurso a la consulta plebiscitaria suele poner en manos de los jefes de gobierno un poderoso instrumento para someter a los congresos, o por lo menos para reducir su importancia y autonomía.

Finalmente, los procedimientos para reelegir a los representantes también son susceptibles de generar distorsiones. Por eso en algunos sistemas constitucionales, nacionales y locales, se ha propendido a adoptar límites para la reelección. Son los casos de numerosos estados de la unión americana.⁹⁸

Como se puede observar, existe una relación directa entre las formas de representación y la idea de legitimidad. Lo que no es fácil resolver es el de las consecuencias entre legitimidad y Estado de derecho, en cuanto a las facultades no reguladas que los titulares de los órganos del poder ejercen, en el sentido de no aplicar una norma en circunstancias excepcionales.

Se ha visto que se trata de una cuestión planteada desde hace más de veinte siglos, para la que existe una respuesta en el mundo de la política, pero no del derecho. Aquí, por lo tanto, nos enfrentamos a una contradicción que puede ser aparente o de fondo. Sería de fondo si, en todos los casos en que se registrara la no aplicación de la norma, nos encontráramos ante la ruptura del Estado de derecho; pero lo que en la realidad podemos constatar es que allí donde la legitimidad del ejercicio del poder no es cuestionada por otros conceptos, no siempre se le pone en duda por el acto de no aplicación; empero allí donde la legitimidad del poder está cuestionada, no sólo se rechaza todo acto de no aplicación, sino incluso los de aplicación de la norma.

⁹⁷ Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1994, cap. VI.

⁹⁸ Tarr, G. Alan, *Understanding State Constitutions*, Princeton, Princeton University Press, 1998, pp. 170 y ss.

Weber⁹⁹ apunta que la aplicación del derecho puede ser irracional, y considera materialmente irracionales las decisiones que dependan “esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales”. En tanto que la no aplicación es una decisión, podría leerse que, de igual manera, puede ser irracional. Ahora bien, los casos de no aplicación de la norma a los que me he referido en este estudio se consideran justificados en tanto que, lejos de afectar los derechos individuales y colectivos, procuran evitar un daño mayor en la esfera de los derechos fundamentales que el que se produciría si la norma se aplicara rigurosamente. No se trata, por ende, de una consideración de índole ética, sentimental o política, sino jurídica, por lo que no se incurriría en la acción irracional a que alude Weber.

Queda otro asunto por despejar. La doctrina francesa acuñó el concepto de exceso de poder para aludir a los actos de la administración realizados por órganos incompetentes, o por órganos competentes pero que no cumplen las formalidades legales o incurren en desvío del poder. Este último caso consiste en utilizar el poder para fines distintos de los que tiene encomendados.¹⁰⁰ Tampoco es este el caso que aquí se plantea, supuesto que la no aplicación de la ley a que se ha hecho referencia atiende a lo contrario: no afectar la esfera de derechos fundamentales de los gobernados.

Al advertir la presencia de actos de gobierno difícilmente explicables en el ordenamiento jurídico, Merkl¹⁰¹ intentó buscar una explicación por la vía de identificar la posible existencia de actos metajurídicos. Se trata de un ejercicio interesante que demuestra que todo acto de un órgano del Estado es, por necesidad, jurídico.

En el orden jurídico quizá habría una solución conceptual en la teoría pura del derecho. Si admitimos, con Kelsen, la identidad

⁹⁹ Weber, Max, *op. cit.*, nota 88, p. 511.

¹⁰⁰ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, Sirey, 1921, pp. 422 y ss.

¹⁰¹ Merkl, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1975, pp. 62 y ss.

del Estado con el derecho,¹⁰² encontraremos que la no aplicación de la norma es un acto jurídico y, como tal, produce efectos. Quien o quienes se consideren afectados por ese acto jurídico están en posibilidad de oponérsele, de acuerdo con los requisitos y formalidades que la ley establezca. Cuando se produzca el consentimiento de la no aplicación de la ley podría considerarse que el órgano de autoridad actuó dentro de los límites de respeto a los derechos fundamentales que tutela el orden constitucional. Esta conclusión, sin embargo, sería claramente artificiosa e insatisfactoria.

¿A qué actos específicos se alude cuando se habla de “no aplicar” una norma? Para entender el planteamiento del problema servirá hacer referencia a un caso vivido durante lustros en México. El artículo 130 constitucional disponía, hasta antes de la reforma de 1992, que “los ministros de los cultos nunca podrán, en reunión pública o *privada* constituida en junta, ni en actos del culto o de propaganda religiosa, *hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular o en general del gobierno...*”. La reforma de 1993 suprimió la referencia a las reuniones privadas y sustituyó la prohibición de criticar las leyes por la de “oponerse a las leyes”.

La aplicación del precepto fue uno de los motivos por los que entre 1926 y 1929 estalló un conflicto religioso que se tradujo en una cruel lucha armada. Cuando terminó la lucha, el precepto siguió en vigor pero dejó de ser aplicado. Al ser reformado, más de sesenta años después, se reconoció expresamente por los órganos del poder que la norma carecía de positividad.¹⁰³

El conflicto religioso que vivió México entre 1926 y 1929 sólo pudo ser superado por el establecimiento de un *modus vivendi* que supuso la no aplicación de la norma. En la fase de negociaciones impulsada por el embajador norteamericano Dwight Morrow, el sacerdote J. J. Burke le dirigió una nota al presidente Plutarco Elías Calles (marzo 29 de 1928) en la que decía: “...Los obispos mexicanos han creído que la Constitución y las leyes, especialmente la que exige la inscripción de los sacerdotes y la que atribuye a los estados el derecho de fijar el número de sacerdotes,

¹⁰² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, pp. 291 y ss.

¹⁰³ *Diario de Debates*, Cámara de Diputados, diciembre 16, 1991.

aplicadas con un espíritu de antagonismo, amenazarían la identidad de la Iglesia, dándole al Estado el poder de fiscalización de los asuntos espirituales. Estoy convencido de que los obispos mexicanos se hallan animados por un patriotismo sincero y anhelan una paz duradera. Estoy asimismo convencido de que desean reanudar el culto público, si es que esto puede hacerse de acuerdo con su lealtad a la República mexicana y a sus conciencias. Creo que ello podría llevarse a efecto si estuvieran seguros de una tolerancia dentro de la Ley que permitiera a la Iglesia vivir y ejercer libremente sus actividades espirituales...”.¹⁰⁴ A esta nota el presidente respondió: “... yo y mis colaboradores estamos siempre dispuestos a escuchar a toda persona, dignatario de una Iglesia o simple particular, que se queje de las injusticias cometidas por un exceso en la aplicación de la Ley”.¹⁰⁵

El conflicto finalmente se resolvió. El papa aceptó (julio 20 de 1929) una solución “laica”; y por “laica” se entendía “de acuerdo con las leyes”.¹⁰⁶ El día 21 de julio un grupo de obispos se entrevistó con el presidente Emilio Portes Gil y el secretario de gobernación, Felipe Canales, y alcanzaron los acuerdos que ponían fin al conflicto religioso. Un año más tarde el arzobispo Pascual Díaz declaraba que “se reconoció de hecho la existencia de la Iglesia con todos sus derechos y libertades, y a ese fin el gobierno se ha comprometido a que las leyes, mientras se logra su modificación, sean aplicadas con una interpretación benévola”.¹⁰⁷

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Hobbes¹⁰⁸ formuló el primer concepto de ley fundamental: es aquella que ofrece sustento a la existencia del Estado. Hay, por lo mismo, leyes cuya ausencia o fractura no suponen riesgo para

¹⁰⁴ Meyer, Jean, *La Cristiada*, México, Siglo XXI, 1988, t. II, p. 319.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 320.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 339 y 340.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 376.

¹⁰⁸ Hobbes, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, X, 5; *id.*, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, II, xxvi.

la subsistencia misma del Estado. Más adelante ofrece una sugerente diferenciación entre derecho y ley. El primero, decía, concierne a la libertad, en tanto que la segunda corresponde a las obligaciones, y es por lo mismo restrictiva de las libertades.

Hobbes no desarrolló con mayor precisión su concepto de ley fundamental, pero se puede inferir que es la norma de la que deriva el orden jurídico completo, integrado, siguiendo su razonamiento, por derechos y leyes. Si quisiéramos utilizar estos elementos para identificar los que corresponden al Estado de derecho, podríamos concluir que es en la norma fundamental y en el concepto de derecho como eje de la libertad, donde reside la idea del Estado de derecho. De ahí que no toda infracción a la norma constituya una quiebra del Estado de derecho.

Si se entendiera que cualquier acto u omisión del que resultaran a la vez una infracción a la norma y una defensa de las libertades, fuera considerado como una ruptura del Estado de derecho, querría decir simplemente que estamos privilegiando el concepto de ley sobre el de derecho, en el sentido hobbesiano de los términos.

La idea del derecho de Zagrebelsky está orientada a explicar la función integradora del derecho, razón por la cual lo define¹⁰⁹ como un orden objetivo establecido para “limitar” la inestabilidad de las voluntades. Sin embargo, el derecho es “dúctil” por varias razones: varía según las fuerzas que lo imponen¹¹⁰ o lo convienen;¹¹¹ según lo aplican sus intérpretes,¹¹² o según su estructura, compuesta de principios y reglas.¹¹³ El eje está en el reconocimiento de que el derecho sólo “limita”, pero desde luego no suprime, las relaciones de inestabilidad.

La función de la norma en el Estado de derecho es reducir al mínimo posible la discrecionalidad de la autoridad, y aumentar al máximo posible los derechos (libertad, igualdad, propiedad, seguridad jurídica, etcétera) individuales y colectivos, y sus garantías. En tanto que el poder de decidir sea más discrecional, su voluntad

¹⁰⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 54, p. 94.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 38.

¹¹² *Ibidem*, pp. 131 y ss.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 109 y ss.

es menos previsible, y en esta misma medida introduce un elemento aleatorio que contraviene uno de los postulados básicos del Estado de derecho.

Resulta posible disminuir ese riesgo, pero no suprimirlo. Por eso se han diseñado instrumentos para el control jurisdiccional, orientados a la protección de la Constitución y de las leyes. Lo importante para una comunidad es que ningún acto del poder quede ajeno a alguna forma de control, sea jurisdiccional o político. Si es previsible que la autoridad se exceda en sus funciones, debe existir el medio institucional que decida y repare la afectación; y si es deseable que en ocasiones la autoridad no aplique la norma, porque así se ocasionan menores perjuicios a las personas, debe existir también el órgano que valore y resuelva sobre esa decisión, para que el arbitrio no devenga en arbitrariedad.

En su estudio sobre el contrato social y la obediencia al derecho, Pérez Bermejo¹¹⁴ sintetiza elocuentemente una tesis de Rawls: son exigibles las leyes injustas en tanto que su desobediencia podría acarrear injusticias mayores. Sin entrar en el controvertible tema de las “leyes justas”, es posible plantear que el argumento es reversible: pueden dejar de aplicarse leyes justas si con ello se evitan injusticias superiores. Después de todo se trata de la misma razón: en ambos casos se está planteando la opción del daño menor, como la más adecuada al Estado de derecho. Difícilmente se podrá argumentar que el Estado de derecho se ve debilitado por dañar las libertades en menor medida, o que por el contrario se ve fortalecido cuando hace prevalecer la seguridad en la aplicación de la norma sobre las libertades individuales y públicas.

Los dos principios de justicia que Rawls¹¹⁵ identifica como propios de un sistema constitucional, consisten en: primero, cada uno tiene el mismo derecho a la más amplia libertad, compatible con la misma extensión de libertad para todos, y segundo, las desigualdades son arbitrarias a menos que sea razonable esperar que se apliquen en provecho de todos y siempre que se produzcan

¹¹⁴ Pérez Bermejo, Juan Manuel, *Contrato social y obediencia al derecho*, Granada, Comares, 1997, p. 258.

¹¹⁵ Rawls, John, “Legal obligation and the duty of fair play”, en Hook, Sidney (ed.), *Law and philosophy*, Nueva York, Nueva York University Press, 1964, p. 11.

circunstancias semejantes. En este caso, abunda Rawls, no se afecta la obligación moral de obedecer la ley, que corresponde al principio contractual social de cooperación y de juego justo (“*fair play*”).

En este punto es oportuno retomar una convincente aportación de Vanossi,¹¹⁶ conforme con la cual para identificar los límites del poder y el ámbito de los derechos hay, esencialmente, dos perspectivas: la que ofrece la fuerza, cuya doctrina más representativa es el decisionismo, y la propone la razón, cuya expresión más precisa aparece en el contractualismo. Esta diferenciación se apoya en que la razón supone un acuerdo, en tanto que la fuerza se justifica por ella misma. En el problema al que hemos venido aludiendo, la no aplicación de una norma, en las circunstancias ya varias veces apuntadas, sólo es compatible con el Estado de derecho en tanto que no transgreda los términos básicos del acuerdo social.

La preocupación central en cuanto a la vigencia del Estado de derecho en una sociedad democrática consiste en identificar los aspectos situados en el límite del derecho pero en el centro de la política. El Estado de derecho constituye un valor supremo, como garantía del sistema de libertades exigidas por la sociedad moderna y consolidadas en la sociedad contemporánea gracias al constitucionalismo. Pero también es indiscutible que en el seno de una sociedad abierta actúan fuerzas que ponen en conflicto a las instituciones democráticas, porque no pueden reaccionar como se haría de acuerdo con los procedimientos preconstitucionales.

La no aplicación de la norma es contemplada desde dos perspectivas encontradas:¹¹⁷ una, utilitaria, señala que la ley se “debilita” y la sociedad, en su conjunto, se ve afectada por la disminución del valor de la norma; otra, pragmática, argumenta que cuando entran en competencia el derecho del Estado a castigar y el derecho de los individuos a ser protegidos por el Estado, éste

¹¹⁶ Vanossi, Jorge R., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987, pp. 9 y ss.

¹¹⁷ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 193, 201 y ss.

debe prevalecer. Dworkin¹¹⁸ se inclina decididamente por encontrar un balance que permita a la autoridad resolver casos particulares, que se encuentren en el límite de la legalidad. Su conclusión¹¹⁹ es categórica: el Estado de derecho es “más complejo y más inteligente” que la sola aplicación draconiana de las normas.

El fenómeno más generalizado es el de las protestas públicas. Contempladas desde la perspectiva de estricto derecho, estas acciones se suelen traducir en conductas tipificables como delito. La sola obstrucción de las vías públicas, por ejemplo, es uno de los mayores atentados que puede sufrir un sistema constitucional. La mayor parte de las legislaciones previenen sanciones de gran dureza para quienes atacan las vías generales de comunicación, precisamente porque estas vías son uno de los más valiosos instrumentos para ejercer las libertades individuales y públicas: expresión, tránsito y reunión. Ese fenómeno de protesta, sin embargo, es común en todas las democracias.

En la práctica cotidiana de los Estados, encontramos que en términos generales no se sanciona a quienes en ciertas circunstancias entorpecen la libre circulación de personas, expresiones y bienes. Ocurre también que sólo se sancione a algunos, pero no a todos, y sucede, en fin, que las sanciones sean muy benévolas y en ocasiones incluso resulten objeto de revocación o de remisión. Ante esta situación surge la duda de si se está sacrificando al Estado de derecho, y en esa medida el poder utiliza la indulgencia como una especie de coartada para sus propios proyectos de expansión autoritaria no sancionada; o si la no aplicación iterativa puede llevar a formas de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

Paradójicamente no se puede exigir que el poder público sea inflexible en la aplicación de la letra de la ley, sin con ello desnaturalizar las bases de una sociedad abierta que requiere de espacios de tolerancia; pero tampoco se puede aceptar que el poder disponga de manera discrecional del aparato coactivo, sin correr el riesgo de deformar el ejercicio de la función pública y el valor de la norma.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 217.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 222.

A pesar de esos problemas, es necesario identificar los términos que concilian la actitud de las autoridades cuando no aplican la norma de manera tajante, y la protección del interés colectivo para no abrir la puerta, mediante esa decisión, a nuevas formas de autoritarismo. A lo largo de estas páginas he intentado exponer los conceptos dominantes de Estado de derecho y las vicisitudes en la aplicación de la norma. Con esos elementos, considero posible proponer algunas reglas que permitan aceptar, excepcionalmente, la no aplicación de la norma sin fracturar al Estado de derecho.

La doctrina ha abordado de diversas formas el derecho de resistencia a la opresión, el derecho a la revolución y el derecho a la desobediencia civil. Se presume que, ante cualquiera de ellos, la acción del poder, aunque se diga basada en el derecho, puede llegar a ser antijurídica. Con relación a este aspecto se examinaron las críticas al Estado formal de derecho. Por tal motivo, en este estudio no ha sido abordada ninguna de las cuestiones concernientes a las manifestaciones colectivas de rechazo a la autoridad hipotéticamente ilegítima. En tales casos se presume que el Estado de derecho ha desaparecido. Aquí se ha tratado sólo de la no aplicación de la norma en un Estado de derecho, y no como correlato del derecho de resistencia. Sin embargo es importante registrar un inteligente trabajo de Estévez Araujo en el que examina la posible justificación jurídica de la desobediencia civil en el ámbito de los sistemas constitucionales democráticos, en el que concluye¹²⁰ que esa justificación resulta de la crisis de legitimidad de los procedimientos de defensa de la Constitución. En todo caso lo que aquí se plantea no es un caso de no aplicación de la norma (porque deja de sancionarse la desobediencia) sin que se vea afectado el Estado de derecho, sino de tolerancia de la desobediencia para restituir el Estado de derecho. Se trata, como resulta claro, de dos cuestiones diferentes.

Es necesario diferenciar esas manifestaciones de los simples actos de protesta pública, en especial cuando expresan oposición a de-

¹²⁰ Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, esp. pp. 143 y ss.

terminadas políticas públicas. En este caso no se cuestiona la legitimidad de la autoridad, sino sólo algunas de sus decisiones. Es normal que en situaciones así, la norma no sea objeto de aplicación estricta, porque “después de todo el Estado de derecho está hecho para permitir al derecho promover el bien social, y no debe ser usado ligeramente para mostrar que no debe ser así. Sacrificar muchos fines sociales en aras del Estado de derecho puede hacer al derecho estéril y vacío”.¹²¹

Otro problema diferente, que tampoco se plantea aquí, concierne a la incapacidad de los agentes del poder para aplicar la norma. En este caso se está ante cualquiera de dos situaciones, semejantes pero no necesariamente iguales: los órganos del poder han perdido parcial o totalmente los instrumentos para ejercer sus funciones coactivas, o la resistencia social es superior a las posibilidades de acción del gobierno. En ambos casos, como señala Bobbio,¹²² se está próximo a la anarquía, y por ende a la cesación de la vigencia del orden jurídico, o cerca de un cambio radical del ordenamiento jurídico. Aquí el problema ya no concierne a la vigencia del Estado de derecho, sino a la permanencia o substitución de la forma del Estado. Un reciente estudio de caso¹²³ permite advertir la importancia de las movilizaciones sociales en las transiciones de Portugal y España.

Como hemos podido ver, la no aplicación de la norma en ciertas circunstancias ha sido admitida desde la edad clásica. En la actualidad es una realidad que contemplan la doctrina, la jurisprudencia y algunas disposiciones legales. Si bien se han hecho esfuerzos para explicar el fenómeno, lo cierto es que todavía faltan enunciados satisfactorios que nos permitan ir más allá de la comprensión del problema, y formular las bases que sustenten la no aplicación de la norma sin quebrantar, e incluso para sostener, el Estado de derecho.

Las dificultades para admitir que un acto de no aplicación de la norma no vulnera el Estado de derecho pueden ser superadas

¹²¹ Raz, *op. cit.*, nota 3, p. 285.

¹²² Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli editore, 1994, p. 256.

¹²³ Durán Muñoz, Rafael, *op. cit.*, nota 3.

desde la perspectiva planteada por Peter Häberle:¹²⁴ la Constitución forma parte del ámbito cultural de una sociedad. De ahí que también formule la idea de una “sociedad abierta de constituyentes”, en tanto que la interpretación de la Constitución está sujeta a la valoración más amplia posible por parte de todos los integrantes de la sociedad política.

Esa perspectiva de Häberle tiene el inconveniente de reducir o ampliar el ámbito de los intérpretes según el desarrollo cultural de cada sociedad nacional. Ahí donde los niveles de desarrollo cultural sean más elevados, la participación individual y colectiva en el procesos de interpretación constitucional tenderá a ser más activa; en tanto que donde subsistan deficiencias culturales importantes, la capacidad para identificar los valores constitucionales será igualmente más precaria. Sin embargo, y con independencia del orden de magnitud que se asigne en cada caso al entorno cultural, al aceptar las categorías propuestas por Häberle se hace indispensable examinar el contexto en el que se aplican o en el que no se aplican parcialmente las normas. La tesis central del Häberle¹²⁵ reside en que la Constitución no se limita a ser un mero conjunto de disposiciones normativas, “sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural”. De ahí se deriva la “cultura constitucional”, que se forma por la suma de ideas, valores, actitudes, experiencias y expectativas individuales y colectivas, relacionadas con el orden normativo.

Pero hay un problema cultural adicional del derecho que Häberle advierte:¹²⁶ la función de la verdad. Por una parte existe un compromiso de la norma con la verdad, cuando expresamente se hace referencia en los textos constitucionales y legales a la vigencia de la verdad. El primer ejemplo que Häberle identifica aparece en la declaración de independencia de Estados Unidos (1776). Por otro lado, el concepto de verdad aparece como complemento in-

¹²⁴ Häberle, Peter, “Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 391; *id.*, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, IVAP, 1996, pp. 15 y ss.

¹²⁵ *Id.*, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 34 y ss.

¹²⁶ *Id.*, *Diritto e verità*, Turín, Einaudi, 2000, pp. 17 y ss., y 93 y ss.

disociable del Estado democrático. Sólo hay pluralismo donde existe la libertad irrestricta de ciencia y de conciencia o, en otras palabras, de saber y de creer. De ahí que la verdad se convierta en el eje que legitima las acciones de los gobernantes y que articula las exigencias de los gobernados.

Desde esa perspectiva, las decisiones de la autoridad y los actos de control político relacionados con la no aplicación de la norma son valorados de manera libre, responsable e informada por los miembros de la sociedad. Esa apreciación es de extraordinaria importancia para hacer compatibles las excepciones en cuanto a la aplicación puntual de la norma con la vigencia del Estado de derecho. Se trata de una operación compleja que está directamente relacionada con factores culturales. La relación de confianza que existe entre la ciudadanía y las autoridades determinará en cada caso la aceptación o el rechazo de las excepciones en cuanto a la aplicación rigurosa de la norma.

Cuando se examinan diferentes casos, es necesario también considerar distintos baremos. Una sociedad en la que estén presentes niveles contrastantes de cultura, o en la que ésta sea ostensiblemente deficitaria, hará que haya mayores resistencias colectivas para aceptar que la autoridad se separe de la letra de la norma, máxime cuando, como recuerda Cortiñas-Peláez,¹²⁷ los titulares de los órganos de autoridad están vinculados por la protesta formal de cumplir y hacer cumplir las leyes

Eso no obstante, es necesario identificar los principios generales a los que debe sujetarse la no aplicación de la norma para no quebrantar el Estado de derecho, asumiendo que las condiciones culturales sean las idóneas para llevar a cabo una valoración adecuada de las decisiones de la autoridad. En este sentido entendemos que la no aplicación de la norma no afecta el Estado de derecho siempre que se produzcan todas las siguientes circunstancias:

¹²⁷ Cortiñas-Peláez, León, *De la fórmula trinitaria como fundamento del Estado democrático social de derecho* (en prensa), p. 26.

- La autoridad que omite la aplicación de la norma lo hace en virtud de que se evita un daño mayor que el que occasionaría con su aplicación.
- La no aplicación de la norma no puede ser resultado de la negligencia o lenidad del funcionario.
- La autoridad cuenta con legitimidad de origen.
- Existen instrumentos políticos de control, igualmente legítimos, que deben valorar la actuación de la autoridad que no aplicó la norma.
- En todos los casos la decisión de no aplicar la norma debe ser razonada.
- La no aplicación de una norma no debe entenderse como una práctica derogatoria.
- La no aplicación es excepcional.
- La no aplicación reiterada debe ser objeto de examen por parte de los órganos legislativos para valorar las condiciones de vigencia de la norma o las posibilidades de su posible reforma.
- Las causas de la no aplicación de la norma deben ser estudiadas por los órganos de control político, con relación a las políticas públicas que las generan o que no las resuelven.
- La decisión de no aplicar una norma debe ser siempre revocable o enmendable.

Deben estar presentes todas y no sólo algunas de las condiciones que se mencionan. El Estado de derecho es un principio sin el cual la democracia resulta imposible. Al revisar algunos de los problemas actuales del Estado de derecho, relacionados con el sistema representativo y con la aplicación de la ley, en rigor no hemos hecho otra cosa que suscitar viejas cuestiones de la vida normativa de los Estados; pero hemos querido hacerlo desde la perspectiva del Estado democrático de derecho, con relación al cual será necesario despejar todavía muchas incógnitas.

El constitucionalismo forma parte de un largo proceso de rationalización del poder. El concepto de Estado de derecho sólo es comprensible desde la perspectiva de una Constitución norma-

tiva. De ahí que en este estudio se haya puesto énfasis en correlacionar el Estado de derecho y el constitucionalismo. Empero, como se ha podido ver, las variantes del Estado de derecho (liberal, social y democrático) y las etapas del constitucionalismo (liberal, social, democrático y cultural) por sí solas no ofrecen una respuesta al problema de la no aplicación de la norma, sin quebrantar el Estado de derecho enunciado y garantizado por la Constitución.

Además, en el orden constitucional se presentan algunas patologías que es necesario distinguir de la no aplicación de la norma sin contravenir el Estado de derecho. Aunque el fenómeno al que en otro estudio he denominado “irregularidad constitucional” parece tener alguna semejanza con la no aplicación de la norma, pero en realidad no es más que una apariencia. La irregularidad constitucional consiste en la coexistencia de normas dotadas de plena eficacia con otras de cumplimiento meramente formal, condicionado por procesos de naturaleza política. También se dan casos más agudos en los que se produce el desplazamiento de la norma constitucional, pero en este caso es evidente que se produce una quiebra en el Estado de derecho; la situación no es tan evidente cuando ese desplazamiento es más o menos encubierto, y se produce simplemente la preterición de aspectos determinados del ordenamiento jurídico, pretendiéndose no obstante que se está cumpliendo puntualmente con lo normado. Este fenómeno tampoco forma parte de lo que aquí hemos planteado, porque también equivale a un quebrantamiento del Estado constitucional y, por consiguiente, del Estado de derecho.

Desde el punto de vista formal, el Estado de derecho fue, en sus orígenes (en Alemania con Von Mohl y en Gran Bretaña con Dicey), un concepto estrictamente procesal: consistía en la posibilidad de que los actos de la autoridad administrativa pudieran ser valorados por la autoridad judicial. Sin embargo, a partir del constitucionalismo social, y luego con el constitucionalismo democrático, se modificó el concepto, y de una consideración estrictamente adjetiva se pasó a otra de orden sustantivo. El Estado social de derecho y el Estado social y democrático de derecho conciernen al contenido del Estado de derecho, no a su ejercicio. Desde este

punto de vista lo que representó un avance en el orden de impedir las distorsiones a que daba lugar un concepto estrictamente formalista, significó por otra parte un retroceso en cuanto a la naturaleza adjetiva que se le había atribuido originalmente al Estado de derecho.

El *rule of law* no guarda relación con el contenido de las normas, sino con la manera de hacerlas cumplir. Por el contrario, al incorporarse los contenidos de carácter social y democrático las reglas se confundieron con los principios, y el Estado de derecho se alejó de su naturaleza adjetiva. Es aquí donde se puede plantear el punto de conciliación entre la no aplicación de la norma y el Estado de derecho, conforme a las reglas que acabamos de enunciar. Si bien en su origen sólo se aludía al Estado de derecho cuando el gobierno era responsable ante los órganos jurisdiccionales, hay que tener en cuenta que todavía no se desarrollaba, como se ha hecho después, el concepto de responsabilidad política.

En esa medida, si bien la valoración de la aplicación rigurosa de la norma corresponde a los órganos jurisdiccionales, la valoración de su eventual no aplicación la pueden y deben realizar los órganos de representación política. Se recobra, así, la naturaleza procesal del Estado de derecho, pero se amplía el ámbito de responsabilidad del gobierno más allá de los tribunales, para incluir también las asambleas políticas. Ambas posibilidades de control lejos de chocar, se complementan; constituyen garantías complementarias para el gobernado. A las atribuciones de control jurisdiccional, se suman las de control político ejercidas por los congresos y los parlamentos.

Es necesario, por ende, que distinguimos entre el Estado de derecho en sentido sustantivo, que corresponde a los contenidos social y democrático, y el Estado de derecho en sentido adjetivo, que alude a la responsabilidad del órgano de gobierno ante los demás órganos constitucionales de control. De manera general podemos considerar que siempre que haya posibilidad de controlar las decisiones y acciones de la autoridad gubernamental conforme a las normas constitucionales, el Estado de derecho puede preser-

varse aún cuando se produzca la circunstancial no aplicación de alguna norma.

El Estado de derecho tiene una naturaleza dual, sustantiva y adjetiva: enuncia derechos y establece garantías para esos derechos. Si distinguimos adecuadamente esos dos componentes del Estado de derecho, podremos resolver las paradojas de la no aplicación de la norma dentro de un sistema normativo.

La valoración que se haga de las circunstancias en que la norma no se aplica, permitirán definir si el problema reside en la deficiente construcción de la regla en particular, o si existe un problema de políticas públicas que está generando las conductas con relación a las cuales la regla no se aplica. Un ejemplo que se registra en un gran número de Estados constitucionales consiste en la realización de manifestaciones públicas que, con frecuencia, se traducen en actos delictivos. Es el caso de las crecientes expresiones de rechazo a los procesos de globalización, que en muchas ciudades de Europa y de América del norte adquieren un carácter muy violento.

Ante esas manifestaciones, como ante la mayor parte de las que se producen en espacios políticos regulados por Constituciones democráticas, la respuesta habitual de las autoridades políticas es de tolerancia, dejando sin aplicar las normas penales procedentes. Se considera que al actuar de esa manera se evita la generalización del malestar que, de acrecer, produciría tensiones crecientes y enfrentamientos de mayor violencia. Puede decirse que este es un caso muy claro en el que la no aplicación de una determinada norma produce perjuicios colectivos menores que los que podría acarrear, en este caso, el ejercicio de la acción penal.

En ese caso es muy claro que la regla específica no aplicada no presenta problemas, y que puede seguir siendo observada en otros numerosos casos. El problema reside en las políticas públicas que dan lugar a la protesta, cuya solución escapa a las previsiones normativas. Esas políticas tienen, no obstante, una repercusión directa en el comportamiento de diversos miembros de la sociedad, y para el derecho existe el riesgo de que la multiplicación de episodios de la misma índole pueda generar un proceso

social de entropía que dificulte la conducción de la vida colectiva a través de un orden jurídico libremente acatado. Las características y consecuencias de este escenario ya no corresponden a un estudio jurídico.

La no aplicación de la norma debe tener un carácter excepcional; cuando se convierte en un fenómeno recurrente sí lesiona al Estado de derecho, en tanto que la conducta de quienes no acatan la norma y de los agentes de la autoridad que no la aplican, se presenta como una regularidad tendencial. Una regularidad al margen o en contra de la regla sí perjudica al Estado de derecho. Este fenómeno va más allá de los casos aislados, razonablemente explicables, a los que nos hemos referido en este trabajo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, Wolfgang, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en Abendroth, W. et al., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- _____, *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1973.
- AFONSO DA SILVA, José, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARISTÓTELES, *Politique*, París, Les Belles Lettres, 1991.
- _____, *Ética Nicomaquea*, en *Obras*, Madrid, Aguilar, 1982.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco et al., *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999.
- BLANC, Louis, *Histoire de la Révolution Française*, París, Pagnerre, 1870.
- BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giapichelli editore, 1994.
- _____, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- CARCAGNI, Angelo, *I diritti della "società": stato di diritto e associazione in R. von Mohl*, Nápoles, Giannini, 1990.
- CARPIZO, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CASTRO, Horacio de, *Principios de derecho soviético*, Madrid, Reus, 1934.
- CICERÓN, *Sobre los deberes*, Madrid, Tecnos, 1989.
- COLUMELLA, Lucius Junius Moderatus, *Res rustica*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- CONFUCIO, *Analectas*, Buenos Aires, NEED, 1998.
- CORTÉS COPETE, Juan Manuel (ed.), *Epigrafía griega*, Madrid, Cátedra, 1999.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *De la fórmula trinitaria como fundamento del Estado democrático social de derecho* (en prensa).
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Diario de Debates*, Cámara de Diputados, diciembre 16, 1991.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1969, Cuadernos para el Diálogo.
- _____, “Estado de derecho y derechos humanos”, en *Ética pública y Estado de derecho*, Madrid, Fundación Juan March, 2000.
- _____, *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- DICEY, A. V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Indianápolis, Liberty Fund, 1982.
- DURÁN MUÑOZ, Rafael, *Contención y transgresión*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- _____, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1997.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- FORSTHOFF, Ernst, *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1966.
- _____, “Problemas constitucionales del Estado social” (1961), y “Concepto y esencia del Estado social de derecho” (1975), en Abendroth, W. et al., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.
- GÓMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1994.
- _____, *Factualidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- _____, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.
- _____, *Diritto e verità*, Turín, Einaudi, 2000.
- _____, “Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung, 1999.
- _____, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, IVAP, 1996.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, Sirey, 1921.
- HAYEK, Friedrich, *The road to serfdom*, Chicago, Chicago University Press, 1972.
- HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Universidad, 1985.
- HIERRO, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998.

- HOBBS, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- _____, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- HUMBOLDT, Wilhelm von, *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1988.
- HYDE, H. Montgomery, “Introduction”, en *Óscar Wilde, The complete plays*, Londres, Methuen Drama, 1988.
- IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JOHNSON, E. L., *El sistema jurídico soviético*, Barcelona, Península, 1974.
- KADISH, Mortimer y KADISH, Sanford, *Discretion to disobey*, Stanford, Stanford University Press, 1973.
- KANT, Emanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996.
- _____, *Filosofía de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- _____, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985.
- _____, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1978.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.
- _____, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.
- _____, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.
- LINZ, Juan, “Opposition in and under an authoritarian regime: the case of Spain”, en *Regimes and oppositions*, ed. por R. A. Dahl, 1973.
- MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998.
- MARIANA, Juan de, *Historia de España*, Valencia, Benito Monfort, 1787.
- MERKL, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1975.
- MEYER, Jean, *La Cristiada*, México, Siglo XXI, 1988.
- MÜNCH, Ingo von, “¿Estado de derecho versus justicia?”, en *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

- O'DONNELL, Guillermo, "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America", documento presentado en la Reunión de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Chicago, septiembre de 1998.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Contrato social y obediencia al derecho*, Granada, Comares, 1997.
- RAWLS, John, "Legal obligation and the duty of fair play", en Hook, Sidney (ed.), *Law and philosophy*, Nueva York, Nueva York University Press, 1964.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- ROUSSEAU, J. J., *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, en *Oeuvres politiques*, París, Garnier, 1989.
- _____, *Du Contrat Social*, en *Oeuvres politiques*, París, Garnier, 1989.
- SÉNECA, Lucio Anneo, "De la Clemencia", en *Tratados filosóficos*, Madrid, Sucesores de Hernando, 1913.
- SOUTHEY, Robert, *Essays, moral and political*, Shannon, Irish University Press, 1971.
- STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- TÁCITO, *Los anales*, Madrid, Viuda de Hernando y Compañía, 1891.
- TARR, G. Alan, *Understanding State Constitutions*, Princeton, Princeton University Press, 1998.
- TERENCIO, *El atormentador de sí mismo (Heautontimorumenos)*, en *Comedias*, México, UNAM, 1975.
- UGARTAMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- ULPIANO, "De los adulterios", en *Digesto*, Madrid, Ramón Vicente, 1874.
- VANOSSI, Jorge R., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987.
- _____, "Etapas y transformaciones del constitucionalismo social", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Argentina, año XXIV, núm. 42, 1982.
- VATTEL, Emer, *Derecho natural y de gentes*, Madrid, Imp. Campuzano, 1846.

- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós, 2001.
- VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, en *Oeuvres completes*, París, Garnier, 1883.
- WADE, H. W. R., *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- _____, *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- WILHELM, Ricardo, *Kungtsé*, Madrid, Revista de Occidente, 1926.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.
- ZIPPELIUS, Reinholt, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1985.