

Aguiar, A. (2013). “Estado de derecho y régimen político”. En Pérez, Gabriel (coord.). *Temas Selectos de la Teoría Política Contemporánea*. México: UAM-C y EON.

ESTADO DE DERECHO Y RÉGIMEN POLÍTICO*

Azul Aguiar

Doctora en Ciencia Política/Profesora-investigadora en el ITESO

azulaguiar@iteso.mx

*For as in absolute Governments the King is Law,
so in free countries the Law ought to be King; and there ought to be no other.*

Thomas Paine,

The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine, 1819, p. 32.

Los proyectos de promoción de la democracia de instituciones internacionales como USAID, el *Open Society Institute*, la Unión Europea, entre otros, incluyen una parte denominada ‘Reforma del Estado de derecho’ dado que se le considera un pilar fundamental para el mantenimiento la democracia y su calidad en el largo plazo (O’Donnell, 2005; Morlino, 2003). De hecho, se ha formado un amplio consenso respecto a que el buen funcionamiento del Estado de derecho fortalece las repúblicas democráticas (Binder, 1994b), o bien que “una democracia no puede existir sin un Estado de derecho” (Ungar, 2002, p. 1)¹. Por otro lado, la clase política, los analistas financieros, los medios de comunicación, las organizaciones civiles de derechos humanos apelan también al mejoramiento del Estado de derecho, sobre todo en regímenes que buscan anclar su democracia. Cada uno de estos grupos asocia el término con diferentes cosas. Los comunicadores lo identifican principalmente con la libertad de expresión, los analistas financieros con los derechos de propiedad, las organizaciones que promueven proyectos de democracia lo entienden principalmente como reforma al sistema de tribunales y con la implementación de un sistema legal de corte acusatorio.

* Agradezco los valiosos comentarios de Jesús Ibarra, Rodolfo Sarsfield y Gerardo Ballesteros.

¹ Hay también quien asevera que más bien la relación Estado de derecho – democracia es una tautología dado que el “Estado de derecho es la democracia” (Millard, 2004, p. 122).

Todas estas perspectivas nublan el significado del concepto y, por tanto, se hace difícil su observación, medición (Sarsfield, 2010), así como que se reconozcan las implicaciones de su buen o mal funcionamiento para el régimen político. Thomas Carothers tiene razón cuando señala que de repente el Estado de derecho se convirtió en la panacea, en la llave para solucionar todos los problemas de países con democracias recientes (1998). Y sin embargo, poco se sabe en esas nuevas democracias qué se ha solucionado y qué hace falta por avanzar, así como cuáles son los éxitos y cuáles los fracasos que se han presentado.

Para hablar de Estado de derecho es conveniente saber qué hay dentro del concepto, cuáles son los atributos o propiedades que lo componen. Este ensayo tiene el objetivo de discutir el concepto de Estado de derecho y su relación con el régimen político. En la primera parte se debaten las acepciones clásicas y la historia del concepto, esto es, dónde, por qué y con qué significado nace. En la segunda parte, se discute tanto “definiciones universales”, “definiciones específicas”, como “definiciones operativas” del concepto, es decir, el número de propiedades que diversos autores han incluido al concepto de Estado de derecho ubicándolo, de esta manera, en diversos puntos de la escala de abstracción (Sartori, 1970). Esto es, se presentan conceptos *background* —con un amplio potencial de significados— y conceptos sistematizados —con una formulación específica, explícita y operativa— (Adcock y Collier, 2001, p. 530). La tercera y última parte, se dedica a explorar la relación que existe entre el Estado de derecho y régimen político mediante un ejercicio comparado sobre su funcionamiento en regímenes autoritarios.

APROXIMACIÓN HISTÓRICA

El Estado de derecho no es concepto nuevo, tiene una larga tradición y ha sido modelado desde diferentes perspectivas (jurídica, filosófica, política)² y en contextos diversos (Europa y América). De acuerdo con Danilo Zolo, las experiencias históricas más importantes para darle contenido al Estado de derecho son cuatro: 1) el *rule of law* inglés; 2) el *Rechtsstaat* alemán; 3) el *rule of law* norteamericano; y 4) el *Etat de droit* francés

² Para diferencias entre los estudios centrados en el derecho y los estudios basados en la ciencia política respecto a la definición de Estado de derecho véase Sarsfield, 2010.

(Zolo, 2006, p. 21). Cada una de estas experiencias está en la raíz de lo que ahora se conoce como Estado de derecho.

Se reconoce el *rule of law* inglés como la tradición fundadora del Estado de derecho (Zolo, 2006, p. 30), donde por primera vez se establecen reglas claras de separación entre poder político y la aplicación ley. En ese sentido, Edward Coke fue de los primeros en señalar la supremacía de la ley consuetudinaria (*common law*) frente a las decisiones de la monarquía, haciendo explícito que el Rey, o cualquiera de la élite en el poder, no podía decidir en áreas dónde existía un precedente judicial. En 1607 en *Prohibiton del Roy*, Coke apunta que

(...) los casos que atañen a la vida, a la herencia, a los bienes de los súbditos no pueden decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio de la ley, la cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes que un individuo pueda llegar a conocerla a fondo (Coke, 1658).

La razón artificial, el conocimiento adquirido de los jueces y las leyes del país (*laws of the land*) eran, en términos de Coke, los encargados de limitar el poder del Rey y proteger los derechos de los individuos. En Inglaterra se reconoce entonces la supremacía de las decisiones precedentes de los tribunales como un elemento fundante del Estado de derecho. Después de la Revolución Gloriosa del siglo XVII, las ideas de Coke se afirman en Inglaterra y tanto juristas como científicos políticos ingleses sostenían que “en su país los procedimientos judiciales, la publicidad del proceso, las reglas relativas a la prueba y el rol del jurado aseguraban sólidas garantías legales a quien era acusado de cualquier delito, dado que éste era titular de derechos fundamentales” (Santoro, 2006, p. 173). Inglaterra es así el lugar donde por primera vez la ley fue entendida como un ordenamiento jurídico válido para todos los individuos sin importar su status socioeconómico.

La característica fundamental del *rule of law* inglés es su capacidad para limitar el poder de los gobernantes y, por tanto, que nadie esté por encima de la ley. Albert Venn Dicey en su *Introduction to the Study of Law in the Constitution* ofrece una definición que recoge la esencia del *rule of law* inglés

En primer lugar, Estado de derecho significa la absoluta supremacía y predominio de la ley regular, contraponiéndose a la influencia del poder arbitrario, y excluyendo la existencia de arbitrariedad, de prerrogativas así como de una autoridad discrecional amplia por parte del gobierno (...) significa la igualdad frente a la ley, o la igual sujeción de todas las clases a la ley ordinaria del país administrada por Cortes ordinarias; ningún hombre puede ser castigado

o sometido a penas corporales o materiales si no es por haber quebrantado o violado la ley establecida en el ordenamiento legal (Dicey, 1915: 110, 120).

Dicey fue partidario de que la ley sea aplicada sin diferenciación de clases u oficios, esto es, que la ley sea aplicada con la misma fuerza y alcance para quienes ocupan altos cargos en el gobierno, como para ciudadanos ordinarios. No hay privilegios de ningún tipo (económico, político, social) frente a la ley.

Por su parte, en la tradición del *Rechtsstaat* alemán es el Estado quien da sentido y vida al derecho y no las sentencias precedentes de los tribunales, como sucede con el *Rule of law* inglés. Cabe destacar, sin embargo, que existen dos momentos del *Rechtsstaat* alemán: el primero, liberal y el segundo conservador. En las tesis liberales de principios del siglo XIX el *Rechtsstaat* “es entendido como el Estado de los derechos fundamentales que debía poner a la libertad como el valor más elevado” (Gozzi, 2006, p. 267). El respeto de los derechos fundamentales (y la libertad del individuo) garantizados por la Constitución se consideraba el elemento definitorio del Estado de derecho. Derivado de las ideas de Kant, los liberales conciben al *Rechtsstaat* como opuesto del Estado absoluto, déspota y teocrático. Ya en los años veinte del siglo XIX es Robert Von Mohl a quien se le atribuye el desarrollo del concepto de *Rechtsstaat* como “una conformación racional fundada en la exigencia de libertad que regula la vida humana no de manera ilimitada, sino eliminando los obstáculos para el libre desarrollo de la fuerzas del individuo” (Abellán, 1983, p. 129). Para Mohl el Estado de derecho está marcado por la libertad del individuo, éste y no el Estado es la guía de toda su disertación sobre el *Rechtsstaat*. La preocupación fundamental de la etapa liberal del Estado de derecho alemán es poner frenos al poder, encontrar un balance que garantice la libertad individual.

Tras el fracaso de los ideales de la Revolución de 1848, las ideas conservadoras —Friedrich von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek— se empiezan a afirmar en la Confederación germánica en los años 70's del siglo XIX. Así, el *Rechtsstaat* se concretiza no como la libertad y los derechos fundamentales de los individuos, sino como “proposiciones jurídicas (...) normas de derecho objetivo” legisladas por el Estado. Georg Jellinek —uno de los grandes exponentes del *Rechtsstaat* en este segundo periodo— sostenía que en el Estado moderno “todo derecho es creado por el poder del Estado o permitido por él” (Jellinek, 1999, p. 219). En esta concepción, la Constitución no tutela los

derechos de los individuos, los tutela la administración del Estado, el legislativo, lo que se traduce “en la superioridad del Estado respecto al ordenamiento jurídico” (Gozzi, 2006, p. 273). Esta visión sería la impronta de la Constitución de 1871 y no se modificaría sino hasta la promulgación de la Constitución de 1949.

La experiencia norteamericana del *rule of law* creó una ruta diferente a la alemana. El Estado de derecho en Estados Unidos nace marcado por una clara separación de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como por la protección de los derechos fundamentales de los individuos (Bill of Rights). La tarea de proteger los derechos del individuo fue conferida no al legislador, no al Estado, no a la Constitución, sino a los interpretes de ésta: los jueces, buscando de esta manera un balance entre orden y libertad. Un evento determinante para el anclaje de la separación de poderes y la consolidación de la interpretación de los jueces fue el caso resuelto por el juez John Marshall —*Marbury versus Madison*³— en donde se especifica que

(En) el gobierno de los EEUU (...) los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? (...) Hay sólo 2 alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (Sentencia Marbury contra Madison, 1803)

El control difuso de la constitucionalidad (*judicial review*) y el poder de interpretación constitucional de los jueces son de las características más definitorias del

³ Antes de que tomaran lugar las elecciones de 1800, ante la inminente pérdida del partido federalista, el presidente John Adams instruyó la nominación de jueces de paz (todos de su partido) en un claro intento por asegurarse el control del judicial en el Distrito de Columbia. Sin embargo, no todos los nombramientos alcanzan a ser notificados, entre ellos el de William Marbury. Cuando entra en funciones el presidente Thomas Jefferson, del partido republicano, instruye a su secretario de Estado, James Madison, que se abstuviera de entregar los nombramientos faltantes. Marbury acude entonces a la Corte Suprema, donde se encontraba el Juez John Marshall (exsecretario de Estado de Adams) para solicitarle que emitiera un mandamiento, basado en el artículo 13 del Acta judicial, y le ordenará a Madison la entrega del nombramiento. Ante lo complejo (políticamente) del caso, el juez Marshall emite una sentencia en la que rechaza la petición de Marbury argumentando que la Corte no tenía competencia para emitir un mandamiento, pues el Acta Judicial contrariaba la Constitución, por tanto era inconstitucional, pues ninguna ley puede contrariar al texto supremo (Sentencia Marbury contra Madison, 1803).

rule of law norteamericano. El ‘gobierno de los jueces’ es determinante para hacer efectivo el imperio de la ley: desde su independencia marcan los límites de acción de los otros poderes. En este sentido, conviene destacar la amplia tradición de estudios en independencia judicial pues ésta ha modelado desde siempre el *rule of law* norteamericano. Desde Los Federalistas, pasando por Alexis de Tocqueville, la independencia del poder judicial ha sido reconocida como un pilar importante no únicamente del Estado de derecho sino del diseño constitucional estadounidense: el mecanismo que permite un balance efectivo entre los poderes del Estado, en particular, que ningún acto legislativo contrario a la constitución sea válido, o bien, que la intención de los mandatarios no esté por encima del pueblo —la constitución— (véase Hamilton, 1788)⁴.

De acuerdo con Brunella Casalini hay dos momentos del *rule of law* Norteamericano: el primero se concentra en los años inmediatos después de la guerra civil y se caracteriza por "la convicción de que los derechos fundamentales podrían ser mejor protegidos mediante la neta separación de los poderes estatales y los poderes del gobierno federal", mientras que el segundo momento va del último decenio del siglo XIX a los años del *New Deal* y se caracteriza por "la supremacía de la ciudadanía federal sobre aquella estatal" (Casalini, 2006, p. 233). Los dos momentos modelaron la libertad y el orden buscado por los padres fundadores y han intentado minimizar los peligros derivados del ejercicio arbitrario del poder.

Finalmente, está la experiencia del *État de Droit* francés. Antes de 1779, la ley era administrada no por el Estado sino por el monarca, por encima de la ley estaba el Rey. Esta realidad cambió con la Revolución Francesa, donde la voluntad popular, encarnada en el Parlamento, es la que se encarga de administrar la ley. A diferencia de Estados Unidos, en Francia, la independencia y poder de los jueces estuvo siempre fuertemente limitada, dado que se buscaba evitar que los jueces se invistieran con funciones de legislador. De hecho, la idea de un control constitucional a la estadounidense fue rechazada no sólo por el legislador francés, sino también por reconocidos juristas como Maurice Hauriou y León Duguit pues señalaban que un diseño institucional del tipo inclinaría la balanza del poder

⁴ Para estudios sobre independencia judicial véase: Shapiro, 1981; Guarnieri, 1992; Ramseyer, 1994; Larkins, 1996; Bill, Farejohn, Weingast 2003; Linares, 2004; Ríos y Staton, 2008; Guarnieri y Piana, 2009;

político hacia los jueces (Laquièze, 2006). En esta época no hay entonces esfuerzos serios por sacar de la tutela del Estado la administración de las leyes.

La noción de *État de Droit* empieza a encontrar terreno fértil durante la tercera república francesa (1870-1940)⁵. Entre los exponentes más importantes del *État de droit* francés está el jurista Raymond Carré de Malberg. Seguidor de los positivistas alemanes (Gerber, Laband y Jellinek) concibe el derecho “no como un conjunto de reglas dadas sino como un conjunto de principios fijos y subyacentes, cuyos actos estatales son la expresión superficial” (Maulin, 2002, p. 3). Ya en la segunda década del siglo XX, Carré de Malberg identifica tres tipos de organización jurídica del poder: 1) Estado policía; 2) Estado legal; y el 3) Estado de derecho. En el Estado policía la autoridad administrativa puede tomar discrecionalmente las medidas necesarias para conseguir sus objetivos y los derechos de otros no son obstáculo para conseguir el fin. Por su parte el Estado legal está guiado por el principio de la legalidad, entonces para alcanzar sus fines, la autoridad administrativa debe actuar sólo en aquellos casos estipulados por la ley “buscar en el texto legislativo la legitimación y la fuente primera de su actividad” (Carré de Malberg, 2001, pp. 451-452). No hay en este tipo de Estados alguna referencia a los derechos de los individuos. Malberg sostiene, por tanto, que el Estado de derecho se opone al Estado de policía y muestra también marcadas diferencias con el Estado Legal. El Estado de derecho es

“un Estado que, en sus relaciones con sus súbditos y para garantía del estatuto individual de éstos, se somete él mismo a un régimen de derecho, por cuanto encadena su acción respecto a ellos por un conjunto de reglas, de las cuales unas determinan los derechos otorgados a los ciudadanos y otras establecen previamente las vías y los medios que podrán emplearse con vistas a realizar los fines estatales: dos clases de reglas que tienen por efecto común limitar la potestad del Estado subordinándola al orden jurídico que consagran (...) El régimen del Estado de derecho significa que no podrán imponerse a los ciudadanos otras medidas administrativas que aquellas que estén autorizadas por el orden jurídico vigente, y por consiguiente exige la subordinación de la administración, tanto a los reglamentos administrativos como a las leyes” (Carré de Malberg, 2001, p. 450, 453).

La diferencia principal entre el Estado de derecho y los otros órdenes jurídicos radica entonces en la protección de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado y en la subordinación de todos (incluidos los titulares de la administración) a la ley. Sin embargo, no son únicamente las ideas de Malberg las que modelan el *État de droit*

⁵ Sin embargo principios importantes del Estado de derecho como lo es el control constitucional no serían parte del *État de droit* francés sino hasta la Quinta República en 1958 (Millard, p. 120)

francés. La Revolución francesa sembró la idea de que los derechos son producto de la voluntad soberana y el Parlamento era el único titular de esta voluntad y, por tanto, el que podía decidir sobre las leyes de la nación; ello derivó en una ambigüedad: por una lado, que los jueces tuvieran algún tipo de poder para revisar la constitucionalidad de las leyes promulgadas y, por el otro, que los jueces fueran únicamente, como el Conde de Montesquieu afirmaba, “la boca de la ley”. Este argumento está en consonancia con la tensión conceptual que algunos autores contemporáneos señalan entre Estado de derecho —gobierno de la ley— y democracia —gobierno del pueblo—, esto es, por un lado, la posibilidad de que dada la independencia de los jueces, éstos decidan de manera oportunista y sesgada la adjudicación de un caso, y por el otro lado, que dados los controles políticos para atenuar la independencia del poder judicial, los representantes del pueblo puedan influir o manipular a su favor las decisiones de los jueces (Farejohn y Pasquino, 2003, pp. 243)

Las cuatro tradiciones de Estado de derecho tienen como común denominador la voluntad de instaurar mecanismos para limitar el poder del Estado y proteger los derechos de los individuos. Los grados en que se esto se hace y las estrategias con las que se persiguen tales objetivos varían entre los casos. Las experiencias más liberales son la inglesa y la estadounidense. En esta última no se tienen dudas en otorgar poder político a los jueces para que puedan decidir sobre la constitucionalidad de una ley aprobada por el legislativo. La independencia de los tres poderes es evidente y los derechos de los individuos son protegidos frente a las arbitrariedades del Estado. En el caso estadounidense es conveniente recordar, sin embargo, las limitaciones respecto a la protección de los derechos de los individuos derivadas de la segregación racial: hasta mediados de los años cincuenta del siglo XX no todos los individuos eran ciudadanos con igualdad de derechos frente a la ley, ergo, no todos los individuos tenían derecho a ser protegidos de las arbitrariedades del Estado. En contraste, los ingleses buscaron proteger los derechos de los individuos sin importar su status socioeconómico. La igualdad jurídica de los sujetos se garantizaba mediante los límites impuestos al poder del Estado, en particular al poder Ejecutivo. Sin embargo, en la Inglaterra de Dicey los jueces estaban limitados a aplicar las decisiones judiciales precedentes y no tenían facultades para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley creada por el legislativo. El Parlamento y los jueces eran

los encargados de proteger los derechos de los individuos, el primero creando leyes y los segundos interpretándolas y haciéndolas efectivas.

Las tradiciones más conservadoras son la francesa y la alemana. La primera buscó proteger los derechos de los individuos frente a las arbitrariedades del poder del Estado, sin embargo, las instituciones públicas estaban dominadas no por el derecho sino por el poder del Parlamento. Así por ejemplo, los jueces no tenían ningún poder para opinar sobre la constitucionalidad de una ley y se evitaba que esto pudiera suceder argumentándose que no había reglas de referimiento que permitieran llevar a cabo esto. Los jueces no estaban facultados para limitar la capacidad del Estado personificado en el Parlamento. Finalmente, en la tradición del *Rechtsstaat* alemán el Estado (Parlamento) se autolimita para garantizar los derechos públicos subjetivos, esto es, no hay un control externo por parte de otra autoridad (*i.e.* los tribunales) para garantizar la protección de esos derechos. El poder del legislador es tal que ni el Ejecutivo ni el Judicial pueden oponerse a la legitimidad de sus actos. En términos de Carré de Malberg, el *Rechtsstaat* alemán sería entonces un verdadero Estado legal y no un Estado de derecho.

PERSPECTIVAS FORMALES, SUSTANTIVAS Y OPERATIVAS

Las propuestas de los clásicos presentados arriba están en la base de las concepciones de Estado de derecho —formalistas, sustantivas y operativas— que se discuten hoy: la igualdad de todos los individuos frente a la ley, esto es, la garantía de que se respeten y protejan los derechos de los individuos. Diversos autores han hecho del Estado de derecho un concepto más universal, más abstracto, mientras que otros se han abocado a construir perspectivas más específicas atribuyéndole más propiedades al concepto⁶. En las siguientes páginas presento las definiciones de Estado de derecho de varios autores y las ubico en distintos puntos de la escala de abstracción propuesta por Sartori (1970) cuando se quiere estipular el alcance de un concepto. Esta tarea nos ayudará a entender las condiciones

⁶ Las concepciones universales en Sartori hacen referencia a lo que otros autores denominan definiciones mínimas porque tienen pocos atributos y, por tanto, son aplicables a un mayor número de objetos o casos. Por otro lado, las concepciones específicas se caracterizan por tener un gran cantidad de atributos y, por tanto, aplican a un número de objetos o casos menor (Sartori, 1970). Estas concepciones también se les conoce como definiciones máximas.

mínimas para observar el Estado de derecho, así como conocer su relación con el régimen político. Ahora, es importante señalar que tanto las definiciones formales, como sustantivas y operativas que se exponen a continuación no son excluyentes, esto es, autores que proponen definiciones operativas parten casi invariablemente de una concepción formal e incluyen valores sustantivos; mientras que autores que proponen definiciones formales pueden identificar ciertos elementos operativos, aunque su propuesta es predominantemente formal.

Una de las concepciones universales más conocidas del Estado de derecho es la propuesta por Lon Fuller. El autor señala que en un Estado de derecho las leyes deben ser generales, promulgadas públicamente, no retroactivas, claras, no demandar lo imposible, ser constantes en el tiempo, además de que se debe mantener la congruencia entre las acciones oficiales y las reglas establecidas (1967, pp. 43-107). Con Fuller, ya no es únicamente la igualdad de los sujetos frente a la ley —como en algunos clásicos— sino que los principios señalados deben también fundar y estar en la esencia del Estado de derecho para poder minimizar los abusos y arbitrariedades del poder del Estado. En un Estado de derecho se necesita tener la seguridad de que las reglas del juego promulgadas públicamente permanecerán vigentes e inalterables frente a las acciones y comportamientos futuros de los individuos. El individuo necesita sentirse seguro y una de las formas de contribuir a ese fin es haciéndole saber claramente cuáles son las acciones permitidas y cuáles son prohibidas, qué acciones puede llevar a cabo sin recibir una sanción.

En esta misma perspectiva se encuentra la definición ofrecida por Joseph Raz. En su célebre ensayo *The Rule of Law and its Virtues* señala que el Estado de derecho es un ideal político, y por tanto, existe en mayor o menor grado (1977, p. 196), dependiendo de la efectividad de las reglas y el contexto. Dos aspectos son fundamentales. El primero es que “las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo” y segundo es que “el derecho debe guiar a las personas”. Obediencia al derecho es la idea central. Advierte que no es necesario incluir otros atributos a la definición formal, como los derechos fundamentales, pues éstos se derivan de ella. Señala, sin embargo, que hay ciertos principios del Estado de derecho que pueden estar presentes con mayor o menor fuerza. Entre ellos destaca la existencia de disposiciones jurídicas prospectivas, abiertas, claras y

relativamente estables, independencia del poder judicial y el control de constitucionalidad (Raz, 1977, pp. 98-202). Aquí es conveniente señalar la diferencia entre sistema legal y Estado de derecho. De acuerdo con Ignacio Sánchez Cuenca, un sistema legal existe en cualquier tipo de régimen político (democrático o autoritario), esto es, hay disposiciones jurídicas prospectivas, abiertas y claras, pero no necesariamente cumplen con los estándares de un Estado de derecho y tienen poco en común con él. Para Sánchez hay dos sentidos del Estado de derecho, uno débil y otro fuerte, la diferencia principal es que uno exige obediencia a la ley (débil) y el otro ser sujeto obligado por la ley (fuerte) (2003, pp. 67-71). El Estado de derecho (fuerte) no es únicamente un sistema legal donde se obedecen las leyes, sino también uno en el que las leyes tienen la capacidad de limitar y restringir a los individuos.

Las definiciones formales de Estado de derecho proveen propiedades mínimas para saber cómo se conforma un sistema legal, pero con ello no podemos conocer si las leyes generales y claras son leyes *justas* o bien si no existen mecanismos o prácticas que las socaven. Dado los pocos atributos de las concepciones formalistas, el universo de aplicabilidad es más amplio y son muchas las naciones (casos) que pueden entrar en esta categoría sin que se pueda identificar, por ejemplo, cuando un gobierno crea y obedece leyes generales y promulgadas pero también arbitrarias que violan derechos de asociación, expresión o humanos e imponen un *Rule by Law*⁷, como es el caso de Sudáfrica donde las leyes eran públicas, claras e impartidas por jueces, pero la segregación estaba legalmente institucionalizada, por lo que el Estado de derecho se convirtió “en vaso vacío donde cualquier ley se podía incluir” (WJP, 2010, p. 8).

Otros autores, como Ronald Dworkin, Friedrich von Hayek y T.R.S Allan, partiendo de las definiciones clásicas y formales han incluido al concepto derechos como la igualdad, la libertad o el bienestar social —y que no están explícitos en las definiciones positivas de Estado de derecho— dado que sus autores consideran que las leyes deben contener objetivos sustantivos. En ese sentido, Dworkin señala que una concepción de

⁷ Aunque, por ejemplo, Raz señala que esto no debe causar ningún conflicto con el concepto pues al ser un ideal político es claro que su existencia variará en el mundo práctico y habrá lugares donde se respeten más las leyes que en otros, pero también porque Raz considera que la idea básica del Estado de derecho (obediencia ante la ley) puede tomar lugar tanto en países democráticos como no democráticos (1977, p. 196).

Estado de derecho debe “asumir que los ciudadanos tienen derechos y obligaciones morales entre ellos y derechos políticos entre el Estado como un todo. (Debe) insistir que estos derechos morales y políticos sean reconocidos por el derecho positivo, para que así puedan ser aplicados cuando sean requeridos por ciudadanos individuales mediante tribunales u otras instituciones judiciales de tipo familiar” (Dworkin, 1985). Así, el ordenamiento jurídico (las reglas formales) y, por tanto, los jueces al hacer su interpretación deben considerar fundamentos como la igualdad, la justicia, la libertad, el derecho de propiedad cuando emiten una decisión judicial.

Para Friedrich von Hayek el elemento fundamental de su concepción de Estado de derecho es la libertad individual. Defiende que la forma más adecuada de proteger esta libertad individual es mediante el establecimiento de leyes generales, abstractas, promulgadas y no retroactivas. El objetivo principal de este ideal es que el individuo tenga conocimiento certero de cómo reaccionará el gobierno frente a sus acciones, esto es, que el ciudadano pueda trabajar en la persecución de sus deseos sin que la autoridad pública pueda arbitrariamente impedirselo: “debe reducirse todo lo posible la discreción concedida a los órganos ejecutivos dotadas de un poder coercitivo” (Hayek, p. 2007, 104). En Hayek, la existencia de criterios legales fijos es fundamental para potenciar la libertad del individuo⁸ y asegurar que las decisiones que se tomen frente a su actuar no dependan de la voluntad, interés o del humor del gobernante en turno o de las condiciones del momento.

Por su parte, T.R.S. Allan apunta que el Estado de derecho debe garantizar y proteger el *bien común* de los individuos mediante la aplicación de leyes claras, prospectivas y estables; es decir, debe velar por “las libertades básicas de pensamiento, expresión, conciencia y asociación (...) igualdad y un tratamiento justo” frente a la ley (Allan, 2001, p. 2). Este autor liga el Estado de derecho a principios como la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, el bien común y el gobierno justo. El objetivo de esto es distinguirlo del Estado de derecho *a la Raz*, que es incluso compatible con sistemas políticos de corte absolutista.

⁸ Si bien algunos autores incluyen Hayek en las definiciones formalistas (Tamanaha, 2004; Bennett, 2006), se debe considerar un punto: Hayek hace explícito que el Estado de derecho son leyes formales que deben velar por la libertad individual —derecho claramente moral—; ahora, es conveniente señalar que Hayek estuvo siempre en contra de incluir otro tipo de derechos, en particular el de igualdad económica o social, pues consideraba que ello socavaría el Estado de derecho.

Ante a este tipo de definiciones más sustantivas, varios autores señalan que es muy controversial y complicado saber qué conllevan o incluyen, por ejemplo, los derechos morales enunciados por Dworkin (Tamanaha, 2004, p. 103) pues la mayoría de ellos se forman en la experiencia, delimitada por un contexto en particular.

Como se observa, las definiciones sustantivas de Estado de derecho, si bien cuentan con más atributos, su rango no es específico sino medio-universal, es decir, es algo más que leyes promulgadas y generales, sin embargo, los mecanismos para hacer observable la existencia de elementos como el bien común, la igualdad, la libertad en el mundo empírico siguen siendo poco claros. Generalmente provistas por filósofos y estudiosos del derecho, estas definiciones enuncian los *finés* que tiene el Estado de derecho en el orden político (Kleinfeld, 2005), esto es, garantizar los derechos fundamentales de los individuos mediante el establecimiento de leyes. Con definiciones del tipo no es fácil identificar y, por tanto estudiar, si las autoridades públicas están garantizando derechos como la libertad o la igualdad y, por tanto, respetando el Estado de derecho. Del mismo modo, es complicado entender los esfuerzos que lleva a cabo un país para fortalecer el Estado de derecho, o bien, cuando los gobernantes lo están socavando.

Por ello, otros autores han buscado hacer más operable el concepto de Estado de derecho, centrándose en lo que Rachel Kleinfeld denomina *medios* para avanzar el Estado de derecho (2005, p. 6). Estos autores aluden no únicamente a los fines sino también al cómo se puede establecer y anclar un Estado de derecho saludable, esto es, *mecanismos institucionales* a través de los cuales se pone en práctica los principios o elementos esenciales enunciados por los clásicos o por aquellos autores formalistas y sustantivistas del Estado de derecho.

En ese sentido, Leonardo Morlino y Amichin Magen partiendo de los elementos mínimos del Estado de derecho (leyes generales, estables y claras) aluden que un Estado *democrático* de derecho debe contar con 1) mecanismos de protección de las libertades civiles y los derechos políticos, como que haya libertad de expresión y elecciones regulares y competidas; 2) un moderno sistema de justicia con tribunales independientes; 3) capacidad institucional y administrativa para formular, implementar y aplicar la ley; 4) una lucha efectiva contra la corrupción, la ilegalidad y el abuso de poder por parte de agencias estatales; y 5) una policía que respete los derechos, así como un control civil sobre las

fuerzas de seguridad (Morlino y Magen, 2008). En definiciones específicas como la propuesta por estos autores está implícito un elemento que, por ejemplo, Raz puso de lado: un Estado de derecho que se define como pilar fundamental de un régimen democrático — donde trata de asegurarse la efectividad de instituciones clave del régimen como la corte, el ministerio público, la policía— y no únicamente como una virtud del sistema legal.

Los académicos del *World Justice Project*⁹ buscan operacionalizar una definición sustantiva de Estado de derecho: leyes claras, generales, estables combinado con un gobierno que rinde cuentas y acceso a la justicia en tribunales independientes (WJP, 2010, p. 8). Ofrecen un índice de 10 dimensiones¹⁰ para conocer qué tanto un país se adhiere al Estado de derecho en la práctica. El interés de esta organización está en hacer clara la diferencia entre *Rule by law*¹¹ y *Rule of law*, esto es, saber si existe un sistema legal estable, así como conocer si las leyes están enmarcadas y sirven a objetivos democráticos o autoritarios. Como bien señala Brian Tamanaha, pueden existir garantías de libertad cerradas y opresivas y aún así encajar muy bien en una definición (mínima) de Estado de Derecho (Tamanaha, 2007, p. 8). Entonces es necesario incluir otros atributos al concepto de *Rule of Law* para hacer una clara diferenciación. Para ello, el WJP considera aspectos como el que haya controles institucionales para limitar el poder del gobierno, que los funcionarios públicos desempeñen sus funciones sin influencias indebidas, que el crimen esté efectivamente controlado, que al acusado le sean garantizados sus derechos y un debido proceso, que exista transparencia en el manejo de información gubernamental, que no se realicen expropiaciones sin la debida compensación, que la justicia civil sea razonablemente expedita, que el sistema de investigación penal sea efectivo, entre otros (WJP, 2010).

Las definiciones específicas son útiles porque ofrecen los mecanismos institucionales para observar y medir hasta qué punto el Estado de derecho se está consolidando o bien está siendo socavado, así como cuál es el tipo de régimen que abona

⁹ *World Justice Project* es una organización dedicada a avanzar el Estado de derecho en el mundo y cuenta con la asesoría académicos reconocidos, entre ellos, Tom Ginsburg, Beatriz Magaloni, Linn Hammergreen, Jorge Luis Silva y Christopher Stone.

¹⁰ Poderes de gobierno limitados; ausencia de corrupción; leyes claras, promulgadas y estables; orden y seguridad; derechos fundamentales; gobierno abierto; efectiva regulación; acceso a la justicia civil; justicia penal efectiva; justicia informal (WJP, 2010, pp. 9-12)

¹¹ Un Estado donde las leyes son claras, generales, promulgadas, con cortes independientes, pero violan derechos fundamentales de los individuos (ver última parte de este documento).

a construir y/o quiere mantener. Con este tipo de definición queda claro a dónde tiene que mirar el estudioso del Estado de derecho, esto es, no son únicamente leyes generales defendidas en tribunales independientes como señalan los formalistas, pues así tendríamos una fotografía incompleta del panorama, sino también otras *instituciones políticas*, en particular las del sector justicia: ministerios públicos, policías, sistema de cárceles, Ombudsman, Defensoría Pública, Tribunales Electorales; y otros elementos sustantivos o valores: debido proceso, profesionalización de jueces, ministerios públicos y policías, presunción de inocencia, respeto a los derechos humanos, reglas informales.

En el siguiente Cuadro se muestra una síntesis los distintos niveles de abstracción del concepto Estado de derecho discutidos hasta ahora, el tipo de definición, sus autores, así como los atributos que le incluyen al concepto:

CUADRO I. ESCALA DE ABSTRACCIÓN DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO

NIVEL DE ABSTRACCIÓN	TIPO DE DEFINICIÓN	AUTORES	ATRIBUTOS
Categorías universales	Clásica	Edward Coke, Albert Venn Dicey, William Blackstone, Robert Von Mohl, F. J. Stahl, Friedrich von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek, Thomas Paine, John Marshall, Alexander Hamilton, Raymond Carré de Malberg, John Locke, Conde de Montesquieu, Maurice Hauriou y León Duguit.	Leyes que limiten el poder del gobierno
	Formal	Lon Fuller, Joseph Raz, Michel Troper, Jürgen Habermas, Gianluigi Palombella, Norberto Bobbio, José María Maravall, Richard Bellamy, C. Ungar, Brian Tamanaha	Leyes claras, prospectivas, generales, promulgadas públicamente y defendidas en tribunales independientes.
Categorías de medio alcance	Sustantiva	Ronald Dworkin, TRS Allan, Friedrich von Hayek, John Rawls	Leyes claras, prospectivas, generales, promulgadas, defendidas en tribunales independientes que protejan y garanticen derechos sustantivos como el bienestar, la igualdad, la libertad y/o la justicia.
Categorías específicas	Operativa	Guillermo O'Donnell, Leonardo Morlino, Larry Diamond, Amichin Magen, Stephen L. Esquith, William Scheuerman, WJP, <i>Freedom House</i> , IDEA, Banco Mundial	Leyes claras, prospectivas, generales, promulgadas, instituciones de justicia profesionales, independientes, imparciales, respeto de los derechos humanos

Elaboración propia, basado en Sartori (1970).

Finalmente, conviene señalar que entender el Estado de derecho desde las instituciones políticas tiene varias ventajas para el análisis. La primera es que se rompe con la dinámica tradicional de identificar el Estado de derecho con una sola pieza del sistema de justicia —tribunales— y un valor —independencia— y se entiende como eslabones todos necesarios para mantener funcionando el Estado de derecho. Una segunda es que se tiene una idea más precisa de cómo está operando el Estado de derecho. Por ejemplo, si las investigaciones penales están siendo mal conducidas (*i.e.*, las declaraciones del imputado se obtienen por medios ilegales como la tortura, o bien, la policía y el ministerio público están infiltrados por el crimen organizado) será poco relevante tener tribunales con jueces independientes y profesionales, pues la investigación judicial elaborada por el ministerio público, y sobre la cual decidirá el juez, tendrá un sesgo importante, además de no satisfacer el debido proceso. Del mismo modo, si el sistema de cárceles es incapaz de rehabilitar y preparar para la reinserción social a un delincuente, o es incapaz de asegurar que éste no construya redes que le permitan seguir operando en prisión (en casos de criminalidad organizada), o bien, evitar que escape de ella, entonces se vuelve irrelevante la labor de inteligencia y profesionalismo de otras instituciones del sistema de justicia.

El estudio interinstitucional del Estado de derecho permite entonces conocer la particularidad de las piezas que lo conforman, así como observar y medir su funcionamiento global, no aislado. Sin embargo, es conveniente señalar que, desde Alexis de Tocqueville, varios autores (Calabresi, 2004; Zimmerman, 2007; Kryger, 2006) son de la idea que el Estado de derecho “es una cultura o tradición de comportarse de cierta manera y no una doctrina que puede ser legislada” (Calabresi, 2004, p. 274), es decir, para que el Estado de derecho se ancle y mantenga en el largo período se deben desarrollar no sólo cierto tipo de instituciones, sino también un tipo de cultura política democrática. Apuntan que se podrá tener un diseño institucional apropiado para el desarrollo del Estado de derecho pero éste no funcionará si no existen valores que lo sustenten, en particular, el respeto a la ley, es decir, que los individuos decidan obedecer lo que dice la ley en lugar de buscar formas alternativas (informales) para enmarcar sus acciones. Estudiar el Estado de derecho desde la perspectiva de la cultura política de los ciudadanos contribuye entonces

a hacer más efectiva (precisa) una explicación o evaluación de su funcionamiento en el mundo práctico.

ESTADO DE DERECHO Y *RULE BY LAW*

Un Estado de derecho saludable fortalece la democracia y su calidad pues garantiza la vigencia de muchos de los derechos enarbolados por este tipo de régimen político. Pero, ¿puede existir un Estado de derecho en autoritarismos? Joseph Raz respondería positivamente esa pregunta, pues al ser el Estado de derecho un ideal político, éste puede existir en mayor o menor grado (1977) independientemente del régimen político en que se encuentre, esto es, siguiendo este razonamiento, el Estado de derecho existe aun cuando las leyes que guían o limitan las acciones de los individuos no poseen un contenido sustantivo (Barros, 2003, p. 189). Sin embargo, para objetivos teórico-empíricos conviene saber ¿cómo podemos identificar cuando hablamos de un Estado de derecho o de un Estado *por* derecho (*Rule by Law*)? Esto es, ¿hasta qué punto uno puede considerar que un Estado de derecho se sostiene en la realidad?

Partiendo de la escala de abstracción presentada en páginas anteriores sería conveniente observar si los atributos de las *categorías específicas* están presentes y funcionando en el mundo empírico, esto es, qué tanto instituciones clave como los tribunales, el ministerios públicos y las policías están, por ejemplo, velando por el respeto de derechos fundamentales como el derecho a la presunción de inocencia.

Las experiencias autoritarias en América Latina nos pueden ayudar a arrojar luz a esas preguntas, en particular la experiencia chilena (1973-1989), la brasileña (1964-1985) y la mexicana (1929-1988)¹². Cada uno de estos países experimentó un periodo de régimen autoritario de tipo militar (Brasil y Chile) y civil (México). Durante ese espacio de tiempo en Brasil y Chile el sistema de justicia se modificó, esto es, pasó de un sistema profesional y autónomo a otro dependiente del Ejecutivo, y los intereses protegidos por las instituciones justicia variaron considerablemente en función de cuestiones de corte

¹² La definición de los periodos está tomada de Brinks, Mainwaring y Pérez Liñán, 2007, pp. 157-159.

político. En el caso de México las instituciones de justicia funcionaron como un apéndice del poder Ejecutivo o bien del partido oficial, el Partido Revolucionario Institucional (PRI).

En Chile, los tribunales civiles no desaparecieron pero pasaron a segundo término con la puesta en marcha del Tribunal Militar, donde desde 1973 se dirimieron la mayoría de las disputas judiciales¹³. Los jueces decidieron replegarse ante las decisiones tomadas por régimen militar en el ámbito político-judicial, dada la convicción (ideología) de los jueces de que deberían permanecer apolíticos (Hilbink, 2008, p. 104). Entonces, abdicaron a revisar la constitucionalidad de las decisiones de los tribunales militares, así como se negaron a recibir los amparos promovidos por los ciudadanos cuyos derechos habían sido abiertamente violados¹⁴. La tarea de proteger la libertad individual frente a las arbitrariedades del Estado fue tutelada por la Junta militar. Otras instituciones de justicia, como los carabineros, fueron ampliamente usadas para perseguir a los enemigos políticos y proteger los intereses del Estado (Reporte Rettig, 1991), todo dentro del marco legal existente: declaraciones de suspensión de garantías. En estricto sentido, el Estado de derecho se convirtió en un Estado legal *à la* Carré de Malberg o en un *Rule by Law*: las leyes se usaban para legitimar las acciones del gobierno, entre ellas, la violación de los derechos individuales¹⁵.

La experiencia autoritaria brasileña fue menos radical que la chilena en términos de que las instituciones de justicia no fueron hechas a un lado por el régimen militar, sino más bien fueron cooptadas vía la abolición de la independencia que gozaban durante el régimen democrático precedente. De acuerdo con Anthony Pereira “el régimen militar brasileño tuvo un enfoque gradualista con respecto a la ley, así como un alto nivel de consenso cívico-militar en la esfera legal” (2003, p. 3), esto es, los autócratas no buscaron ignorar, reemplazar o rediseñar completamente las instituciones de justicia establecidas en

¹³ Con respecto al Ministerio Público chileno, éste desapareció mediante el Decreto Presidencial 426 en 1927 y sus actividades (la investigación y persecución de los delitos) fueron pasadas a manos de los jueces en la cortes de apelaciones (Riego, 1998).

¹⁴ De 1973 a 1989 la Corte Suprema aceptó únicamente 30 recursos de amparo de un total de 9,000 promovidos (Rigby, 2001).

¹⁵ Roberto Barros defiende la idea, contraria al informe Rettig, de que no fue únicamente la complicidad (o la ideología conservadora) de los jueces y la Corte con la dictadura la razón por la cual no se protegieron los derechos individuales durante esa época, sino también el diseño constitucional chileno que permitía al titular del Ejecutivo declarar el Estado de sitio y la suspensión de garantías. Del mismo modo, el código penal regulaba la intervención de los tribunales militares (Barros, 2009, p. 166). Ambos recursos permitieron que el poder fuera usado arbitrariamente por los militares.

el último periodo democrático, sino que las adaptaron lentamente a sus necesidades. Por ejemplo, llenaron la corte y el ministerio público con personas leales al régimen, pero estas instituciones se caracterizaron más bien por ser “híbridos cívico-militares y no organizaciones puramente militares” (Pereira, 2003, p. 7). Durante el periodo de dictadura militar, la tortura y la presunción de culpabilidad de los probables responsables — generalmente disidentes políticos— fueron la regla.¹⁶

En México, durante el autoritarismo civil instaurado por el PRI, los ministros de la corte eran parte del staff presidencial, es decir, a pesar de que había reglas claras sobre su duración en el cargo¹⁷ eran removidos a la mejor conveniencia del Presidente en turno. De hecho, los presidentes priístas normalmente llegaban y se retiraban con su Corte¹⁸. Lo mismo sucedía con otras instituciones del sistema como, por ejemplo, el Ministerio Público. Ahí, el encargado de investigar y perseguir los delitos federales fue un empleado dependiente de la Presidencia de la República, abriendo la posibilidad para que la justicia fuera utilizada como arma política. Las actuaciones de los jueces, ministros, procuradores en la protección de derechos fundamentales estuvo entonces marcada por un sesgo político particular: los enemigos del Presidente o del partido eran perseguidos si rehusaban participar en la dinámica instaurada por el PRI: elecciones regulares, existencia de otros partidos, pero sin competencia real; asociación a sectores (campesino, educativo, público, obrero) organizados en torno al partido oficial. La famosa frase de Getulio Vargas *Aos meus amigos, tudo; aos meus inimigos, a lei* se convirtió en una máxima de los gobiernos del PRI. La presunción de inocencia y el respeto al debido proceso durante esos años de autoritarismo no fueron un derecho efectivo para los probables responsables de un delito¹⁹.

En los casos apenas descritos el Estado de derecho fue degradado y se instauró un *Rule by Law*, un Estado *por* derecho, donde la ley y las instituciones no desaparecieron,

¹⁶ El reporte conocido como *Brasil: Nunca mais* (1985) documenta la tortura y asesinato de disidentes políticos tomando como base los documentos (fotocopias de 707 procesos políticos) elaborados por el tribunal militar.

¹⁷ Casi durante los 70 años que el PRI mantuvo la presidencia, el periodo de duración en el cargo de los magistrados de la Suprema Corte fue de por vida (Magaloni, 2003).

¹⁸ Sólo Miguel Alemán (48%), Adolfo López Mateos (36%) y Carlos Salinas de Gortari (30%) nombraron menos del 50% de los magistrados de la Suprema Corte durante su administración (Magaloni, 2003).

¹⁹ La presunción de inocencia en México durante los años priístas no formaba parte de ningún texto legal en vigencia, sea éste la Constitución de 1917 o el Código de Procedimientos Penales de 1934; de hecho, el presunto responsable era tratado como culpable desde el inicio de la investigación por parte del MP y la prisión preventiva era también ampliamente usada (Aguiar, 2011).

sino que se utilizaron para legitimar las acciones arbitrarias del régimen político, violando abiertamente los derechos fundamentales de los individuos. La diferencia es entonces clara. Para hablar de Estado de derecho, y sobre todo para observarlo y medirlo en el mundo empírico, es necesario contar atributos adicionales a un marco legal claro, prospectivo y promulgado, esto es, se debe considerar el grado de profesionalización de los miembros de las instituciones de justicia así como su independencia de otros poderes políticos y/o fácticos (*i.e.* criminalidad organizada), la efectividad en el acceso a la justicia, la transparencia del proceso judicial, la existencia de reglas informales. Del mismo modo, el Estado de derecho se reafirma como una característica que contribuye a mantener un régimen democrático. Un régimen autoritario no tiene las condiciones para respetar derechos como los humanos, el debido proceso, la presunción de inocencia, la independencia de las instituciones porque sus medios y fines para mantenerse en el poder son incompatibles con ellos. Sin embargo, como observamos, esto no quiere decir que los autoritarismos nieguen toda estructura legal, sino que más bien la usan para legitimar sus acciones arbitrarias frente a sus ciudadanos y frente a la comunidad internacional.

Entonces, la diferencia entre Estado *por* derecho y Estado de derecho no es de medios sino de fines: los dos cuentan con un marco y estructura legal-formal desarrollada, pero el primero busca legitimar sus acciones para ejercer control político-social, mientras que el segundo busca regular sus acciones para proteger los derechos fundamentales de los individuos y garantizar que nadie esté por encima de la ley.

Conclusiones

El trabajo elaborado aquí buscó poner sobre la mesa las diferentes perspectivas e implicaciones de las concepciones formales, sustantivas y operativas de Estado de derecho, con el objetivo de arrojar más luz respecto a cómo ha sido estudiado y cómo puede ser abordado el concepto. La escala de abstracción sartoriana fue útil para diferenciar las diversas aportaciones conceptuales que se han hecho sobre Estado de derecho y mostrar las implicaciones que puede tener cada categoría en el entendimiento del significado del

concepto y su observación. Así, partiendo de los grandes clásicos que dieron vida al concepto, se buscó llegar a definiciones más operativas para poder señalar, con mayor claridad, la relación entre Estado de derecho y régimen político, esto es, qué elementos son necesarios para hablar de un Estado de derecho en democracia, así como cuáles son los atributos que lo caracterizan en un régimen autoritario. Ello permitió, finalmente, recuperar la categoría de Estado *por* derecho para nombrar y dar significado las experiencias en donde las leyes son estables y promulgadas públicamente, pero no sustantivas, esto es, no sostienen ni enarbolan los derechos fundamentales deseables de un régimen de corte democrático.

References

Abellán, Joaquín, (1983), “Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 33, mayo-junio.

Adcock, Robert y David Collier, (2001), “Measurement Validity: A Shared Standard for Qualitative and Quantitative Research”, *American Political Science Review*, Vol. 95, No. 3, pp. 529-546.

Allan, TRS, (2001), *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.

Barros, Roberto, (2008), “Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet’s Chile”, en Maravall, José y Adam Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Barros, Roberto, (2008), “Courts out of Context: Authoritarian Sources of Judicial Failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983)” en Ginsburg, Tom y Tamir Moustafa, *Rule by Law. The politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge.

Bill Chavez, Rebecca, Farejohn, John y Weingast, Barry, (2003), “A Theory of the Politically Independent Judiciary”, Documento preparado para el Congreso Annual de la American Political Science Association.

Binder, Alberto, (1994), “La Justicia Penal en la Transición a la Democracia en América Latina”, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, Alicante, 2005, [online reference] <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14381&portal=157>

Brinks, Daniel, Scott Mainwaring and Anibal Pérez, (2007), “Classifying Political Regimes in Latin America”, in Munck, Gerardo (ed.), *Regimes and Democracy in Latin America: Theories and Methods*, Oxford University Press, Oxford.

Calabresi, Steven G, (2004), “The Historical Origins of the Rule of Law in the American Constitutional Order”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 28, 273-280 pp.

Casalini, Brunella, (2006), “Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d’America” en Costa, Pietro e Danilo Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano.

Carré de Malberg, Raymond, (2001), *Teoría General del Estado*, FCE, México.

Carothers, Thomas, (1998), “The Rule of Law Revival”, *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 2.

Coke, Edward, (1958), “Prohibitions del Roy”, in Lee Malcolm, Joyce, (1999), *The Struggle for Sovereignty: Seventeenth-Century English Political Tracts*, Vol I, Liberty Fund, Indianapolis.

Dicey, Albert Vann, (1915), *Introduction to the Study of the Law in the Constitution*, Mcmillan.

Dworkin, Ronald, (1985), *A matter of Principle*, Harvard University Press.

Fuller, Lon, (1967), *La moral del derecho*, México, Trillas.

Gozzi, Gustavo, (2006), “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”, en Costa, Pietro e Danilo Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano.

Guarnieri, Carlo, (1992), *Magistratura e Politica in Italia*, Il Mulino, Milano.

Guarnieri, Carlo and Daniela Piana, (2009), “Which Independence for the Rule of Law? Lessons from Europe”, Documento presentado en el Congreso Anual de la IPSA, Santiago de Chile.

Hamilton, Alexander, (1788), “The Federalist No. 78. The Judiciary Department”, in *The Federalist Papers*, [online reference], <http://www.votesmart.org/reference/fedlist/fed78.htm>

Hayek, Friedrich, (1990), *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid.

Hilbink, Lisa, (2007), *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Cambridge University Press, New York.

Jellinek, Georg, (1999), *Teoría General de Estado*, Oxford University Press, México.

Kleinfeld, Rachel, (2005), "Competing Definitions of the Rule of law. Implications for Practitioners", *Carnegie Papers*, Rule of Law Series, pp. 44.

Kryger, Martin, (2006), "The rule of Law: An Abuser's Guide", *CDDRL*, Stanford University, online access http://iis-db.stanford.edu/evnts/4387/Abusing_the_rule_of_law2.pdf

Larkins, Christopher M., (1996), "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis", in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 4, pp. 605-626.

Laquière, Alain, (2006), "État de droit e sovranità nazionale in Francia", en Costa, Pietro e Danilo Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano.

Linares, Sebastian, (2004), "La independencia Judicial: Conceptualización y Medición", *Política y Gobierno*, CIDE

Magaloni, Beatriz, (2003), "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchanges and the Rule of Law in Mexico", en Scott Mainwaring and Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford University Press, New York.

Maulin, Eric, (2002), "Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française", *Annales Historiques de la Révolution Française*, no. 328, documento en línea <http://ahrf.revues.org/583>

Millard, Eric, (2004), "L'État de droit, ideologie contemporaine de la democratie", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, No. 109, pp. 111-140.

Sentencia *Marbury contra Madison* (1803), documento en línea <http://federacionuniversitaria30.blogspot.com/search/label/MADBURY%20v.%20MADISON>

Morlino, Leonardo, (2003), *Democrazie e Democratizzazione*, Il Mulino, Bologna.

Morlino, Leonardo y Magen, A. (eds.), (2008), *International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy?*, New York, Routledge.

O'Donnell, Guillermo, (2005), "Why Rule of Law Matters", in Diamond, Larry y Leonardo Morlino, *Assessing the Quality of Democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, pp. 3-17.

Pereira, Anthony, (2003), "Political Justice Under Authoritarian Regimes in Argentina, Brazil, and Chile" *Human Rights Review*, Vol. 4, No. 2, pp. 27-47.

Ramseyer, J. M., (1994), “The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXIII, pp. 721-747.

Raz, Joseph, (1977), “The Rule of Law and its Virtues”, *The Law Quarterly Review*, vol. 93, pp. 195-211.

Reporte Rettig, (1993), Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

Riego, Cristian, (1998), “La Reforma Procesal Penal Chilena”, *Cuaderno de Análisis Jurídico No. 38*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

Rigby, Andrew, (2001), *Justice and Reconciliation: After the Violence*, Boulder L. Rienner.

Ríos-Figueroa y Jeffrey Staton, (2008), “Unpacking the Rule of Law. A Review of Judicial Independence Measures”, *Committee on Concepts and Methods Working Paper Series*, IPSA-CIDE.

Sánchez Cuenca, Ignacio, (2003), “Power, Rules and Compliance”, en Maravall, José y Adam Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Santoro, Emilio, “Rule of law e ‘libertà degli inglesi’. La interpretazione di Albert Venn Dicey”, en Costa, Pietro e Danilo Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano.

Sarsfiel, Rodolfo, (2010), “What the Rule of Law is... and is Not?”, Paper prepared for delivery at the 2010 Annual Meeting of the American Political Science Association. Texto disponible en <http://ssrn.com/abstract=1667682>

Sartori, Giovanni, (1970), “Concept Misformation in Comparative Politics”, *American Political Science Review*, LXIV, pp. 1033-1053.

Shapiro, Martin, (1981), *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press.

Tamanaha, Brian, (2004), *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.

Tamanaha, Brian, (2007), “A Concise Guide to the Rule of Law”, Legal Studies Research Paper Series, St. John’s University Law School.

Tocqueville, Alexis, (1963), *La Democracia en América*, México, FCE.

Ungar, Mark, (2002), *Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America*, New York, Boulder Lynne Rienner.

World Justice Project, (2010), *Rule of Law Index*, documento en línea http://www.worldjusticeproject.org/sites/default/files/WJP%20Rule%20of%20Law%20Index%202010_2_0.pdf

Zimmermann, Augusto, (2007), “The Rule of Law as a Culture of Legality: Legal and Extralegal Elements of the Realization of the Rule of Law in Society”, documento en línea https://elaw.murdoch.edu.au/archives/issues/2007/1/eLaw_rule_law_culture_legality.pdf

Zolo, Danilo and Pietro Costa, (2006), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, Firenze, Feltrinelli.