

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Candia-Falcón, G. (2016). La concepción sustantiva del Estado de derecho: problemáticas y desafíos. *Revista Jurídicas*, 13 (2), 9-26.  
DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.2.

Recibido el 21 de junio de 2016  
Aprobado el 05 de septiembre de 2016

# LA CONCEPCIÓN SUSTANTIVA DEL ESTADO DE DERECHO: PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS

GONZALO CANDIA-FALCÓN\* |

## RESUMEN

Los partidarios de la noción sustantiva de Estado de derecho señalan que el mismo es compatible y se construye a partir de las exigencias propias del denominado Estado formal de derecho. Este último exige que el derecho cumpla con ciertas exigencias que aseguren que el contenido del mismo sea capaz de: (i) limitar de forma significativa la autoridad estatal y (ii) orientar los procesos de toma de decisión de los ciudadanos. Sin embargo elementos propios de la noción de Estado de derecho sustantivo, como el reconocimiento de declaraciones de derechos judicialmente aplicables de forma directa, generan fuertes tensiones con las exigencias de la legalidad. Esto especialmente en al área de la discrecionalidad judicial. Frente a esto, el autor concluye que los partidarios de la noción de Estado de derecho sustantivo deben: (i) repensar el concepto buscando aliviar dichas tensiones o (ii) simplemente construir la noción sobre bases conceptuales diversas.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de derecho, predictibilidad del derecho, declaraciones de derechos, discrecionalidad judicial, revisión judicial.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile. E-mail: gfcandia@uc.cl.  
ORCID: 0000-0003-2557-0117.



## **THE SUBSTANTIVE CONCEPTION OF THE RULE OF LAW: PROBLEMS AND CHALLENGES**

### **ABSTRACT**

Supporters of the substantive rule of law state that the concept is compatible with the demands of the formal notion of the rule of law. Indeed, they affirm that those demands represent the basis upon which the substantive concept is built. Basically, those formalities demand that the law must be able to: (a) effectively limit the discretion of public authorities and (b) guide the decision-making processes of citizens. However, elements of the substantive notion of the rule of law, such as the existence of bills of rights directly enforceable by courts, create tensions with the imperatives of legality. This is particularly true concerning judicial discretion. In this context, the author concludes that those who support the substantive notion of the rule of law must either: (a) rethink the concept seeking mechanisms to alleviate the identified tensions within the concept, or (b) build the notion upon different grounds.

**KEY WORDS:** rule of law, predictability of the law, bill of rights, judicial discretion, judicial review.

## INTRODUCCIÓN

La expresión Estado de derecho se ha convertido en una de aquellas más utilizadas tanto por políticos como por juristas para justificar sus decisiones y conductas. De hecho, para algunos autores, el uso frecuente y el abuso ideológico del concepto han terminado por vaciarlo de contenido y transformarlo en una mera herramienta retórica (Shklar, 1987).

A pesar de ello, dentro de la doctrina, se perfilan con claridad dos tipos de formulaciones teóricas alternativas en torno al concepto de Estado de derecho (Tamanaha, 2004). Una es la llamada concepción *formal* de Estado de derecho y la otra es la denominada noción *sustantiva* de Estado de derecho. Mientras que la primera centra su interés en la manera en que el derecho positivo es promulgado (por la autoridad competente y de acuerdo a los procedimientos correspondientes), la claridad del mismo (determinación suficiente para permitir a las personas planificar sus conductas futuras) y la dimensión temporal de sus efectos (que produzca efectos prospectivos y no retroactivos), la segunda busca ir más allá de esas exigencias formales. En este sentido la noción de Estado de derecho sustantivo, aceptando la relevancia de los elementos formales anteriormente indicados, busca identificar criterios materiales (e.g. los derechos humanos) que permitan calificar el derecho positivo como *bueno o malo* o bien *justo o injusto* (Craig, 1997).

En el presente artículo, el eje del análisis será la noción de Estado de derecho sustantivo. Por tanto, se determinarán los elementos fundamentales que permiten afirmar su existencia y la forma cómo esos elementos son concebidos por autores como Ronald Dworkin o Trevor R.S. Allan. Se explicará que, de acuerdo a los autores mencionados, la noción de Estado de derecho sustantivo se construye a partir de la idea de legalidad imbuida en la noción de Estado formal de derecho. De ahí que se afirme que esta última se encuentra incorporada necesariamente dentro de la noción sustantiva de Estado de derecho.

A partir de lo anterior, este trabajo definirá una hipótesis: la noción de Estado de derecho sustantivo, concebido de acuerdo a los criterios señalados anteriormente, presenta tensiones conceptuales internas tan intensas que las mismas amenazan con la implosión del concepto mismo. Esto, en la medida en que ciertos elementos del Estado de derecho sustantivo tensionan fuertemente las exigencias propias de la legalidad. Ello particularmente en áreas como la determinación del derecho legislado, la existencia de límites a la discrecionalidad de las autoridades y la exigencia de no-retroactividad de las decisiones judiciales.

Finalmente se planteará que, como consecuencia de lo anterior, la noción de Estado de derecho sustantivo debe ser repensada bajo criterios diversos; lo que supone la elaboración de una reconceptualización que: (i) se haga cargo de las

tensiones planteadas en el presente trabajo o (ii) reconstruya la noción en cuestión a partir de presupuestos normativos distintos a aquellos planteados por los autores referidos en este artículo.

## **UN MODELO DE ESTADO SUSTANTIVO DE DERECHO: RONALD DWORKIN Y TREVOR R.S. ALLAN**

Frente a la pregunta ¿qué es el Estado de derecho?, Ronald Dworkin plantea que existen dos modelos posibles. Al primero lo llamó el modelo “de la regla-libro” (*rule-book*), mientras que al segundo lo llamó el modelo “de los derechos” (*the rights conception*) (Dworkin, 1985). De acuerdo al autor señalado, el modelo de la “regla-libro” pone énfasis en los aspectos formales del sistema jurídico. Esto es, plantea que “el poder del Estado nunca debe ser ejercido en contra de los ciudadanos sino es de acuerdo a reglas explícitamente establecidas en un texto públicamente conocido y accesible a todos” (Dworkin, 1985, p. 11). Dentro de este modelo tanto los gobernantes como los ciudadanos están obligados a sujetarse a las reglas establecidas hasta que las mismas sean modificadas o sustituidas por otras de acuerdo a procedimientos preestablecidos (Dworkin, 1985). En este contexto, el modelo planteado no dice nada en torno al contenido de la reglas; lo único que prescribe es que: (i) las mismas deben ser establecidas con anterioridad en cuerpos normativos accesibles para todos y (ii) deban ser obedecidas tanto por los funcionarios del Estado como por los ciudadanos. Desde esta perspectiva, este modelo de Estado de derecho reconoce los principios de justicia material como un ideal independiente de la concepción de Estado de derecho (Dworkin, 1985).

La opción alternativa de Estado de derecho planteada por Dworkin está centrada en el reconocimiento de los derechos fundamentales como elemento central de la noción. Esta concepción insiste en que un sistema jurídico responde al ideal de Estado de derecho en la medida en que: (i) los derechos políticos y morales de las personas son expresamente recogidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo y (ii) que los mismos son susceptibles de ser adjudicados por cortes de justicia cuando los ciudadanos lo demanden (Dworkin, 1985).

A diferencia del modelo de las reglas, este modelo concibe el ideal de justicia material como parte íntegra de la noción de Estado de derecho; de ahí que las reglas del sistema jurídico deban ser capaces de ‘capturar’ y ‘reconocer’ adecuadamente el conjunto de derechos morales y políticos de las personas (Dworkin, 1985). En la medida en que dicho ideal se cumpla, es posible afirmar la existencia de un Estado de derecho.

De acuerdo al planteamiento de Dworkin, ambas nociones son, en principio, compatibles (Dworkin, 1985). Ello por cuanto toda sociedad se enriquece y mejora si sus autoridades producen y administran el derecho legislado conforme a ciertos

principios formales tales como la predictibilidad, la no-retroactividad entre otros. De la misma forma, afirma Dworkin (1985), esa sociedad se enriquece y mejora si al mismo tiempo las autoridades —en el ejercicio de sus funciones— producen y administran la legislación respetando los derechos fundamentales. Sin embargo el ideal detrás del modelo de la “regla-libro”, siendo *necesario*, no es *suficiente* para promover una justicia efectiva; así, desde esta perspectiva, el modelo no responde adecuadamente a las exigencias del derecho (Dworkin, 1985). Ello por cuanto la producción y administración del derecho conforme a ciertos criterios formales —tales como la irretroactividad, la generalidad, la predictibilidad— es aun capaz de producir injusticias. De ahí que ambas concepciones de Estado de derecho exhiban importantes diferencias y presenten consecuencias disímiles, particularmente en el área de la adjudicación de “casos-difíciles” (*hard-cases*) (Dworkin, 1985).

Del mismo modo que Dworkin, Trevor R.S. Allan (2013) plantea que existe Estado de derecho únicamente allí donde la autonomía de las personas es efectivamente asegurada por el derecho de forma consistente con la libertad de los demás. Desde esta perspectiva el Estado de derecho exigiría, como mínimo, la existencia de una serie de condiciones formales que evitara que los ciudadanos fuesen expuestos a la arbitrariedad de la autoridad política (Allan, 2013). Ese mínimo exigiría el respeto por el principio de igualdad ante la ley tanto a gobernantes como gobernados y la disponibilidad de procedimientos de adjudicación desarrollados ante órganos imparciales (Allan, 2013). Sin embargo, el Estado de derecho exigiría ir un paso más allá:

nuestra libertad e independencia descansa no sólo en la ausencia de una coerción estatal impredecible, sino también en la seguridad que el parlamento no conferirá poderes extravagantes a las autoridades, poniendo con ello en riesgo nuestros derechos e intereses más básicos. (Allan, 2013, p. 90)

Es por ello que, de acuerdo a este planteamiento, el Estado de derecho iría más allá de la “regularidad y predictibilidad” que todo sistema jurídico debe asegurar (Allan, 2013). Así, el Estado de derecho exigiría de las autoridades el respeto por los derechos fundamentales y por lo tanto impondría a las mismas un deber de ‘justificación’ en virtud del cual toda limitación de la libertad debería estar estrictamente conectada con una exigencia del bien común y abierta a ser cuestionada ante las cortes (Allan, 2013). En este sentido el Estado de derecho sustantivo exigiría “un adecuado balance entre intereses públicos y privados, la aplicación de estándares judiciales de revisión fundados en criterios de justicia material y debido proceso” (Allan, 2013, p. 92). De esta forma, pareciera que la noción sustantiva de Estado de derecho exigiría no solo la disponibilidad de un procedimiento de revisión judicial abierto a los ciudadanos para impugnar las decisiones de las autoridades si estas infringen derechos fundamentales sino también que esa revisión sea llevada de acuerdo a la idea de justificación, *balancing* o proporcionalidad (Beatty, 2007).

A partir de las definiciones presentadas, es posible concluir que la noción de Estado de derecho sustantivo se identifica con una teoría de la justicia que permitiría reconocer y proteger adecuadamente los derechos morales y políticos de las personas (Joseph, 2011). Representaría, de esa forma, una suerte de imperativo ético fundado en los principios de igualdad, proporcionalidad, racionalidad, dignidad y en el respeto por las garantías fundamentales (Allan, 2001). En el fondo, el Estado de derecho se identificaría con “un principio de legitimidad de gobierno”, o sea, con una completa teoría de la justicia (Allan, 2001).

### **Consecuencias del Estado de derecho sustantivo respecto de los procesos de adjudicación**

Adherir a la concepción de Estado de derecho sustantivo tiene importantes implicancias respecto a cómo se conceptualiza el ejercicio de la potestad adjudicadora del juez. Así pues, y tal como Dworkin (1985) lo reconoce, preferir un modelo de Estado de derecho formal o sustantivo tiene efectos significativos para la resolución de “casos-difíciles”.

Los “casos-difíciles” serían aquellos en que “no existe un regla específica que permita su resolución” o bien aquellos en que la norma a aplicar sea ‘indeterminada’ desde una perspectiva semántica (Dworkin, 1985). De acuerdo a Dworkin, la resolución de esos casos exige al juez efectuar un tipo de análisis que es propiamente *político*: debe determinar —más allá de las palabras, el contexto o la historia de la norma— “si el actor tiene el derecho moral a recibir, en la corte, aquello que él o ella demandan” (Dworkin, 1985, p. 16). Esto supone determinar cuál de todas las decisiones posibles para el caso concreto responde de mejor manera al conjunto de los derechos morales de las partes (Dworkin, 1985). Un juez que se adhiere a la noción de Estado de derecho sustantivo tendrá que identificar un *principio* que permita, a un adecuado nivel de abstracción, captar la realidad moral de los derechos involucrados en la disputa y servir por lo tanto de base a la resolución del caso (Dworkin, 1985).

Como es posible apreciar, un modelo de Estado de derecho sustantivo como el descrito por Dworkin supone la existencia de un juez activo que goza de un margen de discrecionalidad amplio para resolver “casos-difíciles”. Sin embargo la intensidad de dicha discrecionalidad, que le permite efectuar juicios propiamente *políticos*, genera ciertos grados de tensión con uno de los aspectos que tradicionalmente ha sido considerado parte de la noción de Estado de derecho: que todas las autoridades, incluyendo las judiciales, se encuentren sujetas y orienten su actuación de acuerdo al mandato de un derecho predeterminado y no se guíen únicamente por sus inclinaciones subjetivas (Fuller, 1969). Pareciera que Dworkin (1985) se hace cargo de esta tensión cuando, a través del concepto de ‘integridad’, busca limitar la discrecionalidad judicial para resolver “casos-difíciles”.

La idea de ‘integridad’ supone que las reglas que configuran un sistema jurídico expresan una serie de principios que capturan, de alguna forma, el ideal en torno a los derechos morales que tiene una particular comunidad política. El juez, de acuerdo a esta tesis, debe recurrir únicamente a aquellos principios implícitos en el sistema jurídico que permitan resolver el caso concreto. Por tanto, todo recurso a principios no contenidos en el ordenamiento es ilegítimo y representaría un exceso de la potestad judicial (Dworkin, 1985).

Del mismo modo, Philip A. Joseph (2011) plantea que la adhesión a la noción de Estado de derecho sustantiva supone favorecer ciertos mecanismos de adjudicación particulares. Uno de ellos es el de interpretación teleológica de los distintos cuerpos normativos. De acuerdo al autor señalado, en un Estado de derecho sustantivo el juez ya no puede aplicar la legislación únicamente guiado por los mecanismos tradicionales de interpretación —análisis del texto, del contexto sistemático del derecho o de la intención del legislador— sino que debe recurrir necesariamente a mecanismos de interpretación finalista o teleológica “que enfatizan más la justicia material de la decisión concreta del juez que la adherencia estricta a criterios de formalidad” (Joseph, 2011, p. 57). Desde esta perspectiva, concluye Joseph (2011), el corolario propio de todo Estado de derecho sustantivo es el reconocimiento normativo de la potestad de los jueces para dejar sin aplicación normas legales que afecten de forma negativa valores fundamentales del Estado de derecho tales como los derechos fundamentales o los principios sobre los que descansa la gobernanza democrática. Dicho poder surgiría en casos concretos aun cuando la constitución no lo reconociera expresamente (Joseph, 2011).

Por tanto, adherirse al modelo de Estado de derecho sustantivo, no significa únicamente reconocer el papel esencial que representan los derechos fundamentales dentro de un sistema jurídico. El reconocimiento en cuestión también supone, al menos en la doctrina, aceptar: (i) la existencia de modelos de revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación y (ii) la preeminencia de mecanismos de adjudicación centrados más en la promoción de la justicia material en el caso concreto que en guardar pleno respeto por las formalidades propias del derecho. Finalmente, también supone reconocer al juez una amplia discrecionalidad en la búsqueda de la solución que moralmente más se corresponda al *background* de derechos atingentes al caso específico.

## **¿ESTADO FORMAL O SUSTANCIAL DE DERECHO?: IDENTIFICANDO PUNTOS DE TENSION**

Tradicionalmente, el foco del estudio de la noción de Estado de derecho ha sido el análisis de los elementos formales de la legalidad que permiten afirmar la existencia de un sistema jurídico propiamente “en forma” (Finnis, 2011).

En este sentido, se han elaborado múltiples listados respecto a qué elementos formales son necesarios para configurar un sistema jurídico con dicha calidad (Raz, 2002; Summers, 1998; Waldron, 2011; Finnis, 2011). Sin embargo, uno de los catálogos más representativos es el de Lon Fuller. De acuerdo a Fuller (1969), un ordenamiento jurídico respetuoso del Estado de derecho debe presentar las siguientes características: generalidad, claridad, publicidad, prospectividad, estabilidad, coherencia, posibilidad de ser obedecido y congruencia entre el derecho y su aplicación por las autoridades correspondientes. Estos ocho elementos representarían la *desiderata* del Estado de derecho (Fuller, 1969).

Los mismos, si bien tienen naturaleza formal, buscan promover valores sustantivos que van más allá de la mera legalidad. En efecto, los elementos de la *desiderata* buscan permitir que el ordenamiento jurídico sea capaz de orientar adecuadamente a las personas en sus procesos de toma de decisiones. En este orden de ideas solo reglas claras, determinadas, no-retroactivas, dotadas de cierta estabilidad en el tiempo, promulgadas y coherentes, serán capaces de: (i) restringir eficazmente el poder de la autoridad y (ii) permitir a las personas planificar sus conductas con meridianos grados de predictibilidad y certeza. Por lo que esta concepción de Estado de derecho, si bien formal en su constitución interna, no es moralmente neutra (George, 2001). Ella implícitamente asume que las personas están dotadas de libertad y racionalidad para deliberar y tomar decisiones significativas en torno a sus vidas (George, 2001); por tanto, el cumplimiento de los dictados de la *desiderata* del Estado de derecho supone el reconocimiento implícito por parte de las autoridades administrativas, legislativas y judiciales de la dignidad de la personas (Raz, 2002). De esta forma, la adscripción a las exigencias del Estado de derecho representa un deber moral para las autoridades.

Esta noción del Estado de derecho comenzó a ser desafiada por distintos autores, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, en la medida en que la misma no habría sido capaz de detener el terror Nazi o bien de evitar el surgimiento del *apartheid* sudafricano (Charlow, 2014). Se consideró que, efectivamente, una noción puramente formal de Estado de derecho facilitaría el surgimiento de regímenes autoritarios o totalitarios completamente indiferentes al respeto de los derechos de las personas que vivieran bajo su jurisdicción. O bien, la misma noción, haría más efectivos dichos regímenes (Bingham, 2011).

En este contexto se extendió la idea de que únicamente un Estado de derecho sustantivo, que incluyera garantías fundamentales y revisión judicial, podría prevenir suficientemente el surgimiento de regímenes totalitarios abusivos de la libertad de las personas. Sin embargo, tal como se explicó anteriormente, el Estado sustantivo de derecho, que busca incorporar el reconocimiento de derechos humanos y mecanismos de revisión judicial dentro de los ordenamientos jurídicos, no ha renunciado completamente a las exigencias de la legalidad formal.



Esto es, que no ha renunciado a los dictados de la *desiderata* de Fuller. De hecho, el Estado de derecho sustantivo acepta, como punto de partida, las exigencias propias de la legalidad (Craig, 1997; Bingham, 2011; Allan, 2013; Jowell, 2015). Así, el hecho que ellas no sean *suficientes* para cumplir el ideal del Estado de derecho no significaría para estos autores que las mismas no sean *necesarias* para promover el *rule of law* tanto a nivel nacional como internacional. Por lo que el mismo Dworkin (1985) afirma la compatibilidad de las exigencias de la legalidad con la debida protección de los derechos humanos, factor central de la noción de Estado de derecho sustantivo.

Con base en ello, este artículo busca plantear la siguiente tesis: el Estado de derecho sustantivo es un concepto cruzado por fuertes tensiones normativas que amenazan con la implosión misma de la noción en cuestión, entendiendo que ella se configura no solo a partir de elementos materiales sino también formales. Para demostrar dicha tesis se exhibirán una serie de tensiones internas al concepto de Estado de derecho sustantivo, las que exigirían una reformulación del mismo.

### **El Estado de derecho sustantivo y las exigencias de claridad y determinación**

El Estado de derecho sustantivo plantea como un eje central de su proyecto el reconocimiento de los derechos humanos por parte de los ordenamientos positivos. Esta exigencia ha sido leída por muchos como la necesidad de que los Estados adopten declaraciones de derechos susceptibles de ser aplicadas directamente por las cortes de justicia (Zimmermann, 2007). Dichas declaraciones, en la gran mayoría de los casos, están estructuradas de la siguiente forma: *P* tiene el derecho (o la libertad de) a *x*, donde *x* es reemplazado por conceptos tales como igualdad, libertad, autonomía, privacidad o propiedad. La gran mayoría de las veces el texto del estándar descrito es sumamente vago y general. Ello no es sino producto del carácter mismo de las declaraciones de derechos que, en su generalidad, son el resultado de negociaciones entre grupos políticos que piensan de formas distintas y que, para hacer operativo el sistema, buscan llegar a acuerdos lo más indeterminados posibles. Esto con el propósito de: (i) evitar durante la discusión conflictos que hagan imposible lograr los acuerdos correspondientes y (ii) promover la aceptación amplia de los mismos por parte de los diferentes grupos que conforman la sociedad. De esta forma, se busca evitar toda discusión específica respecto a conflictos de derechos (Sunstein, 1996).

Desde esta perspectiva, las declaraciones de derechos no buscan resolver conflictos jurídicos específicos sino todo lo contrario. En efecto, las declaraciones buscan dejar potenciales conflictos en torno a los derechos sin una resolución normativa específica (Webber, 2009). Así, muchas declaraciones de derechos “carecen de la especificidad de significado suficiente para permitir la identificación de normas o comportamientos que las infrinjan en casos concretos” (Heydon, 2014, p. 399).

Esta indeterminación semántica, muchas veces radical, plantea algunas tensiones relevantes respecto de las exigencias de la legalidad propias de todo modelo de Estado de derecho. Uno de los propósitos fundamentales de todo Estado de derecho, incluso de la noción sustantiva del mismo, es que el derecho producido y administrado por las autoridades de un Estado disponga de la densidad normativa suficiente para orientar adecuadamente a sus destinatarios sean ellos autoridades o ciudadanos. En este aspecto, los grados de determinación de la norma pueden variar dependiendo el tipo de legislación; sin embargo, independiente de esto último, es exigencia del Estado de derecho que las normas jurídicas tengan la precisión suficiente para orientar e influir significativamente en las decisiones de sus destinatarios.

Sin esa densidad normativa y esa precisión conceptual, las normas jurídicas —sean estas reglas o estándares— generan espacios de incerteza e indeterminación que son difícilmente compatibles con las exigencias de la legalidad del Estado de derecho (Yowell, 2012). De ahí que, precisamente, unas de las exigencias nucleares de la legalidad sea “que todas las formas de derecho sean apropiadamente claras y determinadas en su significado” (Summers, 1998, p. 1693). De lo contrario, el derecho no será capaz de configurar el escenario normativo adecuado para que autoridades y ciudadanos puedan orientar sus conductas con suficiente certeza y predictibilidad.

Este es, precisamente, el problema que enfrentan muchas declaraciones de derechos. La lectura de las mismas admite toda serie de interpretaciones en la medida en que las provisiones correspondientes están redactadas como estándares abiertos y no como reglas precisas. De la misma forma, los conceptos utilizados muchas veces son objeto de amplio debate político-filosófico; por tanto, su capacidad para servir de guías y orientadores a los diversos actores del mundo jurídico es limitada debido a que existe un amplio desacuerdo en las comunidades políticas respecto a las exigencias que plantean esos estándares en casos concretos (Waldron, 1999).

Desde esta perspectiva, las declaraciones de derechos exigidas por la noción de Estado de derecho sustantivo generan tensiones importantes con las exigencias propias de la legalidad; las cuales, el mismo Estado de derecho sustantivo, dice reconocer como punto de partida para la construcción del concepto de Estado de derecho (Goldsworthy, 2001). Si bien la amplitud e indeterminación del texto normativo de las declaraciones busca generar acuerdos sociales amplios en torno a estas y ampliar la protección de los derechos humanos al máximo grado posible a través del uso de la abstracción y la generalidad, dicho propósito aparece en fuerte tensión con las exigencias mínimas de la legalidad que reclaman no grados absolutos en cuanto a la determinación del derecho pero sí la adecuada *suficiencia* para orientar exitosamente los procesos de toma de decisiones de los actores jurídicamente relevantes dentro de cada sistema (Webber, 2013).

## El Estado de derecho sustantivo y la problemática de la discrecionalidad judicial

El Estado de derecho sustantivo supone que los jueces representan un papel esencial e irremplazable dentro del sistema jurídico. En este sentido, y tal como Dworkin (1985) lo afirmaba, adherirse a un modelo de Estado de derecho “de los derechos” tiene consecuencias necesarias en relación a: (i) el papel que representa el juez dentro del sistema jurídico y (ii) la forma como es concebido el proceso adjudicatorio.

En este sentido un modelo de Estado sustantivo de derecho supone la aplicabilidad *directa* por parte de los jueces de una normativa vaga, general y abstracta contenida en las declaraciones de derechos a casos concretos sobre derechos fundamentales. Ahora bien, dicha aplicación supone la realización por parte del juez de un juicio político-legislativo que permita, a partir del estándar en cuestión, deducir una regla específica para la resolución de un caso concreto.

La construcción de dicha regla supondrá, como Dworkin (1985) lo afirma, la elaboración de un juicio político-legislativo que se efectúa a partir de los principios que configuran el ordenamiento jurídico. Es, dentro de la teoría dworkiniana, la lealtad del juez hacia dichos principios los que permitirían restringir la discrecionalidad judicial y hacer posible de este modo el Estado de derecho. En este respecto, la discrecionalidad judicial estaría limitada por la idea de ‘integridad’ la cual impediría al juez utilizar principios que no se encontrasen implícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico para resolver casos concretos.

El esfuerzo intelectual desarrollado por Dworkin para establecer algún criterio que límite el ejercicio de la discrecionalidad judicial es perfectamente entendible. Ello por cuanto una de las exigencias nucleares de la legalidad —esto es de la *desiderata* del Estado de derecho— es, precisamente, restringir el campo de discrecionalidad del juez por medio del establecimiento de criterios de adjudicación preexistentes a la decisión judicial. De hecho, la noción misma de Estado de derecho surge asociada a la necesidad de restringir y orientar la discrecionalidad de todas las autoridades públicas por medio del derecho (Dicey, 1982). Así en la medida en que la discrecionalidad del juez se encuentre limitada, incluso en el complejo campo de la resolución de *casos-difíciles*, uno de los requisitos críticos de la legalidad se cumple; de esta forma, se harían compatibles las exigencias planteadas por las nociones formal y sustantiva del Estado de derecho.

Sin embargo, el panorama es mucho más complejo de aquel presentado por Dworkin. En efecto, la sola *existencia* de normas jurídicas que limiten y orienten los criterios de la autoridad para resolver asuntos públicos no es suficiente para afirmar que los requisitos de la *desiderata* del Estado de derecho se ven satisfechos en relación a este punto. Por el contrario, la *desiderata* se ve satisfecha únicamente

si ese derecho que busca restringir la discrecionalidad de la autoridad cumple con ciertas exigencias formales que hacen materialmente significativa la limitación del poder. Así, normas jurídicas redactadas de forma poco clara o carentes de la densidad normativa necesaria para producir determinación y certeza son incapaces de orientar el juicio discrecional de la autoridad. Desde esta perspectiva los límites que estos criterios establezcan son puramente formales, pero no materiales; por tanto, los mismos no restringen eficazmente a la autoridad pública en sus procesos de toma de decisiones.

En relación a aquello, solo en la medida en que el derecho aplicable por el juez sea suficientemente determinado y claro este sujetará efectivamente la discrecionalidad del juez a criterios predeterminados. Por el contrario, si el texto del derecho aplicable es impreciso, cruzado de vaguedades e indeterminado en cuanto a la definición de *thresholds* que permitan distinguir con meridiana precisión las conductas permitidas de aquellas prohibidas en relación a sus destinatarios, entonces la discrecionalidad del juez se verá incrementada de una forma directamente proporcional a la indeterminación del derecho. Esto supone, claramente, un incumplimiento parcial de las exigencias propias de la arista formal del Estado de derecho.

Esta es, precisamente, la problemática propia de muchos estándares de derechos. Efectivamente, muchas de las normas iusfundamentales son semánticamente indeterminadas y extremadamente vagas y abstractas. Ello al punto de no generar respuestas específicas en relación con casos concretos. Este modo de construir el derecho no responde a una suerte de defecto técnico imputable a sus redactores; por el contrario, tal como se explicó, es la consecuencia lógica de la búsqueda de consensos sociales amplios en torno a los derechos fundamentales; consensos que reclaman necesariamente la redacción amplia y vaga de la norma. Esta tensión entre certeza y predictibilidad, por un lado, y derechos formulados en términos amplios y abstractos, por otro, cruza la noción de Estado de derecho sustantivo (Allan, 2013).

Es este contexto el que facilita la ampliación del ámbito de la discrecionalidad del juez que resuelve *casos-difíciles* concernientes a derechos fundamentales. Tal como Gabriel Moens (1994) lo explica, la indeterminación textual de muchas disposiciones iusfundamentales genera

la posibilidad de que los jueces atribuyan diferentes significados a las disposiciones de las declaraciones de derechos, creando de esa forma el riesgo de que los jueces lean en dichas disposiciones sus propias inclinaciones subjetivas y filosóficas, especialmente si los precedentes relevantes son inconsistentes entre sí. (p. 236)

Un régimen de esta naturaleza establece “pocos, si es que algún, límite real a las cortes” (Allan, 2000, p. 574-575). Esto no hace sino “disminuir más que reforzar el ideal del Estado de derecho” (Goldsworthy, 2001, p. 75).

En esa misma dirección, el juez australiano J.D. Heydon (2014) nota que la aplicabilidad directa de las declaraciones de derechos por parte de los jueces a casos específicos es una actuación eminentemente legislativa en cuanto su carácter. Con base en ello, la norma expresa no entregará al juez un criterio cierto que le permita generar una conclusión predecible por los destinatarios de las normas iusfundamentales. De esta forma, la vaguedad extrema de las declaraciones de derechos “invitaría a los jueces a colocar sus propias visiones respecto a complejas cuestiones prácticas, sociales y morales en las vasijas vacías de las palabras” (Heydon, 2014, p. 399). De ahí que el contenido semántico de las disposiciones de derechos fundamentales varíe de acuerdo a las creencias y sensibilidades del juez que resuelve cada caso (Heydon, 2014). Todo lo anterior no hace sino generar fuertes tensiones respecto de las exigencias formales del Estado de derecho sobre las cuales, se supone, se construiría inicialmente la noción del Estado de derecho sustantivo.

Frente a esta problemática surge la respuesta generada por Dworkin (1985) y referida anteriormente: la aplicación única de los principios reconocidos tácitamente por el ordenamiento jurídico garantizan la sujeción de la discrecionalidad del juez a derecho y el cumplimiento de los imperativos de la legalidad.

Sin embargo la respuesta formulada por Dworkin, si bien interesante y atractiva, presenta ciertos problemas. En la medida en que los principios son entidades conceptuales amplias y abstractas, los mismos son sumamente manipulables desde la perspectiva lingüística. En consecuencia, los principios son altamente susceptibles de ser informados por un contenido que responda a las sensibilidades y emociones de quien los lee, interprete y aplique. En este sentido los principios admiten, muchas veces, distintos tipos de lecturas. Esto es particularmente cierto en el contexto de sociedades democráticas en las cuales el pluralismo ideológico es una realidad. Del mismo modo, existen distintas formas de jerarquizar los principios. Por último es natural que dos o más personas de buena voluntad, aceptando la misma significación y valor del principio, estén en desacuerdo respecto a la regla que mejor lo concretiza en un caso específico.

Toda esta problemática en torno a la aplicabilidad directa de los principios produce importantes consecuencias tratándose de los límites de la discrecionalidad judicial. En efecto, si el derecho busca erigirse como límite frente a esa discrecionalidad, el mismo debe responder a ciertas características que permitan, por un lado, limitar de forma efectiva el poder y, por otro, orientar la acción de las personas. Pero el solo reconocimiento de los principios tácitamente expresados por el ordenamiento jurídico no tiene la entidad normativa suficiente para servir de límite real al ejercicio de la discrecionalidad judicial. Por el contrario, el uso de los principios parece empeorar aún más la situación debido a: (i) la indeterminación del contenido de los mismos y (ii) el desacuerdo natural en cuanto a las exigencias que derivarían de ellos.

La problemática del desacuerdo, que aparece vinculada a la idea de Estado de derecho sustantivo, es reconocida por el propio Dworkin (1985) quien derechamente afirma que ella representa una debilidad de su modelo “de derechos”. Desde su perspectiva, este problema sería uno de los costos que toda sociedad que acepte el modelo de Estado de derecho sustantivo debe estar dispuesta a pagar (Dworkin, 1985). Sin embargo el costo a pagar parece ser excesivamente alto en la medida en que este supone la eliminación o atenuación radical de uno de los aspectos fundamentales de la *desiderata* sobre el que se construye cualquier noción de Estado de derecho ya sea esta formal o sustantiva.

### **Estado de derecho sustantivo y no-retroactividad**

Nuevamente, una de las exigencias formales propias del Estado de derecho es “que la formulación y modificación de una regla de derecho sea, generalmente, prospectiva y no-retroactiva en sus efectos” (Summers, 1998, p. 1693). Este es un mandato que la *desiderata* dirige de forma especial al legislador, pero también al juez. Así, los jueces “disponen de un poder limitado y de naturaleza excepcional para modificar o apartarse de lo establecido en la legislación, precedente u otro tipo de derecho” (Summers, 1998, p. 1694). Esta limitación existe porque, precisamente, una decisión judicial: (i) que deje sin efecto una norma legal anteriormente promulgada y vigente o (ii) que altere de forma sustantiva un precedente sostenido respecto de un mismo caso, produce efectos retroactivos respecto de la parte que ve frustrados sus intereses producto de la sentencia dictada en el caso concreto. Ahora, bien la entidad de esos efectos puede ser tal que los mismos se transformen en un problema serio para el Estado de derecho.

En la medida que la noción de Estado de derecho sustantivo demanda la aplicación directa de estándares muchas veces insuficientemente determinados, que no representan límites reales a la discrecionalidad judicial, la posibilidad de que las sentencias produzcan efectos retroactivos en perjuicio de una de las partes del proceso se incrementa dramáticamente (Allan, 2011). Ello, ya que el derecho aplicable representado por las declaraciones de derechos humanos no presenta un contenido determinado que permita resolver los casos similares en base a un criterio cierto sino uno vago y abstracto en el cual los jueces pueden leer sus propias tendencias, ideologías y sensibilidades.

Frente a esto, podría replicarse lo siguiente: la indeterminación de los criterios contenidos en las declaraciones de derechos no representan un problema en relación a la prospectividad de los fallos judiciales. Esto porque aun cuando los jueces al momento de resolver casos-difíciles deban realizar un juicio político, a partir de estándares textualmente vagos, dicho juicio estará fundado en los principios propios del ordenamiento; y, en esta medida, aunque exista un aparente cambio jurisprudencial, el mismo no será retroactivo por cuanto la decisión estará

basada en los principios de un ordenamiento por todos conocidos. De esta forma se protegería simultáneamente tanto la integridad como la prospectividad del ordenamiento jurídico. Detrás de esta concepción es posible encontrar la antigua idea de que el juez se limita únicamente a *descubrir* y *declarar* el derecho en cada caso, pero nunca a crearlo.

Este argumento, no obstante, es insuficiente para resolver la problemática planteada. El contenido de los principios propios de un ordenamiento constitucional tales como la igualdad, la no-discriminación o el debido proceso es tan abierto que ellos admiten múltiples aplicaciones. Desde esta perspectiva podría darse el caso en que la invocación de un mismo principio pueda servir de fuente a dos decisiones judiciales seguidas perfectamente contradictorias entre sí. En este sentido, el riesgo de la retroactividad existe en relación a la regla que los jueces configuran a partir del principio. Ello, ya que la extrema indeterminación semántica de muchos de estos principios no entrega criterios específicos suficientes para la construcción de una regla unívoca en su significación normativa. Esto abre las puertas para que jueces y abogados lean en dichos principios sus propias inclinaciones subjetivas, lo que genera un potencial riesgo de decisiones judiciales retroactivas en cuanto sus efectos.

De esta manera es posible afirmar que la sola invocación de un principio común cuando el mismo sirve de base para dos decisiones que aplican reglas distintas no es suficiente para asegurar la prospectividad de la decisión.

### **El factor proporcionalidad**

Tal como se señaló anteriormente, la noción sustantiva de Estado de derecho supone un deber de *justificación* de parte de las autoridades cada vez que ellas limiten los derechos o la libertad de las personas. Dicha justificación era susceptible de ser desafiada ante las cortes (Allan, 2013). La mayoría de las jurisdicciones que adjudican casos sobre normas iusfundamentales han leído esta exigencia como un deber de resolver los referidos casos a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. El uso de este principio en procesos de adjudicación supone que los jueces deben ser capaces de realizar un ejercicio de ponderación entre distintos derechos e intereses que aparecen en oposición en cada caso concreto.

El uso frecuente de la proporcionalidad plantea una serie de problemas adicionales desde la perspectiva del Estado de derecho. En efecto, si bien el modelo proporcionalista de adjudicación de derechos indica al juez los pasos que su análisis debe seguir, no le señala el criterio normativo específico para realizar la ponderación (Jestaedt, 2012). ¿Cuáles son los criterios materiales que permiten afirmar que un interés goza de una situación de privilegio respecto de otro en un caso concreto?, ¿cómo es posible mensurar la entidad de un interés para compararlo con otro?,

¿qué factores definen el resultado de la ponderación? El criterio proporcionalista no ofrece, en este aspecto, respuestas específicas que permitan orientar el criterio adjudicador del juez (Urbina, 2012).

En este contexto, la intensidad de la discrecionalidad judicial se incrementa radicalmente. Ahora bien, en la medida en que el juez no disponga de un estándar sustantivo que le permita realizar la ponderación de acuerdo a criterios más o menos permanentes y predeterminados temporalmente a cada caso, su libertad de juicio no se ve constreñida por ningún factor jurídico. De esta forma, la posibilidad de que el juez resuelva los casos de acuerdo a las exigencias de sus propias intuiciones y sensibilidades es muy alta. Del mismo modo, aunque la ponderación supone un ejercicio de *balancing* puramente casuístico, el riesgo de generar sentencias contradictorias en el tiempo, y por lo tanto con efectos retroactivos para una de las partes, también aumenta.

En suma, el uso del principio de proporcionalidad por parte de los jueces en la resolución de conflictos relativos a derechos fundamentales intensifica aún más las tensiones internas de la noción de Estado de derecho sustantivo. Ello siempre y cuando se acepte que el concepto en cuestión incorpore dentro de sí las exigencias propias de la legalidad.

## **CONCLUSIÓN: ¿HACIA DÓNDE DIRIGIRSE?**

Tal como lo mencionamos al comienzo de este artículo la autocomprensión del modelo de Estado de derecho sustantivo, o del Estado “de los derechos” en la terminología de Dworkin, supone que el mismo es altamente compatible con la concepción llamada formalista de Estado de derecho la cual se agotaría en las exigencias propias de la *desiderata* de Fuller. Desde esa perspectiva, las formalidades contenidas en la *desiderata* formarían parte del concepto mismo de Estado de derecho sustantivo. Sin embargo, tal como se señaló en el presente artículo, la concepción de Estado de derecho sustantivo supone necesariamente relativizar o simplemente derogar algunas de las exigencias propias de la *desiderata* clásica de Fuller debido a los aspectos *sustantivos* que se anexan a la noción clásica. Esto es particularmente evidente al momento de considerar los amplios márgenes de discrecionalidad de los cuales gozaría el juez en el Estado “de los derechos”; lo que aparece en fuerte tensión con las exigencias propias del Estado formal de derecho, piso sobre el cual se construiría el concepto sustantivo. La intensidad de la tensión descrita no hace sino hacer peligrar la coherencia interna de la noción misma de Estado de derecho sustantivo, si es que se persevera en el esfuerzo de vincular sus exigencias a aquellas planteadas por la noción tradicional de Estado de derecho.



Ante este riesgo de colapso conceptual de la noción de Estado de derecho sustantivo, no caben sino dos alternativas. La primera es aceptar la existencia de las tensiones descritas en el presente trabajo y buscar mecanismos que permitan, si no eliminarlas, al menos atenuarlas de manera importante. La segunda es, simplemente, entender que ambos conceptos —Estado de derecho formal y sustantivo— tienen naturaleza diversa y plantean exigencias distintas y que por ello el primero no puede servir de base para la construcción del segundo. Aceptar esto último permitirá a los partidarios de la noción de Estado de derecho sustantivo construir su noción a partir de elementos conceptuales distintos a aquellos planteados por la noción formal de Estado de derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allan, T.R.S. (2001). *Constitutional Justice: A Liberal Theory of The Rule of Law*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Allan, T.R.S. (2013). *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution and Common Law*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Allan, J. (2000). Oh that I were made judge in the land. *Federal Law Review*, 30 (3), 561-576.
- Allan, J. (2011). Reasonable Disagreement and the Diminution of Democracy: Joseph's Morally Laden Understanding of the rule of law. En Ekins, R. (Ed.). *Modern challenges to the rule of law*. Wellington, New Zealand: Lexis Nexis.
- Beatty, D.M. (2007). *The ultimate rule of law*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Bingham, T. (2011). *The rule of law*. London, England: Penguin Books.
- Craig, P. (1997). Formal and substantive conceptions of the rule of law: An analytical framework. *Public Law*, 467, 1-15.
- Charlow, R. (2014). American constitutional analysis and a substantive understanding of the rule of law. En Silkenat, J.R., Hickey, J.E. and Barenboim, P.D. (Ed.). *The legal doctrines of the rule of law and the legal state (Rechtsstaat)*. Heidelberg, Germany: Springer.
- Dicey, A.V. (1982). *Introduction to the study of the law and the constitution*. Indiana, USA: Liberty Fund.
- Dworkin, R. (1985). Political judges and the rule of law. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights*. Oxford, England: Oxford University Press.
- George, R. (2001). Reason, freedom, and the rule of law: Their significance in the natural law tradition. *American Journal of Jurisprudence*, 46, 249-314.
- Goldsworthy, J. (2001). Legislative sovereignty and the rule of law. En Campbell, T., Ewing, K. and Tomkins, A. (Ed.). *Sceptical essays on human rights*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Heydon, J.D. (2014). Are bills of rights necessary in common law systems? *Law Quarterly Review*, 130, 2-53.
- Jestaedt, M. (2012). The doctrine of balancing—Its strengths and weaknesses. En Klatt, M. (Ed.). *Institutionalized reason: The jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Joseph, P.A. (2011). The rule of law: foundational norm. En Ekins, R. (Ed.). *Modern challenges to the rule of law*. Wellington, New Zealand: Lexis Nexis.

- Jowell, J. (2015). The rule of law: A practical and universal concept. En Jowell, J., Thomas, C. and van Zyl Smit, J. (Ed.). *Rule of law symposium 2014. The importance of the rule of law in promoting development*. Singapore, Singapore: Bingham Centre for the Rule of Law y Singapore Academy of Law.
- Moens, G. (1994). The wrongs of a constitutional entrenched bill of rights. En Stephenson, M.A and Turner, C. (Ed.). *Australia: Republic or monarchy? Legal and constitutional issues*. Brisbane, Australia: University of Queensland.
- Raz, J. (2012). The rule of law and its virtue. *The authority of law*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Shklar, J.N. (1987). Political theory and the rule of law. En Hutchenson, A.C. and Monahan, P. (Ed.). *The rule of law: Ideal or ideology?* Toronto, Canada: Carswell.
- Summers, R.S. (1998). The principles of the rule of law. *Notre Dame Law Review*, 74, 1691-1792.
- Sunstein, C.R. (1996). *Legal reasoning and political conflict*. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press.
- Tamanaha, B. (2004). *On the rule of law. History, politics, theory*. Cambridge, USA: Cambridge University Press.
- Urbina, F.J. (2012). A critique of proportionality. *American Journal of Jurisprudence*, 57 (1), 49-80.
- Waldron, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2011). The rule of law and the importance of procedure. En Fleming, J.E. (Ed.). *Getting to the rule of law*. New York: New York University Press.
- Webber, G. (2009). *The negotiable constitution. On the limits of rights*. Cambridge, USA: Cambridge University Press.
- Webber, G. (2013). Rights and the rule of law in the balance. *Law Quarterly Review*, 129, 399-419.
- Yowell, P. (2012). Legislación, *Common law* y la virtud de la claridad. *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2), 481-512.
- Zimmermann, A. (2007). The rule of law as a culture of legality: Legal and extra-legal elements for the realization of the rule of law in society. *Murdoch University Law Review*, 14, 10-31.