

# ESTADO DE DERECHO. NOTAS PARA COMPRENDER UN CONCEPTO PLÁSTICO

## RULE OF LAW. NOTES TO UNDERSTAND A PLASTIC CONCEPT

*Sebastián Soto Velasco\**  
*Magdalena Ortega Puebla\*\**

**RESUMEN:** El Estado de derecho es un principio cuyos deslindes son difíciles de determinar pese a ser considerado un pilar de la democracia constitucional. Por esto, la presente investigación busca entregar elementos que ayuden a la comprensión de este concepto plástico mediante una revisión de tres perspectivas: el origen histórico del concepto de Estado de derecho; luego un repaso de sus diversos contenidos y, finalmente, un examen a la aplicación dispar que ha tenido la noción de Estado de derecho en diversos ámbitos, entre los que se incluyen las altas cortes de Estados Unidos y de Chile. El trabajo finaliza con algunas luces para la concreción del concepto en nuestro derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de derecho, revisión judicial, legalidad, Estado social de Derecho.

**ABSTRACT:** The concept of the rule of law is as ambiguous as relevant. While it is complex to identify what it encompasses, the rule of law is considered one of the pillars of constitutional democracy. This essay intends to give meaning

---

\* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho (LLM), Universidad de Columbia, Estados Unidos. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jssoto@uc.cl. Agradezco el apoyo en la investigación de la ayudante Dominique Berndesky.

\*\* Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora ayudante de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mportega@uc.cl

to it through three different perspectives—a brief examination of its historical origins, a review of diverse contents associated with it, and an analysis of case laws. This essay highlights the dissimilarities of the rule of law concept in its application by comparing the High Courts of the United States with the courts in Chile. It finishes with suggestions for the concretion of the concept.

KEYWORDS: Rule of law, judicial review, legality, social rule of law.

## I. INTRODUCCIÓN

En los días posteriores al 18 de octubre de 2019, las sesiones de la Cámara de Diputadas y Diputados replicaron el ambiente que se vivía en Chile. La tensión, la polarización y las recriminaciones se aprecian, incluso hoy, leyendo las intervenciones en los diarios de sesiones. Lo relevante para estas páginas es un concepto que aparece regularmente. Aunque no es el más usado, diputados de distintos sectores políticos mencionan el “Estado de derecho”, llaman a su protección y reclaman su respeto. Todos coinciden en que es una “idea” que debe protegerse.

Así, entre otros, Javier Macaya (UDI) sostuvo: “mientras haya violencia es evidente que tiene que hacerse respetar el Estado de derecho”; Joanna Pérez (DC) dijo: “nuestro deber es cumplir y respetar el Estado de derecho y de democracia”; Camila Vallejos (PC) afirmó: “nadie entiende cómo este gobierno alteró el Estado de derecho”; Raúl Leiva (PS) denunció: “están robando y violentando a la gente, y en esos casos hay que actuar con fuerza y energía, dentro del Estado de derecho”; Camila Rojas (Comunes) exigió: “las autoridades [...] tienen que hacerse cargo. Es un mínimo para el Estado de derecho”; Diego Schalper (RN) señaló: “la inmensa mayoría de los más de 500.000 operativos policiales que han funcionado lo han hecho dentro del marco del Estado de derecho”; y, en fin, el ministro Andrés Chadwick explicó que “el estado de emergencia se desarrolla dentro del Estado de derecho”<sup>1</sup>.

Que el Estado de derecho aparezca como un concepto sin domicilio político no es poco para esos tiempos –y los actuales– donde todo, incluso el lenguaje utilizado para describir lo que ocurría, parecía dividir a nuestros representantes. Que a veces sea un objetivo, un concepto que se utiliza como sustantivo, que evoque un bien que debe protegerse o una cierta institucionalidad, es menos importante que la coincidencia en torno a su relevancia.

---

<sup>1</sup> Todas las intervenciones tomadas de los diarios de sesiones de la Cámara de Diputadas y Diputados entre la sesión 91 especial (20 de octubre de 2019) y la sesión 104 especial (13 de noviembre de 2019).

Pero ¿de qué hablamos cuando decimos “Estado de derecho”? Se trata, sin duda, de un concepto amplio, de fronteras porosas, que ha adquirido suficiente fama como para insertarse de lleno en el lenguaje coloquial. A su modo, lo mismo ha ocurrido con otros tantos conceptos de uso habitual que cargan con cierta indeterminación (democracia, derechos fundamentales, república o dignidad). Todos ellos, emancipados de su concepción técnica original, transmiten hoy un conjunto de ideas valiosas, confundidas a veces entre lugares comunes. Precisamente para valorar aquellas ideas y superar estos últimos, las siguientes líneas examinan la evolución del concepto y algunas de las formas en que aterriza en el constitucionalismo global.

El texto se distribuye como sigue. El próximo capítulo analiza la diversidad de orígenes y el siguiente se refiere a las diversas concepciones sobre Estado de derecho. Posteriormente examinamos la plasticidad de la noción en su aplicación y en la jurisprudencia de ciertas cortes. Terminamos con un capítulo final que propone algunas notas encaminadas a concretar el concepto de Estado de derecho en la tradición chilena.

## II. DIVERSIDAD DE ORÍGENES

Martin Loughlin en su *Foundations of Public Law*<sup>2</sup> examina el origen del concepto en la tradición alemana, francesa y anglosajona<sup>3</sup>. Aunque su planteamiento es escéptico respecto a la potencialidad del concepto en la aplicación del derecho y a que este sea uno de los fundamentos del derecho público, el examen de sus orígenes permite, en cualquier caso, una cierta comprensión de la idea de Estado de derecho.

En el derecho inglés, anota Martin Loughlin, el concepto de *rule of law* fue introducido por Albert Venn Dicey en su *Law of the Constitution* (1885). La idea se inserta en la extendida supremacía legislativa que caracterizaba al derecho inglés y en la necesidad de poner ciertos límites a tal poder. Así:

“El concepto de Dicey de *rule of law* está íntimamente atado a la idea que, actuando en alianza, el Parlamento y las cortes son la verdadera fuente del derecho en la Constitución británica”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> LOUGHLIN (2010).

<sup>3</sup> Otros también han analizado los vínculos entre el concepto *rule of law* y *rechtsstaat*. Nick Barber lo hace a propósito de una reseña al libro *Weimar: A jurisprudence of crisis* de Arthur Jacobson y Bernhard Schlink. Véase BARBER (2003). Ahí anota: “[...] en lo esencial, mientras el *Rechtsstaat* descansa en una cierta conexión entre el sistema legal y el Estado, el *rule of law* es una cualidad de y una teoría acerca de un orden legal”, p. 444.

<sup>4</sup> LOUGHLIN (2010).

En específico, y dado que en la tradición del *Common Law* los derechos de las personas emanan no de la legislación sino que de los precedentes, “el *rule of law* en la tradición inglesa representaba para Dicey no el imperio del estado legislativo sino que el imperio de la judicatura”<sup>5</sup>.

Concluye Martin Loughlin señalando que son tres los aspectos fundamentales del concepto de *rule of law* en la tradición inglesa: el *rule by law*, propio del estado legislativo; la igualdad ante la ley y:

“*Rule by reason* que nace de la necesidad de confiar en la judicatura como un guardián de los valores implícitos de esta tradición constitucional distintiva”<sup>6</sup>.

La tradición alemana vio nacer el concepto en la primera mitad del siglo XIX de la pluma de Robert von Mohl. La idea de *Rechtsstaat* se construye sobre tres objetivos diversos. El primero intenta superar el planteamiento que, por siglos sostuvo que el orden político tenía un origen divino. La idea de Estado de derecho se funda, en cambio, en un orden político que nace del acuerdo entre personas libres, iguales y racionales. El segundo objetivo del concepto es construir un orden político que promueva la libertad, la seguridad y la propiedad. Y, por último, el *Rechtsstaat* buscó organizar racionalmente al Estado y para ello incorporar una serie de principios:

“Un principio de responsabilidad del gobierno, independencia judicial, representación parlamentaria, gobernar por medio de la ley y el reconocimiento de libertades civiles básicas”<sup>7</sup>.

Como concluye Martin Loughlin, para Robert von Mohl “*Rechtsstaat* se levanta en directo contraste tanto del estado absolutista como del estado de policía”<sup>8</sup>.

Autores posteriores y, con más fuerza, la Corte Constitucional alemana a partir de su creación, fueron dando nuevo significado al *Rechtsstaat* en línea con la constitución de valores que materializó la nueva Carta Fundamental alemana. Ante esta amplitud conceptual, termina anotando Martin Loughlin:

“En la cual el concepto es interpretado de diversas formas (a veces altamente politizadas) por ciertos juristas y totalmente desechado por otros, el propio concepto perdió su autoridad”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> LOUGHLIN (2010), p. 317.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 318.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 321.

Por último, la tradición francesa se levanta a inicios del siglo XX de la mano del trabajo de Raymond Carre de Malberg. Para esta escuela, la idea de *l'Etat de droit* se construye en oposición a *l'Etat legal* y con la intención de suplantarlos: el primero de estos conceptos:

“Nace desde la convicción de que la ley existe para proteger los derechos individuales y que esos derechos estaban solo parcialmente protegidos por la idea de ‘*rule by law*’<sup>10</sup>.”

Por eso, continúa Martin Loughlin, el concepto de Estado de derecho permite concluir que ya no solo es la ley la que determina las relaciones entre la administración y la persona, sino, también, que hay algo más –*l'Etat de droit*– que condiciona y limita el poder de hacer leyes.

Estas tres tradiciones dan cuenta de diversos orígenes que empiezan a dar vida al concepto de Estado de derecho como reacción a desafíos propios que la época y circunstancias presentaban en esas sociedades. La necesidad de limitar el poder del legislador y la convicción de que la simple exigencia de gobernar por medio de leyes no era suficiente para proteger a las personas en su relación con la administración, motivó una conceptualización que hoy llamamos Estado de derecho<sup>11</sup>.

En toda esta narración no podemos olvidar nuestra propia historia y tradiciones. El constitucionalismo español es tributario de toda la tradición europea. Ello pese a que bien pueden rastrearse los fundamentos sobre los que se levanta el concepto de Estado de derecho en el pensamiento hispano que dio base intelectual al periodo indiano. Precisamente eso es lo que muestra el conjunto de artículos que compone el libro *El Estado de derecho en el Mundo Hispánico*<sup>12</sup>. Aun así, para el derecho público español, el concepto de Estado de derecho que contempla la Constitución de 1978 es uno que se vincula más directamente con el pensamiento alemán que con las raíces intelectuales bajo la monarquía hispánica<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> LOUGHLIN (2010), p. 322.

<sup>11</sup> Otra forma de plantear esta diversidad es la que utiliza Paul Kahn cuando escribe: “El trabajo de la Corte (de EE.UU) consiste en apoyar y mantener una cierta construcción cultural. Esto solo puede entenderse si nos acercamos al Estado de derecho como lo haríamos con cualquier otro conjunto de creencias culturales: religiosas, místicas, estéticas o incluso científicas [...] En lugar de las herramientas de la ciencia o de la autoelaboración de la razón, tenemos que incorporar al estudio del derecho las herramientas de la interpretación cultural”. KAHN (2016), p. 236.

<sup>12</sup> Véase Cerda (2019). Especialmente, los trabajos de Félix Martínez (*Los fueros como manifestación de un “Estado de derecho” formalista en los reinos hispánicos medievales*); Eduardo Andrade (*La monarquía hispánica y el Estado de derecho en Indias*) y Julio Alvear (*Constitución histórica y constitucionalismo moderno en la monarquía hispánica*).

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, SANTA MARÍA (2004). En él se señala: “Caben pocas dudas, sin embargo, de que el concepto fue acuñado por la doctrina alemana del primer período liberal

En nuestro país, quien con más sistematicidad ha desarrollado los orígenes históricos del concepto es Bernardino Bravo Lira en su clásico *El Estado de derecho en la historia de Chile*. Aquí plantea que, para la tradición chilena, el concepto se hunde muy atrás cuando se empieza a configurar en las tierras de indias el Estado judicial de derecho, desde 1541 a 1760; luego el Estado administrativo de derecho entre los años 1760 a 1860 y, finalmente, el Estado legalista de derecho desde esta última fecha hasta nuestros días<sup>14</sup>. Inicialmente el Estado de derecho se hizo descansar en el “juego entre jurisdicción y mando político y militar” o, dicho de otra forma:

“Se institucionaliza bajo la forma de una contraposición entre Judicatura y Gobierno, que corresponde al binomio Real Audiencia–Gobernador y Capitán General”.

Y es esa misma tríada, pero institucionalizada en formas diversas (Administración/Presidente – Judicatura – Fuerzas Armadas) la que a lo largo de nuestra historia han conformado las bases del Estado de derecho chileno.

Todo este repaso da cuenta de un concepto que, si bien hoy global, ha nacido anclado a los desafíos específicos que surgen en tiempos y sociedades determinadas. Comprender el origen de tales desafíos y la forma en que se presentan en el mundo actual es una de las tareas que permitirán ir dando contenido y fronteras a un concepto tan extendido y relevante para el pensamiento jurídico como es la idea de “Estado de derecho”.

### III. DIVERSIDAD DE CONTENIDOS

La diversidad que acompaña al concepto de Estado de derecho no solo se encuentra cuando examinamos los orígenes del término, sino, también, su contenido. Y es que decir “Estado de derecho” no es siempre significar lo mismo.

Uno de los que con mayor detención ha abordado esta diversidad de contenidos es Brian Tamanaha en su *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*<sup>15</sup>. Ahí escribe:

“Las teorías formales se centran en las fuentes y las formas apropiadas de la legalidad, mientras que las teorías sustantivas incluyen además requerimientos sobre el contenido del derecho (usualmente, que debe concordar con la justicia o los principios morales)”<sup>16</sup>.

---

pasando finalmente a los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn, de donde la tomaron nuestros constituyentes”, p. 78.

<sup>14</sup> BRAVO LIRA (1996).

<sup>15</sup> Véase TAMANAHA (2011). También puede verse KRYGIER (2012).

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 195.

Como es evidente, esta distinción no es tan estricta como para desechar elementos sustantivos en las concepciones más formalistas ni viceversa.

En la versión que suele ser calificada de “formal”, el Estado de derecho tiende a asociarse únicamente con ciertas características no-sustantivas de las leyes y las instituciones que las aplican. Aquí se inscribe, entre otros, Joseph Raz quien anota que si “*rule of law*” fuera en verdad “*rule of good law*”, entonces no sería un concepto jurídico sino una teoría filosófica. Por eso, por ejemplo, afirma:

“Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de los derechos humanos, en la pobreza general, la segregación racial, las desigualdades sexuales y la persecución racial puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de derecho [...] la ley puede instituir la esclavitud sin violar el Estado de derecho”<sup>17</sup>.

Una afirmación tan contraintuitiva como esa, que nace de la convicción de uno de los filósofos más destacados de nuestro tiempo, resume –de un modo un tanto brutal– la versión formal. Pero no es necesario tener que suscribir las mismas afirmaciones de Joseph Raz para adherir al Estado de derecho en su faceta formal. Lon Fuller, por ejemplo, lejos del positivismo, ha propuesto ocho condiciones formales de cualquier ley para examinar la moralidad interna de un ordenamiento jurídico (*i.e.* operar hacia el futuro, coherentes, posibles de ser cumplidas, relativamente estables, entre otras). Y el respeto a esos elementos formales es lo que permite, en gran medida, llenar de contenido el concepto de Estado de derecho.

Como ha escrito Tamanaha:

“Raz, Fuller, Hayek, Unger y todos los que adoptan esta versión coinciden en que el Estado de derecho fomenta la dignidad y la autonomía individuales permitiendo que las personas planeen sus actividades al conocer de antemano sus implicaciones legales”<sup>18</sup>.

Las teorías sustantivas se levantan sobre una perspectiva diversa. Tras la Segunda Guerra Mundial la visión formalista del Estado de derecho empezó a ser objeto de crítica. La experiencia nacional socialista, donde todas las atrocidades se hicieron al amparo de normas formalmente correctas, hizo crecer una visión más sustantiva. Está bien, se decía, que las leyes fueran claras y obligatorias para todos, pero eso no es lo único que configura el Estado de derecho. Dworkin, por ejemplo, sostuvo que no tenía sentido hablar de Estado de derecho si es que el Estado solo se ceñía al “libro de reglas”

---

<sup>17</sup> RAZ (1979). “The Rule of Law and its Virtue”, citado en TAMANAHA (2013), p. 197.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 199.

(*rule-book*) sin dar una verdadera protección a los derechos de las personas. Y continúa:

“El Estado de derecho es el ideal de gobernar por medio de una concepción pública precisa de los derechos individuales. No distingue, como sí lo hace la concepción reglamentarista, entre Estado de derecho y justicia sustantiva; por el contrario, exige como parte del ideal del Derecho, que las normas reglamentarias capten y hagan cumplir los derechos morales”<sup>19</sup>.

La versión sustantiva es la más extendida hoy pese a que ella va acompañada del crecimiento de la discrecionalidad judicial, como ha destacado, entre otros, Gonzalo Candia<sup>20</sup>. Con todo, este riesgo tiene su causa no exclusivamente en la adhesión a la versión sustantiva de Estado de derecho sino que posiblemente mucho más en la nueva concepción del derecho que, de la mano del neoconstitucionalismo y del fin del formalismo, ha inundado nuestras mentes desde la segunda mitad del siglo XX<sup>21</sup>. Dicho de otra forma, el poder de los jueces es hoy mayor que el de ayer no porque la comunidad epistémica del constitucionalismo global, si algo como eso existe, haya desechado la concepción formal, sino que por la idea de constitución, de principios y de derechos fundamentales que han conformado las bases del derecho público.

En cualquier caso, y en lo que importa a estas páginas, lo relevante es que cuando hoy en nuestro lenguaje habitual decimos “Estado de derecho” solemos incorporar a las exigencias más formales (como el imperio de la ley sobre gobernantes y gobernados) otras que nacieron al amparo de otros principios, pero que, con el abandono del formalismo, se le han adherido fácilmente. Así, decir “Estado de derecho” implica también exigir contrapesos y un control eficaz (que nació con el principio de separación de poderes); la protección de los derechos fundamentales (que toma fuerza con el neoconstitucionalismo); la existencia de un aparato estatal más activo e interventor (que los europeos, bajo las formas del Estado de bienestar, denominaron Estado social de derecho) y, más recientemente, la existencia de un sistema judicial eficiente y el respeto a los contratos (que ha crecido al amparo de los estudios de derecho y desarrollo).

---

<sup>19</sup> DWORKIN (1978). “Political Judges and the Rule of Law”, citado en TAMANAHA (2013), p. 216.

<sup>20</sup> Véase CANDIA (2016) y (2017).

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, GLENDON (1998).



## IV. DIVERSIDAD DE APLICACIONES

No puede extrañarnos que si el origen del concepto responde a desafíos diversos y que si las fronteras de su contenido no generan consensos, también tendremos una amplia diversidad al momento de aplicar el concepto. Como veremos brevemente, la plasticidad es intensa.

### 1. *La Constitución de España de 1978*

Un primer ejemplo lo entrega la Constitución española de 1978. En su preámbulo, establece como uno de sus objetivos “consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. La lectura parece sugerir una adhesión a la versión formal del principio que identifica el Estado de derecho con la idea de imperio de la ley. Sin embargo, como sabemos, más adelante la propia Constitución española incorpora la cláusula de Estado social de derecho que busca darle un contenido sustantivo

Ya es, como veremos más adelante, una expresión de la plasticidad del concepto el “Estado social de derecho”. Pero, al menos por ahora y para mostrar la diversidad de aplicaciones en un aspecto menos trabajado, más interesante que lo anterior es destacar que la frase transcrita presenta algunos desafíos para los hispanohablantes. Ello, pues, en una sola oración, incluye las dos formas tradicionales de expresar la idea de Estado de derecho en lenguaje castellano: “Estado de derecho” e “imperio de la ley”. ¿Hay una repetición en el uso de ambos conceptos? Suponemos que no y que, cuando se dice “Estado de derecho” se está diciendo no solo “imperio de la ley”, sino, también, algo más. Si así fuera, no parece correcta la traducción que se hace de la frase en la versión oficial en inglés de la Constitución española. Ahí se traduce la oración de la siguiente forma: “consolidate a State of Law which ensures the rule of law as an expression of the popular will”. En consecuencia, utiliza *rule of law* para “imperio de la ley” y *State of Law* para “Estado de derecho”. No vale la pena teorizar mucho más al respecto; simplemente, es una muestra más de la plasticidad del concepto.

### 2. *Derecho y desarrollo*

Una segunda aplicación del concepto de “Estado de derecho” que da cuenta de esta diversidad es la que se hace al amparo de los estudios en torno a las relaciones entre derecho y desarrollo (*Law & development*). Como han estudiado diversos autores, existe una correlación entre el respeto al Estado de derecho,

el progreso de los países y la consolidación de las democracias<sup>22</sup>. Con todo, tal afirmación plantea una serie de desafíos que no pueden desatenderse. La más importante para este trabajo es fijar aquello que está inserto en el concepto de “Estado de derecho” que es, por lo tanto, lo que permite el desarrollo.

Trebilcock y Mota, por ejemplo, plantean esta pregunta para luego analizar diversas reglas, instituciones y reformas vinculadas al Estado de derecho en países en vías de desarrollo. Entre las reglas incluyen aquellas que protegen los derechos de propiedad y la exigibilidad de los contratos como elementos fundamentales para el desarrollo económico. Y en lo relativo a las instituciones y reformas, incorpora los sistemas de justicia, que posiblemente nadie se opondría a listar como un elemento fundamental del Estado de derecho. Pero también agrega otro amplio espectro temático como la reforma a la educación legal, a las policías, cárceles y agencias administrativas. Lo hacen porque, sin quitar importancia a las reformas judiciales, igualmente merecen atención “las reformas institucionales que más probablemente afecten las interacciones diarias entre los ciudadanos y el sistema legal”. Será eso lo que permitirá “alimentar un crecientemente robusto electorado nacional en favor del Estado de derecho que refleje las perspectivas de la demanda”<sup>23</sup>.

Desde una perspectiva similar Versteeg y Ginsburg examinan los índices que miden el Estado de derecho en diversos países. Señalan que actualmente hay no menos de ciento cincuenta indicadores de gobernanza, muchos de los cuales directamente cuantifican el grado de Estado de derecho en cada país. Algunos de ellos lo hacen centrándose en las instituciones formales, otros en conductas y unos cuantos en creencias y percepciones. Agregan que medir el “Estado de derecho” es un gran desafío pues intenta simplificar complejos fenómenos sociales en una única medida, enfrentando problemas técnicos y sin claridad real respecto a qué es lo que capturan los indicadores<sup>24</sup>. Como puede apreciarse, la diversidad en la aplicación del concepto de Estado de derecho ya no solo es exclusiva de las escuelas de derecho, sino que también de las escuelas de gobierno y de economía.

Vale la pena agregar que Versteeg y Ginsburg sostienen en su investigación que, pese a esta disparidad de indicadores, los índices que examinan tienen correlación en sus resultados. De esta forma, sugieren, hay algo que atraviesa la idea de Estado de derecho que sí puede medirse, aunque se usen indicadores diversos. La explicación de los autores es que eso se debe a que las estrategias de medición son similares, más que una similitud en la con-

---

<sup>22</sup> Entre otros, véase BILL (2013).

<sup>23</sup> TREBILCOCK & MOTA PRADO (2014), p. 61.

<sup>24</sup> VERSTEEG & GINSBURG (2017), p. 101.

ceptualización del Estado de derecho. Pero hay algo que los mismos autores sugieren que debe destacarse. Se preguntan si cuando hablamos de Estado de derecho no estaremos hablando de un concepto al que le subyace una serie de elementos que no podemos describir con precisión, pero que sí nos ofrece un significado final que “conocemos cuando lo vemos” (utilizan aquí, como recuerdan, la descripción de imágenes obscenas del juez Stewart de la Corte Suprema de Estados Unidos). Y parece que, si no hay tal cosa al nivel de los índices que examinan Versteeg y Ginsburg, algo de eso hay cuando nos referimos a la idea de Estado de derecho. Es decir, un concepto de origen y contenidos diversos que, incluso, en su aplicación despierta dificultades; pero al que le subyace una conceptualización que podemos inferir al verla en aplicación.

Todo lo anterior da cuenta de una nueva faceta de la plasticidad del concepto; ahora en un ámbito como aquel que examinan los estudios de derecho y desarrollo.

### *3. Estado social de derecho*

Una última forma de mostrar la diversidad de aplicaciones del concepto Estado de derecho es cuando se analiza el significado y alcance de una de sus variantes: el Estado social de derecho.

La incorporación de calificativos al Estado de derecho no es nueva y entre ellos pueden sumarse varios: liberal, burgués, social, democrático, constitucional, judicial, etc. Sin lugar a duda, la más extendida hoy es la cláusula de Estado social que se encuentra consagrada en diversas constituciones sin que pueda establecerse a cabalidad qué efectos tiene tal consagración. Nacida al amparo del constitucionalismo de la posguerra a mediados del siglo xx se expandió por Europa de la mano del Estado de bienestar. En la región también fue recepcionado, pero de modos muy diferentes. La constitución de Colombia lo acoge en una adaptación latinoamericana del concepto que, con todo, mantiene fronteras difusas. Décadas después, y ya en este siglo, el constitucionalismo chavista lo adopta como parte de las constituciones autoritarias y populistas que caracterizaron las experiencias de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

El siguiente cuadro transcribe la forma en que se ha plasmado la cláusula de Estado social o sus variantes en algunas constituciones del mundo a fin de apreciar otra faceta de la plasticidad de la noción de Estado de derecho.

Cuadro n.º 1.  
Cláusula de Estado Social en los países que indica

|  |
|--|
| <p>ALEMANIA (1949)</p> <p>Artículo 20.- 1. La República Federal de Alemania es un <i>Estado federal democrático y social</i>.</p> <p>Artículo 23.- 1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, <i>del Estado de derecho, social y federativo</i> y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental.</p> <p>Artículo 28.- 1. El orden constitucional de los <i>Länder</i> debe responder a los principios del <i>Estado de derecho republicano, democrático y social</i> en el sentido de la presente Ley Fundamental.</p> |
| <p>ESPAÑA (1978)</p> <p>Artículo 1.- España se constituye en un <i>Estado social y democrático de Derecho</i>, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.</p>  |
| <p>BRASIL (1988)</p> <p>Artículo 1.- La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en <i>Estado Democrático de Derecho</i> y tiene como fundamentos: I. la soberanía; II. la ciudadanía; III. la dignidad humana; IV. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; V. el pluralismo político.</p>   |
| <p>COLOMBIA (1991)</p> <p>Artículo 1.- Colombia es un <i>Estado social de derecho</i>, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.</p>   |
| <p>VENEZUELA (1999)</p> <p>Artículo 2.- Venezuela se constituye en un <i>Estado democrático y social de Derecho y de Justicia</i>, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.</p>  |

## ECUADOR (2008)

El Ecuador es un *Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático*, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

## BOLIVIA (2009)

Artículo 1.- Bolivia se constituye en un *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Fuente: [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)

Todas estas cláusulas dan cuenta no solo de una diversidad amplia en los calificativos que se agregan a la noción de Estado de derecho. También permiten adelantar que su interpretación es distinta según la cultura constitucional a la que se inserte.

En Colombia por ejemplo, la Corte Constitucional ha sostenido que la definición de Estado social de derecho implica que al Estado colombiano se le atribuyen dos calidades esenciales:

“La sujeción formal al derecho y una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales. El primer elemento es relativo a la validez, el segundo a la justicia”.

Y luego, la misma Corte afirma que el Estado social de derecho colombiano se sostiene sobre:

“Cuatro componentes de interacción recíproca: a) el ser humano como epicentro del derecho; b) el objetivo social del Estado; c) la concepción democrática del poder; y d) la sumisión del poder a la disciplina del derecho”<sup>25</sup>.

El enfoque colombiano es valioso, pues propone un camino para vestir la noción de Estado de derecho de un contenido sustantivo y no exclusivamente formal. En tal sentido, permite dejar atrás algunas miradas que consideran que decir “Estado social de derecho” es una forma de acercarse a un Estado intervencionista al estilo de lo que fue el Estado gestor y económicamente activo que Chile conoció entre las décadas de los cincuenta y los

<sup>25</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de 11 de mayo de 1993, citada en YOUNES (2019), p. 51.

setenta del siglo pasado<sup>26</sup>. Sin embargo, tal perspectiva olvida la evolución del concepto.

En efecto, como recuerda ahora desde el contexto español José Esteve Pardo, que el Estado sea social no quiere decir que es la Administración la que debe asumir las prestaciones sociales sino que a ello también debe concurrir la sociedad civil:

“El programa constitucional del Estado social marca unos objetivos o fines, pero no impone los medios: no se exige en concreto que deba formarse un ingente sector público y un desarrollado aparato administrativo para alcanzar estos objetivos. Podría haberse perfectamente planteado la consecución de los mismos a través del sector privado, tal como se pretende hoy en buena medida al sentirse cada vez más pesada la carga del sector público del que nos hemos dotado”<sup>27</sup>.

Es bueno insistir en esto último: el Estado social de derecho propone un contenido sustantivo al viejo Estado de derecho formal. Y ese contenido sustantivo impone una cierta obligación de resultado para la consecución de un determinado bienestar entre las personas. No es entonces una obligación de medios que exija un único camino para satisfacer aquellos resultados, sino que un mandato a procurar una diversidad de medios para satisfacer un mismo fin, el bienestar social.

## V. DIVERSIDAD JURISPRUDENCIAL

La pluralidad que se ha venido anotando se manifiesta también al momento en que las Cortes se enfrentan al concepto de Estado de derecho y lo abordan en su jurisprudencia. A continuación, analizaremos la jurisprudencia de las más altas Cortes de dos países, Chile y Estados Unidos, que muestran una presencia dispar del concepto. En Estados Unidos es una noción que subyace en su jurisprudencia mientras que en Chile se explicita regularmente.

---

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, VIERA (2015). En esta oportunidad anota: “El Estado Social es aquella figura política que supone que los poderes públicos (principalmente la Administración) asumen la responsabilidad de otorgar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios adecuados para la satisfacción de sus necesidades vitales”, p. 201 y más adelante agrega: “una definición de tal naturaleza no estaría ahí de modo estático sino que habría de suponer una mutación significativa en torno al rol que le cabe al Estado en la economía”, p. 213.

<sup>27</sup> PARDO (2013), p. 57.

## 1. La Corte Suprema de Estados Unidos

La noción de Estado de derecho no es un concepto de uso común en las sentencias de las cortes estadounidenses. En efecto, es posible sostener que la Corte Suprema no se ha involucrado en una discusión exhaustiva sobre la noción de Estado de derecho en abstracto. Lo anterior se aprecia, por ejemplo, consultando los *case law book* a través de los cuales se estudia el derecho constitucional en las universidades de Estados Unidos. En tres de los más importantes, *rule of law* no aparece en el índice de conceptos<sup>28</sup>. Tampoco figura en *The Oxford Companion of the Supreme Court of the United States*, ni como concepto autónomo ni inserto en el índice temático<sup>29</sup>.

Lo anotado no significa que sea un concepto ausente de la reflexión constitucional. En palabras de Kauper<sup>30</sup>, la Corte Suprema tanto en su papel de intérprete de la Constitución como en el de intérprete final de las leyes y tratados de Estados Unidos, cumple una función estratégica toda vez que “le otorga significado empírico al principio político del Estado de derecho”. Así, entonces, mediante las sentencias y la jurisprudencia, principios etéreos y abstractos se ven confrontados a la realidad práctica y adquieren un carácter concreto dotado de contornos y contenido. Algunos casos permiten apreciar lo señalado.

### Cumplimiento de las reglas

En *United States v. United Mined Workers of America*<sup>31</sup>, de 1947, la Corte Suprema debió analizar si acaso el juez de primera instancia habría actuado apropiadamente cuando emitió una orden de alejamiento para evitar una huelga organizada por los mineros y, posteriormente, les multó por actuar en desafío de ella. En particular, y para lo que importa en nuestra materia, en el caso se debatió centralmente sobre la relevancia de respetar y hacer cumplir las órdenes emitidas por la autoridad, y a su turno, de las consecuencias que se siguen de no contar con dichos consensos. Se consideró que la decisión tomada por el sindicato, esto es, desafiar e ignorar la orden de alejamiento –en una industria que, además, era considerada como esencial para la economía del país–, generó una amenaza seria al orden del gobierno constitucional y el bienestar de la nación.

---

<sup>28</sup> Véase SULLIVAN & GUNTHER (2004); LOCKHART, KAMISAR, CHOPER, SHIFFRIN, FALLON (1996) y FARBER, ESKRIDGE, FRICKEY (2003).

<sup>29</sup> HALL (2005).

<sup>30</sup> KAUPER (1961), p. 531.

<sup>31</sup> *United States v. United Mined Workers of America* (1947).

En palabras de la Corte:

“Los beneficios, económicos y sociales que los mineros y los ciudadanos han alcanzado en el pasado, se deben al hecho de que poseen los derechos de los hombres libres bajo este sistema de gobierno”<sup>32</sup>.

En este sentido, los magistrados enfatizan la importancia del sistema, del cual “depende todo el progreso futuro al que con justiciar se pueda aspirar”<sup>33</sup>. Finalmente, expresan que es entendible que la acción de los mineros, de desobedecer la orden de la autoridad judicial, se haya debido a un sentido de lealtad para con su sindicato. Sin embargo, destacan:

“En esta sociedad compleja hay una gran variedad de lealtades limitadas, pero la lealtad primordial a todas es para con el país y sus instituciones, bajo las cuales los legítimos intereses particulares pueden ser perseguidos”<sup>34</sup>.

La opinión del juez Frankfurter, quien concurrió a la decisión mayoritaria, ahonda en la idea que subyace al Estado de derecho. Escribe:

“[la] histórica frase de ‘un gobierno de las leyes, y no de los hombres’ es la característica epítome que distingue a nuestra sociedad política”<sup>35</sup>

de otras. Enfatiza que un aspecto fundamental es que exista un poder judicial independiente que zanje las controversias para que impere el gobierno de las leyes. Utiliza la siguiente frase para indicar la relevancia de este aspecto:

“No puede haber una sociedad de hombres libres si la ley no es administrada por medio de un poder judicial independiente. Si un hombre puede determinar qué es la ley, cualquier hombre puede hacerlo. Esto significa caos primero, tiranía después”.

En estas líneas vemos plasmadas dos ideas. La primera, es el hecho de que las reglas buscan promover estabilidad y desarrollo. En palabras de Anthony Kennedy, magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos, cuando los estadounidenses hablan del Estado de derecho precisamente asumen “que estamos hablando de leyes que promueven la libertad, que promueven la justicia y que promueven la igualdad”<sup>36</sup>. En segundo lugar, la idea

---

<sup>32</sup> United States v. United Mined Workers of America (1947), pp. 306.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Op. cit.*, pp. 307.

<sup>36</sup> Anthony Kennedy, juez de la Corte Suprema de Estados Unidos en una entrevista con el presidente de American Bar Association, William Neukom en 2007, citado en ROSS, REYNOLDS & TRAGER (2020).



de la “lealtad hacia la institucionalidad” que debe ser entendida en el sentido de la importancia del cumplimiento de las normas, elemento central en este principio desde la visión estadounidense. Esto se refiere a la necesaria obediencia debida para con ellas, y, en consecuencia, a la eficacia de las reglas<sup>37</sup>.

### Los precedentes y la certeza jurídica

En el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al.*, la Corte Suprema de Estados Unidos se enfrentó a la posibilidad de revertir el fallo de *Roe v. Wade*, es decir, de revertir un precedente ya establecido por ella misma<sup>38</sup>. A partir de esto, profundizó en una reflexión sobre la legitimidad de la Corte para hacer esto, la confianza depositada en su labor y el valor de los precedentes en tanto encarnan la “continuidad en el tiempo”<sup>39</sup> de las normas o, en otras palabras, el valor de la certeza jurídica. Al fin y al cabo los precedentes son reglas que orientan y en ciertos casos constriñen la labor de las Cortes en la institucionalidad estadounidense.

En la referida sentencia, la Corte sostuvo que, al reexaminar el precedente:

“El juicio de la Corte se informa de una serie de consideraciones prudenciales y pragmáticas, diseñadas para testear la consistencia de anular lo sostenido con el ideal del Estado de derecho, y evaluar los costos respectivos de reafirmar o anular”.

En el fondo, la Corte se debatió entre cambiar el precedente o no, sabiendo que al hacerlo podría poner en cuestión su legitimidad y, en sus palabras, se podría hacer un eventual daño al compromiso de la nación con el Estado de derecho<sup>40</sup>.

La misma idea ha destacado Antonin Scalia al llamar la atención sobre las reglas a las que, incluso, la Corte está sujeta; en el sentido de las normas dictadas por el Congreso y las que la misma Corte se ha dado –los precedentes–. Anota:

“Otra obvia ventaja de establecer lo antes posible un principio claro y general de decisión (es) ser predecible. Aun en tiempos más simples que los actuales, la incertidumbre ha sido vista como incompatible con el Estado de derecho. La aplicación básica de la justicia requiere que aquellos que son sujeto de la ley deban saber qué es lo que ella prescribe”<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> En este sentido, véase FALLON (1997) y WOOD (2003).

<sup>38</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992).

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 855.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 869.

<sup>41</sup> SCALIA (1989).

## Supremacía de la ley sobre todos los individuos

Diane P. Wood, abogada y magistrada de la Corte de Apelaciones (United States Circuit Judge of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit), se refiere al elemento de la supremacía de la ley sobre todos los individuos, desde el Presidente hasta la Corte Suprema, como otro criterio para señalar que estamos frente al Estado de derecho<sup>42</sup>. En este sentido, la idea de la sujeción del ejercicio del poder a las normas vigentes; para ello, cita un caso emblemático que ejemplifica esto. En *United States v. Nixon* se alegó la violación de estatutos federales por miembros de la Casa Blanca y el Presidente alegó la existencia de su fuero ejecutivo (*executive privilege*). Posteriormente, cuando la Corte Suprema conoció el caso señaló:

“Ni la doctrina de la separación de poderes, ni generalizada necesidad de confidencialidad a un nivel alto de comunicaciones, sin más, pueden sostener una absoluta e incondicional privilegio Presidencial de inmunidad contra un proceso judicial en toda circunstancia”.

Todavía más, se indicó que aun cuando las Cortes tienen la mayor deferencia por los actos presidenciales:

“Cuando se demanda fuero Presidencial respecto de materiales solicitados para uso en un proceso judicial criminal se basa, como es en este caso, ya no en motivos de estar implicados secretos diplomáticos o militares, pero meramente bajo motivos de un interés general de confidencialidad, la reivindicación general de fuero del Presidente debe ceder ante la necesidad de evidencia específica y demostrada en un juicio criminal pendiente, y la demanda fundamental del debido proceso de la ley en la administración imparcial de justicia criminal”<sup>43</sup>.

Así las cosas, como remarca Wood, la Corte dejó en claro que nadie, ni siquiera el Presidente de la República, está por sobre la ley<sup>44</sup>.

En definitiva, y como adelantábamos, no es muy usual que la Corte haga referencia directamente a la noción de Estado de derecho, salvo contadas excepciones. Sin embargo, esto no significa que no se tenga en consideración, sino que se trata de un concepto que, más bien, de manera subyacente, ha ido arraigándose en la jurisprudencia estadounidense a partir del reconocimiento de ciertos elementos determinantes de este como criterios

---

<sup>42</sup> WOOD (2003).

<sup>43</sup> *United States v. Nixon* (1974), p. 418.

<sup>44</sup> WOOD (2003).

orientadores en sus sentencias. Así, la importancia de un poder judicial independiente, criterios de equidad, la supremacía de la ley y el papel de la misma Corte Suprema en su revisión judicial, son elementos del Estado de derecho desarrollado en Estados Unidos que se presentan con regularidad.

## 2. *La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chileno*

Si en la Corte Suprema de Estados Unidos la noción de *rule of law* no aparece mencionada regularmente sino que es más bien un concepto subyacente, en el caso de las Cortes chilenas el concepto es mencionado explícitamente en numerosas ocasiones, según veremos a continuación.

### Jurisprudencia sistematizada

Tanto las sentencias de la Corte Suprema como las sentencias del Tribunal Constitucional se refieren con regularidad a este principio. Un claro indicio de ello es que existen más de mil quinientas sentencias que citan textual y precisamente “Estado de derecho” como concepto. Lo anterior, considerando únicamente sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema y en general del Tribunal Constitucional<sup>45</sup>.

Con todo, si se analiza la jurisprudencia sistematizada del Tribunal Constitucional, llama la atención que la noción del Estado de derecho solo aparece en cláusulas que no parecen ser centrales. En efecto, en las más de seiscientas páginas que contempla la *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*, la expresión de Estado de derecho aparece nombrada solo veintiocho veces y en cláusulas tales como la “retroactividad de la ley como atentado al Estado de derecho” o que “Ediciones oficiales de los Códigos contribuyen a la vigencia del Estado de derecho”<sup>46</sup>. Por lo mismo, la mayoría de las veces que las Cortes hacen referencia a dicho principio lo hacen de manera más bien tangencial.

Lo anterior puede interpretarse como que, a pesar de que dicho principio es de radical importancia, su significado se da por sentado, ya que pareciera haber una base que se asume compartida. Así, en vez de abocarse a la determinación de su sentido y alcance, lo utilizan más bien para puntualizar, aclarar o reforzar ideas y posturas, indicando cuando el Estado de derecho está siendo preservado o cuando está siendo vulnerado por determinadas actuaciones o leyes.

---

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo en Vlex, plataforma de búsqueda de jurisprudencia y doctrina, los resultados de búsqueda: <https://bit.ly/3lCEfXP> [fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

<sup>46</sup> NAVARRO y CARMONA (2011).

Así, por ejemplo, ocurre en los casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas como el art. 1.º de la Ley n.º 18216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, donde se menciona al Estado de derecho en asociación con principios y normas relativas al derecho penal<sup>47</sup>. En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 3306-17, se aborda específicamente la importancia del principio de legalidad en materia de derecho penal, y de qué manera esto es un requisito consustancial al Estado de derecho. En particular, señala el Tribunal:

“El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el ‘eje diamantino sobre el que ha de girar el Derecho Penal en un Estado de derecho’: sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio non bis in idem, puede considerarse el Derecho Penal ajustado a las exigencias de un Estado de derecho democrático”<sup>48</sup>.

Luego, en la misma sentencia en su considerando cuadragésimo desliza que, de la misma manera, el principio de seguridad jurídica es parte del Estado de derecho. Así, de a poco surgen elementos relevantes y constitutivos de dicho concepto.

#### Definición del Estado de derecho

Una delimitación de los elementos de este principio se da en la sentencia del Tribunal Constitucional usualmente denominada “Deuda subordinada”<sup>49</sup>. En dicha ocasión, la magistratura se refirió a este principio indicando que la misma Carta Fundamental consagra la existencia de “un Estado de derecho”. Según señaló el Tribunal, esto sería patente de lo dispuesto en “los artículos 5º, 6º y 7º, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad”<sup>50</sup>. De esta manera, claramente lo asocia a los principios de soberanía, supremacía constitucional y legalidad expresados en dichos artículos.

Sobre los elementos propios del Estado de derecho señaló que se encuentran al menos:

“La seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y

---

<sup>47</sup> Requerimiento de inaplicabilidad (2017). En el mismo sentido, Requerimiento de inaplicabilidad (2019).

<sup>48</sup> Requerimiento de inaplicabilidad (noviembre, 2017), considerando 15.º.

<sup>49</sup> Requerimiento de constitucionalidad (1995).

<sup>50</sup> Requerimiento de constitucionalidad (1995), considerando 67.º.

normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados”<sup>51</sup>.

En el mismo sentido, en una sentencia de la Corte Suprema que rechaza un recurso de casación –en el fondo y en la forma– en un caso en que se impugna una actuación de una autoridad municipal, se señala uno de los componentes más importantes del principio de Estado de derecho y se entrega una definición que refuerza la idea de su relevancia en nuestro diseño institucional. En particular, la Corte señaló que, según los requirentes, el supuesto error en que habría incurrido la sentencia objeto de la casación sería haber establecido como apropiado un “reclamo de ilegalidad”, el cual no estaba verdaderamente justificado de manera adecuada en tanto solo podría proceder habiéndose infringido leyes en sentido estricto, lo que no sería el caso. A propósito de esto, la Magistratura advirtió:

“La expresión ‘ilegalidad’ debe ser entendida en su sentido más amplio, esto es, como contrario a derecho, toda vez que el principio de juridicidad que se encuentra consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, constituye la columna vertebral de todo el Estado de derecho”<sup>52</sup>.

A su turno, sostuvo que ese principio:

“Consiste en la sujeción plena, total e integral de todos los órganos de la Administración del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Es decir, la sumisión del Estado no es sólo a la ley, sino al Derecho, que comprende diferentes órdenes jurídicos”<sup>53</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha dicho que el control de legalidad de los actos administrativos por parte del juez es parte fundamental para el Estado de derecho<sup>54</sup>.

De esta manera, es posible sostener que el principio del Estado de derecho se encumbra como una piedra fundamental de la institucionalidad

---

<sup>51</sup> Requerimiento de constitucionalidad (1995), considerando 7.º.

<sup>52</sup> Delegación zonal de Chiloé del Colegio de Arquitectos de Chile con Directora de Obras de la Municipalidad de Castro (2015), considerando 12.º.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Pesquera Bio-Bio SA contra Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano (2010), considerando 2.º. En el mismo sentido, se ha dicho que el principio de legalidad de la administración es un supra principio que le imprime un sello al Estado de derecho moderno, en Cimm Tecnologías y Servicios S.a. con Dirección Regional Trabajo V Región y Otros (2008).

chilena, y que, a su vez, está estrechamente atado a las nociones de certeza jurídica y legalidad. Por otro lado, de nuestra revisión aparece que las Cortes han afirmado que el principio del Estado de derecho implica, a rasgos generales, la supeditación necesaria de la actuación de toda autoridad a la Constitución y las leyes vigentes. Adicionalmente, en ciertas ocasiones han destacado también que este principio implica un límite en el ejercicio de la soberanía de los representantes en su acción legislativa –es decir, en el proceso de formación de la ley–, en tanto la Constitución le demarca límites. De lo anterior, se sigue que la revisión judicial de las leyes es un elemento constitutivo del Estado de derecho<sup>55</sup>. En esto, ahondaremos a continuación.

### Estado de derecho y revisión judicial de constitucionalidad

En ocasiones el Tribunal Constitucional ha dejado entrever una visión más sustantiva del concepto de Estado de derecho. Un ejemplo en este sentido lo encontramos en la sentencia “Píldora del día después (I)”<sup>56</sup>. En dicho fallo del Tribunal Constitucional, los requirentes adujeron que la normativa vulneraba, entre otras normas, los artículos fundamentales del Estado de derecho en Chile, esto es, los arts. 6 y 7. Más allá de entrar al fondo del asunto, es interesante mostrar de qué manera el Tribunal consideró que la noción y el concepto de Estado de derecho eran relevantes en el contexto en que fue invocado.

En la sentencia, la magistratura se refirió a la naturaleza del conflicto y la pertinencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre una discrepancia entre los poderes colegisladores, entre los diferentes poderes del Estado y las desavenencias entre las instituciones que resultaran de un eventual choque de competencias<sup>57</sup>. El Tribunal ahondó largamente en el tema e indicó que era necesario el pronunciamiento de su parte, ya que dejar el conflicto sin resolver significaría “abdicar gravemente de la primera responsabilidad que le cabe al titular del sistema de solución de conflictos de constitucionalidad”<sup>58</sup>. Aun más, citando una sentencia anterior de la misma magistratura, el Tribunal indicó:

---

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo: Requerimiento de inaplicabilidad (junio, 2015); Requerimiento de inaplicabilidad (agosto, 2015); Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (2021); entre otros.

<sup>56</sup> Se reclamó la inconstitucionalidad de la norma que se autorizaba la consejería a menores a partir de los 14 años, sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres, y la utilización de la llamada “Píldora del Día Después” en los Servicios de Salud Municipalizados del país, bajo la modalidad de libre disposición.

<sup>57</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad (2008).

<sup>58</sup> *Op. cit.*, considerando 3.º.

“La decisión también se extiende sobre uno de los pilares básicos de nuestro Estado de derecho, cual es el ámbito de las atribuciones de este Tribunal para velar por el fiel cumplimiento del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6° del Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad”<sup>59</sup>.

En el mismo sentido, en 2008 para el caso conocido como Píldora del Día Después (II), reforzó la idea de la unión inherente que existe entre la jurisdicción constitucional con el Estado de derecho. En aquella ocasión, expresó:

“La resolución de conflictos constitucionales como el de la especie, confiada por el Poder Constituyente al Tribunal Constitucional, tiende a reforzar la plena vigencia del Estado de derecho, tanto en su aspecto material como formal”<sup>60</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad:

“En nada vulnera sino que, por el contrario refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley”

y más todavía que esta competencia:

“Procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones”<sup>61</sup>.

Así, el Tribunal utiliza la noción de Estado de derecho para referirse a la imposibilidad de dejar de actuar, y especialmente de ejercer sus atribuciones en los casos que proceda según ha establecido la Carta Fundamental, pues atentaría contra la supremacía constitucional y, en última medida, contra un pilar del Estado de derecho.

En este sentido, se explica que el papel que le compete a la magistratura constitucional al velar por la sujeción de las actuaciones de las diversas autoridades a la Constitución y las leyes, también se da en el ejercicio del poder dentro del ámbito de competencias que aquellas normas permiten, ya que es una manifestación del mismo principio. Como se ve, se invoca el

---

<sup>59</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad (2008), considerando 4.°.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, considerando 20.°.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, considerando 7.°.

Estado de derecho como herramienta orientadora para el ejercicio de la interpretación constitucional, de la labor misma del Tribunal Constitucional, y en última instancia se hace un reconocimiento a que la jurisdicción constitucional es un elemento fundamental en el Estado de derecho constitucional.

### Estado de derecho y debido proceso

Por otra parte, un elemento relevante es la relación entre el Estado de derecho y las garantías del debido proceso. Al respecto el Tribunal se pronunció en un proceso de declaración de inconstitucionalidad de oficio de un artículo del *Código Tributario*<sup>62</sup>. Para lo que nos concierne, el Tribunal se refirió a dos ideas relevantes. La primera es que vuelve a indicar que el principio de certeza jurídica es un elemento consustancial al principio del Estado de derecho, “cuya custodia se le ha encomendado” a dicha magistratura.

La segunda, es la relación que existe entre este principio político y determinadas garantías, tales como el derecho al juez natural y en general las garantías del debido proceso. En específico, el Tribunal señaló:

“El hecho de que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale previamente la ley y por el juez que lo representa, al tenor de las normas citadas, constituye, por un lado, un derecho esencial que se asegura a toda persona [...]. A la vez, representa un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juicio destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad y que se cumple por las personas naturales que actúan en él. Como puede observarse, el Estado de derecho mismo, en cuanto adecuado equilibrio entre el orden y la libertad, es el que resulta afianzado con el debido respeto al principio de legalidad del tribunal”<sup>63</sup>.

### Estado de derecho y control de la Administración

Finalmente, en el último tiempo la Corte Suprema se ha abocado a la revisión de la aplicación de ciertas medidas en el contexto de la pandemia del Covid-19 y el Estado de Excepción Constitucional. En el caso que revisaremos se discutió la importancia de la fundamentación de los actos discrecionales de la administración, en tanto hay un espacio para la discreción, pero, que en

---

<sup>62</sup> Proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del *Código Tributario* (2007).

<sup>63</sup> *Op. cit.*, considerando 25.º.



ningún caso implica que el acto puede estar exento de racionalidad, criterio que fue sostenido por la Corte. En su argumentación, la sentencia indica:

“La Administración se encuentra sometida a la Constitución y las leyes de la República, requisito *sine quanon* de todo Estado de derecho”<sup>64</sup>,

realizando de esta manera la idea de un Estado de derecho como control sobre los gobernantes.

De lo anteriormente expuesto, es necesario rescatar a lo menos tres ideas. Primero, que la noción de Estado de derecho está explícita en el razonamiento de nuestras Cortes. Luego que, en lo que respecta a su contenido, es un concepto que está fuertemente ligado al principio de certeza jurídica. Por lo mismo, Estado de derecho es sinónimo de la sujeción de los actos de toda autoridad a sus límites y dentro del campo establecido por la Constitución y las leyes. Por último, esto se vincula con la revisión judicial en tanto este mecanismo contra mayoritario que busca hacer valer la supremacía constitucional y –al contrario de que lo que hoy es común escuchar– en última instancia proteger la democracia constitucional.

## VI. IDEAS FINALES.

### NOTAS PARA LA CONCRECIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN CHILE

Toda la pluralidad de orígenes, alcances y perspectivas de la noción de Estado de derecho no impide afirmar que ha sido, es y posiblemente seguirá siendo, un principio fundamental para el derecho público y para el constitucionalismo. No por nada, Waldron lo califica como “una estrella en una constelación de ideales que dominan nuestra moralidad pública”, junto a la democracia, los derechos humanos y la libertad económica<sup>65</sup>. Francesco Viola escribe que es “el punto de partida del camino del derecho hacia la justicia, pero también su punto de llegada obligado”<sup>66</sup>. Y Hayek lo considera no tanto como una regla legal sino como una “doctrina metalegal”<sup>67</sup>. Y aun cuando hay críticas a la plasticidad del concepto<sup>68</sup>, todo indica que seguirá siendo una noción inscrita entre los ideales de una sociedad civilizada.

---

<sup>64</sup> Librería Giorgio San Pedro Ltda. con Secretaría Regional Ministerial de Salud del Biobío (2021), considerando 6.º.

<sup>65</sup> WALDRON (2011).

<sup>66</sup> VIOLA (2017), p. 20.

<sup>67</sup> HAYEK (1997), p. 260.

<sup>68</sup> Una reciente puede leerse en Paul Burgess, “Why we need to abandon “The Rule of Law”, IACL-IADC Blog (September 21, 2021). Disponible en <https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/9/21/why-we-need-to-abandon-the-rule-of-law> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Visto así, terminaremos esta reflexión proponiendo algunas líneas para concretar el concepto de Estado de derecho en nuestra propia tradición jurídica. Ello pues, como ha quedado de manifiesto, la disparidad conceptual que hay tras la idea de Estado de derecho exige atar su concreción a la propia tradición legal en la cual se utilizará como argumento doctrinal o jurisprudencial.

Con tal objetivo es que proponemos algunas ideas generales.

Un concepto relevante tanto para el derecho constitucional como para el derecho administrativo

Nuestra comunidad académica tiende a vincular la noción de Estado de derecho con el derecho constitucional más que con el derecho administrativo. Si bien ambas ramas del derecho público tienen una íntima relación con el principio, lo cierto es que su desarrollo y reflexión ha estado más próximo a la reflexión constitucional que administrativa.

Ello no fue siempre así. Como recuerda Bernardino Bravo Lira refiriendo a un trabajo de Eric Palma, los orígenes del concepto en Chile están ligados a la enseñanza del derecho administrativo y, más específicamente, en las lecciones de Juan Antonio Iribarren y Ernesto Merino, ambas editadas en 1936. Décadas después, en los cincuenta, siguen siendo los administrativistas quienes prestan mayor atención al concepto de la mano de Patricio Aylwin y luego Enrique Silva Cimma. En cambio, anota Bernardino Bravo Lira, “los constitucionalistas van claramente a la zaga de los administrativistas”, siendo Bernaschina el primero que presta atención al concepto (1955), aunque antes ya Rafael Raveau lo había mencionado (1939)<sup>69</sup>.

Como resulta evidente, tanto el derecho administrativo como el constitucional debieran llenar de contenido la noción de Estado de derecho. Ese diálogo contribuirá a resolver una tensión muy propia en la relación de ambas ramas del derecho público evitando, por una parte, una excesiva vinculación del Estado de derecho con el principio de legalidad formal y las reglas de responsabilidad del Estado y, por otra, evitar vaciar de contenido aplicable al principio y transformarlo en un concepto más próximo a la filosofía política que al operador jurídico. Que el concepto sirva de base intelectual tanto a constitucionalistas como administrativistas contribuye a ese equilibrio.

Un concepto que debe reconocer la evolución de nuestra Constitución escrita

La doctrina y jurisprudencia chilena consideran que el Estado de derecho en Chile se encuentran anclado a los arts. 6 y 7 de nuestra Constitución.

---

<sup>69</sup> BRAVO LIRA (1996), p. 28.

Ambas disposiciones, tal como es propio de cualquier evolución constitucional, combinan elementos incorporados en la Constitución de 1980 con otros que tienen larga tradición en nuestro constitucionalismo. Así, según ha mostrado Jaime Arancibia, pueden encontrarse en ambos artículos disposiciones originales de la Constitución de 1818, 1833, 1925, 1980 y de la Reforma del 2005<sup>70</sup>.

La más arraigada parece ser la contenida en el inciso segundo del art. 7 que, al decir de Eduardo Soto Kloss, constituye la regla de oro del derecho público chileno. Dicha disposición, obra de Mariano Egaña, dispone desde hace casi dos siglos que ninguna magistratura, persona o grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los conferidos por la Constitución o las leyes<sup>71</sup>.

En términos globales, el entramado normativo que nace de los arts. 6 y 7 consagra, en primer lugar, la supremacía de la Constitución, esto es, que la Constitución obliga a todos los órganos del Estado así como a toda persona, institución o grupo. También consagra el principio de legalidad que exige para la actuación válida de los órganos del Estado el sometimiento a la ley. Por último, establece la responsabilidad como principio fundamental del Estado de derecho.

Estas tres facetas de los arts. 6 y 7 de la Constitución han sido ampliamente estudiadas por la doctrina y regularmente aplicadas por la jurisprudencia. Son, entonces, normas vivas que han dado forma a nuestra concepción de Estado de derecho.

### Control y contrapesos

Crecientemente se ha ido consolidando la convicción de que la noción de Estado de derecho no implica solo respetar cierto marco normativo dado, sino que, también, ser susceptible de control en el ejercicio de las diversas atribuciones. Así, el control ha pasado a formar parte integral del Estado de derecho de la mano de órganos que han crecido institucionalmente en las últimas décadas.

Por eso es que, cuando se habla de Estado de derecho en Chile, también se piensa en la Contraloría General de la República cuyo papel primordial es el control de la Administración. Igualmente, el concepto se vincula con los tribunales de justicia, de los que se espera un análisis imparcial para resolver las contiendas que se le presentan.

Desde un punto de vista más contingente, las críticas reiteradas al Congreso Nacional, en especial, a su Cámara de Diputadas y Diputados, por

---

<sup>70</sup> ARANCIBIA (2020).

<sup>71</sup> SOTO KLOSS (1989).

la vulneración de diversas reglas del proceso legislativo se tiende a vincular con un deterioro del Estado de derecho. En efecto, si la institución llamada a escribir las reglas no es capaz de respetar los límites que estas mismas reglas imponen, hay un debilitamiento del Estado de derecho y una falla en el control interno y externo. Por eso fue tan criticada la proclama de la presidenta del Senado, Adriana Muñoz (PPD), quien sostuvo:

“Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida como senadora que pasar por sobre la demanda urgente de padres y madres”<sup>72</sup>.

Y la del presidente de la Cámara de Diputadas y Diputados, Iván Flores (DC), quien reconoció que bajo su mandato se había iniciado la tramitación de proyectos inconstitucionales porque así “se ayudaba a revisar temas que era urgente resolver”<sup>73</sup>. Ambas citas no solo dan cuenta de una degradación legislativa sino de un evidente deterioro del Estado de derecho en los últimos años, liderado por legisladores cuyo papel institucional era velar por su protección.

Lo mismo se aprecia cuando la recién nacida Convención Constituyente intenta arrogarse un poder constituyente sin límites o desconocer las reglas que regulan su actuar. Todavía está por verse el daño que estas conductas generen en todo el proceso.

### Un contenido crecientemente desformalizado

Finalmente, decir Estado de derecho en Chile es cada vez más no solo un respeto a las reglas o la existencia de control y contrapesos. También la noción se ha ido llenando paulatinamente de un cierto contenido sustantivo<sup>74</sup>. Si bien, como ya advertimos, los aspectos sustantivos lo transforman en un concepto de fronteras difusas, lo cierto es que tal entendimiento no hace sino seguir una tendencia global en el constitucionalismo<sup>75</sup>.

Una versión más acotada de la faceta sustantiva del concepto está dada por la idea de estabilidad y certeza jurídica que acompaña al clásico principio de legalidad. Es cierto que la estabilidad no es un aspecto propia-

<sup>72</sup> *El Mercurio*, Santiago, 4 de junio de 2020, p. C2.

<sup>73</sup> “Un trabajo prelegislativo entre el gobierno y el Congreso puede ahorrar muchos problemas”: *El Mercurio*, Santiago, 5 de abril de 2020, p. C2.

<sup>74</sup> Por mencionar algunos autores nacionales, véase el desarrollo del concepto en CEA (2015), pp. 291 y ss. Ahí, sin abandonar los aspectos formales, agrega “El Estado de derecho es aquella Nación-Estado o Estado-Sociedad en que impera un sistema jurídico justo [...] tal tipo de Estado tiene ostensible sentido axiológico, imposible de limitar al positivismo formal de la legalidad escrita [...]”. En igual sentido, SOTO KLOSS (2010), p. 575 y ss.

<sup>75</sup> GRIMM (2016), pp. 348 y ss. En similar sentido, BARBER (2018), p. 85 y ss.

mente sustantivo. Con todo, y como ha escrito Francesco Viola, hay algo de materialidad cuando se pone énfasis en la certeza y estabilidad del derecho:

“El deber principal de la *rule of law* es fundamentalmente el de asegurar la estabilidad de los significados normativos mediante procedimientos interpretativos y argumentaciones controladas y consolidadas. La inestabilidad de los significados normativos conduce al arbitrio y esto es siempre fuente de injusticia”<sup>76</sup>.

Es decir, la desformalización del concepto en nuestro derecho no pasa aún por llenarlo de una materialidad sin límites. Sino que por incorporar en los procesos de interpretación del derecho y argumentación el valor de una cierta estabilidad (que no es inmutabilidad) del contenido de las normas para así evitar el arbitrio y la injusticia. Visto así, entonces, la faceta sustantiva no es aquella que nos proponía Dworkin sino, más bien, un contenido determinado sometido a un cambio paulatino.

Con todo, no puede desconocerse que, también en Chile, la plasticidad del concepto parece bien resumida cuando John Finnis escribe que Estado de derecho es aquel “sistema jurídico (que) está jurídicamente en buen estado”<sup>77</sup>. Y, crecientemente, tal cualidad solo puede predicarse de un Estado que se esfuerza por satisfacer los derechos fundamentales de sus habitantes, en la medida de sus posibilidades y con niveles aceptables de eficiencia y eficacia.

Si cuando mañana digamos “Estado de derecho” estamos también diciendo “bienestar, progreso y respeto a los derechos fundamentales” es una cuestión todavía incierta. Solo sabemos que hay luces que nos permiten sostener que poco a poco nuestra concepción se dirige hacia ese destino.

## VII. CONCLUSIONES

1. Esta publicación ha examinado la noción de Estado de derecho desde al menos tres perspectivas, buscando entregar elementos que permitan definir el marco conceptual que determina el contenido de dicho principio. Se observa una multiplicidad de acepciones que son consecuencia de diversos orígenes, cualidades y aplicaciones jurisprudenciales. Por eso concluimos con sugerencias que, en el contexto de la institucionalidad chilena, pretenden contribuir a consolidar una concepción de Estado de derecho chileno.

---

<sup>76</sup> VIOLA (2017), p. 126.

<sup>77</sup> FINNIS (2000), p. 298.

2. Comenzamos esta publicación siguiendo el análisis planteado por Loughlin, y realizando un breve examen del origen de la idea de Estado de derecho. Aquí observamos que el mismo concepto está marcado por orígenes diversos y que en su evolución influyeron tanto el contexto histórico como la tradición desde donde fue desarrollado, esto es, la anglosajona, la alemana, la francesa y la hispana. Pese a esta diversidad, el examen arroja ciertas luces que permiten una mejor comprensión del concepto, ya que se encuentran elementos comunes que se reiteran y subyacen a la noción de *rule of law*, *l'Etat de droit*, *rechtsstaat* y Estado de derecho. De esta manera, es posible trazar en las discusiones que dan origen al Estado de derecho al menos un principio en común: la necesidad que existan cotos vedados al legislador, pues la simple exigencia de gobernar por medio de leyes no es protección suficiente de los derechos y libertades de toda persona.
3. Luego el ensayo se detiene en la diversidad de contenidos. Para eso se examinan las versiones formales y sustantivas de la noción del Estado de derecho. Si bien ambas admiten matices, las primeras sostienen que el Estado de derecho se configura a partir de la necesidad de respetar determinados elementos formales, mientras que las segundas agregan que, para poder ser calificado como un Estado de derecho, es necesario cumplir con exigencias materiales tales como la protección de los derechos fundamentales. Como consecuencia de momentos históricos en los cuales al amparo de las leyes se cometieron atropellos a los derechos fundamentales, la versión sustantiva es la más extendida.
4. Más adelante se revisan otras versiones del Estado de derecho que dan cuenta de su plasticidad. Una de ellas es la correlación entre el respeto al Estado de derecho y el progreso y la consolidación de las democracias de los países, que ha estudiado el *law & development*. Algunos de los elementos que destaca esta versión del Estado de derecho son: la protección del derecho de propiedad, la exigibilidad de los contratos, reformas institucionales que afecten las interacciones diarias entre los ciudadanos y el sistema legal, entre otros. Pese a esta pluralidad de factores, y como han estudiado Versteeg y Ginsburg, todos los índices que miden el Estado de derecho en los diversos países tienen un cierto hilo conductor en su significado final, que trasciende la diversidad en el concepto.
5. Otra expresión del mismo concepto se aprecia en la noción de Estado social de derecho. Este concepto ha sido recogido y plasmado de variadas formas, cada una acorde con la interpretación

que la respectiva cultura constitucional realiza. En estas páginas se ha elaborado brevemente una concepción de Estado social de derecho que se sobrepone a las miradas que consideran que se trata exclusivamente de un Estado intervencionista. Por el contrario, el Estado social de derecho propone un contenido sustantivo al viejo Estado de derecho formal y ese contenido sustantivo impone una cierta obligación de resultado para la consecución de un determinado bienestar entre las personas. No es entonces una obligación de medios que exija un único camino para satisfacer aquellos resultados, sino que un mandato a procurar una diversidad de medios para satisfacer un mismo fin, el bienestar social.

6. La diversidad que se ha expresado hasta aquí se manifiesta también en perspectiva jurisprudencial, tras revisar la heterogénea aplicación que determinadas Cortes hacen del concepto de Estado de derecho. Por un lado, como hemos visto, no es común que la Corte Suprema de Estados Unidos haga referencia directamente a la noción de Estado de derecho. En este caso se trata de un concepto subyacente que ha ido arraigándose en la jurisprudencia estadounidense a partir del reconocimiento de elementos constitutivos del *rule of law* tales como: la importancia de un poder judicial independiente, la supremacía de la ley, el respeto a los precedentes y el papel de la misma Corte Suprema en la revisión judicial.
7. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en las Cortes chilenas sí se utiliza con bastante frecuencia el concepto de Estado de derecho, aunque regularmente no se ahonda en su contenido. Pese a ello hay elementos que se destacan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. Especialmente, la referencia a los arts. 6 y 7 de la Constitución como elementos que constituyen el Estado de derecho y la relación de este con las garantías de independencia del Poder Judicial, con la certeza jurídica y la legalidad.
8. De esta forma, el análisis ha dado cuenta de que, a pesar de la multiplicidad de elementos que cruzan el concepto Estado de derecho, ya sea por sus orígenes diversos, por la variada interpretación anclada a cada identidad constitucional o por el dispar tratamiento que hacen las Cortes, la noción de Estado de derecho sí ofrece un significado final que, como se ha anotado, “conocemos cuando lo vemos”.
9. Finalmente, se proponen ciertos elementos para tener a la vista en la búsqueda de la concreción del concepto del Estado de derecho en Chile. Para ello sugerimos cuatro ideas. La primera es que este

concepto debe ser desarrollado tanto en sede constitucional como en sede administrativa, pues su contenido está íntimamente ligado a ambas. Segundo, que se considere que crecientemente este concepto ha ido relacionándose con la importancia del control y los contrapesos, en tanto implica la posibilidad de la revisión de los actos de la autoridad, buscando que estos se ajusten a los marcos y normativas vigentes en todo momento. En el mismo sentido, y en tercer lugar, el desarrollo de este concepto debe hacerse considerando siempre la tradición constitucional de Chile. Por eso no puede olvidarse que usualmente se relaciona con los arts. 6 y 7 de la Constitución, disposiciones cuya configuración pueden rastrearse en los orígenes del constitucionalismo chileno. Finalmente, se debe considerar la creciente desformalización de la noción de Estado de derecho y su aproximación a una categoría más sustantiva, sin dejar de tener a la vista el riesgo que esto puede encarnar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARANCIBIA, J. (2020). *Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy*. Disponible en [www.uan-des.cl/wp-content/uploads/2020/09/CPR-Edicio%CC%81n-Histo%CC%81rica.pdf](http://www.uan-des.cl/wp-content/uploads/2020/09/CPR-Edicio%CC%81n-Histo%CC%81rica.pdf) [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].
- BARBER, N. W. (2003). "The Rechtsstaat and the Rule of Law [Reseña de Weimar: *A Jurisprudence of Crisis*, by A. Jacobson & B. Schlink]". *The University of Toronto Law Journal*, 53(4). <https://doi.org/10.2307/3650895>
- BARBER, N. W. (2018). *The principles of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press. DOI:10.1093/oso/9780198808145.001.0001.
- BILL, R. (2013). "The Rule of Law and courts in democratizing regimes", in K. WITTINGTON *et al.* (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- BRAVO LIRA, B. (1996). *El Estado de derecho en la historia de Chile*. Santiago: Ediciones UC.
- CANDIA, G. (2016). "La concepción sustantiva del Estado de derecho: problemáticas y desafíos". *Revista Jurídica*, 13 (2). DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.2.
- CANDIA, G. (2017). "El Estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?". *Revista de Derecho*, vol. XXX, n.º 2. DOI: 10.4067/S0718-09502017000200008.
- CEA, J. L. (2015). *Derecho constitucional chileno*. 3ª ed. Santiago: Ediciones UC, tomo I.
- CERDA, J. M. (ed.) (2019). *El Estado de derecho en el mundo hispánico*. Disponible en [www.cijc.org/pt/dosieres/Dosieres/El%20Estado%20de%20Derecho%20en%20](http://www.cijc.org/pt/dosieres/Dosieres/El%20Estado%20de%20Derecho%20en%20)



- el%20Mundo%20Hispanico.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].
- FALLON, R. H. (1997). "The rule of law" as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, vol. 97, n.º 1. <https://doi.org/10.2307/1123446>.
- FARBER, D., W. ESKRIDGE, P. FRICKEY (2003). *Constitutional Law. Themes for the constitution's third century*. 3ª ed. St. Paul: West Academic Publishing.
- FINNIS, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GLENDON, Mary Ann (1998). "El lenguaje de los derechos". *Estudios Públicos*, n.º 70. Disponible en [www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183630/rev70\\_glendon.pdf](http://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183630/rev70_glendon.pdf) [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].
- GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism. Past, present and future*. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.0001.
- HALL, Kermit (ed.) (2005). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- HAVEK, F. (1997). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, tomo II.
- KAHN, Paul. (2016). "Una perspectiva para el constitucionalismo comparado: el análisis cultural del Estado de derecho occidental". *Revista de Derecho*, vol. XXIX, n.º 1.
- KAUPER, P. (1961). "The Supreme Court and the Rule of Law", 59 *Michigan Law Review*, Rev. 531. Disponible en <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol59/iss4/6> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].
- KRYGIER, M. (2012). "Rule of Law", in M. ROSENFELD & A. SAJÓ (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. DOI:10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0012.
- LOCKHART, W., Y. KAMISAR, J. CHOPER, S. SHIFFRIN, R. FALLON (1996). *Constitutional Law*. 8ª ed. United State: West Publishing.
- LOUGHLIN, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- NAVARRO, E. y C. CARMONA (eds.) (2011). "Recopilación de jurisprudencia del tribunal constitucional (1981-2011)". *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 45. Disponible en [www.tribunalconstitucional.cl/descargar\\_documento2.php?id=1479](http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_documento2.php?id=1479) [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].
- PARDO, J. E. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.
- ROSS, S. D., A. REYNOLDS & S. D. TRAGER (2020). *The law of journalism and mass communication*. 7ª ed. United State: Sage Publishing.
- SANTA MARÍA PASTOR, J. A. (2004). *Principios de derecho administrativo general*. Madrid: IUSTEL.
- SCALIA, A. (1989). "The Rule of Law as a Law of Rules". *University of Chicago Law Review*, vol. 56, Issue 4, Article 1. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol56/iss4/1> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

- SOTO KLOSS, E. (1989). “La regla de oro del derecho público chileno: sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1883”. *Anales de la Universidad de Chile*, n.º 20. doi:10.5354/0717-8883.2012.23545.
- SOTO KLOSS, E. (2010). “Estado de hecho o Estado de derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica”, en *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. 2ª ed. Santiago: Abeledo Perrot.
- SULLIVAN, K. & G. GUNTHER (2004). *Constitutional Law*. 15ª ed. Estados Unidos: Foundation Press.
- TAMANAH, B. (2013). *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TREBILCOCK, M. & M. MOTA PRADO (2014). *Advanced Introduction to Law and Development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- VERSTEEG, M. & T. GINSBURG (2017). “Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators”. *Law & Social Inquiry*, vol. 42, issue 1. DOI:10.1111/lsi.12175.
- VIERA, C. (2015). “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, en H. NOGUEIRA (coord.). *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*. Santiago: Librotecnia.
- VIOLA, F. (2017). *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Lima: Palestra.
- WALDRON, J. (2011). “The rule of law and the importance of procedure” in J. FLAMING (ed.). *Getting to the Rule of Law. NOMOS*. New York: NYU Press.
- WOOD, D. P. (2003). “The Rule of Law in Times of Stress”. *University of Chicago Law Review*, vol. 70, 455. Disponible en [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3057&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3057&context=journal_articles) [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].
- YOUNES, D. (2019). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Legis Editores.

### *Jurisprudencia nacional*

- Cimm Tecnologías y Servicios S.A. con Dirección Regional Trabajo V Región y otros (2008): Corte Suprema, causa n.º 2609/2008 (apelación). Resolución n.º 17834 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional), 2 de julio de 2008.
- Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, correspondiente al *Boletín* n.º 8970-06 (2021): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 9939-20, 1 de abril de 2021.
- Delegación zonal de Chiloé del Colegio de Arquitectos de Chile con Directora de Obras de Municipalidad de Castro (2015): Corte Suprema, 26 de noviembre de 2015, rol 1669-2015 (recurso de casación)
- Librería Giorgio San Pedro Ltda. con Secretaría Regional Ministerial de Salud del Biobío (2021): Corte Suprema de Chile, rol n.º 150.549-2020, 22 de marzo de 2021.

- Pesquera Bio-Bio S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano (2010): Corte Suprema de Chile, rol n.º 6475/2010 (apelación). Resolución n.º 37951, Sala Tercera (Constitucional), 8 de octubre de 2010.
- Proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del *Código Tributario* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 681-06, 26 de marzo de 2007.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 393, inciso segundo del *Código Procesal Penal*, deducido por Metalúrgica Vergara hermanos Limitada (2015): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 2702-14, 11 de junio de 2015.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4º de la ley n.º 18883, deducido por Boris Fernández Ormeño (2015): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 2740-14, 20 de agosto de 2015.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pedro Valdivia Soto respecto del artículo 391 n.º 1, quinta causal del *Código Penal*, en el proceso criminal rol n.º 7.981, del ex Sexto Juzgado del Crimen de Santiago, instruido por el ministro en visita extraordinaria Alejandro Madrid Crohare, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal), por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el rol n.º 522-2016 (2017): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 3306-17, de 16 de noviembre de 2017.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Francisco Lipimán Calpán respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley n.º 18216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley n.º 17798, en el proceso penal RIT 82-2016, RUC 1510035995-K, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles (2017): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 3185-16, 27 de marzo de 2017.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Leandro Enrique Betancourt Díaz respecto del artículo 449 n.º 1 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 1800514968-8, RIT N° 565-2018, seguido ante el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en actual conocimiento de la Corte Suprema, por recurso de nulidad, bajo el rol n.º 31246-2018 (2019): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 5835-18, 25 de junio de 2019.
- Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el decreto supremo n.º 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 740-07, 5 de marzo de 2008.
- Requerimiento de un grupo de diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley n.º 18401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada (1995): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 207-95, 22 de enero de 1995.

### *Jurisprudencia extranjera*

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 550 U.S. 833 (1992).

United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974)

UNITED STATES V. UNITED MINED WORKERS OF AMERICA, 330 U.S. 258 (1947).

### *Otros*

Diarios de sesiones de la Cámara de Diputados entre la sesión 91 especial (20 de octubre de 2019) y la sesión 104 especial (13 de noviembre de 2019), en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Diarios de Sesiones Quincuagésimo Quinto Período Legislativo (11-03-2018 a 10-03-2022)*. Disponible en [www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodo\\_detalle?inicio=2018-03-11&fin=2022-03-10&periodo=1990-2026&cam=Diputados](http://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodo_detalle?inicio=2018-03-11&fin=2022-03-10&periodo=1990-2026&cam=Diputados) [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].