



Estrasburgo, 4 de abril de 2011
Estudio N° 512/2009

CDL-AD(2011)003rev
Or. Ing.

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO
(COMISIÓN DE VENECIA)

REPORTE

SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

**Adoptado por la Comisión de Venecia
en su 86a sesión plenaria
(Venecia, 25-26 de marzo de 2011)**

basado en los comentarios de

**el Sr. Peter van DIJK (miembro, Holanda)
el Sr. Gret HALLER (miembro, Suiza)
el Sr. Jeffrey JOWELL (miembro, Reino Unido)
el Sr. Kaarlo TUORI (miembro, Finlandia)**

Este documento ha sido traducido al español por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México.

Tabla de contenidos

I. Introducción.....	3
II. Orígenes históricos del Estado de Derecho, <i>Etat de droit</i> y <i>Rechtsstaat</i>	3
III. El Estado de Derecho en el derecho positivo.....	6
IV. En busca de una definición.....	11
V. Nuevos desafíos.....	18
VI. Conclusión.....	18
Anexo: Lista de verificación para evaluar el estado de derecho en los Estados parte.....	20

I. Introducción

1. El concepto de "Estado de Derecho", junto con la democracia y los derechos humanos,¹ conforman los tres pilares del Consejo de Europa y encuentra fundamento en el Preámbulo del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.
2. Dicho concepto se encuentra también consagrado en un gran número de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y demás documentos que establecen estándares, de esa naturaleza.
3. El presente estudio se respalda en la Resolución 1594 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre "El principio del estado de derecho" (véase en particular el párrafo 6.2, el cual se refiere a la Comisión de Venecia). Su propósito es identificar una definición consensuada del estado de derecho, que pueda ayudar a las organizaciones internacionales así como a los tribunales internacionales y nacionales en la interpretación y aplicación de este valor fundamental. Esta definición debe, por lo tanto, ser de una naturaleza tal, que permita una aplicación práctica.
4. Aunque la terminología es similar, es importante señalar desde el principio que la noción del "Estado de derecho" no siempre es sinónima de las de "*Rechtsstaat*", "*Estado de Direito*" o del "*Etat de droit*" (o del término empleado por el Consejo de Europa: "*prééminence du droit*"). Tampoco es sinónimo de la noción rusa de "Estado de las leyes"), (*verkhovenstvo zakona*), así como tampoco con el término "*pravovoe gosudarstvo*" ("estado gobernado por la ley")².
5. Este reporte pretende reconciliar las nociones mencionadas en el párrafo anterior, especialmente aquéllas de "Estado de Derecho", "*Rechtsstaat*" y "*Etat de droit*"³.
6. El presente reporte fue adoptado por la Comisión de Venecia en su 86ª sesión plenaria (25-26 de marzo de 2011).

II. Orígenes históricos del Estado de derecho, el *Etat de droit* y el *Rechtsstaat*

7. Las cualidades comprendidas en la noción del estado de derecho han sido planteadas por siglos, desde la antigüedad. Platón dijo que "Donde la ley está sujeta a otra autoridad y no tiene autoridad propia, no está lejos, en mi opinión, el

¹ Estatuto del Consejo de Europa (ETS No. 001), en particular su Preámbulo y el artículo 3.

² Hiroshi Oda, "El Surgimiento del *Pravovoe Gosudarstvo (Rechtsstaat)* en Rusia" 25 Revisión de la Ley de Europa Central y del Este, 1999, No. 3, 373.

³ Para una explicación sobre la diferencia en los orígenes y concepto entre el *Rechtsstaat*, *Rule of Law* and *Etat de Droit* véase M. Loughlin, *Fundamentos de Derecho Público*, (2010), cap. 11.

colapso del estado, pero si la ley es la ama del gobierno y el gobierno su esclavo, entonces la situación se vuelve prometedor y los hombres pueden disfrutar de todas las bendiciones que los dioses dejan caer sobre un Estado"⁴. El concepto moderno del estado de derecho fue abordado particularmente por el especialista en derecho constitucional británico el profesor A.V. Dicey en su libro *Introducción al Estudio del Derecho de la Constitución* (1885)⁵.

8. Dicey creía que había dos principios inherentes a la Constitución Británica no escrita. El primero, y el más importante, era el de la "soberanía o supremacía del Parlamento" (reforzando así la noción del gobierno representativo como característica principal de un estado democrático). El segundo principio, que atenuó al primero (pero que en el contexto del Reino Unido no lo desplazó) era el del estado de derecho.

9. Así, Dicey veía al estado de derecho como una restricción (aunque no como control último) del poder teóricamente ilimitado (en el contexto Británico) del Estado sobre el individuo. Para él, el principio del estado de derecho resultaba del derecho de *common law* existente (creado por el juez) a lo largo de los años (y no era necesario, por lo tanto, codificarlo en una constitución escrita). Para Dicey el estado de derecho tenía tres características fundamentales: primera, que ninguna persona podía ser castigada, a menos de que infringiera la ley, misma que debía ser certera y prospectiva, para regular las acciones y transacciones de las personas y no permitir que fueran castigadas retroactivamente. Creía que el poder discrecional podría llevar a la arbitrariedad. Segunda, que ninguna persona debía estar encima de la ley y que todas las clases debían estar sujetas a la ley de igual manera. Tercera, que el estado de derecho no debía emanar de ninguna constitución escrita, sino del "derecho del *common law* (hecho por el juez)".

10. La tercera característica de Dicey del estado de derecho no puede subsistir en una sociedad moderna, y aunque la primera (legalidad y seguridad) y la segunda (igualdad) características son el núcleo del concepto, la visión de Dicey sobre la seguridad jurídica no fue universalmente aceptada en la medida en que creía que cualquier poder discrecional llevaría inevitablemente al ejercicio "arbitrario" del poder⁶.

11. En la primera mitad del siglo XX, el estado de derecho llegó a ser un concepto altamente debatido, cuando la oposición de Dicey al poder discrecional fue retratada por los arquitectos del "estado de bienestar", centrándose en oposición a

⁴ Platón, *Las Leyes*, Libro IV, 715 d; *Obras Completas*, Cooper, Jonh et al. Hacket Publishing Company Inc. 1997, Indiana, p. 102. Para una explicación de la diferencia en los orígenes del concepto de rule of Law en el mundo antiguo véase M. Laughlin, *Espadas y Escalas* (200), cap. 5; B. Tamanaha, *Sobre el Estado de derecho: Historia, Política y Teoría* (2004), cap1.

⁵ 10^a ed.1959 con la introducción de E.C.S.Wade, London, MacMillan, cáp.4.

⁶ Sobre el tema véase Jeffrey Jowell, "El Estado de Derecho y sus valores fundamentales", en *El Cambio de la Constitución*, editado por Jeffrey Jowell y Dan Oliver, 7^a edición, Oxford University Press 2011, Kaarlo Tuori, *El Estado de Derecho y el Rechtsstaat*, en Ratio y Voluntas, Ashgate 2011, cap. 7, pp 8 ff; Erik O. Wennerstöm, *El Estado de Derecho y la Unión Europea*, Uppsala; Iustus Förlag 2007, pp. 61 ff.

la intervención gubernamental. La discrecionalidad fue entendida como necesaria para la toma de decisiones dentro de una sociedad cada vez más compleja.

12. Desde mediados del siglo XX, el estado de derecho se reconcilió con el poder discrecional. La discrecionalidad fue aceptada, limitándola ésta a la letra y propósito de la ley que la confiere, así como a otros elementos del estado de derecho, como el derecho de todas las personas a tener acceso a procedimientos justos ante un tribunal imparcial e independiente, y que la aplicación del Derecho se efectuara consistente e igualmente y de una manera no arbitraria o alejada de la razón.

13. El concepto de *Rechtsstaat* se enfoca, por definición, primordialmente a la naturaleza del Estado. Mientras el estado de derecho surgió de los tribunales, el *Rechtsstaat* surgió de las constituciones escritas⁷. El teórico más importante de esta noción fue Robert von Mohl (1831). El *Rechtsstaat* fue concebido en oposición al Estado absolutista, que confería poderes ilimitados al poder ejecutivo. La protección en contra del absolutismo tenía que ser garantizada por el legislativo, y no únicamente por los tribunales.

14. El enfoque francés puede observarse en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). La noción del *Etat de droit* (que siguió al concepto positivista del *Etat legal*) pone menos énfasis en la naturaleza del Estado, al cual considera como garante de los derechos fundamentales consagrados en la constitución en contra del legislador. Como fue desarrollado a principios del siglo XX por Carré de Malberg, el *Etat de droit* connota una revisión (judicial) constitucional de la legislación ordinaria⁸.

15. El estado de derecho ha sido interpretado muchas veces, pero debe distinguírsele de un concepto puramente formalista bajo el cual cualquier acto de algún funcionario público que esté autorizado por la ley cumple con sus requisitos. Con el paso del tiempo, la esencia del estado de derecho en algunos países fue distorsionada y se asimiló al "estado formalista" (*rule by law*), o al "estado legalista" (*rule by the law*), o incluso al "derecho de las leyes" (*law by rules*). Estas interpretaciones permitían actos autoritarios por parte de los gobiernos y no reflejaban el significado actual del estado de derecho⁹.

16. El estado de derecho, propiamente, es inherente a cualquier sociedad democrática y la noción de estado de derecho implica que cualquier persona debe ser tratada con dignidad, igualdad y racionalidad y conforme a la ley por quienes toman las decisiones, así como que debe tener la oportunidad de objetar la legalidad de cualquier decisión ante tribunales independientes e imparciales, a través de un proceso justo. Consecuentemente, el estado de derecho se ocupa del

⁷ Wennerström, p. 50.

⁸ Véase en particular a Wennerström, pp. 73 ff.

⁹ Véase el trabajo de 3 volúmenes sobre el estado de derecho de Serhiy Holovaty, *El Estado de Derecho*. Kyiv, Phoenix Publishing House (2006) LXIV,1747 (Vol. 1: El Estado de Derecho: de la idea a la Doctrina; Vol. 2: El Estado de Derecho: de la Doctrina al Principio; Vol. 3: El Estado de Derecho: La Experiencia Ucraniana).

ejercicio del poder y de la relación entre el individuo y el estado. No obstante, es importante reconocer que durante los últimos años, debido a la globalización y la desregulación, existen actores públicos internacionales y transnacionales así como actores híbridos y privados, con gran poder sobre las autoridades estatales, así como sobre los ciudadanos. En la parte V ("Nuevos desafíos"), este reporte reflexiona de manera breve sobre si el estado de derecho debe extenderse a limitar los actos de estos grupos, así como los de las autoridades públicas tradicionales a nivel estatal.

III. El estado de derecho en el derecho positivo

a. Derecho internacional

17. El concepto de estado de derecho se encuentra presente tanto a nivel nacional, como a nivel internacional¹⁰. Los documentos más importantes al respecto son los tratados internacionales. Esta sección se referirá en un primer momento a (a) los textos redactados por varias organizaciones internacionales y supranacionales y después (b) a ejemplos provenientes del derecho nacional.

18. Para el Consejo de Europa, las referencias más importantes sobre el estado de derecho se encuentran en:

- el Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, el cual subraya la "devoción" de los estados miembros "a los valores espirituales y morales que conforman la herencia común de sus pueblos y la fuente real de la libertad individual, política y del estado de derecho, principios que forman la base de toda democracia genuina";
- el Preámbulo del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que estipula que "los gobiernos de los países europeos [...] poseen un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho".

19. En ambos casos, la expresión "estado de derecho" fue traducida al francés como "*prééminence du droit*" y no como "*Etat de droit*".

20. Sin embargo, ni el estado de derecho (ni el *Rechtsstaat* ni el *Etat de droit*) se encuentran definidos en estos textos.

21. Por ejemplo, al hablar del "estado de derecho como parte de la misión principal del Consejo de Europa", el Comité de Ministros del *Consejo de Europa* citó diversos documentos que se referían a tal concepto, pero también hizo notar que "los puntos de vista precedentes no son suficientes para la redacción de una lista de requisitos clave sobre el estado de derecho, aceptados por el Consejo de

¹⁰ Véase R. McCorquodale, ed. *El Estado de Derecho en el Contexto Internacional y Comparado*, Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado (2010).

Europa, y mucho menos de una definición”¹¹. Lo anterior conlleva al documento a afirmar que “la Organización trabaja diario de manera pragmática para promover y reforzar el estado de derecho en y entre sus estados miembros”. Sin embargo, este enfoque pragmático y *ad hoc* parece abrir camino a un consenso para incluir, dentro del estado de derecho, una referencia específica a requisitos tales como la prohibición de la arbitrariedad, el derecho a obtener una reparación por parte de jueces independientes en tribunales abiertos, o la seguridad jurídica y la igualdad de todos ante la ley¹².

22. La Resolución 1594 (2007), titulada “El principio del estado de derecho”, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 23 de noviembre de 2007, tampoco aclara el contenido de este principio.

23. En la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, puede encontrarse más información al respecto. La Corte considera que el estado de derecho es un concepto inherente a todos los artículos del Convenio (y hace uso no sólo de los términos en francés “*prééminence du droit*”, sino también de “*Etat de droit*”)¹³. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, tal cual fue resumida en el ya mencionado reporte redactado en el marco de la Presidencia Sueca del Comité de Ministros (CM(2008)170), aplica la noción del estado de derecho a diversos temas, con un enfoque más bien formal, empezando por el principio de legalidad en estricto sentido, y desarrollando al mismo tiempo varios aspectos del debido proceso (procesal) y de la seguridad jurídica, así como sobre la separación de poderes, incluyendo el judicial, y la igualdad ante la ley¹⁴. En el caso *Golder v. UK* (1975) 1 EHRR 524, la Corte estipuló (en el párrafo 34) que “uno puede difícilmente concebir al estado de derecho sin que exista la posibilidad de tener acceso a los tribunales”. Véase también el caso “*Philis v. Grecia* (1991), Serie A No. 209, párrafo 59. La referencia de la Corte al estado de derecho como inherente a todos los artículos de la Convención le da, no obstante, también una naturaleza sustantiva¹⁵.

24. En la *Organización de las Naciones Unidas*, la noción del estado de derecho, que aparece en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), es utilizada para promover diversos principios que varían de acuerdo con el contexto específico. Una comparación entre dos reportes redactados en intervalos cortos (2002 y 2004) muestra esta variación en el enfoque; el primero insiste, por ejemplo, en elementos como un poder judicial

¹¹ Véase el Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general CM(2008)170, 21 de Noviembre de 2008, párrafo. 22.

¹² *Ibid.*, párrafos. 29-30. Véase también, G. Palombella y N. Walker, *Reubicando el Estado de Derecho*, Hart Publishing, 2009.

¹³ ECtHR *Stafford v. United Kingdom*, 28 de mayo de 2002, párrafo 63.

¹⁴ En cuanto a la «concordancia con la ley» la Corte generalmente requiere que un poder del estado encuentre apoyo en una norma legal. Sin embargo, la Corte ha empezado a estrechar el vínculo entre democracia y el estado de derecho, requiriendo que una norma establezca el marco de ciertos poderes discrecionales del estado para restringir los derechos humanos. Véase, respecto a la vigilancia, *Iordachi and Others v. Moldova*, 10 de febrero del 2009.

¹⁵ Véase la lista extensa de casos de la Corte en los que el estado de derecho es citado por Holovaty (arriba, cita 9) pp.1169-1214. Y véase el resumen de los casos en las pp.1215-1220

independiente, instituciones de derechos humanos independientes, poderes estatales limitados y definidos y elecciones transparentes y justas; mientras que el segundo se enfoca, de una manera más clásica, en elementos como la calidad de la legislación, la supremacía de la ley, la igualdad ante la ley, la rendición de cuentas, la seguridad jurídica, la transparencia legal y procesal, la eliminación de la arbitrariedad, la separación de poderes, etc.¹⁶ Una resolución del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2005 se enfoca en elementos como la separación de poderes, la supremacía de la ley y la igualdad de protección bajo la ley¹⁷.

25. Una definición amplia del estado de derecho fue ofrecida por el ex Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan. En su informe de 2004 estableció que: "El 'estado de derecho' [...] se refiere a un principio de gobernabilidad según el cual todas las personas, las instituciones y las entidades, públicas y privadas, incluyendo al Estado mismo, son responsables ante las leyes promulgadas públicamente, aplicadas con igualdad y adjudicadas independientemente, y que cumplen con las normas y estándares sobre derechos humanos. Requiere también de medidas para asegurar el apego a los principios de supremacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, imparcialidad en la aplicación de la ley, separación de poderes en la toma de decisiones, seguridad jurídica, eliminación de la arbitrariedad y transparencia legal y procesal"¹⁸.

26. Dentro de las organizaciones regionales diferentes al Consejo de Europa, vale la pena mencionar particularmente a la OSCE (*Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa*). Los elementos principales de la doctrina de esta organización sobre el tema fueron resumidos en un documento sobre los *Compromisos de la OSCE con relación al estado de derecho*¹⁹. De acuerdo con el documento de Copenhague de 1990 (2), "el estado de derecho no implica meramente una legalidad formal, que asegure la regularidad y consistencia en el logro y ejecución de un orden democrático, sino también significa el logro de la justicia basada en el reconocimiento y la plena aceptación del valor supremo de la personalidad humana, garantizada por instituciones que cuenten con un marco para su más amplia expresión". "La democracia es un elemento inherente del estado de derecho" (3). El documento sobre los compromisos de la OSCE relativo al estado de derecho cita varios compromisos de los estados participantes sobre la independencia del poder judicial y los profesionales del derecho, y de la operación imparcial del servicio judicial público, así como de la administración de justicia. La Decisión del Consejo Ministerial de Helsinki No. 7/08 sobre "*El fortalecimiento del estado de derecho en el área de la OSCE*" alentó a los Estados participantes a reforzar el estado de derecho, *inter alia*, en las siguientes áreas: independencia del poder judicial, administración efectiva de justicia, derecho al debido proceso, acceso a los tribunales, responsabilidad de las instituciones

¹⁶ Wennerström, pp. 23 ff; véase los Documentos Secretariales de la ONU A/57/275 y S/2004/616.

¹⁷ DH Res. 2005/32 *Democracia y el estado de derecho*.

¹⁸ El estado de derecho y la justicia transitoria en las sociedades en conflicto y post-conflicto. Reporte de la Sociedad General, Doc. S/2004/616, 23 de agosto de 2004. Véase párrafo 6.

¹⁹ http://www.osce.org/documents/odihr/2009/01/36062_en.pdf.

estatales y de los funcionarios públicos, respeto al estado de derecho en la administración pública, derecho a una defensa legal y respeto a los derechos humanos de las personas detenidas; prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes; sensibilización y educación dirigida a los profesionistas legales y al público en general sobre el estado de derecho; la existencia de recursos legales efectivos y acceso a los mismos; cumplimiento de estándares y prácticas relacionados con el estado de derecho en el sistema de justicia penal, y la lucha contra la corrupción.

27. La OCDE también propuso una definición, según la cual “el estado de derecho se compone de los siguientes elementos fundamentales, los cuales si bien son independientes, deben interactuar entre sí: [1] La existencia de reglas y valores básicos que un pueblo comparte y con base en los cuales acuerda obligarse (constitucionalismo). Esto aplica a constituciones escritas y no escritas. [2] La ley debe regir al gobierno. [3] Un poder judicial independiente e imparcial debe interpretar la ley. [4] Quienes administren la ley, deben actuar de manera consistente, sin discriminación injustificada. [5] La ley debe ser transparente y accesible para todos, especialmente a las personas vulnerables que necesiten mayor protección. [6] Una aplicación eficiente y oportuna de la ley. [7] La protección legal de los derechos, especialmente de los derechos humanos. [8] La ley puede ser modificada por medio de un proceso establecido que sea transparente, que fije responsabilidades y que sea democrático²⁰.

28. En la *Unión Europea*, el concepto de estado de derecho se encuentra consagrado no sólo en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (TUE), sino también en su artículo 2, según el cual “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. También aparece como base de la acción externa,²¹ así como en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales. En francés, el término *Etat de droit* es utilizado, mientras que en su versión alemana se utiliza el término *Rechtsstaatlichkeit*. Tampoco aquí se encuentra definida la noción. El concepto de *estado de derecho* ha sido utilizado en la Unión Europea para abarcar diversos significados, incluyendo nociones formales, como la supremacía de la ley, pero también nociones sustantivas, como el respeto por los derechos fundamentales, y nociones específicas para el derecho de la Unión Europea, como la aplicación justa de la ley, el goce efectivo de los derechos, la protección a las expectativas legítimas, e incluso la anticorrupción (en las relaciones externas)²².

29. Otros cuerpos normativos internacionales han garantizado frecuentemente el estado de derecho. Por ejemplo, los *Principios de la Cámara Latimer* de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth of Nations*) (2003) indican que “los poderes judiciales y los parlamentos deben cumplir sus respectivos y críticos

²⁰ Igual Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho. Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OECD (CAD). La integración de la Prevención de Conflictos (2005).

²¹ Artículo 21 TEU.

²² Wennerström, véase en particular las tablas en las pp. 160, 218-219, 289-290 y 302.

papeles de acuerdo con la promoción del estado de derecho de manera complementaria y constructiva”. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) ha estudiado sistemáticamente el estado de derecho a lo largo de los años y adopta la noción del estado de derecho como un principio fundamental para la protección de los individuos de la arbitrariedad del poder del estado, que engrandece la dignidad humana. La Asociación Internacional de Barras (*International Bar Association*) de manera similar ha concebido al estado de derecho como un concepto principal para todos los miembros practicantes de la profesión legal²³.

b. Derecho nacional

30. En la legislación nacional, el término *Rechtsstaat* se encuentra en diversas provisiones de la Ley Fundamental Alemana, en particular en lo que concierne al orden constitucional de los Länder (Estados) y la Unión Europea.²⁴ Por otra parte, la interpretación sustantiva del *Rechtsstaat* ha ganado terreno en Alemania, tanto en la doctrina de derecho constitucional como en el trabajo del Tribunal Constitucional²⁵.

31. En el Reino Unido, la noción del estado de derecho es un principio constitucional importante, reconocido como una restricción a la actuación del gobierno y al ejercicio del poder. Es aplicado por los tribunales, y la Ley de Reforma Constitucional de 2005 hace una mención explícita de la noción del estado de derecho, al establecer que “Esta ley no afecta de manera adversa – (a) el principio constitucional existente del estado de derecho, o (b) el papel constitucional vigente del Señor Canciller en relación con ese principio.”

32. La noción de estado de derecho (o de *Rechtsstaat/Etat de droit*) aparece como característica fundamental del estado en varias constituciones de países del Centro y Este de Europa que pertenecían al bloque socialista (Albania, Armenia, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Georgia, Hungría, “la República ex Yugoslava de Macedonia”, Moldova, Montenegro, República Checa, Rumania, Serbia Ucrania); es más rara en democracias viejas (Alemania, Andorra, España, Finlandia, Malta, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza, Turquía). Puede encontrarse principalmente en los preámbulos o en otras disposiciones generales. Sin embargo, existen más disposiciones concretas en España, de acuerdo con las cuales “los Tribunales controlan el poder para emitir regulaciones y asegurar que el estado de derecho prevalezca en los actos administrativos”; los tribunales, al igual que los fiscales, se encuentran sujetos al estado de derecho²⁶. En Suiza, “las actividades del estado deben estar basadas en y limitadas por el estado de derecho”²⁷.

²³ F. Neate (ed). *El Estado de Derecho: Perspectivas de todo el Mundo*, IBA; LexisNexis (2009).

²⁴ Artículos 28 y 23.

²⁵ Kaarlo Tuori, *El Rechtsstaat*, p. 12.

²⁶ Artículos 106, 117 y 124 de la Constitución.

²⁷ Artículo 5.1 de la Constitución (“Le droit est la base et la limite de l'autorité de l'Etat” / « Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht »).

33. La noción del estado de derecho es, sin embargo, difícil de encontrar en aquellas ex Repúblicas soviéticas que experimentaron la noción de *legalidad socialista*. El enfoque marxista clásico está basado en la idea de la decadencia del Estado y, por tanto, de la ley que emana de él. Es bien sabido que la práctica en el sistema Soviético llevó, por el contrario, a la hipertrofia del estado. La Constitución Soviética de 1936 (artículo 113), por ejemplo, estipulaba que “el Supremo poder de supervisión de la ejecución estricta de las leyes por el Comisariado del Pueblo y todas las instituciones subordinadas a él, así como por los servidores públicos y los ciudadanos de la U.R.S.S., es atribución del Procurador de la U.R.S.S.” Más allá del papel específico del fiscal general (Procurador), lo que debía salvaguardarse era la “estricta ejecución de la ley”. Aquí no había un concepto general del estado de derecho, sino una noción más estrecha de la estricta ejecución de las leyes, basada en un enfoque muy positivista. Lo anterior inhibió avanzar más allá de la primera etapa de la definición de estado de derecho, “estado formalista”, o de “estado legalista”.²⁸ Esta concepción puede estar aún presente en la práctica e impedir el desarrollo de una definición más integral del estado de derecho; la ley es concebida más fácilmente como un instrumento del poder que como un valor a respetar. En otras palabras, especialmente en las nuevas democracias, los valores del estado de derecho necesitan “sedimentación”, lo que significa que tienen que convertirse en parte de la práctica cotidiana²⁹ y, en palabras de Valery Zorkin, de la “consciencia jurídica”³⁰.

IV. En busca de una definición

34. Las divergencias de los significados adjudicados a la noción de estado de derecho – así como a la de *Rechtsstaat* – pueden llevar a poner en duda su utilidad como concepto fundamental en el derecho público³¹. Sin embargo, debe ser entendido y, por lo tanto, definido, puesto que aparece en muchos textos legales, y porque el estado de derecho es aceptado como ingrediente fundamental de cualquier sociedad democrática.

35. Al observar los instrumentos legales, nacionales e internacionales, y las publicaciones de académicos, jueces y otros, parece ser que hay un consenso sobre el significado central del estado de derecho y de los elementos que lo integran.

36. Quizá la siguiente definición de Tom Bingham es la que de mejor manera cubre los elementos esenciales del estado de derecho:

²⁸ Véase el análisis de S. Holovaty (arriba, nota 9) en las pp. 1655-65.

²⁹ En la sedimentación del estado de derecho, véase Kaarlo Tuori. *El “Rechtsstaat” en el Campo Conceptual – Adversarios, Aliados y Neutrales, Asociaciones* Vol. 6 (2002) Número 2, pp. 201-214, 212.

³⁰ VD Zorkin, “Estado de Derecho y el conocimiento de las leyes”, Francis Neate (ed.) *El Estado de Derecho, Perspectivas de todo el Mundo (2009)* pp. 43-54.

³¹ Este es, por ejemplo, el punto de vista de Martin Loughlin, como fue expresado en el documento CDL-DEM(2009)006 (El Estado de Derecho en la Jurisprudencia Europea), p. 3.

“todas las personas y autoridades dentro de un estado, sean públicas o privadas, están obligadas por las leyes públicas y tienen el derecho a gozar de sus beneficios, surtiendo sus efectos (generalmente) en el futuro y administradas públicamente en los tribunales”³².

37. Esta corta definición, que aplica tanto a cuerpos públicos como privados, se expande a través de 8 “ingredientes” del estado de derecho. Estos incluyen: (1) la accesibilidad de la ley (que sea inteligible, clara y predecible); (2) las cuestiones sobre derecho deben ser decididas por la ley y no a discreción; (3) la igualdad ante la ley; (4) el poder debe ejercerse legal, justa y razonablemente; (5) los derechos humanos deben ser protegidos; (6) deben preverse medios gratuitos para resolver disputas sin dilaciones indebidas; (7) los juicios deben ser justos, y (8) el Estado debe cumplir con sus obligaciones de derecho internacional y nacional.

38. El requisito de Bingham de que las leyes deben ser creadas públicamente, con efectos futuros, se enfrenta a la naturaleza de la ley y la toma de decisiones legales, requiriendo, como Dicey, que las leyes sean accesibles, claras y prospectivas. Sin embargo, al expandir tal definición, Bingham deja claro que, aunque, a diferencia de Dicey, reconoce que la discrecionalidad por parte de los funcionarios públicos es necesaria en nuestra compleja sociedad, ésta no debe ser ilimitada, y no debe permitir decisiones arbitrarias y sin fundamento (la naturaleza del derecho se compone, por lo tanto, de contenido procesal y sustantivo).

39. La afirmación de Bingham de que todas las personas y autoridades deben encontrarse “obligadas” por la ley se dirige tanto a entidades públicas como privadas, de las que se espera que cumplan con la ley, y a los funcionarios públicos (de quienes se espera que cumplan con la ley en el sentido de no exceder sus facultades y, también, de aplicar la ley por igual, e independientemente del estatus del objeto de implementación de la ley o de cualquier amenaza o estímulo ofrecidos a quien toma las decisiones).

40. La noción de Bingham de que todos deben gozar de los beneficios de la ley implica el acceso a la justicia en dos sentidos: primero, acceso a los tribunales para demandar los beneficios de la ley, y segundo, que los procedimientos de esos tribunales sean justos y que sus decisiones sean tomadas con independencia e imparcialidad³³.

³² Tom Bingham, *El Estado de Derecho* (2010).

³³ Extendiendo esa definición, Bingham también cree que el estado de derecho debe permitirse el lujo de adecuar la protección a los derechos humanos (muchos de los cuales están, como el derecho a un juicio justo, ya cubiertos por esta definición) y que el estado de derecho requiere cumplimiento por el estado con sus obligaciones tanto en el derecho internacional como nacional.

41. Con base en esa definición, y en otras provenientes de sistemas legales y de Estado muy distintos³⁴, parece ser que puede hallarse actualmente un consenso sobre los elementos necesarios del estado de derecho, así como sobre aquéllos del *Rechtsstaat*, que no son sólo formales, sino también sustantivos o materiales (*materieller Rechtsstaatsbegriff*). Estos son:

- (1) Legalidad, incluyendo un proceso transparente, con responsabilidades y democrático, de promulgación de la ley.
- (2) Seguridad jurídica
- (3) Prohibición de la arbitrariedad
- (4) Acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, incluyendo el control judicial de los actos administrativos
- (5) Respeto a los derechos humanos
- (6) No discriminación e igualdad ante la ley.

(1) Legalidad (supremacía de la ley)

42. La importancia del principio de legalidad fue subrayado por Dicey. Primero, implica que la ley debe obedecerse. Este requisito no sólo aplica a los individuos, sino también a las autoridades, públicas y privadas. En la medida en que la legalidad se dirige a los actos de los funcionarios públicos, requiere también que soliciten autorización para actuar y que actúen dentro del rango de facultades que les ha sido conferido³⁵. La legalidad implica también que ninguna persona puede ser castigada excepto por el incumplimiento de una norma previamente promulgada y aplicable al acto y que la ley no puede ser violada con impunidad. La ley debe ser aplicada, dentro de los límites de lo posible.

43. El término "ley", tal cual es utilizado en este capítulo, se refiere primero a la legislación nacional y al *common law*. Sin embargo, el desarrollo del derecho internacional, así como la importancia dada por las organizaciones internacionales al respeto al estado de derecho, llevan a tratar el tema a un nivel internacional también: el principio *pacta sunt servanda* es el modo en el cual el derecho internacional expresa el principio de legalidad³⁶.

(2) Seguridad jurídica

44. El principio de seguridad jurídica es esencial para la confianza en el sistema judicial y en el estado de derecho³⁷. También lo es para los arreglos productivos

³⁴ Por ejemplo, la definición de Zorkin del estado de derecho establecido en su capítulo referente respectivo en la nota al pie 30.

³⁵ Jeffrey Jowell, *El Estado de Derecho y sus Valores Fundamentales*, en: Jeffrey Jowell/Dawn Oliver (Eds.), *La Constitución Cambiante* (nota al pie 6 arriba), p. 10.

³⁶ Véase Bingham, nota superior, que cree que "El estado de derecho requiere cumplimiento por parte del estado a sus obligaciones en el derecho internacional y nacional" (cap. 10).

³⁷ El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170 21 Noviembre 2008, véase párrafo. 51.

de negocios así como para el desarrollo y el progreso económicos³⁸. Para lograr esta confianza, el estado debe procurar que el texto de la ley sea *fácilmente accesible*. También tiene el deber de respetar y aplicar de manera *previsible* y consistente las leyes que ha promulgado. La previsibilidad significa que la ley debe, en la medida de lo posible, ser proclamada antes de su implementación y previsible en sus efectos: tiene que ser formulada con suficiente precisión para permitir al individuo regular su propia conducta.

45. La necesidad de seguridad no significa que cierta discrecionalidad no deba ser conferida a quien tome decisiones cuando sea necesario, considerando que los procedimientos existen para prevenir el abuso. En este contexto, una ley que confiera discrecionalidad a una autoridad del estado, debe indicar el alcance de la misma. Sería contrario al estado de derecho que la discrecionalidad legal conferida al poder ejecutivo se expresara en términos de un poder sin restricciones. Consecuentemente, la ley debe indicar el alcance de cualquier poder discrecional y la manera en que deba llevarse a cabo su ejercicio con suficiente claridad, para dar protección individual adecuada en contra de la arbitrariedad³⁹.

46. La seguridad jurídica requiere que las leyes sean *claras y precisas*, y apunta a asegurar que las situaciones y las relaciones legales permanezcan previsibles. La *retroactividad* también va en contra del principio de seguridad jurídica, al menos en el derecho penal (Artículo 7 CEDH), dado que los sujetos jurídicos tienen que conocer las consecuencias de su comportamiento; lo mismo aplica en el derecho civil y administrativo, al grado que llega a afectar negativamente los derechos e intereses legales. Adicionalmente, la seguridad jurídica exige respeto al principio de *res judicata* (cosa juzgada). Las resoluciones finales de los tribunales internos no deben ser cuestionadas.⁴⁰ También requiere que las resoluciones finales de los tribunales sean ejecutadas. En disputas privadas, la ejecución de las resoluciones finales puede requerir la ayuda de órganos del estado con el objeto de evitar cualquier riesgo de "*justicia privada*", contraria al estado de derecho⁴¹. Los sistemas que permiten la anulación de las resoluciones finales sin razones convincentes de interés público y por un periodo indefinido, son incompatibles con el principio de seguridad jurídica⁴².

47. Adicionalmente, no puede permitírsele al Parlamento obviar derechos fundamentales con leyes ambiguas. Esto ofrece protección jurídica esencial al individuo frente al estado, sus órganos y funcionarios⁴³.

³⁸ Véase R. McCorquodale, en *El Estado de Derecho en el Contexto Internacional y Comparado* (supra, nota 10, cap. 3).

³⁹ El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170, 21 de noviembre de 2008, véase párr. 46.

⁴⁰ Esto no excluye, por supuesto, el derecho a presentarse ante una corte internacional impugnando que el criterio final interno viola la obligación legal internacional.

⁴¹ El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170, 21 de noviembre de 2008, véase párr. 49.

⁴² El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170, 21 de noviembre de 2008, véase párr. 48.

⁴³ El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170, 21 de noviembre de 2008, véase párr. 43.

48. La seguridad jurídica significa también que los compromisos y promesas hechos por el estado a los individuos deben ser, en general, respetados (la noción de 'expectativa legítima').

49. Sin embargo, la necesidad de seguridad no significa que las normas deban aplicarse inflexiblemente, de tal forma que sea imposible tomar en cuenta los dictados de la humanidad y la justicia.

50. La existencia de decisiones en conflicto dentro de un tribunal supremo o constitucional puede ser contraria al principio de seguridad jurídica. Por ello, es necesario que los tribunales, especialmente los de última instancia, establezcan mecanismos para evitar conflictos y asegurar la coherencia de su jurisprudencia.

51. La seguridad jurídica – y la supremacía de la ley – implican que la ley sea aplicada en la práctica. Esto significa que pueda ser implementada. De esta manera, evaluar si la ley puede implementarse en la práctica antes de su adopción, así como también es muy importante la verificación *a posteriori* de si puede ser aplicable de manera efectiva. Esto significa que tiene que hacerse una evaluación legislativa *ex ante* y *ex post* al abordar la cuestión del estado de derecho.

(3) Prohibición de la arbitrariedad

52. Si bien el poder discrecional es necesario para realizar un rango de tareas gubernamentales en las sociedades modernas y complejas, éste no debe ser ejercido de manera arbitraria. El ejercicio arbitrario del poder da lugar a decisiones sustantivamente injustas, poco razonables, irracionales u opresivas, que son inconsistentes con la noción de estado de derecho.

(4) Acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales

53. Toda persona debe ser capaz de impugnar los actos y decisiones del gobierno, contrarias a sus derechos o intereses. Las prohibiciones a tal capacidad violan el estado de derecho. Normalmente, estas impugnaciones deben realizarse ante tribunales de Derecho, pero algunos países permiten estas impugnaciones ante tribunales más informales, cuya apelación puede llegar a una corte.

54. El papel del poder judicial es esencial en un estado basado en el estado de derecho. Es el garante de la justicia, un valor fundamental en un Estado regido por la ley.⁴⁴ Es vital que el poder judicial tenga la facultad para determinar qué leyes son aplicables y válidas en el caso concreto, para resolver cuestiones de hecho y

⁴⁴ El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170, 21 de noviembre de 2008, véase parra. 39.

aplicar la ley a los hechos, de acuerdo con un método interpretativo apropiado, es decir, suficientemente transparente y predecible⁴⁵.

55. El poder judicial debe ser independiente e imparcial. La independencia implica que el poder judicial sea libre de cualquier presión externa, y que no sea controlado por otras ramas del gobierno, especialmente la rama ejecutiva. Este requisito es parte integral del principio fundamental democrático de separación de poderes. Los jueces no deben estar sujetos a la influencia o manipulación política⁴⁶. La imparcialidad significa que el poder judicial no se encuentra - incluso en apariencia - prejuzgado en cuanto al resultado del caso.

56. Tiene que haber una audiencia justa y abierta, y un periodo razonable dentro del cual el caso sea oído y resuelto. Además, debe existir una profesión legal reconocida, organizada e independiente, que esté legalmente facultada, dispuesta y, *de facto*, capacitada para brindar servicios legales. Dado que la justicia debe ser accesible, la ayuda legal debe proporcionarse cuando sea necesario.

57. Incluso debe existir alguna agencia u organización fiscal, que sea autónoma hasta cierto punto del poder ejecutivo, encargada de asegurar que la violación a la ley, aún cuando no sea denunciada por las víctimas, sea castigada por un tribunal⁴⁷.

58. Finalmente, las decisiones judiciales deben ser implementadas de manera efectiva, y no debe ser procedente (salvo en casos excepcionales) la revisión de una resolución final (respeto al principio de la *res judicata*).

(5) Respeto a los derechos humanos

59. El respeto al estado de derecho y el respeto a los derechos humanos no son necesariamente sinónimos. Sin embargo, hay un alto grado de superposición entre ambos conceptos, además de que muchos derechos consagrados en documentos como el CEDH (*Convenio Europeo de Derechos Humanos*) también se refieren al estado de derecho explícita o implícitamente.

60. Los derechos más evidentemente conectados al estado de derecho incluyen: (1) el derecho de acceso a la justicia, (2) el derecho de un juez con competencia legal, (3) el derecho a ser oído, (4) la imposibilidad de ser juzgado dos veces por el mismo delito (*ne bis in idem*) (artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH), (5) el principio legal de que las medidas que impongan una carga no deben tener efecto retroactivo, (6) el derecho a una remedio efectivo (artículo 13 del CEDH), (7)

⁴⁵ Reporte Interventor sobre el Estado de Derecho, Instituto Hague para la internacionalización de la ley, Papel de Discusión para la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho del 20 de abril de 2007, p. 16.

⁴⁶ Thomas Carothers, *El Renacimiento del Estado de Derecho, Relaciones Exteriores* 77 (1998), 95 (96).

⁴⁷ Reporte Interventor sobre el Estado de Derecho, Instituto Hague para la internacionalización de la Ley, Papel de Discusión para la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho del 20 de Abril de 2007, p. 16

cualquier persona acusada de algún delito se presume inocente hasta que se compruebe que es culpable⁴⁸, y (8) el derecho a un juicio justo o, en lenguaje jurídico anglo-americano, el principio de justicia natural o debido proceso; tiene que haber una audiencia justa y pública, ausencia de parcialidad, y un periodo razonable dentro del cual el caso sea oído y resuelto. Además, debe existir una profesión legal reconocida, organizada e independiente, que esté legalmente facultada, dispuesta y *de facto* capacitada para proporcionar servicios legales, cuyas decisiones deben implementarse sin retraso alguno⁴⁹.

61. La mayoría de estos derechos (así como el principio de independencia e imparcialidad del poder judicial) se encuentran consagrados en el artículo 6 del CEDH. Sin embargo, otros derechos pueden también tener una connotación vinculada al estado de derecho, tales como el derecho a la libre expresión, que permite la crítica al gobierno (artículo 10 del CEDH) e incluso derechos como la prohibición de la tortura o tratos y castigos inhumanos o degradantes (artículo 3), que pueden ligarse a la noción de un juicio justo.

(6) No discriminación e igualdad

62. Dicey afirma la noción de igualdad a través de su requisito de que, bajo el estado de derecho, existe una "sujeción universal" de todos a la ley. Con ello, estaba enunciando una noción de igualdad formal, que implica que la ley, por más injusta que sea en la práctica, sea igualmente aplicada e implementada de manera consistente.

63. No obstante, la igualdad formal es un aspecto importante del estado de derecho – considerando que permite un trato desigual en la medida en que sea necesario para lograr la igualdad sustantiva – y puede ser extendida sin dañar al principio que subyace a la noción de no discriminación que, junto con la igualdad ante la ley, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Como fue recalcado en el documento del Consejo de Europa en 2008 relacionado con el tema⁵⁰, estos dos principios son principios de derechos humanos, tanto como del estado de derecho, y la jurisprudencia de la Corte tiende a aplicar la prohibición de no discriminación sin que haya una necesidad especial de referirse a ella como un principio del estado de derecho, aunque existe cierto reconocimiento de que la igualdad en los derechos y deberes de todos los seres humanos ante la ley es un aspecto del estado de derecho.

64. La no discriminación significa que las leyes se abstienen de discriminar a los individuos o grupos. Cualquier trato desigual injustificado bajo la ley está prohibido y todas las personas tienen garantizada la protección igual y efectiva contra la

⁴⁸ Thomas Carothers, *El Renacimiento del Estado de Derecho*, *Relaciones Exteriores* 77 (1998), 95 (96).

⁴⁹ Reporte Inventario sobre el Estado de Derecho, Instituto Hague para la internacionalización de la ley, Papel de Discusión para la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho del 20 de abril de 2007, p.

16

⁵⁰ El Consejo de Europa y el Estado de Derecho – Una visión general, CM(2008)170, 21 de noviembre de 2008, véase parra. 53

discriminación en cualquiera de sus modalidades, tales como raza, color, sexo, idioma, religión, inclinación política, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o cualquier otro estatus.

65. La igualdad ante la ley significa que cada individuo se encuentra sujeto a las mismas leyes, sin que ningún individuo o grupo goce de privilegios legales.

V. Nuevos desafíos

66. Un desafío para el futuro es determinar cómo pueden preservarse y seguirse desarrollando los logros del estado de derecho, bajo circunstancias en las que los individuos se encuentran influenciados cada vez más por, y ligados a, nuevas formas de gobierno. Este tema no está sólo relacionado con las organizaciones internacionales, sino que es también importante en la esfera de asociaciones público-privadas y en todos los ámbitos que eran concebidos tradicionalmente como nacionales pero que han sido transformados en transnacionales. El estado de derecho debe ser diseñado de tal manera que la libertad para todos sea asegurada incluso en áreas donde los actores híbridos (público-privados) o entidades privadas sean responsables por tareas que anteriormente fueron del dominio de las autoridades estatales. La esencia del estado de derecho como principio rector del futuro debe extenderse no sólo al área de cooperación entre los actores públicos y privados, sino a las actividades de los actores privados cuyo poder de vulnerar los derechos individuales tiene un peso similar al del estado. Los actores gubernamentales al nivel nacional, transnacional e internacional, deben actuar como garantes de los principios fundamentales y elementos del estado de derecho tradicional en estas áreas.

VI. Conclusión

67. La noción del estado de derecho no ha sido desarrollada en textos legales ni en la práctica con la misma amplitud que los otros pilares del Consejo de Europa, correspondientes a los derechos humanos y la democracia. Los derechos humanos son la base de un enorme cuerpo de preceptos legales y constitucionales y de la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional. La democracia se implementa a través de preceptos legales detallados, relativos a las elecciones y el funcionamiento de las instituciones, incluso si éstas no se refieren explícitamente a este concepto.

68. Las disposiciones legales referentes al estado de derecho, tanto a nivel nacional como internacional, son de carácter muy general y no definen el concepto a detalle.

69. Lo anterior ha llevado cuestionar la utilidad de tratar al estado de derecho como un concepto legal práctico. Sin embargo, es incluido cada vez con más frecuencia en los textos legales nacionales e internacionales, así como en la

jurisprudencia, especialmente de la Corte Europea de Derechos Humanos. No obstante, creemos que el estado de derecho constituye un estándar europeo fundamental y común para guiar y limitar el ejercicio del poder democrático.

70. El objetivo del presente reporte ha sido encontrar una definición consensuada, ya expuesta líneas arriba, así como la identificación de los elementos esenciales del estado de derecho. Su objeto ha sido que el Consejo de Europa, la organización internacional que ha definido el estado de derecho como uno de sus tres pilares, pueda contribuir, entre otras organizaciones e instituciones, a la implementación práctica de este importante principio a través de su interpretación y aplicación *vis-a-vis* y al interior de sus estados miembros⁵¹.

⁵¹ Véase la Resumen de la situación del estado de derecho: factibilidad y metodología, DGL-HL (2010) 21.

Anexo: Lista de verificación para evaluar el estado de derecho en los Estados

1. Legalidad (supremacía de la ley)

- a) ¿El Estado actúa con base en y de acuerdo con la ley?
- b) ¿El proceso de promulgación de la ley es transparente, democrático y permite que se rindan cuentas?
- c) ¿El ejercicio del poder se encuentra autorizado por ley?
- d) ¿En qué medida se aplica y se hace cumplir la ley?
- e) ¿En qué medida opera el gobierno sin usar la ley?
- f) ¿En qué medida usa el gobierno medidas incidentales en lugar de normas generales?
- g) ¿Existen cláusulas de excepción en la ley del Estado que permitan medidas especiales?
- h) ¿Existen leyes internas que garanticen el cumplimiento por parte del Estado del derecho internacional?
- i) ¿Es aplicable el sistema de *nulla poena sine lege*?

2. Seguridad jurídica

- a) ¿Se encuentran publicadas todas las leyes?
- b) ¿Si existe alguna ley no escrita, es accesible?
- c) ¿Existen límites para la discrecionalidad legal otorgada al poder ejecutivo?
- d) ¿Existen muchas cláusulas de excepción en la ley?
- e) ¿Las leyes están escritas en un lenguaje claro?
- f) ¿Está prohibida la retroactividad de las leyes?
- g) ¿Existe algún deber de mantener la ley?
- h) ¿Son cuestionadas las resoluciones judiciales finales?
- i) ¿Es coherente la jurisprudencia de los tribunales?
- j) ¿La legislación es por lo general aplicable y aplicada?
- k) ¿Son previsibles los efectos de las leyes?
- l) ¿Se practica regularmente la evaluación legislativa?

3. Prohibición de la arbitrariedad

- a) ¿Existen reglas específicas para prohibir la arbitrariedad?
- b) ¿Existen límites para el poder discrecional?
- c) ¿Existe algún sistema de plena publicidad de la información del gobierno?
- d) ¿La toma de decisiones obedece a ciertas razones?

4. Acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales

- a) ¿Es independiente el poder judicial?
- b) ¿Es autónoma, en cierto grado, la fiscalía pública del aparato del estado?
¿Actúa con base en la ley y no según la conveniencia política?
- c) ¿Los jueces se encuentran sujetos a influencias o manipulaciones?

- d) ¿Es imparcial el poder judicial? ¿Qué preceptos aseguran su imparcialidad caso por caso?
- e) ¿Tienen los ciudadanos acceso efectivo al poder judicial, así como al control judicial de los actos gubernamentales?
- f) ¿Tiene el poder judicial suficientes poderes correctivos?
- g) ¿Existe una profesión legal reconocida, organizada e independiente?
- h) ¿Se ejecutan las resoluciones judiciales?
- i) ¿Se respeta el principio de la *res judicata*?

5. Respeto a los derechos humanos

¿Se respetan los siguientes derechos humanos?

- a) El derecho de acceso a la justicia: ¿Tienen los ciudadanos acceso efectivo al poder judicial?
- b) El derecho a un juez competente legalmente
- c) El derecho a ser oído
- d) *Non bis in idem*
- e) Irretroactividad de la ley
- f) El derecho a un recurso efectivo
- g) La presunción de inocencia
- h) El derecho a un juicio justo

6. No discriminación e igualdad ante la ley

- a) ¿Se aplican las leyes de manera general y sin discriminación?
- b) ¿Existen leyes que discriminan a ciertos individuos o grupos?
- c) ¿Se interpretan las leyes de manera discriminatoria?
- d) ¿Existen individuos o grupos con privilegios legales especiales?