

## XI. EL PODER JUDICIAL

La tutela judicial o derecho a la justicia por agravios entre particulares o provenientes del gobierno es un derecho individual contemplado en todas las Constituciones estatales norteamericanas, y para ello se erige y mantiene un Poder Judicial estatal.<sup>197</sup>

El Poder Judicial estatal es el conjunto de jueces y tribunales que tiene asignada la responsabilidad de aplicar la Constitución y las leyes del estado en el nombre del pueblo, en las controversias entre particulares o de éstos frente a los Poderes públicos. El modelo procesal estadounidense establece que las controversias jurisdiccionales, cualesquiera que éstas sean, siempre deben de provenir de un individuo que considera que ha sido agraviado en sus derechos y libertades, sea o bien por otro individuo, o bien por la autoridad.

En los sistemas estatales americanos no existe una acción directa para declarar una ley inconstitucional. La inaplicación de una ley de la Legislatura por violar la Constitución estatal se promueve siempre por un individuo que considera que el legislador ha sobrepasado su competencia e invadido el ámbito personal inviolable establecido en alguno de los derechos de la declaración de derechos individuales del estado.

El artículo 1o. sección 29 de la Constitución de Texas que transcribimos puede iluminar los comentarios precedentes.

“Para vigilar contra la trasgresión de los altos poderes delegados en esta carta, declaramos que todo lo contenido en la Declaración de Derechos Individuales (*Bill of Rights*) está exceptuado de los poderes generales depositados en los Gobiernos, y deben permanecer por siempre inviolables, y cualquier ley en contrario o disposiciones derivadas de éstas, serán nulas”.

El requisito procesal de que un juicio sea iniciado por un particular se sostiene incluso cuando la controversia se genera por la supuesta invasión de competencias de un poder público por otro poder público, es decir,

<sup>197</sup> *Cfr.* Schuman, David, “The Right to a Remedy”, *Temple Law Review*, vol. 65, 1992, pp. 1197-1227.

cuando propiamente se trata de conflictos entre órganos constitucionales. Estos supuestos de violación del principio de separación de Poderes han de presentarse a través de un supuesto agravio a un particular al estimar éste que la invasión de un Poder sobre otro le ha reportado un perjuicio directo a sus derechos y libertades. La razón teórica de ello es que en el siglo XVIII la división de Poderes se estableció como una técnica para proteger los derechos individuales.

Mary Cornelia Aldis Porter y G. Alan Tarr señalan al inicio mismo de su obra dedicada al estudio del federalismo judicial, el vasto ejercicio jurisdiccional de los Poderes Judiciales estatales en los que los Tribunales Superiores de Justicia se constituyen como última instancia. Dichos autores destacan la importancia de los tribunales ordinarios estatales, su suficiencia para dirimir controversias y tener en ellas la última palabra.

La mayoría de los abogados litigantes que son honestos con sus clientes<sup>198</sup> no aconsejan intentar la apelación porque las Cortes de Apelación generalmente no vuelven a examinar los hechos que han sido ventilados en los tribunales inferiores (civiles, familiares, de lo penal, etcétera), a menos que sea evidente un error mayúsculo cometido por el tribunal inferior. Pero generalmente tales supuestos no se manifiestan, por lo que es difícil revertir una decisión de los tribunales ordinarios por errores en apreciación de hechos o de derecho.

El objetivo de establecer Cortes de Apelación en los sistemas judiciales estatales es que éstas se encarguen de detectar y anular errores cometidos por los tribunales de menor jerarquía. Pero, como ya se ha dicho, no es común que tal hipótesis se presente; del total de casos resueltos por los tribunales inferiores sólo se apelan aproximadamente tan sólo un 2 o 3%; Y de este pequeño porcentaje se estima que sólo el 10% es considerado afirmativamente y anulada la sentencia del tribunal inferior. Aunque los ciudadanos tienen derecho a una apelación, en realidad el ejercer este derecho conlleva gastos elevados en abogados, con muy pocas posibilidades de ganar el litigio.

Al interior de los sistemas judiciales de los estados, las probabilidades de ser escuchado en apelación no son muy altas, y lo mismo sucede si en lugar de intentar tal apelación ante el Tribunal Superior de Justicia se

<sup>198</sup> Es de destacar que en los estados de la República norteamericana las barras de abogados desempeñan una importante labor en la vigilancia del ejercicio de la abogacía para proteger los derechos de los clientes.

pretende llegar a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, el máximo tribunal federal.

Mary Cornelia Aldis Porter y G. Alan Tarr explican que

los Tribunales Superiores de Justicia deciden cada año cerca de diez mil casos. En la gran mayoría de estos litigios, sus sentencias son finales: la mayoría de los litigantes no optan por apelar dichas decisiones, y si quisieran hacerlo, a menudo la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos o carece de competencia, o declina entrar a conocer la apelación. Algunas de estas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia definen la atribución de competencias entre los diferentes Poderes del estado, o entre el Estado y los gobiernos municipales. Otras estructuran las relaciones jurídicas entre sus residentes en áreas tales como derecho de familia, contratos o responsabilidad civil, estableciendo a veces nuevos principios legales mediante la resolución de las disputas entre particulares. Algunas otras sentencias esclarecen el radio de protección de los derechos individuales, vindican esos derechos cuando son violados, o declaran los grandes mandatos (constitucionales) sobre las políticas públicas.<sup>199</sup>

Los remedios judiciales por violación a la Constitución y a las leyes de los estados se conocen como *writs*, y son a través de ellos como se ha venido conformando el control de constitucionalidad y de legalidad de los estados norteamericanos. El *writ* puede ser definido como el precepto imperativo emitido por un juez o tribunal, ordenando a una persona a hacer o no hacer lo que en él se determina.<sup>200</sup>

Cada estado de la unión ha desarrollado y cuenta con sus propios *writs*. Pero existe al menos un conjunto de ellos que destacan por su importancia, y que suelen ser reconocidos en la mayoría de los estados. Éstos son los *writs* de *habeas corpus*, *mandamus*, *injunction*, *quo warranto*, *error*, *certiorari*, *procedendo*, *prohibitions* y *executions*.<sup>201</sup>

<sup>199</sup> Tarr y Porter, *State Supreme Courts in State and Nation*, cit., p. 1.

<sup>200</sup> Cfr. Wiecek, William, "Writs", en Hall, Kermit (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of Justice of the United States*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, p. 945.

<sup>201</sup> Tarr y Porter atribuyen al académico Roscoe Pound la proposición en el año de 1906 a la *American Bar Association*, para emprender una homogeneización de los procedimientos en los diferentes estados ya que el casuismo en cada uno de ellos derivaba en un severo problema de inseguridad jurídica. Esta ambiciosa y bien fundada propuesta de reforma judicial, fue llevada a efecto en los diferentes Estados hacia fines de la Segunda Guerra Mundial. *State Supreme Courts in State and Nation*, op. cit., p. 59.

El *writ of habeas corpus* es el más longevo de todos ellos, y procede de la práctica jurisdiccional británica. Este procedimiento tiene como objeto la presentación ante una corte de justicia o ante un juez de un ciudadano que ha sido detenido por las autoridades del estado. Su propósito es garantizar la libertad del individuo frente a detenciones arbitrarias, y se ha venido extendiendo a un gran número de garantías que ofrece el procedimiento penal norteamericano vigente en cada uno de los estados.

El *writ of mandamus* puede ser definido como un mandamiento emitido por un tribunal en el que éste ordena a un funcionario público de otro órgano constitucional, o a otro tribunal o juez de menor jerarquía, llevar a cabo un deber oficial, o un deber perentorio que no supone margen de discrecionalidad.

El *writ of injunction* es un proceso ventilado ante un tribunal en el que una de las partes demanda de la otra que haga o deje de hacer algo. Es decir, mientras que el *writ of mandamus* se propone generar una actuación positiva de una de las partes, el *writ of injunction* se propone lo contrario, esto es, inhibir una actuación lesiva de derechos por parte de un ciudadano o de un funcionario público.

El *writ of quo warranto* es una acción que, al igual que el *habeas corpus* proviene de la práctica jurídica británica heredada por las ex colonias. El *writ of quo warranto* consistía originalmente en que por medio de él se cuestionaba a una persona sobre los poderes jurídicos de su actuación en una situación concreta. En este sentido se sigue utilizando actualmente en los estados, en los litigios que se refieren a asuntos de acreditación de poderes de las personas jurídicas, pero también y principalmente se utiliza en materia electoral en los casos de elecciones controvertidas. En dichos casos una de las partes entabla juicio ante un tribunal de justicia contra aquella otra persona que supuestamente ha sido declarada por la autoridad electoral como ganadora en una competición electoral del estado.

El *writ of error* es un procedimiento de apelación. Tiene como objetivo la revisión de una decisión de un tribunal de justicia inferior por el tribunal superior, a petición de una de las partes en el juicio, para subsanar supuestas deficiencias en el procedimiento o en la decisión de fondo emitida por el tribunal inferior.

El *writ of certiorari* es una orden judicial girada a un funcionario público o a un tribunal inferior para que el funcionario o el órgano jurisdiccional envíe el expediente de un caso concreto al tribunal que ha girado la orden, para que éste último intervenga en la resolución del conflicto.

El *writ of certiorari* otorga a los Tribunales Superiores de Justicia de los estados una amplia discrecionalidad para seleccionar los casos de los cuales conoce en función del potencial que éstos tienen para contribuir de alguna forma significativa al mantenimiento, esclarecimiento o la evolución del orden constitucional estatal. El *writ of certiorari* les permite evitar la sobrecarga de trabajo a los Tribunales Superiores de Justicia por asuntos de escasa importancia.

El *writ of procedendo* tiene el efecto contrario al *certiorari*, pues busca que un caso que incorrectamente ha sido remitido mediante *certiorari* a un tribunal superior sea nuevamente enviado al órgano jurisdiccional inferior para su resolución.

El *writ of prohibitions* es un procedimiento que consiste en la emisión de una orden de un tribunal superior a uno inferior prohibiéndole que conozca de un caso concreto. Su propósito es salvaguardar la competencia jurisdiccional del tribunal superior.

El *writ of execution* es una orden de un juez u órgano jurisdiccional dictada a la autoridad ejecutiva para ejecutar una resolución o sentencia.

Los *writs* han venido apareciendo conforme se presentaban los problemas jurídicos concretos ante los Tribunales de Justicia de los estados, obligándoles a aplicar la Constitución y leyes del estado. Es un producto típico de creación del derecho del *common law*.<sup>202</sup> El modelo de la *judicial review* estadounidense no es pues el producto de un ejercicio previo de imaginación política donde se identifican todos y cada uno de los supuestos que pueden desembocar en juicios de naturaleza constitucional, como es, por ejemplo, el caso del modelo europeo de justicia constitucional concentrado, desarrollado por el profesor austriaco Hans Kelsen.<sup>203</sup> Según el profesor estadounidense James Alan Clifford Grant, “es un error clásico” buscar el sistema norteamericano de control constitucional en uno solo de sus procedimientos. “Algunos creyeron que se había encontrado la clave en el auto de *habeas corpus*. Otros se han dirigido al recurso de error (*writ of error*)”; pero esto no es así. En su conferencia magistral dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, aclaró Grant: “En suma, la regla básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Éstas se deciden se-

<sup>202</sup> Cfr. Plucknett, Theodore, “Writs”, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Nueva York, Appleton Crofts, 1900, vol. XV.

<sup>203</sup> Véase por todos Cruz Villalón, Pedro *La formación del sistema europeo de justicia constitucional (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

gún surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven".<sup>204</sup>

Así pues, el modelo de justicia constitucional americano es más bien —como afirma Grant— el producto de la aplicación intermitente del principio de supremacía constitucional, por parte de los jueces, en cada caso concreto que resuelven. En último término, lo que con todo este conjunto de *writs* se ha pretendido y conseguido, es hacer de la Constitución estatal una norma jurídica suprema, efectivamente obligatoria para todos los ciudadanos de un estado, así como para los poderes públicos estatales.<sup>205</sup>

Hoy en día esta acumulación histórica de procedimientos para defender la Constitución estatal por medios jurisdiccionales se ha trasladado al texto de las Constituciones de los estados. Como ejemplo se puede presentar la Constitución del estado de Florida, la que en su artículo V, sección 3, inciso b), dispone:

Jurisdicción. El Tribunal Superior de Justicia:

- 1) Conocerá de apelaciones de las sentencias de los tribunales ordinarios que impongan la pena de muerte, así como de las decisiones de los tribunales de apelación de distrito que declaren inválida una ley estatal o una disposición de la Constitución estatal;
- 2) Cuando así lo provea la ley deberá conocer de apelaciones sobre las sentencias recaídas en procedimientos para la validación de bonos o certificados de deuda, y deberá revisar los actos de las agencias de la administración pública estatal relativas a precios o servicios públicos que procuren energía eléctrica, gas o teléfono;
- 3) Puede revisar cualquier decisión del tribunal de apelación de distrito que expresamente declare la validez de una ley estatal, o que expresamente construya por interpretación una disposición de la Constitución del estado o de la Constitución federal, o que expresamente afecte a una clase de titulares de órganos constitucionales o funcionarios públicos, o que expresa y directamente se contradiga con una decisión de otro tribunal de apelación de distrito o del Tribunal Superior de Justicia;
- 4) Puede revisar cualquier decisión de un tribunal de apelación de distrito que al conocer un caso haya certificado su gran relevancia pública, o que haya sido certificado que su decisión entra en conflicto directo con la decisión de otro tribunal de apelación de distrito;

<sup>204</sup> Grant, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963, p. 34.

<sup>205</sup> Cfr. Graves, *American State Governments*, cit., nota 41, p. 566-569.

- 5) Puede revisar cualquier orden o sentencia de un tribunal ordinario que en apelación aún por desahogar un tribunal de apelación de distrito haya certificado su relevancia pública, o que tenga un efecto significativo para la apropiada administración de justicia en todo el Estado, y que sea certificado que requiere de resolución inmediata del Tribunal Superior de Justicia;
- 6) Puede revisar una cuestión de Derecho certificada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos o de una Corte de Apelación de los Estados Unidos que sea determinante para la causa y para el cual no haya un precedente vinculante del Tribunal Superior de Justicia de Florida;
- 7) Puede expedir órdenes de prohibición a los tribunales, y todas las órdenes necesarias para el adecuado ejercicio de su jurisdicción.
- 8) Puede extender órdenes de *mandamus* y de *quo warranto* a los funcionarios públicos estatales así como a las agencias de la administración pública estatal;
- 9) Puede o cualquier Magistrado puede extender órdenes de *habeas corpus* para ser desahogadas por el Tribunal Superior de Justicia o cualquiera de sus Magistrados, o por un tribunal de apelación de distrito o de algún juez de esa jurisdicción, o por cualquier juez de circuito;
- 10) Debe en obediencia a lo establecido en la sección 10 del artículo IV, cuando sea requerido por el Fiscal General del Estado, extender una opinión de asesoría de los Magistrados, referida a aquellas cuestiones pre-determinadas en una ley.

Como es fácil observar, en la competencia que la Constitución estatal de Florida le atribuye al Tribunal Superior de Justicia para garantizar el apego a la Constitución de los actos jurídicos de sus autoridades, se incluyen también otras que tienen que ver con la colaboración del sistema judicial estatal con el control difuso de la Constitución federal.

Como ha sido mencionado, en la cúspide del Poder Judicial de los estados se encuentran las Supremas Cortes de Justicia de cada uno de ellos. Los nombres varían de estado en estado; algunos se denominan Suprema Corte de Justicia del Estado, otros Tribunal de Apelación del Estado, y otros más Tribunales Superiores de Justicia —expresión esta última que hemos tomado a lo largo de este trabajo para evitar equívocos al referirnos a la Suprema Corte de Justicia Federal de los Estados Unidos—.

Al hablar en el párrafo anterior de que en la “cúspide” del Poder Judicial se encuentra el Tribunal Superior de Justicia, no debe llevar a la idea de jerarquía en el Poder Judicial —no al menos en el mismo sentido que

el principio de jerarquía tiene en el Poder Ejecutivo y en el sistema de conceptos del derecho administrativo—. La “jerarquía” como estructuración de mando que caracteriza al Poder Ejecutivo no existe en el Poder Judicial, pues ello haría impracticable su función jurisdiccional. Para que el sistema de apelación funcione, es menester que entre los jueces de los diferentes tribunales no exista tal relación jerárquica, pues de lo contrario bastaría que el “tribunal superior” le ordenara al “tribunal inferior” la dirección de su sentencia.

La “jerarquía” en la estructura del Poder Judicial no supone una relación de subordinación de arriba abajo como en el Poder Ejecutivo, sino que se determina en función a la competencia jurisdiccional en la aplicación del derecho del estado. Unos jueces o tribunales conocen en primera instancia y otros con mayores responsabilidades jurisdiccionales, pueden conocer en apelación de los asuntos ventilados en los de primera instancia.

El Poder Judicial debe su estructura a un diseño en el cual a mayor competencia jurisdiccional mayor jerarquía y, a menor competencia jurisdiccional menor jerarquía. La competencia jurisdiccional se asigna en base a tres criterios: a la cuantía económica de los asuntos a resolver, a la materia y al territorio. Sólo los magistrados del Tribunal Superior de Justicia pueden llegar a conocer en apelación de todos los casos, independientemente de la cuantía, de la materia o de la división territorial de los estados en distritos y circuitos judiciales.<sup>206</sup>

Al hablar del Tribunal Superior de Justicia como la “cúspide” del Poder Judicial, se pretende subrayar que los magistrados de aquel tribunal son los intérpretes superiores de la Constitución estatal, y que los tribunales y jueces “inferiores” deberán acatar sus decisiones, es decir, sus precedentes judiciales, al aplicar el derecho en controversias concretas (*stare decisis*). Obviamente, para que el sistema del precedente funcione, es absolutamente necesario que el cuerpo de las sentencias sean públicas.<sup>207</sup> En esto

<sup>206</sup> Cfr. Glick, Henry R., “Courts: Politics and the Judicial Process”, en Glick, Henry R. (ed.), *Politics in the American States: a Comparative Analysis*, Washington, CQ Press, 1999, pp. 236-240.

<sup>207</sup> La Constitución del estado de California dispone: artículo 6, sección 14: “La Legislatura deberá proveer para la pronta publicación de las opiniones del Tribunal Superior de Justicia, así como de los tribunales de apelación, en la forma en que el Tribunal Superior estime conveniente, y tales opiniones deberán estar a disposición de cualquier persona. Las decisiones del Tribunal Superior de Justicia y de los tribunales de apelación que definan controversias, deberán ser expedidas en forma escrita y venir acompañadas de su motivación”.

consiste el control difuso de constitucionalidad estatal. Todos los jueces y tribunales del Estado pueden y deben conocer de cuestionamientos de la constitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad de cualquier órgano público del Estado.<sup>208</sup> Pero esta competencia no llega a producir diferentes interpretaciones de la Constitución del estado por el efecto unificador de la doctrina *stare decisis*. Esta doctrina consiste simplemente en que los tribunales y jueces inferiores se deben sujetar obligatoriamente al precedente directivo sentado por los jueces y tribunales de mayor jerarquía, hasta llegar a las interpretaciones constitucionales generadas en la “cúspide” conformada por el Tribunal Superior de Justicia.

Sólo el Tribunal Superior de Justicia no está obligado a seguir invariablemente sus propios precedentes, aunque es excepcional que no lo haga. En la práctica jurisdiccional estadounidense, el Tribunal Superior de Justicia está en posibilidad de contravenir uno de sus precedentes anteriores cuando haya una razón suficientemente clara que lo amerite, y se deba de sentar por tanto un nuevo precedente judicial. Es así como el *judge made law* hace evolucionar el derecho estatal en una forma casi imperceptible.<sup>209</sup>

Cada estado tiene sus propios precedentes directivos, que no son obligatorios en otros estados. Pero el préstamo de doctrina de los Tribunales Estatales entre sí es una práctica constante —práctica que sólo es posible por la publicidad de las sentencias de los tribunales de todos los estados—. No es, por tanto, infrecuente encontrar en una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de New Jersey, por poner un ejemplo, la reproducción de un fragmento de una sentencia emitida por el influyente Tribunal Superior de Justicia del estado de Nueva York, para apoyar con la autoridad intelectual de este último, su propia interpretación constitucional.<sup>210</sup>

Por lo que respecta a su función en el sistema político, el Tribunal Superior de Justicia del estado es el encargado de velar porque sea efectiva la

<sup>208</sup> La Constitución del Estado de Arizona dispone: artículo Sección 18:

El Tribunal Superior de Justicia o cualquier juez puede extender *writs de mandamus, quo warranto, review, prohibitions*, y *writs de habeas corpus*, a petición de o de parte de una persona retenida en custodia en un municipio. *Injunctions, attachments, y writs de prohibitions* y de *habeas corpus* pueden ser extendidos y aplicados en días festivos y días no laborables”.

<sup>209</sup> *Cfr. Pound, Roscoe, “Common Law and Statute Law”, Harvard Law Review*, vol. XXI, núm. 6, 1908, pp. 406 y 407.

<sup>210</sup> *Cfr. Caldeira, Gregory A., “The Transmission of Legal Precedent: a Study of State Supreme Courts”, The American Political Science Review*, vol. 79, 1985, pp. 190-192.

concepción de la Constitución como norma jurídica suprema, obligatoria para los Poderes públicos del estado. El Poder Judicial es el único de los órganos constitucionales cuyas decisiones no pueden ser contravenidas desde otro Poder. El Poder Judicial puede anular un acto de autoridad del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, pero éstos no pueden anular un acto del Poder Judicial. El Tribunal Superior de Justicia es el intérprete supremo y garante de la Constitución del estado, y por tanto le compete garantizar el sistema de distribución de competencias entre los tres Poderes del estado.

Un ejemplo de la importancia del Tribunal Superior de Justicia en el orden político de los estados puede ser presentado mediante el relato del conflicto surgido en el estado de Georgia en 1946. En aquella época las Constituciones de los estados norteamericanos eran bastante vagas con respecto al tratamiento de las vacantes temporales y permanentes del jefe del ejecutivo. Pero en Georgia, poco antes de 1946, se había introducido en su Constitución una enmienda por la cual se establecía la figura de vicegobernador (*lieutenant governor*), que era electo popularmente al mismo tiempo que el gobernador, en una misma fórmula de candidatos. El vicegobernador —disponía la Constitución de Georgia— sustituiría al gobernador en caso de ausencia temporal o permanente.

No obstante la clara prescripción constitucional, en ocasión de la muerte del gobernador electo, Herman Talmadge, acaecida días antes de tomar posesión de su cargo, la fracción parlamentaria de su partido —explica el profesor Ewing—, practicando un auténtico *coup d'état*, impuso a uno de sus miembros, señalando que esa era responsabilidad de la Legislatura. La maniobra concitó las más encendidas protestas populares en todo el estado. Ante estos hechos, los adversarios de la facción de Talmadge llevaron el asunto al Tribunal Superior de Justicia de Georgia. Éste les dio la razón negando que la Legislatura tuviese esa competencia constitucional. El Tribunal Superior ordenó entonces que se diera posesión inmediatamente del cargo al vicegobernador, que había sido electo por el pueblo precisamente como segunda opción en el caso de sobrevenir una ausencia del gobernador.<sup>211</sup>

El Tribunal Superior de Justicia del estado también puede ser llamado a intervenir para hacer respetar el reglamento de la Legislatura, con el propósito de garantizar la constitucionalidad del proceso legislativo, cuando

<sup>211</sup> Cfr. Ewing, Cortez, “Southern Governors”, *Journal of Politics*, mayo de 1948, pp. 404-409.

una mayoría legislativa pretende imponerse a la minoría violentando la normas internas de funcionamiento del cuerpo legislativo. Pero salvo en casos en que sea muy evidente el quebrantamiento constitucional, suele declarar asuntos de este tipo o similares como *political questions*.<sup>212</sup> Con ello se autoexcluye de conocer del asunto y deja que lo resuelvan los “departamentos políticos” del gobierno estatal o el electorado.<sup>213</sup>

En algunos estados, los Tribunales Superiores de Justicia, a petición del titular del Poder Ejecutivo o de la Legislatura, pueden emitir “opiniones” sobre la constitucionalidad de una medida que pretende llevarse a cabo. Aunque no son obligatorias, suelen ser lo suficientemente persuasivas para los principales actores políticos del estado.<sup>214</sup> Cabe destacar que, cuando tales “opiniones constitucionales” versan sobre un proyecto de ley, llegan a producir el mismo resultado que el del control abstracto de constitucionalidad del sistema europeo de justicia constitucional concentrado.

El Tribunal Superior de Justicia se encuentra también encargado de vigilar la diferenciación entre los productos normativos de la Legislatura, es decir, de las leyes ordinarias, con respecto a la Constitución. Acudiendo a la solicitud de un ciudadano que siente agraviados sus derechos, el Tribunal Superior de Justicia tiene competencia para anular aquella ley de la Legislatura que trascienda el límite de la función legislativa ordinaria y usurpe la competencia del poder constituyente, que sólo pertenece al pueblo de los estados.

La lista de ejemplos en las que interviene la Suprema Corte de Justicia de los estados en asuntos eminentemente políticos, dentro de sus respectivas circunscripciones, es interminable. Robert Shapiro y G. Alan Tarr han destacado que uno de los aspectos más relevantes del “nuevo federalismo judicial” reside en el tema de la separación de Poderes. A diferencia de lo que ocurre con la interpretación constitucional de los derechos individuales que emite la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y que son consulta obligada para los jueces de los estados, los casos de conflictos entre poderes suelen ser distintos al nivel federal que en los estados, y en muchas ocasiones no existe siquiera un precedente federal

<sup>212</sup> *Cfr.* Stern, Nat, “The Political Question Doctrine in State Courts”, *South Carolina Law Review*, vol. 35, 1984, pp. 405-423.

<sup>213</sup> Véase Williams, Robert F., “State Constitutional Limits on Legislature Procedure: Legislative Compliance and Judicial Enforcement”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 17, 1987.

<sup>214</sup> *Cfr.* Carberry, Charles, “The State Advisory Opinion in Perspective”, *Fordham Law Review*, vol. 44, 1975, pp. 81-84.

que sirva de guía. En tales supuestos, los jueces de los estados suelen recurrir a la guía de sentencias dictadas en otros Estados.<sup>215</sup>

En cuanto al tema de la designación de los jueces, es interesante destacar que los métodos de selección de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia son un fiel reflejo de las importantes competencias que se les atribuyen, y de los problemas asociados con las muy sensibles sentencias que de vez en cuando emiten en su ejercicio. Pero aunque el punto de partida es el mismo, entre los estados norteamericanos existe una gran variedad de procedimientos de selectividad de magistrados, debido a la propia necesidad histórica de cada uno de ellos.

En todos los procedimientos estatales de selectividad, la elección siempre es una competencia compartida entre dos, tres o hasta cuatro de los siguientes órganos, que las Constituciones de los estados reconocen: 1) el gobernador; 2) la Cámara de Representantes; 3) la Cámara de Senadores; 4) la Comisión Ciudadana de Selección de Jueces; 5) la Comisión de la Judicatura; 6) el cuerpo electoral.<sup>216</sup>

El análisis histórico brinda la mejor aproximación posible para entender los diferentes métodos de selectividad de los intérpretes superiores de la Constitución estatal. Aunque debe advertirse que el diseño del método de selección de los jueces superiores no ha seguido en todos los estados una pauta perfectamente lineal como la que describiremos aquí a modo de recurso pedagógico.<sup>217</sup>

Iniciemos con la proposición de que el método de selección de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia y demás jueces del sistema judicial de cada uno de los estados está en relación directa al tipo de competencia que se le asigna al Poder Judicial.<sup>218</sup> A ello habría que agregar la

<sup>215</sup> Cfr. Tarr, Alan G., “The Separation of Powers and State Constitutions”, *Paper Presented at the Panel on The Administrative States*, Philadelphia, PA, 2 de febrero de 1995, p. 1.

<sup>216</sup> Sobre el método de selección de los magistrados que aquí se expone, se ha prestado de los artículos de Webster, Peter, “Selection and Retention of Judges: is There One Best Method?”, *Florida State University Law Review*, vol. 23, 1995; y de Tarr, Alan G., “Rethinking the Selection of State Supreme Court Judges”, *Willamette Law Review*, vol. 39, 2003.

<sup>217</sup> Para una versión precisa de la evolución histórica de la cúpula de los sistemas judiciales estatales se puede consultar el artículo de Kegan, Robert A. *et al.*, “The Evolution of State Supreme Courts”, *Michigan Law Review*, vol. 76, 1978, pp. 961-1005.

<sup>218</sup> Melinda Grann Hall ha realizado un importante estudio empírico que evalúa el efecto del método de selección de los jueces a la hora de que los jueces tienen que cumplir con sus responsabilidades jurisdiccionales. Véase “State Supreme Courts in American Democracy”, *American Political Science Review*, vol. 95, 2001.

variable tiempo, ya que, como se ha sugerido con anterioridad, la función jurisdiccional ha venido ampliando acumulativamente sus responsabilidades en el transcurso de más de doscientos años de experiencia constitucional, en reacción a los problemas de magnitud constitucional que se han manifestado.

La primera función del sistema judicial estatal fue aplicar el derecho al caso particular, cuando se actualizaba una controversia de carácter civil o penal entre particulares. Para ello se requería incorporar como jueces a juristas de reconocida capacidad profesional y de manifiesta vertitud moral, que fuesen capaces por estos dos atributos de situarse por encima de sus pares en controversia, como terceros imparciales para administrar justicia en nombre del pueblo.

Parecía perfectamente natural que si la justicia se administraba en nombre del pueblo, fuesen precisamente los representantes del pueblo, en el esquema de gobierno representativo, quienes los eligiesen. Y este fue efectivamente el primer esquema de selección de los miembros de la judicatura estatal. Recordemos que en el siglo XVIII, al inicio del constitucionalismo estatal, había una gran confianza en la Legislatura, y en ella se depositó la potestad de elegir a los jueces.

La segunda función que gradualmente ha venido a desarrollar el Poder Judicial es la del control constitucional de las leyes. Se buscaba con ella establecer la supremacía constitucional sobre el Poder Legislativo; establecer el vigor superior de la norma fundamental del pueblo frente a las normas de los representantes del pueblo. Para ello, el esquema de selección original —descrito en el párrafo anterior— se mostraba claramente inadecuado, pues implicaba la subordinación del Poder Judicial a los miembros de la Legislatura, a la que precisamente se pretendía controlar.

Como se recordará de lo que dijimos antes, en las primeras Constituciones estatales del siglo XVIII el gobernador era electo por la Legislatura. Posteriormente se modificó este esquema para que el gobernador fuese electo directamente por el pueblo. Pues bien, ya en tiempos en que el gobernador era electo popularmente —al igual que los miembros de la Legislatura— se concibió en algunos estados que el jefe del Poder Ejecutivo se implicara en el proceso de selección de los jueces estatales. En este diseño de selectividad teóricamente el gobernador actuaría como el defensor de los legítimos intereses de la sociedad política, y propondría al Poder Legislativo sólo a personajes idóneos e independientes para desempeñar tan alta responsabilidad conferida por el pueblo. La razón de esta confianza

popular en el gobernador venía sustentada en que, a diferencia de los que sucede hoy en día, la emergencia de los partidos políticos no había erosionado el principio de la división de poderes. El titular del Poder Ejecutivo, en la teoría y en la práctica, estaba efectivamente separado de la Legislatura.

En este segundo modelo de selectividad que se finca en la clásica división de poderes, los magistrados —como ya se dijo— serían propuestos por el gobernador al Poder Legislativo, el cual debía de ratificar o rechazar la proposición de aquél.

Pero el surgimiento de los partidos políticos —inexistentes en el siglo XVIII— hizo que la separación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo fuese una cuestión que se presentaba sólo en la letra de la ley, pero no en la realidad de la práctica política. El Ejecutivo y su grupo parlamentario actuaban coordinadamente, de tal manera que la elección y reelección de los magistrados provocaba inevitablemente la subordinación del Poder Judicial. El abuso de los Poderes Ejecutivo y Legislativo generó como reacción sustraer del catálogo de sus competencias constitucionales la selección de los magistrados, y *el que la atribución de esta responsabilidad se depositara directamente en el pueblo mediante el procedimiento de elección de los jueces*.<sup>219</sup>

Este tercer procedimiento de selección de magistrados consistiría en que serían electos directamente por el pueblo en una primera elección; pasado un tiempo volverían a someterse nuevamente a una elección popular para que el cuerpo electoral decidiera si el juez había cumplido bien su función y merecía retener el cargo (*retention election*). Teóricamente su legitimidad de origen les haría efectivamente independientes de los otros dos Poderes, y les conferiría una fortaleza política indiscutible para enfrentarse a ellos y hacer valer la supremacía de la Constitución estatal.

Pero el método de elección popular directa y la posterior “elección de retención” generó a su vez otros dos problemas: de una parte, la subordinación de la Magistratura a los humores de la opinión pública en casos importantes de interpretación de derechos individuales; y de otra parte, la dependencia de los magistrados respecto de las maquinarias electorales de los partidos políticos.

El primer problema se pretendió resolver acordando que los magistrados no compitiesen contra otro candidato en la “elección de retención”,

<sup>219</sup> Cfr. Stonecash *et al.*, “More a Distinction of Words Than Things: The Evolution of Separated Powers in the American States”, *op. cit.*, nota 147, p. 25.

es decir, que fuesen candidatos únicos, lo cual les aseguraba una muy elevada probabilidad de pasar el control popular.

En cuanto al segundo problema, se afrontó configurando un método de elección apartidista. Este nuevo método de selección se apoyó en un primer momento en la decidida participación de las barras de abogados de los estados.<sup>220</sup> Posteriormente evolucionó en dos direcciones: de un lado hacia la creación de un Comité de Selección de Jueces compuesto por ciudadanos del estado. Dicho comité tendría la responsabilidad de proponer una lista de candidatos al gobernador, que designaría al o a los magistrados de entre ellos, funcionario que a su vez presentaría su propuesta al Poder Legislativo, órgano que tendría la decisión final. Algunos estados añadieron a este procedimiento la obligación de que pasados unos dos o tres años, el juez electo en forma indirecta tendría que presentarse en las urnas para una “elección de retención”.

En otros estados se desarrolló una segunda opción que integraba un servicio civil de la carrera judicial al objeto de cubrir, en primer lugar, los juzgados inferiores e intermedios. El órgano de administración del servicio civil de la carrera judicial sería la Comisión de la Judicatura, y esta Comisión tendría la potestad de proponer, de entre el universo de jueces de carrera, al gobernador o, alternativamente, al Poder Legislativo, una lista de candidatos con perfiles adecuados. Como en el supuesto anterior, ciertos estados añadieron la obligación de presentar a los jueces electos en forma indirecta a una “elección de retención”.

El método del servicio civil de la carrera judicial se erige sobre la idea del ingreso al Poder Judicial en función al mérito profesional, mediante concursos abiertos de oposición. Con ello teóricamente se garantizaba la independencia de los jueces frente a los otros Poderes y, en general, frente a la contaminación de la política. Una vez ingresados por esta vía al Poder Judicial, los jueces adquirían además el *status* de inamovibles, que se concebía como una técnica constitucional que protegería todavía más la independencia de los miembros del Poder Judicial frente a los otros Poderes.

Sin embargo, dicha técnica de selectividad no brinda protección frente al clientelismo que puede florecer dentro del propio Poder Judicial. Las Comisiones del Poder Judicial son los encargados de determinar la adscripción de un juez, sus ascensos, sus emolumentos, sus vacaciones, o de-

<sup>220</sup> *Cfr.* Hazard, Jeoffrey Jr., “The Role of the Bar in Politicized Judicial Elections”, *Willamette Law Review*, vol. 39, 2003, pp. 1349-1355.

terminar faltas al desempeñar la función jurisdiccional que pueden ser leves o graves y que pueden llegar a conducir a fincar responsabilidad administrativa, civil y penal a los jueces. Precisamente por estas importantes facultades, potencialmente adquieren influencia sobre los jueces de carrera, que pueden llegar a traducirse en prácticas clientelares. En descargo de las suspicacias que la “administración de la administración de justicia” genera, se dice que la Comisión de la Judicatura, por tomar sus resoluciones por mayoría de votos y en forma abierta, evita al máximo los vicios del clientelismo judicial.<sup>221</sup>

Volviendo al tema de los métodos de elección, es pertinente destacar que entre una de las principales propiedades positivas que en teoría tiene la elección popular de los jueces estatales, se ha subrayado la congruencia que ésta tiene con la teoría democrática, argumento que a continuación explicaremos.

Una corriente importante de la doctrina estadounidense que en su versión más influyente se expresó en la obra *The Least Dangerous Branch* de Alexander Bickel,<sup>222</sup> ha venido criticando la competencia de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos para imponer, por vía de la *judicial review*, su posición moral en la interpretación de los derechos individuales, así como introducir su percepción personal sobre la conducción política de la nación. La parte central de la crítica advierte que los ministros —a diferencia de los representantes populares y de los senadores— no reciben su responsabilidad pública directamente a través de una elección del pueblo. No son democráticamente electos. Tampoco pueden ser removidos por voto popular.

El esquema de nombramiento e inamovilidad del cargo de los ministros de la Suprema Corte de Justicia provoca, según esta corriente de opinión, que no sean consideradas las reales aspiraciones del pueblo para informar sus interpretaciones constitucionales. Además —subrayan— no existe control popular alguno ya que, por ser inamovibles, los ministros no corren ningún peligro de ser removidos. La “revisión judicial” de las leyes se convierte —dicen— en un procedimiento “antimayoritario” de creación del derecho.

<sup>221</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, “Who Watches the Watchmen? A Comparative Study in Judicial Responsibility”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 31, 1983, pp. 46-52.

<sup>222</sup> Véase Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merryl, 1962.

Sin embargo autores como Bruce Ackerman<sup>223</sup> o Robert Dahl, entre otros, han cuestionado sólidamente los argumentos de dicha doctrina.<sup>224</sup> Pero el debate aún permanece abierto.<sup>225</sup>

Se ha traído a colación este problema teórico del ámbito federal en tanto que constituye el contexto necesario para contrastar lo que sucede en el ámbito estatal que estamos analizando. Habiendo dicho lo anterior, se puede entender fácilmente el argumento de los simpatizantes de las elecciones estatales para jueces. Éstos apuntan que todos los inconvenientes asociados con la elección indirecta de los ministros de la Suprema Corte de Justicia y su inamovilidad en el cargo no se repiten con los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los estados, pues estos últimos sí están sujetos al mismo procedimiento de elección democrática que los miembros del Poder Legislativo. Los magistrados son electos, y para permanecer en el cargo deben presentarse al menos una vez a un proceso de reelección popular (*retention election*). Así pues, el procedimiento de elección de los jueces estatales garantiza que las sentencias que pronuncian sobre derechos individuales o que afectan las políticas públicas estatales estén cargadas de las aspiraciones mayoritarias del pueblo.

El argumento principal esgrimido por la corriente doctrinal que defiende la idea de la elección popular de los jueces es que este procedimiento se caracteriza por su gran consistencia con la teoría democrática. Sin embargo, adolece también de importantes inconvenientes. El primero de ellos es que, al estar expuesto al voto popular, el magistrado se sentirá menos seguro para pronunciar sentencias impopulares, principalmente las que tienen que ver con la protección de las minorías, sean éstas raciales, religiosas, culturales u de otra clase.<sup>226</sup>

<sup>223</sup> Ackerman, Bruce, “Transformative Appointments”, *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, pp. 1170-1183.

<sup>224</sup> Dahl, Robert A., “Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker”, *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957; pp. 283-286.

<sup>225</sup> Cfr. Friedman, Barry, “The Birth of an Academic Obsession: the History of the Countermajoritarian Difficulty”, *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2002, pp. 153-259.

<sup>226</sup> Entre los autores que ven con recelo la participación del pueblo en la selección de los jueces suelen citar muy a menudo la siguiente declaración del ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de California: “No hay forma de que un juez pueda ignorar las consecuencias políticas de ciertas decisiones, especialmente si él o ella tiene que hacerlas cerca del periodo de elecciones. Eso sería como ignorar que tienes un cocodrilo en tu bañera”. Otto Kaus, ex presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de California.

Otro inconveniente igualmente importante que se le ha dirigido, es el de provocar la exposición de los jueces a las donaciones para las campañas por parte de fuertes grupos económicos. Ello puede llegar a fracturar la imparcialidad de los jueces en el momento de dictar sentencia en los casos en que una de las partes haya sido, o pueda ser en el futuro, un apoyo financiero para las campañas para acceder al cargo de juez. Se ha llegado a conocer por ejemplo las sumas millonarias que las tabacaleras han destinado a las campañas de los magistrados en algunos estados, por las cuantiosas sumas de dinero que están representando las sentencias de responsabilidad civil en beneficio de personas que han enfermado de cáncer por los productos de dichas compañías. En Texas un proceso similar al de las tabacaleras ha sucedido sólo que los demandados han sido en este caso las compañías petroleras. De éstas se pretenden obtener responsabilidad civil por la contaminación del suelo, del agua o del aire que provocan sus actividades —pretensiones que llegan a alcanzar cifras de millones de dólares—.<sup>227</sup>

No obstante, a pesar de los inconvenientes que se identifican con la elección de los jueces en sus diversas modalidades, no son pocos quienes defienden vivamente esta modalidad de selección judicial. Así por ejemplo Robert F. Utter sostiene que la elección de los jueces en los estados hace que la interpretación judicial estatal sobre los derechos individuales sea más democrática que la que brindan los jueces y tribunales federales. El argumento es que el pueblo del estado ha puesto en los más altos cargos del Poder Judicial, a jueces sensibles a su propia interpretación de los derechos individuales, y ello es una garantía democrática. Pero además, si un juez se equivoca gravemente en su interpretación de un derecho individual, el pueblo puede en una nueva elección (*retention election*) eliminar a ese juez y provocar un *overruling*. Pero sí la interpretación de un derecho individual que no responde al sentimiento popular proviene de una votación por unanimidad o por mayoría de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, el pueblo aún tiene el importante recurso democrático de modificar la Constitución estatal para hacer prevalecer su interpretación de los derechos individuales sobre la de los jueces.<sup>228</sup>

<sup>227</sup> *Cfr.* Glick, Henry R., “Courts: Politics and the Judicial Process”, *op. cit.*, nota 205, pp. 241-243.

<sup>228</sup> *Cfr.* Utter, Robert F., “State Constitutional Law, The United States Supreme Court and Democratic Accountability: Is There a Crocodile in the Bathtub”, *Washington Law Review*, vol. 64, 1989, pp. 34-49.