

CAPÍTULO 6

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES ESTATALES

El nacimiento del nuevo federalismo judicial durante los primeros años de la década de los setenta del siglo XX, así como la creciente confianza de los jueces estatales de fundar sus decisiones en las declaraciones de derechos de los estados, coincidió en el tiempo con el surgimiento de importantes elaboraciones teóricas provenientes de académicos del derecho constitucional nacional.⁶⁸⁷ La conjunción de dichas circunstancias pudo haber sido muy afortunada: la teoría constitucional pudo haber ofrecido guía a los operadores jurídicos y académicos del derecho constitucional estatal al momento en que éstos emprendieron la tarea de interpretar Constituciones estatales, mientras que los teóricos de la Constitución pudieron haberse beneficiado también al expandir su análisis más allá de la Constitución federal de los Estados Unidos para abarcar en él a las Constituciones de los estados. Pero el hecho es que, desafortunadamente, el diálogo entre los operadores jurídicos y académicos del constitucionalismo estatal y los teóricos de la Constitución federal nunca tuvo lugar. En su gran mayoría los operadores jurídicos y académicos del constitucionalismo estatal han ignorado la teoría constitucional, y los teóricos del derecho constitucional han continuado prestando su atención casi en forma exclusiva a la Constitución federal de los Estados Unidos.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ Entre las contribuciones más importantes a la literatura de la teoría constitucional se encuentran Ely, *Democracy and Distrust*, *cit.*; Bork, Robert, *The Tempting of America*, Nueva York, Free Press, 1990; Dworkin, Ronald, *Takings Rights Seriously*, y *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; Perry, *The Constitution, the Courts*, *cit.*; Tushnet, *Red, White, and Blue*, *cit.*; Barber, *What the Constitution Means*, *cit.*; Levinson, *Constitutional Faith*, *cit.*, nota 3; y Goldstein, Leslie Friedman, *In Defense of the Text: Democracy and Constitutional Theory*, Savage, Rowman and Littlefield, 1991.

⁶⁸⁸ Entre las excepciones se incluyen: Linde, Hans A., “E Pluribus-Constitutional Theory and State Courts”, *Georgia Law Review* 18, invierno de 1984, pp. 165-200; Keyser, David R., “State Constitutions and Theories of Judicial Review: Some Varia-

En este orden de ideas el presente capítulo se dirige a construir el puente entre la teoría de la Constitución y el derecho constitucional estatal, mediante el esbozo de un método de interpretación de las leyes fundamentales estatales a partir de las reflexiones ofrecidas por los teóricos de la Constitución federal. Al proceder de la manera sugerida, se hace evidente la utilidad del uso de las teorías constitucionales contemporáneas para interpretar las Constituciones de los estados. Al mismo tiempo, mediante la identificación de intereses particulares y problemas asociados con la interpretación de las Constituciones estatales, se identifican las limitaciones de dichas teorías constitucionales al ser aplicadas a la interpretación estatal, con lo cual se realiza una función preventiva.

En la primera parte este capítulo valora las críticas vertidas en torno a la legitimidad de los tribunales estatales para invalidar actos del gobierno estatal con fundamento en las Constituciones estatales. Posteriormente responde a quienes han señalado que es imposible desarrollar un cuerpo coherente de jurisprudencia estatal. Finalmente el presente capítulo concluye con el examen de cómo la frecuencia del cambio constitucional estatal, el grado de detalle de las Constituciones estatales, la operatividad del federalismo horizontal y una variedad de otros factores asociados con el diseño y desarrollo de las Constituciones estatales, crean nuevos problemas para los intérpretes constitucionales de los estados. Al analizar estos problemas, en el presente capítulo se sugiere una aproximación a la interpretación constitucional estatal que es guiada, pero no determinada, por las teorías constitucionales contemporáneas.

LA LEGITIMIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ESTATAL Y LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

El tema sobre la legitimidad de la interpretación constitucional en el derecho estatal

Los académicos del derecho constitucional desde hace mucho tiempo han prestado casi tanta atención al debate de la legitimidad del control constitucional por órgano jurisdiccional (¿cuándo los jueces pueden

tions on a Theme”, *Texas Law Review* 63, marzo-abril de 1985, pp. 1051-1080, y Tarr, “Constitutional Theory”, cit.

sustituir sus juicios por aquellos elaborados por otros intérpretes constitucionales? y ¿qué deferencia deben otorgar a la perspectiva de dichos intérpretes constitucionales?), como al contenido material del control constitucional (¿cuál es el significado de las disposiciones constitucionales concretas?).⁶⁸⁹ La inquietud sobre las decisiones judiciales de control constitucional fundadas en la Constitución federal ha surgido básicamente cuando la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha invalidado la acción del Congreso federal o de las legislaturas estatales, que teóricamente son cuerpos de gobierno más democráticos que el citado tribunal supremo de los Estados Unidos.* El cuestionamiento sobre la potestad de anular actos de los poderes legislativos democráticamente electos ha surgido especialmente cuando la Corte al anular leyes federales o estatales aparentemente ha “ido más allá de los juicios de valor sentados por los Padres de la Constitución escrita”.⁶⁹⁰

Empero la “dificultad contramayoritaria” descrita en el párrafo anterior ha sido una consideración mucho menos importante en el derecho

⁶⁸⁹ El cuestionamiento clásico sobre la legitimidad del control constitucional por órgano jurisdiccional se remonta al siglo XIX: Thayer, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 7, octubre de 1893, pp. 129-156. Críticas posteriores han tendido a coincidir con períodos en los cuales la Suprema Corte de Justicia ha externado decisiones controvertidas. Véase, por ejemplo, Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Nueva York, Bobbs-Merrill, 1962; Rostow, Eugene V., *The Sovereign Prerogative: the Supreme Court and the Quest for Law*, New Haven Yale University Press, 1962; Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 73, septiembre de 1959, pp. 1-35; y los trabajos citados en la nota 687.

⁶⁹⁰ Perry, *The Constitution, the Courts*, cit., p. ix. Tales fallos son polémicos debido a la creencia ampliamente compartida de que la “sociedad consiente ser gobernada por fallos judiciales contrarios a los expresados por los legisladores (solamente) dentro de ciertas áreas definidas por principios que se consideran perdurables, y que por ello son suscritos en la Constitución para ser colocados mas allá del alcance de las mayorías congresuales”. Véase Bork, Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal* 47, otoño de 1971, pp. 1-35.

* Nota del traductor: En la doctrina estadounidense se identifica como “el problema contramayoritario” del control de la constitucionalidad de las leyes por órgano judicial, a la supuesta incompatibilidad desde la perspectiva de la teoría democrática, del hecho que un cuerpo de funcionarios públicos sin fuente de legitimidad democrática directa —los ministros de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos—, pueda anular leyes de los legisladores federales democráticamente electos en forma directa por el pueblo.

constitucional estatal que en el federal.⁶⁹¹ Quizá ello se deba a que los jueces de los estados al invalidar leyes estatales han sido muchísimo menos agresivos que sus contrapartes en el ámbito federal, o porque el procedimiento de enmienda de las Constituciones estatales ha facilitado que la jurisprudencia impopular sea fácil de revertir. O puede ser simplemente que muchos de los jueces estatales son electos popularmente y pueden por tanto afirmar que en alguna medida son políticamente responsables ante el pueblo y gozan de una legitimidad democrática equivalente a la de los poderes legislativos.⁶⁹²

Cualquiera que sea la razón, el hecho es que el debate sobre la legitimidad del control constitucional por órgano jurisdiccional estatal, al menos en fechas recientes, se ha centrado más bien en la relación entre los tribunales estatales y la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El tema central tiene que ver con la cuestión de cuándo, al interpretar sus respectivas Constituciones estatales, se justifica que los tribunales de los estados lleguen a resultados diferentes de aquellos obtenidos por la Suprema Corte al interpretar la Constitución federal.⁶⁹³

⁶⁹¹ Esto no quiere decir que ciertos analistas hayan fracasado en elevar también el espectro del contramayoritarismo en el ámbito estatal. Véase, por ejemplo, Maltz, Earl M., "The Dark Side of State Court Activism", *Texas Law Review* 63, marzo-abril de 1985, pp. 995-1023; Hudnut, Paul S., "State Constitutions and Individual Rights: the Case for Judicial Restraint", *Denver University Law Review* 63, 1985, pp. 85-108, y Twist y Munsil, "Double Threat", *cit.*

⁶⁹² Los magistrados de los tribunales supremos de veintitrés estados son seleccionados ya sea en elecciones partidistas o en elecciones no partidistas. Los magistrados de otros veinte estados son escogidos por "selección con base en el mérito", y por tanto deben someterse a una elección de retención después de un período en el ejercicio del cargo. Para datos sobre los modos de selección judicial, véase Tarr, *Judicial Process*, *cit.*, p. 67, tabla 3-1. En algunos estados no solamente son elegidos los magistrados sino que también las Constituciones estatales explícitamente les confieren el poder de revisión judicial de las leyes. Véase, por ejemplo, Constitución de Colorado, artículo 20., sección 15; Constitución de Georgia, artículo 1o., sección 2, párrafo 5, y Constitución de Dakota del Norte, artículo 60., sección 4.

⁶⁹³ Entre las contribuciones más importantes a la literatura sobre este problema se encuentran Williams, Robert F., "In the Shadow", "Methodology Problems in Enforcing State Constitutional Rights", *Georgia State University Law Review* 3, otoño-invierno de 1987, pp. 143-177, y "Glare of Supreme Court"; Collins, Ronald K. L., "The Once and Future «New Judicial Federalism» and Its Critics", *Washington Law Review* 64, enero de 1989, pp. 5-18; Linde, Hans A., "Without Due Process", "Are State Constitutions Common Law?", *Arizona Law Review* 34, verano de 1992, pp. 215-229, y "E Pluribus"; Johansen, Robin B., "The New Federalism: Toward a Principled Interpretation of the

Al igual que los simpatizantes de la autocontención judicial en el ámbito nacional han argumentado en el sentido de que los jueces deben otorgar la preferencia al juicio de los representantes del pueblo antes que a los de ellos mismos, así también sus contrapartes en el ámbito estatal han insistido en que los jueces estatales deben preferir las interpretaciones de la Suprema Corte a las suyas, y construir las disposiciones estatales en línea con las interpretaciones que la Suprema Corte le ha dado a disposiciones análogas de la Constitución federal.

Existen obvios paralelismos del debate sobre la legitimidad del control constitucional por órgano jurisdiccional entre el derecho constitucional estatal y el derecho constitucional federal. En ambas instancias el tema clave es si se le debe otorgar una presunción de validez al juicio constitucional no vinculante de un intérprete constitucional anterior y, si es así, qué tan fuerte debe ser dicha presunción de constitucionalidad. En ambas instancias la justificación ofrecida para ceder la preferencia enfatiza la posición que ocupa el intérprete anterior, que es el Congreso federal en el caso del control de constitucionalidad federal, y la Suprema Corte de Justicia en el caso del control de constitucionalidad estatal. En el derecho constitucional federal la legislatura que promulgó la legislación impugnada puede alegar en su favor que está cubierta por el manto de la soberanía popular; en tanto que en el derecho constitucional estatal la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos goza del reconocimiento como el más alto tribunal del país. Pero más importante aún es el hecho de que la inquietud que rodea la controversia sobre la legitimidad del control jurisdiccional tanto en el derecho constitucional federal como en el estatal, es la misma: asegurar que los juicios estén fundados en el derecho en lugar de en las preferencias políticas del juez.

Cuando dos cuerpos de intérpretes sucesivos alcanzan el mismo resultado en un caso constitucional, tal situación incrementa la confianza de que el resultado está fincado en el derecho en lugar de en la sola voluntad de los intérpretes.⁶⁹⁴ Pero cuando sus interpretaciones difieren, son posibles dos conclusiones: puede ser que se trata de un tema donde no existe una respuesta correcta, supuesto en el cual los simpatizantes de

State Constitution”, *Stanford Law Review* 29, enero de 1977, pp. 297-321; Maltz, “Dark Side of Activism”, *cit.*, y Friesen, *State Constitutional Law*, *cit.*, cap. 1.

⁶⁹⁴ Véase Cover, Robert M., “The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation”, *William and Mary Law Review* 22, verano de 1981, pp. 639-682.

la autocontención judicial tanto en el ámbito federal como en el estatal —dada la posición del primer intérprete— optarían por la deferencia.⁶⁹⁵ Alternativamente, puede suceder que por equivocación o por estrategia, uno de los intérpretes ha interpretado erróneamente la disposición constitucional con el propósito en mente de promover sus propios valores. Para asegurarse que la diferencia de criterios no sea el resultado de preferencias ilegítimas de política judicial, los simpatizantes de la autocontención judicial exigen a los segundos intérpretes constitucionales proveer argumentos persuasivos en el sentido de que la interpretación original fue equivocada antes de que ésta última sea anulada. Si los segundos intérpretes no pudiesen proveer una argumentación convincente, estarían entonces obligados a otorgar preferencia a la interpretación original. Hacer otra cosa alimentaría la sospecha de que su interpretación estuvo fincada en la mera voluntad individual del juez en lugar de en un juicio de derecho.

Vale enfatizar que el debate principal sobre la legitimidad en el derecho constitucional estatal no se extiende a todas las decisiones constitucionales estatales.⁶⁹⁶ Para que surja este problema de legitimidad los tribunales estatales deben encontrarse interpretando disposiciones estatales que son análogas a aquellas establecidas en la Constitución federal o principios como la separación de poderes, que están implícitos en la carta federal. Muchas disposiciones estatales como por ejemplo las concernientes a la materia fiscal, a las corporaciones o al gobierno local, no tienen una contraparte federal y por consiguiente su interpretación

⁶⁹⁵ Algunos teóricos constitucionales niegan que no haya ninguna respuesta correcta, incluso en casos difíciles. Véase, por ejemplo, Dworkin, *A Matter of Principle*, *cit.*, cap. 5. Sin embargo, si no hay ninguna respuesta correcta, ello implica que el intérprete posterior tiene entonces la discreción para imponer exigencias adicionales más allá de aquellas impuestas por el intérprete inicial. Alternativamente en este punto puede también entrar en juego el argumento de la autocontención judicial en el sentido de que se debe permitir un alcance más amplio al gobierno popular. Véase Maltz, “Lockstep Analysis”, *cit.*, pp. 101 y 102.

⁶⁹⁶ La cuestión sobre la legitimidad en el derecho constitucional estatal —esto es, si los jueces estatales deberían derogar leyes emanadas de la legislatura cuando crean que éstas son inconsistentes con la Constitución estatal, o alternativamente si los jueces deberían otorgar deferencia a la interpretación legislativa de la Constitución de los representantes del pueblo— podría surgir en una serie de casos más amplia. Sin embargo, el presente párrafo no se ocupa de dicho asunto sino que se concentra en la cuestión esencial sobre la legitimidad de la revisión judicial de las leyes.

independiente no genera el problema de la legitimidad sobre su control constitucional por los tribunales de los estados.

Ahora bien, para que pueda surgir la inquietud sobre la legitimidad del control constitucional estatal independiente no sólo debe tratarse de casos donde el derecho estatal sea análogo al derecho federal, sino que además necesariamente la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos debe haber interpretado primero cierta disposición federal antes de que el tribunal estatal haya sido llamado a interpretar la misma disposición análoga estatal.⁶⁹⁷ Si existen disposiciones análogas en el ámbito estatal y en el federal, pero la Corte no ha conocido aún de algún caso en donde esté involucrada dicha disposición análoga, y por tanto ésta no ha sido interpretada por la Corte, entonces no existe precedente federal y el tribunal estatal puede actuar con un margen amplio de libertad sin despertar inquietudes sobre la legitimidad de su actuación de control constitucional.

Caso diferente es el siguiente: si un tribunal estatal interpreta una disposición estatal en forma previa a la decisión de la Suprema Corte sobre la disposición federal análoga, pero posteriormente la Corte conoce un caso donde se involucre dicha disposición análoga, entonces sí se presenta la cuestión sobre la legitimidad del control de constitucionalidad estatal. A diferencia del supuesto anterior, donde todavía no existe un precedente federal, en este caso sí se plantea la ocasión para otorgar la deferencia a la interpretación de la Corte y presumiblemente se debe abandonar un cuerpo de doctrina judicial estatal ya establecido si éste no es consecuente con la sobrevenida interpretación federal.⁶⁹⁸

Un sector de la doctrina académica sostiene que las condiciones justificantes para otorgar deferencia a las decisiones de la Suprema Corte se presentan con mayor frecuencia cuando los tribunales estatales interpre-

⁶⁹⁷ Robert F. Williams se ha referido a tales casos como casos “de segunda revisión”. Véase la argumentación en Williams, “In the Shadow”, *cit.*, 356.

⁶⁹⁸ De hecho hubo casos en los cuales los tribunales estatales han interpretado sus garantías estatales y posteriormente han cambiado sus interpretaciones para situarlas en línea con la interpretación de las disposiciones federales que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Véase, por ejemplo, *Brown v. State*, 657 S.W.2d 797 (Tex. Crim. App. 1983), y *State v. Jackson*, 672 P.2d 255 (Mont. 1983). Más típica, sin embargo, es la posición tomada por el Tribunal de Apelación de Nueva York en *People v. Class*, 494 N.E.2d 444 (N.Y. 1986).

tan sus declaraciones estatales de derechos.⁶⁹⁹ Ciertamente el debate sobre la legitimidad en la interpretación constitucional estatal básicamente surgió con ocasión del cambio operado en los litigios sobre libertades civiles. La nacionalización de varios derechos de la declaración federal de derechos, que inició en la década de los veinte y se aceleró en la de los sesenta del siglo XX, transformó la agenda de la Suprema Corte y la condujo a elaborar doctrina constitucional en temas como la libertad de palabra, la igualdad, y los derechos de los acusados en materia penal. A su vez la receptividad de la Corte a las pretensiones sobre libertades civiles motivó que los litigantes dirigieran sus demandas a los tribunales federales en lugar de los estatales, con lo cual se fue diluyendo la oportunidad para desarrollar un derecho estatal sobre libertades civiles. Incluso cuando surgieron demandas en el foro estatal, que fueron de lo más frecuentes en materia penal, los defensores de la parte acusada tendieron a fundar sus demandas en la declaración federal de derechos, asumiendo que en el mejor de los casos las protecciones estatales simplemente duplicaban las garantías federales. Como resultado de ello, cuando los tribunales estatales empezaron a interpretar sus garantías sobre las libertades civiles estatales en la década de los setenta, no iniciaron la tarea a partir de una hoja en blanco. Antes bien el derecho federal “creó el bagaje intelectual, las doctrinas y los precedentes que los jueces estatales trajeron consigo al tratar con las garantías constitucionales estatales”.⁷⁰⁰ De esta manera el surgimiento del nuevo federalismo judicial se dio sobre el contexto de un cuerpo de doctrina federal ya existente respecto del derecho de las libertades civiles, y de una casi total ausencia del derecho estatal de las libertades civiles.

Las críticas a la legitimidad de las decisiones judiciales de control constitucional estatal

Aun cuando no es inusual que los ministros de la Suprema Corte de los Estados Unidos al emitir votos particulares, o bien los estudiosos del

⁶⁹⁹ Otras disposiciones análogas son encontradas en los artículos correspondientes a los poderes Ejecutivo y Legislativo de los estados. Para un útil examen de la influencia del derecho constitucional federal sobre el derecho constitucional estatal en otros campos aparte del de las libertades-civiles, véase Levinson, “Decline of Legislative Veto”, *cit.*

⁷⁰⁰ Tarr y Porter, *State Supreme Courts, cit.*, pp. 21 y 22.

derecho constitucional, critiquen las decisiones judiciales sobre la base de que proyectan la posición política de sus autores en lugar de la del derecho positivo, la crítica sobre las sentencias estatales referidas a las libertades civiles ha sido particularmente frecuente y ríspida.⁷⁰¹ En parte ello se explica por la novedad de este tipo de decisiones: en la década de los setenta fundar decisiones en las garantías de los derechos estatales no tenía, literalmente, precedentes.⁷⁰² Los tribunales estatales no habían desarrollado un cuerpo de derecho jurisprudencial estatal sobre libertades civiles.⁷⁰³ Por décadas los jueces estatales habían fijado su atención en el derecho federal y los precedentes federales para resolver cuestiones sobre libertades civiles, ya sea por ignorar completamente las garantías de los derechos estatales o asumiendo sin una reflexión seria que las protecciones conferidas por esas garantías coincidían con las que estaban a la mano con fundamento en disposiciones federales; sin embargo, la sola novedad no explica dicha reacción porque a pesar de la proliferación de decisiones estatales en las décadas de los ochenta y noventa, la inquietud sobre la cuestión de la legitimidad del activismo judicial estatal ha permanecido e incluso, para algunos constitucionalistas, tal inquietud se ha tornado más aguda.⁷⁰⁴

Lo que resultó ser igualmente relevante para despertar inquietudes sobre la legitimidad del activismo judicial de los estados en el marco del nuevo federalismo judicial, fue el momento y el sentido de las primeras decisiones estatales. Los tribunales estatales descubrieron la declaración de derechos tan solo después de que se dio una modificación en el perfil ideológico de la mayoría de los miembros de la Suprema Corte de Justi-

⁷⁰¹ Ilustrativo de las opiniones judiciales estatales que critican la confianza que se tiene en el derecho constitucional estatal son *State v. Miller*, 630 A.2d 1315, 1328 (Conn. 1993) (Callahan, J., coincidiendo en parte y discrepando en parte); *People v. Scott* y *People v. Keta*, 593 N.E.2d 1328, 1356 (N.Y. 1992) (Bellacosa, J., discrepando); *People v. Disbrow*, 545 P.2d 272, 283-84 (Cal. 1976) (Richardson, J., discrepando); *People v. Norman*, 538 P.2d 237, 245 (Cal. 1975) (Clark, J., discrepando); *People v. Cannon*, 310 N.E.2d 673 (Ill. 1974); y *State v. Florance*, 527 P.2d 1202 (Ore. 1974).

⁷⁰² Para la confirmación de la novedad del nuevo federalismo judicial, véase Tarr, "Past and Future", *cit.*, pp. 64-69.

⁷⁰³ Para una revisión estado por estado sobre aspectos específicos del derecho de las libertades civiles que confirma esa valoración, véase "Project Report: Toward an Activist Role for State Bills of Rights", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 8, marzo de 1973, pp. 323-350.

⁷⁰⁴ Williams, "Glare of Supreme Court", *cit.*

cia de los Estados Unidos presidida por Warren Burger, que había cambiado —o amenazaba con cambiar— la orientación de la Suprema Corte presidida por su antecesor en el cargo, Earl Warren*.⁷⁰⁵

Los primeros casos del nuevo federalismo judicial concernían a pretensiones constitucionales de los acusados en casos criminales, área en la que la Corte Burger dio tempranamente muestras de que retrotraería la protección con respecto a posturas anteriores.⁷⁰⁶ En este nuevo contexto los abogados defensores demandaron de los tribunales estatales que extendieran los precedentes de la Corte Warren o bien evitaran la erosión por la Corte Burger de los precedentes de la Corte Warren. Ello mediante la interpretación más generosa de las garantías estatales que la proveída por las protecciones federales análogas interpretadas por la Corte Burger. Por ejemplo, después que la Suprema Corte de los Estados Unidos permitió la introducción de confesiones obtenidas ilegalmente en los juicios políticos con ocasión del caso *Harris v. New York* (1973), en diez estados la parte acusada exhortó a los tribunales estatales a prohibir la introducción de tal evidencia con fundamento en sus respectivas Constituciones estatales, y cuatro tribunales estatales hicieron eco a dicho exhorto.⁷⁰⁷ Otro ejemplo: después de que la Corte Burger revertió la doctrina jurisprudencial de la Corte Warren concerniente a las autorizaciones judiciales de registros domiciliarios derivada de información obtenida por informantes, los tribunales estatales de treinta estados conocieron del tema y de ellos once rechazaron la postura de la Corte

⁷⁰⁵ Sobre las consecuencias esperadas y las reales del cambio jurisprudencial de la Corte Warren a la Corte Burger, véase Simon, James F., *In His Own Image: the Supreme Court in Richard Nixon's America*, Nueva York, David McKay, 1973; Funston, *Constitutional Counterrevolution?*, cit., y Blasi, *The Burger Court*, cit. Desde luego la nueva atención de los tribunales de los estados a las declaraciones estatales de derechos respondía a los argumentos presentados por los litigantes, que temían la revisión de sus casos por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

⁷⁰⁶ Véase Latzer, *State Constitutions*, cit., y Abrahamson, "Criminal Law", cit.

⁷⁰⁷ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971). Para una lista y comentarios de estos casos, véase Latzer, *State Constitutions*, 91-92. Las posiciones jurisprudenciales de dos de los estados que rechazaron el precedente federal *Harris* —California y Pennsylvania— posteriormente fueron modificadas, mediante enmiendas constitucionales.

* Nota del traductor: Warren E. Burger (1969-1986) generalmente ha sido ubicado en el ala conservadora por los constitucionalistas estadounidenses, mientras que su predecesor Earl Warren (1953-1969) en el ala liberal.

Burger.⁷⁰⁸ En casos que no tenían que ver con derechos de los acusados, los argumentos presentados por las partes demandadas se caracterizaban de igual manera por su tono liberal, exhortando a los tribunales estatales a extender las protecciones que no estaban disponibles en la carta federal. Los primeros casos concernientes a la financiación de las escuelas públicas y de la planificación territorial ilustran este punto.⁷⁰⁹ El consistente impulso liberal de las decisiones judiciales estatales bajo el nuevo federalismo judicial llevó a sus críticos a expresar la acusación de que los magistrados de los tribunales superiores de justicia estaban apoyándose en derecho estatal solamente para hacer avanzar una agenda de políticas liberales.⁷¹⁰

Cabe decir que estas sospechas fueron alimentadas por el carácter intermitente y reactivo de la confianza depositada por los propios tribunales estatales en sus Constituciones estatales. La mayoría de los tribunales estatales continuaron fundando en el derecho federal sus decisiones sobre libertades civiles, recurriendo al derecho constitucional estatal sólo cuando éste producía un resultado imposible de obtener con fundamento

⁷⁰⁸ En *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964), y *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969), la Corte Warren anunció la adopción de una prueba compleja de “doble filtro” para determinar la validez de un auto judicial basado en la información de un informante. En *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983), la Corte Burger sustituyó tal prueba por una aproximación basada en “un cúmulo de circunstancias”. Para un listado de los casos estatales y comentarios a los mismos, véase Latzer, *State Constitutions*, *cit.*, pp. 58 y 59.

⁷⁰⁹ El desafío inicial al financiamiento de la escuela pública con fundamento en el derecho constitucional de los estados fue *Robinson v. Cahill*, 303 A.2d 273 (N.J. 1973). La búsqueda de apoyo en las Constituciones estatales era necesario en estos casos después de que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos rechazara una impugnación con fundamento en la cláusula de igualdad ante la ley en *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 413 U.S. 1 (1973). Para un repaso general de los litigios sobre el financiamiento de la educación pública, véase “Symposium: Investing in Children's Future”.

El desafío inicial sobre las zonas de exclusión fue *Southern Burlington County N.A.A.C.P. v. Township of Mount Laurel*, 336 A.2d 713 (N.J. 1975). El apoyo en las Constituciones estatales era necesario después de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490 (1975), donde se negaba legitimidad procesal para demandar a los litigantes que se quejaban de prácticas de exclusión. Véase David L. Kirp, John P. Dwyer, y Larry A. Rosenthal, *Our Town: Race, Housing, and the Soul of Suburbia* (New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1995).

⁷¹⁰ Véase, por ejemplo, Maltz, “Political Dynamic”, *cit.*

en el derecho federal.⁷¹¹ Incluso cuando decidían con fundamento constitucional estatal, los tribunales estatales rara vez desarrollaban argumentos constitucionales distintos, apoyándose en lugar de ello en precedentes federales y categorías doctrinales federales al interpretar garantías estatales. En este contexto no fue inusual por cierto que los jueces estatales asumieran los argumentos contenidos en los votos particulares de los ministros en minoría de la Corte Burger como la base para interpretar disposiciones estatales, de tal manera que si bien observaban las decisiones federales, las usaban para alcanzar resultados diferentes a los de la Suprema Corte.

La literatura jurídica que enaltecía el nuevo federalismo judicial también promovió inquietudes sobre la legitimidad del control constitucional estatal. Los críticos del federalismo judicial apuntaban que las decisiones basadas en las Constituciones estatales constituyan acciones oportunistas en lugar de estar sustentadas sobre principios. Muchos de los primeros juristas del nuevo federalismo judicial fueron demasiado obvios en su afán por alcanzar resultados predeterminados. Así, por ejemplo, Donald Wilkes aplaudió el uso de las Constituciones estatales por los tribunales estatales para “evadir” las decisiones de la Corte Burger, y artículos académicos publicados en prominentes revistas especializadas de derecho animaron a los jueces estatales a dirigir su atención a las Constituciones estatales para alcanzar los resultados deseados.⁷¹² Incluso era muy claro que el famoso llamado para construir el nuevo federalismo judicial del

⁷¹¹ Esta práctica es consistente con la posición argumentada por muchos académicos y juristas, que han visto las declaraciones estatales de derechos como suplementarias a la declaración federal de derechos. Véase, por ejemplo, Pollock, Stewart G., “State Constitutions as Separate Sources of Fundamental Rights”, *Rutgers Law Review* 35, septiembre de 1983, pp. 707-722. Esta “aproximación intersticial” es analizada más adelante en este capítulo.

⁷¹² Donald E. Wilkes Jr. presentó su posición en una serie de tres artículos: “New Federalism”, “More on New Federalism”, y “New Federalism Revisited”. Otros artículos relevantes son “Project Report”, y “Note: Private Abridgment of Speech and the State Constitutions”, *Yale Law Journal* 90, noviembre de 1980, pp. 165-188 y 313-315, . Un simpatizante del nuevo federalismo judicial, que criticó la práctica judicial de emitir sentencias basadas en resultados predeterminados, señaló que las declaraciones de derechos estatales son “mucho más que un práctico bolso de mano lleno de un puñado de cláusulas que pueden ser aprovechadas para evadir las decisiones desfavorables de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos”. Véase Collins, Ronald K. L., “Reliance on State Constitutions-Away from a Reactionary Approach”, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 9, otoño de 1981, p. 2.

ministro William Brennan, tenía como fin dar la vuelta a las decisiones conservadoras de la Suprema Corte presidida por Warren Burger, con cuya posición ideológica Brennan difería.⁷¹³ En tales circunstancias fue fácil para los críticos del nuevo federalismo judicial atribuir que las motivaciones de los jueces estatales para abrazar el derecho constitucional estatal, eran las mismas que la de los litigantes interesados así como de diversos autores de derecho constitucional, que lo utilizaban como recurso estratégico contra el conservadurismo de la Suprema Corte.

El tratamiento de las inquietudes sobre la legitimidad del control constitucional estatal

LA APROXIMACIÓN DEL ANÁLISIS ESTATAL BLOQUEADO
(LOCKSTEP APROACH)

Es evidente que una forma de desvanecer las inquietudes sobre la legitimidad de la interpretación judicial estatal es que los tribunales estatales se abstengan de desarrollar un análisis constitucional independiente, y decidan de conformidad al precedente federal. De acuerdo a los propONENTES de la “aproximación bloqueada”, ésta aproximación jurisdiccional tiene además la ventaja de promover una deseable uniformidad normativa nacional, simplificando la tarea de los funcionarios públicos en su búsqueda por entender y aplicar la ley pues el precedente federal provee la guía necesaria para ello.⁷¹⁴

En 1982 el estado de Florida ordenó justamente dicha “aproximación bloqueada” para casos de búsqueda y captura en materia penal, mediante una enmienda a su Constitución, la que requiere que las garantías estatales “sean interpretadas de conformidad con la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en la forma en que ésta es interpre-

⁷¹³ Brennan, “State Constitutions”, *cit.*, p. 503. Para una valoración crítica de la perspectiva del Ministro Brennan sobre el federalismo, véase Maltz, Earl M., “False Prophet-Justice Brennan and the Theory of State Constitutional Law”, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 15, primavera de 1988, pp. 429-449.

⁷¹⁴ Para un útil resumen de éstos argumentos, véase Friesen, *State Constitutional Law*, *cit.*, pp. 13-17.

tada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos".⁷¹⁵ Pero incluso en ausencia de enmiendas constitucionales similares, algunos tribunales estatales han concluido que las garantías estatales reflejan las protecciones federales análogas. Por ejemplo en *Brown v. State* (1983) la Suprema Corte de Apelaciones Penales de Texas* concluyó que las disposiciones sobre búsqueda y captura de la Constitución de Texas y de la federal "eran, en todos sus aspectos materiales, las mismas"⁷¹⁶ y en *State v. Jackson* (1983) el Tribunal Superior de Justicia de Montana sostuvo que las garantías estatales de Montana contra la autoincriminación "no provee de una protección mayor que aquella de la Constitución federal" y que "por tanto, las opiniones de la Suprema Corte de los Estados Unidos delinean el máximo de amplitud del privilegio de autoincriminación en Montana".⁷¹⁷

Pero en ausencia de una enmienda constitucional como la de Florida que vincula la interpretación estatal a la federal, ni el deseo de reducir las inquietudes sobre la legitimidad del activismo judicial estatal ni los argumentos de prudencia abogando por la uniformidad normativa pueden justificar la aproximación bloqueada. Dicha aproximación es inconsistente con el compromiso nacional por el constitucionalismo dual propio del

⁷¹⁵ Constitución de Florida 1968, artículo 1o., sección 12. Véase Slobogin, Christopher, "State Adoption of Federal Law: Exploring the Limits of Florida's «Forced Linkage» Amendment", *University of Florida Law Review* 39, verano de 1987, pp. 653-732. California intentó adoptar una enmienda de acoplamiento forzado requiriendo que trece garantías estatales no pudiesen ser interpretadas más ampliamente que las disposiciones homólogas establecidas en la declaración federal de derechos, pero esa enmienda fue echada abajo por el Tribunal Supremo de California en *Raven v. Deukmejian*, 801 P.2d 1077 (Cal. 1990). Para comentarios sobre esta disposición, véase Latzer, "California's Constitutional Counterrevolution", *cit.*

⁷¹⁶ *Brown v. State*, 657 S.W2d 797 (Tex. Crim. App. 1983).

⁷¹⁷ *State v. Jackson*, 672 P.2d 255, 260 (Mont. 1983). Para un análisis de *Jackson*, véase Abrahamson, "Criminal Law", *cit.*, pp. 1166-1168, y Collins, "Reliance on State Constitutions", *cit.*

* Nota del traductor: El Poder Judicial del Estado de Texas es singular en su diseño con respecto a sus homólogos estadounidenses, ya que cuenta con dos tribunales superiores de justicia, uno en materia penal y otro en materia civil, mientras que en el resto de los poderes judiciales de los estados existe únicamente un solo tribunal superior de justicia.

federalismo.⁷¹⁸ En el marco del sistema del constitucionalismo dual los tribunales superiores de justicia tienen la responsabilidad de proveer la interpretación vinculante de sus Constituciones estatales, y no pueden legítimamente delegar esta responsabilidad a la Suprema Corte obligándose a sí mismas a seguir sus decisiones. En adición al argumento expuesto se debe tener en cuenta que el sistema del constitucionalismo dual tuvo su origen en la idea de proveer una “doble seguridad” para los derechos, y esa seguridad se perdería si los estados abdicaran de su responsabilidad de interpretar sus declaraciones de derechos.⁷¹⁹ Obviamente algunas garantías estatales se ven reflejadas en las protecciones federales —sería algo absolutamente extraordinario si las “Constituciones estatales independientes no compartiesen principios con su contraparte federal”.⁷²⁰ Pero la aproximación bloqueada hace que las garantías de los derechos estatales sean superfluas, lo que genera un resultado dudoso dada la deliberada adopción de estas garantías por los constituyentes estatales, en

⁷¹⁸ Los argumentos basados en motivos de prudencia para recomendar la uniformidad de la interpretación constitucional, son cuestionables. Tómese por ejemplo la afirmación de que la uniformidad en la interpretación de los derechos simplificaría la tarea de ciertos funcionarios —tales como los oficiales de policía—, responsables de aplicar la ley. Sin embargo cabe señalar que el hecho de que las reglas de interpretación deriven de dos documentos, no aumenta *per se* la dificultad para aplicar dichos estándares; ello en tanto que en la práctica se aplica un solo estándar (aquel que provee una protección mayor del derecho), independientemente de si su fuente es la Constitución del estado, su contraparte federal, o ambas. Además, la adopción de los tribunales de los estados del estándar federal produce claridad tan solo si el estándar federal es por definición más claro que los posibles estándares estatales. Pero este no siempre es el caso. Ni la teoría ni la práctica judicial federal presenta suficientes razones para esperar tal claridad en la definición de estándares judiciales —sobre todo considerando las dificultades, que han sido suficientemente documentadas, de la vacilación de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en campos como el de la libertad religiosa y el de la garantía penal de búsqueda y captura. Contestaciones académicas a otro conjunto de argumentos diferentes al anterior —que como aquél están también basados en el argumento de la prudencia para sugerir el análisis estatal bloqueado—, se resumen en Friesen, *State Constitutional Law*, *cit.*, pp. 13-17.

⁷¹⁹ La importancia del constitucionalismo dual del federalismo —Constitución federal y Constituciones estatales— entendido como una doble seguridad para los derechos de los gobernados, es tratada en *El Federalista* núm. 51. Sobre el peligro de la abdicación estatal de su responsabilidad en la protección de los derechos, véase Collins, “Reliance on State Constitutions”, *cit.*.

⁷²⁰ Ellen A. Peters, “State Constitutional Law: Federalism in the Common Law Tradition”, *Michigan Law Review* 84, febrero-abril de 1986, pp. 589 y 590.

algunos casos incluso después de que las decisiones de la Suprema Corte habían dejado muy claro que la Constitución federal protegía frente a violaciones de derechos por las autoridades estatales.

En resumen, el constitucionalismo dual obliga a los tribunales superiores de justicia a conducir una investigación independiente para descubrir los principios asumidos por sus Constituciones estatales antes de considerar si los principios estatales son equivalentes a aquellos que se encuentran en la Constitución federal. Al emprender esta investigación independiente un tribunal estatal puede por supuesto consultar cómo la Suprema Corte ha interpretado disposiciones análogas, en la misma forma que puede consultar cómo otros tribunales estatales han interpretado sus garantías homólogas. Pero si un tribunal estatal decide conformar su interpretación de una disposición estatal a la interpretación de la Suprema Corte de una disposición federal análoga, esta decisión tiene que estar basada en la persuasión de los argumentos de la Corte en lugar de en la posición de la Corte en la jerarquía de la organización judicial de la República federal. De esta manera la interpretación del precepto de la Constitución estatal presumiblemente no variaría incluso después de que la Suprema Corte de Justicia altere su propia interpretación de la Constitución federal.⁷²¹

LA APROXIMACIÓN SUPLEMENTARIA/INTERSTICIAL

El segundo método de interpretación para tratar de desvanecer las inquietudes sobre la legitimidad de la interpretación judicial estatal es la aproximación suplementaria o intersticial, al igual que como la aproximación anterior no logra alcanzar la meta de eliminar tal inquietud. Esta aproximación busca minimizar los cuestionamientos sobre la legitimidad del activismo judicial estatal mediante la limitación de la frecuencia de decisiones judiciales fundadas en las declaraciones de derechos de los estados. Bajo esta aproximación, cuando las leyes estatales o acciones oficiales son impugnadas con fundamento tanto en el derecho federal como en el estatal, los tribunales estatales deben primero conocer la pretensión federal. Solamente si la decisión sobre la pretensión federal no resuelve el caso, podría el tribunal superior de justicia del estado suplementar esta investigación federal con el examen de los principios estatales aplicables.

⁷²¹ Abrahamson, “Criminal Law”, *cit.*, p. 1169.

La aproximación suplementaria también busca apaciguar los cuestionamientos sobre la legitimidad del activismo judicial estatal mediante la reducción de la frecuencia de interpretaciones divergentes de disposiciones análogas estatales y federales, a través de la presunción de corrección de las interpretaciones de las garantías federales de la Suprema Corte. Bajo la aproximación suplementaria, las desviaciones del derecho jurisprudencial federal deben justificarse y, en ausencia de factores específicos que justifiquen dicha desviación, los tribunales estatales quedan obligados a configurar sus interpretaciones de conformidad con el precedente federal. Para asegurar que tales desviaciones están fundadas en consideraciones de principios y no de mero oportunismo, los proponentes de la aproximación suplementaria han identificado criterios para divergir de las decisiones federales en aquellos supuestos en que los tribunales estatales conocen de temas concernientes al derecho constitucional estatal, se han impuesto la limitante de alcanzar resultados diferentes en casos subsiguientes tan solo cuando estén presentes dichos criterios.⁷²²

En realidad la aproximación suplementaria agrava en lugar de aliviar los cuestionamientos sobre el activismo judicial estatal. Recuérdese que dichas inquietudes surgieron en parte porque los tribunales estatales recurrián a las garantías estatales en forma intermitente sólo cuando buscaban divergir de los precedentes de la Suprema Corte. Pero la aproximación suplementaria produce conductas que no se pueden distinguir de tal decisionismo reactivo al alentar a los tribunales estatales a poner atención en las garantías estatales sólo cuando un caso no puede ser resuelto

⁷²² En 1982 el Tribunal Supremo de Nueva Jersey elaboró un conjunto de criterios para divergir de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, y posteriormente magistrados de al menos otros seis estados acogieron la aproximación suplementaria de interpretación judicial. Entre los casos estatales en los cuales los magistrados han acogido la aproximación suplementaria, se incluyen New Jersey: *State v. Hunt*, 450 A.2d 952 (N.J. 1982); Washington: *State v. Gunwall*, 720 P.2d 808 (Wash. 1986); Illinois: *People v. Levin*, 623 N.E.2d 317 (Ill. 1993), y *People v. Tisler*, 469 N.E.2d 147 (Ill. 1984); Kentucky: *Commonwealth v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (Ky. 1992); Michigan: *Doe v. Department of Social Services*, 487 N.W.2d 166 (Mich. 1992), y *Sitz v. Department of State Police*, 506 N.W.2d 209 (Mich. 1993); Massachusetts: *Guiney v. Police Commissioner of Boston*, 582 N.E.2d 523 (Mass. 1991), y *Commonwealth v. Amendola*, 550 N.E.2d 121 (Mass. 1990), y Connecticut: *State v. Geisler*, 610 A.2d 1225 (Conn. 1992), y *State v. Joyce*, 639 A.2d 1007 (Conn. 1994). Para una revisión cuidadosa de estos casos y las dificultades que presenta el enfoque suplementario, véase Williams, “Glare of Supreme Court”, *cit.*

con fundamento federal. Además el establecimiento de los criterios que justifican la divergencia en la interpretación no elimina los desacuerdos y acusaciones de que exista un proceso de decisión con resultados preconcebidos, porque los magistrados pueden de cualquier manera no estar de acuerdo en la aplicación de dichos criterios en casos concretos. De hecho lo que se ha conseguido al establecer los criterios para divergir del precedente federal ha sido indicar en forma implícita que existe algo dudoso en torno a la interpretación independiente de las Constituciones estatales. Finalmente, al igual que la aproximación estatal bloqueada, la aproximación suplementaria enfoca su atención en la relación entre la interpretación estatal y federal antes que en la cuestión más importante concerniente a la mejor interpretación de la carta constitucional estatal. Como ha señalado Hans Linde, ex magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Oregon: “Preguntar cuándo divergir de la doctrina jurisprudencial federal es una cuestión enteramente diferente de aquella que implica tomar una perspectiva basada en los principios de la Constitución estatal; de hecho, esta aproximación suplementaria o intersticial inhibe el desarrollo coherente del derecho estatal”.⁷²³

LA APROXIMACIÓN PREFERENTE/“PRIMERO LO PRIMERO”

Ninguna de las críticas expuestas en los dos apartados anteriores se puede dirigir contra la última aproximación —la preferente—, ya que ésta en buena medida ignora las interpretaciones constitucionales federales. Hans Linde, el más avanzado exponente de esta aproximación, ha hecho notar que la revisión federal de supuestas violaciones de derechos por autoridades estatales típicamente se presenta cuando se afectan las cláusulas constitucionales del debido proceso legal así como la de la igualdad ante la ley establecidas en la decimocuarta enmienda de la Constitución federal. Estas disposiciones por “errores estatales” autorizan la intervención federal sólo cuando un estado no es capaz de cumplir sus responsabilidades. Pero el hecho es que no es posible determinar si el estado ha fallado al cumplir sus responsabilidades constitucionales —si ha violado derechos—, hasta que la acción oficial del estado ha concluido en su totalidad.

⁷²³ Linde, “E Pluribus”, *cit.*, p. 178.

Para entender a cabalidad la proposición anterior se debe tener presente que el proceso constitucional estatal completo implica no sólo la acción de la legislatura del estado o del Ejecutivo, sino también el control constitucional del acto de autoridad con fundamento en la Constitución estatal. Sólo cuando todos los órganos competentes del gobierno del estado, incluyendo a los tribunales, han aprobado la constitucionalidad de la acción de la autoridad estatal, se puede con propiedad considerar si la acción se ajusta a las líneas jurisprudenciales del Poder Judicial federal. En este orden de ideas, Linde argumenta que los tribunales estatales deben siempre analizar la validez de los actos de las autoridades estatales con fundamento en el derecho estatal, tanto de orden constitucional como de la legislación ordinaria, antes de dirigir su atención a la Constitución federal.⁷²⁴

Si bien Linde ha sido descrito como el padrino del nuevo federalismo judicial, muy pocos tribunales han adoptado su rigurosa aproximación preferente, y todavía un número menor de tribunales ha mantenido su adhesión consistentemente a la aproximación preferente.⁷²⁵ Dicha situación es desafortunada ya que solamente la aproximación preferente alienta la interpretación independiente de las Constituciones estatales, que es la postura consistente con un sistema de constitucionalismo dual. En adición a ello la aproximación preferente le da un tratamiento muy eficaz a los cuestionamientos sobre la legitimidad del activismo judicial estatal. La inquietud principal consistía en que los jueces estatales utilizarían sus Constituciones estatales instrumentalmente en función de la búsqueda de

⁷²⁴ Los artículos del magistrado Linde donde se desarrolla éste enfoque preferente son: "Without Due Process" y "First Things First: Rediscovering the State's Bill of Rights", ambos en *University of Baltimore Law Review* 9, primavera de 1980, pp. 379-396. Un crítico del método preferente ha argumentado que éste lógicamente precluiría "la jurisdicción de los tribunales federales hasta que la acción estatal impugnada haya sido ratificada por el tribunal superior de justicia del estado". Véase "Project Report", *cit.*, p. 288.

⁷²⁵ Esta descripción apareció inicialmente en Toobin, Jeffrey, "Better Than Burger", *New Republic*, 4 de marzo de 1985, p. 11. Entre los estados que han adoptado el enfoque de "lo primero es lo primero" se incluyen: Oregon (*Hewitt v. State Accident Ins. Fund Corp.*, 653 P.2d 970 [Ore. 1982]); Maine (*State v. Cadman*, 476 A.2d 1148 [Me. 1984]), y New Hampshire (*State v. Bal!*, 471 A.2d 347 [N.H. 1983]). Sin embargo, la consistencia de su adhesión a este método de interpretación judicial ha sido cuestionada; véase "Comment, Principled Interpretation of State Constitutional Law: Why Don't the 'Primacy' States Practice What They Preach?", *University of Pittsburgh Law Review* 54, verano de 1993, pp. 1019-1050. De todos los tribunales estatales que han acogido como método de interpretación "lo primero es lo primero", el Tribunal Supremo de New Hampshire ha sido el más consistente en su adhesión a dicho método de interpretación judicial estatal.

sus objetivos de políticas públicas. Pero bajo la aproximación preferente la decisión de consultar la Constitución estatal no depende de la acción de la Suprema Corte de los Estados Unidos o de la perspectiva de un juez estatal sobre un caso particular. De hecho, dicha aproximación elimina del todo la discrecionalidad de los tribunales estatales sobre si deben de fundar sus decisiones sobre garantías estatales como alternativa al derecho federal. Recurrir al derecho estatal es una obligación, no una opción. Paradójicamente, al requerir que las Constituciones estatales sean interpretadas con mayor frecuencia, la aproximación preferente apaciguaría las inquietudes sobre la utilización oportunista de las Constituciones estatales por los tribunales estatales (por supuesto aun en los casos concretos en los cuales se puede estar en desacuerdo también con la interpretación del tribunal).

Sin embargo, la aproximación preferente parece demandar esfuerzos heroicos de parte de los intérpretes constitucionales. Ello en tanto que en lugar de seguir permitiendo que los tribunales sigan descansando en la doctrina y en los precedentes federales correspondientes, la aproximación preferente requiere que ellos inicien desde sus cimientos la construcción de una jurisprudencia constitucional estatal que sea fiel a la propia carta constitucional del estado, en lugar de, simplemente, “reemplazar las Constituciones estatales con fórmulas genéricas de la Suprema Corte”.⁷²⁶ Ello demanda atención a las especificidades del texto y la historia (entre otras cosas) de la Constitución estatal, y porque esas especificidades difieren de Constitución a Constitución, pueden producir considerables particularizaciones en cuanto a sus respectivas interpretaciones. Pero el cómo emprender esta aproximación —y, ciertamente, si dicha aproximación es, de hecho, posible o apropiada— son cuestiones de acalorados debates.

LAS POSIBILIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ESTATAL

Algunos académicos entre los que destacan James Gardner y Paul Kahn, presentan posturas escépticas en cuanto a las posibilidades de la independencia de la interpretación constitucional estatal.⁷²⁷ Gardner afirma que aun cuando en las décadas recientes los tribunales estatales han

⁷²⁶ Linde, “State Constitutions Common Law?”, *cit.*, p. 225.

⁷²⁷ Gardner, “Failed Discourse”, *cit.*, y Kahn, “Interpretation and Authority”, *cit.*,

pronunciado numerosas decisiones con fundamento en las Constituciones estatales, en su gran mayoría las decisiones de los tribunales han carecido de coherencia en la argumentación constitucional. De hecho él caracteriza el derecho constitucional estatal como “un enorme basurero de pronunciamientos confusos, contradictorios y esencialmente ininteligibles”.⁷²⁸ Por este fracaso para desarrollar una jurisprudencia constitucional estatal coherente, Gardner culpa no a los jueces estatales, sino a las propias Constituciones estatales. “Una Constitución de acuerdo a nuestras convenciones de derecho y sociales, es un documento cuyo propósito es identificar una comunidad política, y erigir algunos de los principios más fundamentales de acuerdo a los cuales quieren vivir sus vidas los miembros de la comunidad”.⁷²⁹ Muy pocas Constituciones estatales, si es que alguna, se ajusta a esta descripción. De acuerdo a Gardner, en lugar de ello, las leyes fundamentales estatales típicamente son producto de la negociación política, así como del avasallamiento de un grupo político sobre otro en lugar de un acuerdo por consenso sobre principios, y sus disposiciones reflejan más a menudo inquietudes mundanas o triviales antes que valores fundamentales. En opinión de Gardner técnicamente hablando éstas Constituciones estatales para nada pueden ser consideradas como auténticas Constituciones, y por ello es difícil sorprenderse que tales sucedáneos de Constituciones no puedan prestar un sólido apoyo al “discurso del carácter distintivo” de los textos constitucionales estatales que requiere la interpretación constitucional independiente.⁷³⁰ En forma quizás un tanto sorpresiva Gardner concluye su argumentación señalando que la situación descrita es positiva. Su argumento es que si las Constituciones estatales efectivamente incorporaran valores fundamentales inconsistentes con los valores nacionales, ello pondría en riesgo la unidad nacional.

Varios académicos han cuestionado la valoración negativa que Gardner hace de las decisiones de constitucionalidad de los tribunales estatales, argumentando insistentemente que algunos tribunales estatales han desarro-

⁷²⁸ Gardner, “Failed Discourse”, *cit.*, p.763.

⁷²⁹ *Ibidem*, pp. 769 y 770.

⁷³⁰ La noción de las Constituciones estatales como Constituciones sucedáneas ha sido tomado de Latzer, Barry, “A Critique of Gardner's «Failed Discourse»”, *Rutgers Law Journal* 24, verano de 1993, p. 1009.

llado una jurisprudencia constitucional coherente.⁷³¹ El principal problema que se le critica a Gardner es la excesiva estrechez de su perspectiva sobre el constitucionalismo. Gardner afirma que “nuestras convenciones de derecho y sociales” requieren que las Constituciones incorporen la identidad política y las metas fundamentales de una comunidad política. Pero ello abre la pregunta de a qué se refiere Gardner con “nuestras” convenciones, porque si las Constituciones estatales fracasan en cumplir con el contenido esencial de una Constitución según el entendimiento común que de ellas se tiene, entonces ello quiere decir que la práctica norteamericana registra una variedad de opiniones sobre qué debe ser una Constitución. Pero este no es el caso pues incluso las leyes fundamentales estatales con mayores detalles y con enmiendas más frecuentes sirven ciertas funciones básicas que se esperan de una Constitución: establecen las instituciones de gobierno, distribuyen el poder político entre las instituciones públicas, definen su modo de operación y limitan el ejercicio del poder político.⁷³² Habitualmente las Constituciones estatales también enuncian los principios básicos y las metas del estado, si bien no en todas sus disposiciones, de tal manera que ello las distingue de la legislación ordinaria. Por ejemplo, una declaración estatal de derechos define los derechos que el estado asume como fundamentales y afirma el compromiso del estado de preservarlos. Sus disposiciones sobre el sufragio y los procedimientos de reforma constitucional reflejan el compromiso del estado con el gobierno popular y con la soberanía popular, mientras que las disposiciones de la Constitución estatal sobre educación y otros aspectos de las políticas públicas, reflejan la forma en que el estado entiende las necesidades de sus ciudadanos y su compromiso de cubrirlas, y de modo similar las Constituciones estatales tratan otra serie de aspectos. De lo anterior se desprende que la afirmación de Gardner es incorrecta.

Gardner también afirma que las Constituciones que no configuran estructuras concisas de gobierno, que son modificadas frecuentemente, que incluyen en su texto materias propias para la “legislación ordinaria”, y que reflejan en sus disposiciones el estira y afloja de la política cotidia-

⁷³¹ Véase, por ejemplo, Schuman, “A Failed Critique of State Constitutionalism”, *Michigan Law Review* 91, noviembre de 1992, pp. 274-280, y Nelson, Ronald L., “Welcome to the «Last Frontier», Professor Gardner: Alaska’s Independent approach to State Constitutional Interpretation”, *Alaska Law Review* 12, 1995, pp. 1-41.

⁷³² Véase los comentarios en Lutz, “Purposes of State Constitutions”, *cit.*, y en el capítulo primero de éste libro.

na, no pueden ser la base para una interpretación independiente. Pero es el caso que incluso la Constitución federal de los Estados Unidos que Gardner eleva como modelo, reprobaría su propio *test*. Al igual que sus contrapartes de los estados, la Constitución federal fue el producto de la negociación y de la lucha política y contiene disposiciones constitucionales de naturaleza legislativa ordinaria concernientes a la esclavitud, a las autorizaciones judiciales de registro, al impuesto al ingreso de las personas, y otras tantas cosas más de naturaleza más propia para la legislación ordinaria antes que para ser reguladas por normas de derecho constitucional.⁷³³

De conformidad con el *test* de Gardner, notas reprobatorias también tendrían que asignarse a la mayoría de las demás Constituciones nacionales del mundo, que se parecen más a las leyes fundamentales estatales norteamericanas que a la Constitución federal en cuanto a su extensión y a su nivel de detalle.⁷³⁴ Sin embargo estas supuestas deficiencias no han impedido que sean reconocidas como Constituciones, ni tampoco ha evitado el desenvolvimiento de una jurisprudencia constitucional en los países respectivos.⁷³⁵

En adición a lo anterior, como se ha mostrado en capítulos anteriores sobre el desenvolvimiento constitucional estatal de los siglos XIX y XX, el nivel de detalle que se encuentra en las Constituciones estatales frecuentemente ha reflejado no la ausencia de habilidad o seriedad, sino más bien una decisión deliberada para remover decisiones políticas importantes de las manos de funcionarios públicos en los que no se confía. En este orden de ideas, las Constituciones estatales difieren de la federal básicamente porque los constituyentes estatales entendieron que este último modelo era inadecuado para el tratamiento de los problemas particulares que enfrentaban los estados. Gardner afirma que la interpretación consti-

⁷³³ Maltz, Earl M., "James Gardner and the Idea of State Constitutionalism", *Rutgers Law Journal* 24, verano de 1993, pp. 1019-1024.

⁷³⁴ Elazar, Daniel J., "A Response to James Gardner's «The Failed Discourse of State Constitutionalism»", *Rutgers Law Journal* 24, verano de 1993, pp. 975-984, y Goldwin y Kaufman, *Constitution Makers*, cit. Para consultar los textos de éstas Constituciones, véase Blaustein, Albert P. y Flanz, Gisbert H., *Constitutions of the Countries of the World*, Dobbs Ferry, Oceana, 1993.

⁷³⁵ Para una útil colección de estudios por países y de la bibliografía pertinente, véase Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjorn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1995.

tucional independiente requiere un documento que se asemeje a la Constitución federal, pero más bien lo correcto es lo contrario. Un “discurso distintivo” es posible solamente en la medida en que las Constituciones estatales sean distintas.

Paul Kahn, el segundo gran crítico de la independencia de la interpretación constitucional estatal, reconoce que las Constituciones estatales contienen algunas disposiciones que son de “dimensión constitucional”, al mismo tiempo que contienen otras disposiciones más prosaicas. Las disposiciones de dimensión constitucional incluyen “las protecciones constitucionales a la libertad, igualdad, debido proceso legal, así como la estructuración de las instituciones políticas que tienen como fin simultáneamente realizar estos valores y representar los intereses de sus jurisdicciones”.⁷³⁶ El texto de estas disposiciones varía de una Constitución a otra, pero de acuerdo a Kahn, tales disposiciones por sí mismas no justifican una interpretación distinta. Incluso la ausencia de una garantía específica no es decisiva: “Ninguna Constitución estatal es indiferente al principio de la igualdad, incluso si el texto constitucional del estado no contiene una cláusula de protección de la igualdad”.⁷³⁷ De acuerdo a Kahn el intento de fundar decisiones diferenciadas sobre la base de “fuentes estatales únicas” es un anacronismo en la República norteamericana de finales del siglo XX, porque los norteamericanos de nuestros días se identifican con una comunidad nacional y comparten valores fundamentales comunes, cuya expresión se encuentra en un constitucionalismo norteamericano común;⁷³⁸ sin embargo, estos valores comunes no le conducen a adoptar la aproximación bloqueada. Él es más crítico que Gardner sobre la participación de los tribunales estatales en la “empresa interpretativa”, porque aparentemente ellos están dando voz, no a los valores del estado, sino “a su entendimiento de los valores y principios de la comunidad nacional”.⁷³⁹ “La diversidad de los tribunales estatales” —concluye— “se entiende mejor como una diversidad de cuerpos in-

⁷³⁶ Kahn, “Interpretation and Authority”, *cit.*, p. 1159 n. 52.

⁷³⁷ *Ibidem*, pp. 1159 y 1160.

⁷³⁸ La argumentación de Kahn recuerda la distinción de Ronald Dworkin entre el “concepto” y la “concepción” y es objeto de las mismas críticas. Véase Tarr, “Constitutional Theories”, *cit.*, pp. 101-104.

⁷³⁹ Kahn, “Interpretation and Authority”, *cit.*, p. 1168.

terpretativos, no como una multiplicidad de representantes de diferentes soberanías".⁷⁴⁰

El argumento de Kahn glosa diferencias cruciales entre las Constituciones estatales y la federal mediante la sustitución del análisis genérico, por la interpretación de disposiciones constitucionales estatales identificables. Su distinción entre aquellas características de las Constituciones estatales que son de dimensión constitucional de aquellas otras que no lo son, es particularmente reveladora. En el marco de la formulación de Kahn, qué es de dimensión constitucional, es aquello que se encuentra tanto en las Constituciones estatales como en la federal, a saber: las garantías de los derechos y las disposiciones que estructuran las instituciones gubernamentales. Sin embargo, de acuerdo a su formulación, la distribución del poder político de las Constituciones estatales al interior del estado, no es de dimensión constitucional. Tampoco lo es la estructuración de la relación entre el gobierno y la economía, ni la determinación de objetivos constitucionales como una educación completa y eficiente, o un medio ambiente limpio, ni la decisión de si se debe instituir la remoción de funcionarios superiores por voto popular, o la iniciativa constitucional ciudadana, o la cuestión sobre la limitación a la reelección.

Asimismo resulta insostenible de Kahn su homogeneización de las garantías estatales y federales bajo la rúbrica de valores nacionales compartidos. Los constituyentes de los estados debatieron entre varias redacciones de los derechos considerando versiones diferentes tomadas de las Constituciones de otros estados, precisamente porque esperaban que su elección sobre la redacción implicara una diferencia. Por ejemplo, hablar de un valor nacional que prohíbe las penalizaciones crueles ignora el hecho de que algunos estados han optado por prohibir penalizaciones "excesivamente duras", así como aquéllas "crueltes e inusuales", mientras que otros han constitucionalizado expresamente la pena de muerte. Los constituyentes estatales también han debatido la idea de incluir garantías específicas. Pero la posición de Kahn pareciera ser que haría irrelevante la adopción o no de, digamos, una *little Era's* en un estado, porque "ninguna Constitución estatal es indiferente al principio de la igualdad ante la ley". Finalmente, la premisa de Kahn de una comunidad nacional con valores comunes exagera el grado de consenso sobre estos valores. Incluso en cuestiones que Kahn estima de dimensión constitucional, como el debido

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 1148.

proceso y la igualdad ante la ley, ha habido demostración en los estados en los años recientes de que existe una gran variedad de opiniones al respecto. Algunos estados han adoptado enmiendas a sus Constituciones para restringir derechos —como la enmienda antigay de Colorado, la limitación de Florida sobre la regla de exclusión, y los derechos de las víctimas de California—, mientras que otros estados han rechazado enmiendas similares.⁷⁴¹ Estos resultados dispares sugieren que se debe ser más cauto al atribuir valores comunes a todos los norteamericanos.

En última instancia Gardner y Kahn parecen estar atendiendo las inquietudes de los teóricos de la Constitución en lugar de las inquietudes de los intérpretes concretos de ésta;⁷⁴² sin embargo, sí identifican caracteres de las Constituciones estatales que complican la labor de su interpretación independiente, argumentos relevantes que por ello requieren mayor consideración.

⁷⁴¹ Constitución de Colorado, enmienda 2 (adoptada en 1992), invalidada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996); constitución de Florida, art. 1, sec. 12, y Constitución de California, *Proposición 115* (adoptada en 1990), invalidada por el Tribunal Superior de Justicia de California en *Raven v. Deukmejian*, 801 P.2d 1077 (Cal. 1990).

⁷⁴² Considérese la perceptiva crítica de Shepard, Randall T., "The Maturing Nature of State Constitutional Jurisprudence", *Valparaiso Law Review* 30, primavera de 1996, p. 437. Según el magistrado presidente del Tribunal, Randall T. Shepard, "la estrategia de Kahn es elevar a tal punto el nivel de abstracción en que se define el constitucionalismo norteamericano, que prácticamente se asegura su similitud. Por su parte el acercamiento de Gardner insiste que el constitucionalismo legítimo es «épico» «o cercano a lo mítico», para luego desvirtuar todos los textos estatales constitucionales que no cuenten con análogos federales épicos o cuasimíticos, a los que describe como el producto de 'tratos políticos entre los grupos de interés, sobre los cuales no se puede de forma verosímil' reclamar un significado arraigado en la teoría política, o la justicia, o sobre las deliberaciones de los Padres Fundadores en torno a principios fundamentales". Las teorías de ambos autores son por tanto blanco de la misma crítica que Robert F. Nagel ha dirigido contra otros métodos de teoría constitucional basados en los "valores fundamentales": "la exaltada naturaleza de los valores es un corolario del constitucionalismo: la Constitución debe tratar necesariamente las preocupaciones públicas más serias y debe alcanzar un resultado que se pueda considerar como virtuoso para ser digno de su status fundamental" (Nagel, *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1989, p. 111).

LA PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ESTATAL

La diversidad de las disposiciones constitucionales estatales

Una complicación de la interpretación constitucional estatal emana de la diversidad de las disposiciones estatales. Si bien las Constituciones estatales contienen pronunciamientos amplios de principio, también contienen un conjunto de disposiciones que varían en su grado de detalle y especificidad, incluyendo algunas disposiciones que se asemejan a la legislación ordinaria. Ello genera la cuestión de si un único método interpretativo es apropiado para todos los tipos de disposiciones. El problema no es privativo de las Constituciones estatales, la federal también contiene disposiciones altamente específicas en el tratamiento de temas como los requisitos de elegibilidad para los cargos federales o del procedimiento legislativo; sin embargo, el problema es más serio en el ámbito estatal. Nadie, por ejemplo, elevaría una crítica a la Constitución federal en el sentido de que es una “bóveda bancaria para la legislación, dentro de la cual los esquemas favorecidos, las fobias y los intereses de la élite hegemónica puedan ser asegurados de cara al futuro y puestos fuera del alcance de legislaturas volubles o gobernadores desagradecidos”.⁷⁴³

Algunos jueces y académicos del derecho constitucional han propuesto para el tratamiento de este problema una aproximación dual a la interpretación constitucional estatal.⁷⁴⁴ Bajo esta aproximación las “grandes ordenanzas” de una Constitución deben recibir diferente tratamiento interpretativo, que aquellas otras que no expresan “ningún principio de gobierno” sino material constitucionalizado que habitualmente hubiese aparecido en una ley ordinaria.⁷⁴⁵ Presumiblemente las “grandes ordenanzas” serían interpretadas como disposiciones constitucionales propiamente dichas, cons-

⁷⁴³ Carleton, “Elitism Sustained”, *cit.*, p. 561.

⁷⁴⁴ El caso más importante que asume un aproximación dual a las disposiciones estatales es *Vreeland v. Byrne*, 370 A.2d 825 (N.J. 1977). Compárese también *Corum v. University of North Carolina*, 413 N.E.2d 276 (N. e. 1992), con *Kiser v. Kiser*, 385 S.E.2d 487 (N.C. 1989). La primera y más docta exposición de esta posición es la de Pope, James Gray, “An Approach to State Constitutional Interpretation”, *Rutgers Law Journal* 24, verano de 1993, pp. 985-1008.

⁷⁴⁵ *Vreeland v. Byrne*, 832.

truyéndose un derecho jurisprudencial estatal en derredor de ellas, mientras que las demás disposiciones serían interpretadas como leyes ordinarias.⁷⁴⁶

Si bien la propuesta anterior significa un paso en la dirección correcta, la aproximación dual a la interpretación constitucional estatal es demasiado simple para resolver el problema.

De una parte prescindir de las disposiciones “de segundo nivel” al construir una jurisprudencia constitucional estatal, resulta ser muy cuestionable, porque lo que un estado escoge integrar en su Constitución es una evidencia importante de la visión subyacente al documento. En adición a ello, la tajante bifurcación de las disposiciones constitucionales reintroducen en otro contexto la dudosa distinción de Gardner entre lo que es constitucional de lo que no lo es. No es una coincidencia que el exponente más inteligente de esta aproximación dual se sienta obligado a distinguir entre disposiciones que son *constitucionales* de aquellas otras que son “simplemente constitucionales”.⁷⁴⁷ Más aún, ninguna dicotomía simple puede hacer justicia a la diversidad de las disposiciones constitucionales estatales. Mientras que algunas disposiciones estatales pueden fácilmente situarse en una categoría o en otra, ello no es posible con un número importante de disposiciones. Simpatizantes de la aproximación dual así lo han reconocido, proponiendo criterios para determinar en qué categoría situar aquellas disposiciones que están “en medio”. Pero los criterios propuestos difieren de un constitucionalista a otro, además de que han sido objeto de contundentes críticas.⁷⁴⁸ La cuestión no es que deban desarrollarse mejores criterios sino que en lugar de ello es la misma aproximación dual la que necesita ser repensada.

Al reconsiderar sus aproximaciones interpretativas, los intérpretes de la Constitución estatal deben tomar guía de aquellos teóricos de la Constitución que ya han tratado con este problema en el contexto de interpretar la Constitución federal. A pesar de sus muchas diferencias, dichos teóricos están de acuerdo en que “las disposiciones constitucionales existen en un espectro que va desde las relativamente específicas, a aquellas otras de

⁷⁴⁶ Schuman, “Failed Critique”, *cit.*, pp. 277 y 278.

⁷⁴⁷ Pope, “Approach to Constitutional Interpretation”, *cit.*, p. 986.

⁷⁴⁸ El Tribunal Supremo de Nueva Jersey en Vreeland basa su distinción en la profundidad de los principios así como en la naturaleza constitucional del objeto tutelado. Pope rechaza el contenido como un criterio y substituye la promulgación por el pueblo. Para una crítica que analiza los criterios de Pope, véase Gardner, James A., “What Is a State Constitution?”, *Rutgers Law Journal* 24, verano de 1993, p. 1033, n. 38.

naturaleza extremadamente abierta”.⁷⁴⁹ Algunas son “redactadas... en un lenguaje que sólo admite una única interpretación”, mientras que otras requieren “casi puras valoraciones políticas para interpretarlas”, y otras más se encuentran en medio.⁷⁵⁰ Dada esta diversidad, la interpretación de las Constituciones estatales debe respetar el carácter de cada disposición, en lugar de forzar la disposición para encuadrar en un conjunto de aproximaciones interpretativas preexistentes.⁷⁵¹ Los intérpretes pueden diferir sobre en qué punto del espectro aludido cabe una disposición concreta como lo revela el debate sobre la octava y la decimocuarta enmienda de la Constitución federal.⁷⁵² Pero estos debates simplemente sugieren la necesidad de un examen más atento del texto de la disposición constitucional, de la historia que lo generó, y de su lugar en el diseño constitucional, que son

⁷⁴⁹ Ely, *Democracy and Distrust*, cit., p. 13.

⁷⁵⁰ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 367 y 357.

⁷⁵¹ El carácter de la mayoría de las disposiciones estatales propende hacia una interpretación constitucional restrictiva. Como William Swindler ha apuntado: “Porque las Constituciones estatales son todas muy detalladas y explícitas, hay incorporada en ellas una orientación dirigida a la interpretación textual estricta en la mayoría de los estados” (“State Constitutions”, cit., p. 593).

⁷⁵² Una base para esta discusión reside en despejar si disposiciones específicas constituyen amplias declaraciones de principios, o alternativamente merecen una interpretación restrictiva como “estado del arte” o como consecuencia de factores históricos. Compárese, por ejemplo, las contrastantes interpretaciones de la abolición de la Octava Enmienda de castigos crueles e inhumanos ofrecidos por Dworkin, Ronald y Raoul Berger: Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., y Berger, Raoul, *Death Penalties: The Supreme Court's Obstacle Course*, Cambridge, Harvard University Press, 1982. Este “nivel de generalidad” del problema también explica la mayor parte del desacuerdo sobre el significado de la Decimocuarta Enmienda. Para el análisis de varias perspectivas, véase Baer, Judith A., *Equality under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment*, Ithaca, Cornell University Press, 1983; Berger, Raoul, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; Curtis, Michael Kent, *No State Shall Abridge: the Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham, Duke University Press, 1986; Maltz, Earl M., *Civil Rights, the Constitution, and Congress*, 1863-1869, Lawrence, University Press of Kansas, 1990; Nelson, William E., *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, y Zuckert, Michael P., “Toward a Corrective Federalism: The United States Constitution, Federalism, and Rights”, en Katz, Ellis y Tarr, G. Alan (eds.), *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1996. Para un juicioso análisis del problema del !nivel de generalidad!, véase Tushnet, *Red, White, and Blue*, cit., cap. 1.

precisamente los factores propuestos como bases para la interpretación independiente de las Constituciones estatales.

Coherencia constitucional

Aunque los teóricos de la Constitución no están de acuerdo de manera unánime sobre la naturaleza de la Constitución federal de los Estados Unidos, sí están muy de acuerdo en que ésta contiene una teoría política y un diseño constitucional coherentes.⁷⁵³ Algunos de los teóricos mencionados han descubierto dicha coherencia en la estructura del gobierno que fue creado. Varios originalistas* perciben la Constitución básicamente como un documento democrático con su regla de la mayoría para decidir, y entienden las garantías de los derechos constitucionales como excepciones al énfasis primario en el gobierno popular.⁷⁵⁴ Otros teóricos también se han apoyado en el diseño general de la Constitución, pero para justificar la protección judicial de derechos no escritos expresamente en la Constitución federal.⁷⁵⁵ Y todavía otros más han recurrido más allá del texto de la Constitución de los Estados Unidos, argumentando que lo que une a las diferentes disposiciones constitucionales son ciertas asunciones no escritas y juicios de valor acerca de la política y de la vida pública. Por ejemplo, Walter Murphy ha argumentado que la Constitución “incluye una tradición de ideales y prácticas que evidencian valores y principios tan vitales como aquellos expresamente formalizados en el documento concreto”.⁷⁵⁶ Thomas Grey ha alentado a los jueces a consultar “ideales

⁷⁵³ Harris, William F. II, “Bonding Word and Polity: the Logic of American Constitutionalism”, *American Political Science Review* 76, marzo de 1982, pp. 34-49.

⁷⁵⁴ Bork, *The Tempting of America*, cit.; Rehnquist, William, “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review* 54, mayo de 1976, pp. 693-706, y Berger, *Government by Judiciary*, cit.

⁷⁵⁵ Ely, *Democracy and Distrust*, cit., y Black, Charles L., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969.

⁷⁵⁶ Walter Murphy, “An Ordering of Constitutional Values”, *Southern California Law Review* 53, enero de 1980, p. 705.

* Nota del traductor: En la doctrina norteamericana se conocen diferentes escuelas de interpretación constitucional, siendo una de ellas la “originalista”. Ésta pretende ser la interpretación fiel a los Padres Fundadores de la Constitución. En el presente capítulo Tarr propone la utilización de este método de interpretación para las Constituciones estatales (donde cada estado encuadra su análisis en su propia historia constitucional), conjuntamente con el método textual —conocido en México como gramatical.

nacionales básicos de libertad individual y tratamiento justo, aun cuando el contenido de estos ideales no esté expresado como un asunto de derecho positivo en la Constitución escrita”.⁷⁵⁷ En un sentido coincidente el ministro William J. Brennan ha sostenido que una preocupación por la “dignidad humana” subyace a la Constitución y debe guiar su interpretación.⁷⁵⁸

Para los objetivos de esta obra lo que es importante no es descubrir la fuente o el carácter de la coherencia de la Constitución de los Estados Unidos, sino la función a la que sirve dicha noción de coherencia en esta diversidad de teorías constitucionales. Si la Constitución incorpora un diseño político particular o valores compartidos, entonces ese diseño o los valores compartidos pueden guiar la interpretación de disposiciones constitucionales específicas y la elaboración de poderes implícitos y/o la elaboración judicial de derechos no escritos expresamente en la Constitución federal. De esta manera los teóricos constitucionales pueden interpretar las partes a la luz del todo ya que han llegado a la conclusión de que la Constitución es efectivamente un todo.

En capítulos anteriores se ha descrito el entendimiento político subyacente a las Constituciones estatales adoptadas en diferentes épocas; sin embargo sería un error asumir que las Constituciones estatales gozan de la misma coherencia que la Constitución federal. Como ha sido apuntado con anterioridad, un número importante de Constituciones estatales incluyen en su texto amplios segmentos de material “legislativo”. Por lo tanto, si no es de esperar encontrar una perspectiva política coherente en un cuerpo de legislación ordinaria elaborado a lo largo de un periodo prolongado de tiempo, igualmente sería poco realista esperar encontrar una perspectiva política coherente en una Constitución estatal que ha incorporado a lo largo del tiempo un conjunto de prescripciones detalladas de políticas públicas por la vía de las enmiendas a la Constitución, o de la revisión sucesiva de las Constituciones. Relacionado con el problema descrito se presenta el fenómeno de lo que podríamos llamar la “sedimentación” de las Constituciones estatales por el efecto de sucesivos constituyentes. Sería una imprecisión hablar de un conjunto de “padres fundadores” o, incluso, de una “época fundacional” para la mayoría de

⁷⁵⁷ Grey, “An Unwritten Constitution?”, *cit.*, p. 706.

⁷⁵⁸ Brennan, William J., “The Constitution of the United States: Contemporary Ratification”, *South Texas Law Journal* 27, otoño de 1986, p. 436.

las Constituciones estatales, situación que agudamente contrasta con la Constitución federal.⁷⁵⁹

El frecuente recurso de los estados a las enmiendas constitucionales, particularmente en el siglo XX, erosiona cualquier noción de la Constitución como un todo, y la perspectiva política y objetivos de aquellos que introdujeron enmiendas a la Constitución estatal pueden perfectamente llegar a diferir de la perspectiva de los que la aprobaron en su versión original.⁷⁶⁰ Ciertamente se ha documentado en capítulos anteriores la influencia de movimientos políticos dispares, como la democracia Jacksoniana y el Progresismo sobre las disposiciones constitucionales adoptadas en las diferentes épocas. A menudo el proceso de enmienda no implica ni la supresión ni el reemplazo, sino más bien la adición de disposiciones constitucionales. Y como un geólogo, el académico del constitucionalismo estatal puede estudiar las diferentes capas de disposiciones que han sido incorporadas al documento, y los movimientos políticos que las produjeron.

Pero ni siquiera la adopción de nuevas Constituciones estatales permite hacer de lado esta dificultad. Debido a que usualmente la insatisfacción de ciertos elementos clave de la Constitución proveen del ímpetu para la elaboración de una nueva Constitución, los constituyentes se concentran en tales elementos, dejando a menudo intactas otras disposiciones que no han generado controversia. Es posible observar que el intento de cambiar demasiadas cosas de una Constitución corre el riesgo de propiciar la alienación de los intereses concretos y diferentes de ciertas circunscripciones político-electorales, que pueden encontrar con ello puntos de acuerdo y coalicarse para oponerse a la nueva Constitución propuesta. Como resultado de ello, incluso Constituciones estatales que han pasado por un nuevo proceso constituyente típicamente retienen “sedimentos” normativos, lo cual hace

⁷⁵⁹ Desde luego, aunque los comentaristas hablan frecuentemente de un solo grupo de padres fundadores de la Constitución federal, esto es también una hiper simplificación de la experiencia constitucional en el plano federal. Véase Ackerman, *We the People, cit.*

⁷⁶⁰ Esta “sedimentación” constitucional está relacionada con la inclusión de material de “legislación ordinaria” en las Constituciones estatales, debido a los esfuerzos de los primeros constituyentes para salvaguardar políticas públicas mediante su elevación a rango constitucional, lo que a su vez ha provocado posteriores enmiendas diseñadas para sustituir dichos principios por otros favorecidos por las subsecuentes mayorías congresuales. Sin embargo, “sedimentar” puede implicar también “disposiciones constitucionales”, sobre todo aquellas constitucionalizadas por distintos movimientos políticos.

imposible —o al menos complica— la búsqueda de la coherencia constitucional.

Finalmente se deben considerar todas las implicaciones del hecho de que las diferentes épocas de los constituyentes puedan estar apoyadas por diferentes teorías políticas y/o entendimientos del constitucionalismo. Incluso cuando una Constitución estatal inicialmente incorporaba una perspectiva constitucional inspirada en principios, debido a cambios a lo largo del tiempo puede llegar a tener disposiciones clave que reflejan perspectivas constitucionales diferentes y aún inconsistentes entre sí. Así, para un juez que busca coherencia constitucional, la tarea se convierte más de construcción que de descubrimiento: cambios constitucionales que implican grandes transformaciones “alteran en su fundamento los términos del problema interpretativo”, obligando a los jueces a sintetizar “los esfuerzos de creación constitucional” de varias generaciones.⁷⁶¹ En cuanto a este método de interpretación constitucional intergeneracional cabe destacar la obra de Bruce Ackerman que ha revisado las dificultades implicadas en la refundación de la Constitución federal que se produjo por el cambio del régimen constitucional después de la guerra civil.⁷⁶²

Para los jueces estatales la penetración de la Constitución estatal por movimientos políticos sucesivos torna más difícil la tarea de la búsqueda de coherencia constitucional, que lo que ha sido para los jueces federales la búsqueda de coherencia de la Constitución federal. En la medida en que una Constitución estatal no refleja una perspectiva única, el intérprete no siempre puede buscar en el todo para iluminar el significado de las diferentes partes. De esta manera una aproximación ampliamente utilizada por los teóricos constitucionales al interpretar la Constitución federal parece inaplicable —o cuando menos, aplicable con menor frecuencia— a las Constituciones estatales. En lugar de ello se requiere algo más próximo a la interpretación consistente en la “orientación por cláusula”, a pesar de que exactamente esta aproximación interpretativa continúa siendo una pregunta sin contestar.⁷⁶³

⁷⁶¹ Ackerman, *We the People*, cit., pp. 87 y 88.

⁷⁶² *Ibidem*, especialmente el capítulo 4.

⁷⁶³ La distinción entre “orientación por cláusula constitucional” y un originalismo más amplio (o, como él lo llama, “interpretativismo”) deriva de John Hart Ely, que define la “orientación por cláusula constitucional” como aquel método interpretativo que imprime contenido a una disposición solamente con base en su lenguaje y a la historia legislativa que la rodea (*Democracy and Distrust*, 12).

Textualismo, originalismo y Constituciones estatales

LA ORIENTACIÓN HACIA EL TEXTUALISMO Y EL ORIGINALISMO

Los académicos y los juristas que han apoyado la interpretación independiente de las Constituciones estatales han argumentado que se debe poner especial atención a las especificidades del texto así como a la historia que las ha generado. En el mismo sentido se han pronunciado los simpatizantes de la aproximación suplementaria. De esta manera los argumentos de ambas posiciones se unen apoyando una aproximación interpretativa particular de las Constituciones estatales. Si la distinción de las garantías constitucionales estatales justifica su interpretación independiente, entonces se exhorta a los juristas estatales a enfatizar el análisis textual y concretamente uno que opere al nivel de la disposición constitucional específica: si el distinto origen o propósito de una disposición justifican una interpretación independiente, los juristas estatales deben poner especial atención a la intención de los constituyentes y a las circunstancias históricas de las que emergió la disposición constitucional. Es cierto que algunos autores han exhortado a los jueces estatales a buscar su mejor interpretación de las disposiciones estatales, incluso cuando la identidad del lenguaje de las disposiciones estatales y federales sugiere que pueden tener un significado común.⁷⁶⁴ Pero incluso estos autores reconocen que es igualmente probable que esta “mejor interpretación” se encuentre tanto en el texto, como en valores metaconstitucionales de su preocupación no es desalentar el textualismo, sino asegurarse que no se excluya una aproximación fresca al texto por efecto de la interpretación de las disposiciones homólogas por parte de la Suprema Corte.

De esta guisa las justificaciones ofrecidas para la interpretación independiente, junto con la necesidad de poder defender sus decisiones contra las acusaciones de ilegitimidad del activismo judicial, han orientado a los jueces estatales hacia una jurisprudencia constitucional que enfatiza el textualismo y la intención original del poder constituyente. Este énfasis sobre el textualismo no debería enfrentar mucha dificultad pues ciertamente, como un constituyente dijo, “en tanto que las Constituciones de los estados contienen muchos detalles y son bastante explícitas, existe

⁷⁶⁴ Véase, por ejemplo, Williams, “In the Shadow”, *cit.*; Linde, “E Pluribus”, *cit.*, y Kahn, “Interpretation and Authority”, *cit.*

una predisposición interna hacia la interpretación rigurosa (*i. e.* análisis textual).⁷⁶⁵

Sin embargo algunos teóricos de la Constitución han argumentado que las propuestas para una jurisprudencia originalista enfrenta un problema práctico insuperable: el material histórico disponible no provee de una base adecuada para tal jurisprudencia.⁷⁶⁶ Concentrándose en la Constitución federal apuntan que los registros del pensamiento de los padres fundadores, así como la historia detrás de varias disposiciones es incompleta en el mejor de los casos.⁷⁶⁷ Dada la dificultad de determinar la intención colectiva de la individual, incluso un registro histórico detallado no necesariamente despejaría las disputas sobre la intención de los redactores de la Constitución (o de quienes la ratificaron). Por último, incluso si se concede que fuese posible conocer las intenciones generales de los padres fundadores, no se podría determinar sus intenciones sobre muchos de los problemas específicos que se enfrentan hoy en día porque los padres fundadores nunca lidiaron con ellos.

Los originalistas por supuesto han cuestionado la validez de dichas críticas.⁷⁶⁸ Pero cualquiera que sea su validez con respecto a la Constitución federal, el carácter y el desarrollo distintivo de las Constituciones estatales sugiere que la crítica no aplica —o al menos no aplica con la misma consistencia— sobre los esfuerzos por desarrollar una interpretación originalista de las Constituciones estatales.⁷⁶⁹ En primer lugar porque dada

⁷⁶⁵ Swindler, "State Constitutions", *cit.*, p. 593.

⁷⁶⁶ La exposición más importante de esta posición es la de Brest, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review* 60, marzo de 1980, pp. 204-254. Otras críticas importantes al método originalista son: Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, capítulo 10; Ely, *Democracy and Distrust*, *cit.*, caps. 1 y 2, y Levy, Leonard W., *Original Intent and the Framers' Constitution*, Nueva York, Macmillan, 1988.

⁷⁶⁷ Para una descripción de los problemas asociados con el registro documental, véase Huston, James H., "The Creation of the Constitution: The Integrity of the Documentary Record", *Texas Law Review* 65, noviembre de 1986, pp. 1-39.

⁷⁶⁸ Bassham, Gregory, *Original Intent and the Constitution: A Philosophical Study*, Savage, Rowman and Littlefield, 1992; Berger, *Government by Judiciary*, *cit.*, nota ; Bork, *The Tempting of America*, *cit.*; Kay, Richard S., "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses", *Northwestern University Law Review* 82, invierno de 1988, pp. 228-292, y Maltz, *Rethinking Constitutional Law*, *cit.*, nota .

⁷⁶⁹ En forma sorpresiva James Gardner se encuentra entre los que afirman que las fuentes estatales son suficientes para desarrollar una jurisprudencia estatal constitucional ori-

la frecuencia de las enmiendas o de la revisión de las Constituciones, muchas leyes fundamentales estatales y disposiciones estatales son relativamente recientes. Entre más reciente sea una disposición, mayor probabilidad existe de que haya un registro documental extenso —proyectos preconstitucionales, registros de las convenciones constituyentes, literatura para los votantes, y cosas de este tipo— que explican su significado, y la mayor disponibilidad de estos materiales facilita el descubrimiento de la intención original.⁷⁷⁰ Además, entre más reciente sea la disposición, más probable es que aquellos que la adoptaron hayan previsto y discutido los problemas constitucionales que luego se presentarían en su aplicación. De esta manera se podría encontrar en los materiales históricos discusiones no sólo de los grandes principios constitucionales, sino también de cómo se aplicarían dichos principios a los problemas contemporáneos.⁷⁷¹ Por último, la larga tradición de los constituyentes estatales de preferir un lenguaje específico y detallado tiene la ventaja de facilitar una jurisprudencia estatal originalista. En efecto, los constituyentes pudieron haber utilizado un lenguaje específico y claro con el propósito de fijar el significado de las disposiciones constitucionales. Incluso en aquellos casos en que se requiere de interpretación, el mayor detalle de las disposiciones estatales a menudo recompensa los intentos de utilizar un riguroso análisis textual para descubrir la intención original.

ginalista. Véase Gardner, “Failed Discourse”, *cit.*, pp. 811 y 812. Debería destacarse que la importancia de la historia constitucional de los estados no depende de la adherencia al método de jurisprudencia originalista. Como Stephen E. Gottlieb ha señalado: “Para quienes rechazan una jurisprudencia basada en la intención original de los padres fundadores, la historia constitucional sin embargo nos ayuda a conservar las lecciones incorporadas en la redacción de las disposiciones pertinentes y a explorar las consecuencias del lenguaje escogido”. Véase Gottlieb, “Foreword: Symposium on State Constitutional History: in Search of a Usable Past”, *Albany Law Review* 53, invierno de 1989, p. 258.

⁷⁷⁰ Materiales relevantes de Constituciones estatales se encuentran catalogados en Browne, Cynthia, *State Constitutional Conventions, from Independence to the Completion of the Present Union, 1776-1959: a Bibliography*, Westport, Greenwood Press, 1973, y Bonnie Canning, *State Constitutional Conventions, Revisions and Amendments, 1959-1976*, Westport, Greenwood Press, 1977. La historia constitucional de cada estado está contenida en los volúmenes de la serie *References Guides to State Constitutions of the United States*, también publicados por Greenwood Press.

⁷⁷¹ Véase, por ejemplo, Cassell, Paul G., “The Mysterious Creation of Search and Seizure Exclusionary Rules under State Constitutions: The Utah Example”, *Utah Law Review* 1993, pp. 751-873.

TOMANDO CON SERIEDAD EL TEXTUALISMO Y EL ORIGINALISMO

Pero, ¿cómo se vería la interpretación constitucional estatal basada en el textualismo y/u originalismo? Para responder a esta cuestión ofrecemos tres ejemplos sobre qué implicaciones podría tener tal aproximación interpretativa. La interpretación de la libertad de expresión del Tribunal Superior de Justicia de Oregon ilustra el potencial del método de la orientación por cláusula constitucional para interpretar las Constituciones estatales. Ello porque el Tribunal de Oregon ha desarrollado una jurisprudencia distinta a la federal en torno a la garantía estatal de libertad de expresión, basado en el lenguaje y en la historia que le dio origen a dicha cláusula constitucional.⁷⁷²

La disposición correspondiente señala: “No se aprobará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión de las opiniones, o que restrinja el derecho de hablar, escribir, o publicar libremente sobre cualquier objeto; pero todas las personas serán responsables por el abuso de este derecho”.⁷⁷³ De acuerdo al Tribunal Superior de Justicia de Oregon la disposición claramente protege la libertad de expresión sobre todos los objetos posibles en forma igualitaria, sin otorgar una protección especial al discurso político.⁷⁷⁴ En lugar de emular la aproximación de equilibrio establecido por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, el tribunal de Oregon ha interpretado que la disposición estatal prohíbe leyes contrarias a la libertad de palabra o de expresión como tales, a menos que la restricción caiga dentro de una clara excepción histórica que haya sido suficientemente señalada cuando la Constitución fue adoptada y que la disposición no estaba dirigida a eliminar.⁷⁷⁵ Sobre esta base el Tribunal ha invalidado leyes que prohibían la diseminación de la pornografía, el uso de lenguaje obsceno en público, o que establecían restricciones para zonas dedicadas a los “negocios de adultos”;⁷⁷⁶ sin embargo, el Tribunal ha interpretado

⁷⁷² Nuestro análisis en éste párrafo está basado en Friesen, *State Constitutional Law*, *cit.*, cap. 5, y Armstrong, Rex, “Free Speech Fundamentalism: Justice Linde's Lasting Legacy”, *Oregon Law Review* 70, invierno de 1991, pp. 855-894.

⁷⁷³ Constitución de Oregon, artículo 1o., sección 8.

⁷⁷⁴ *State v. Robertson*, 649 P.2d 569, 589 (Ore. 1982).

⁷⁷⁵ *State v. Robertson*, at 576. Los tipos de discurso históricamente excluidos son el perjurio, el fraude, y la solicitudación.

⁷⁷⁶ *State v. Henry*, 732 P.2d 9 (Ore. 1987); *State v. Spencer*, 611 P.2d 1147 (Ore. 1980); y *City of Portland v. Tidyman*, 759 P.2d 242 (Ore. 1988).

que la disposición permite la aprobación de leyes dirigidas contra los efectos injuriosos de las comunicaciones en lugar de a las comunicaciones mismas, de tal manera que ha convalidado leyes contra la amenaza de agresiones violentas, contra el hostigamiento y la intimidación.⁷⁷⁷ De acuerdo al Tribunal de Oregon, la evidencia empírica revela que la cláusula del “responsable por abuso” del derecho propio que se insertó en la disposición, fue para preservar la responsabilidad en los juicios por difamación. De esta manera, quienes hacen uso del derecho a la libertad de palabra pueden ser tenidos como responsables por los daños actuales que causen por sus discursos o expresiones. No obstante, la cláusula limita la responsabilidad a restitución civil compensatoria; no autoriza ni la responsabilidad como efecto colateral de la pena, ni la tipificación penal misma por daños generados por la palabra.⁷⁷⁸

La protección constitucional de los derechos del agua de Utah ilustra de qué manera la búsqueda por la intención original de las disposiciones estatales se puede beneficiar del análisis histórico y comparativo. En sus propios términos literales, la disposición de Utah dirige su atención a la ley concerniente a la propiedad y uso del agua vigente al momento que la Constitución fue promulgada. Esta dice: “Todos los derechos ya existentes para el uso de cualesquiera de las aguas en este estado, para el propósito de su utilización o de su beneficio, quedan reconocidos y confirmados por efecto de la presente disposición”.⁷⁷⁹ Las características distintivas de la legislación existente son clarificadas mediante su contraste con la legislación de los estados del Este y del Medio Oeste, que habían adoptado la doctrina ribereña que regulaba los derechos sobre el agua.⁷⁸⁰ La comparación de la disposición de Utah con respecto a la de otros estados aledaños clarifica aún más su significado. Los delegados de la Convención Constituyente

⁷⁷⁷ *State v. Moyle*, 705 P.2d 740 (Ore. 1985); *State v. Carcias*, 679 P.2d 1354 (Ore. 1984); *State v. Robertson*, 649 P.2d 569 (Ore. 1982); y *State v. Plowman*, 838 P.2d 558 (Ore. 1992).

⁷⁷⁸ *Wheeler v. Creen*, 593 P.2d 777, 788-89 (Ore. 1979).

⁷⁷⁹ Constitución de Utah, art. 17, sec. 1. El análisis de esta disposición se apoya en White, Jean Bickmore, *The Utah State Constitution: a Reference Guide*, Westport, Greenwood Press, 1998.

⁷⁸⁰ Para una elaboración de las distintas aproximaciones a los derechos del agua en los estados del Oeste y su influencia en las Constituciones estatales, véase Pisani, Donald J., *To Reclaim a Divided West: Water, Law, and Public Policy, 1848-1902*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1992, caps. 1-3, y Bakken, *Rocky Mountain Constitution Making, cit.*, cap. 6.

tuyente de Utah tenían frente a sí como modelos potenciales a la Constitución de Colorado de 1876, que establecía que las aguas de los arroyos que no habían sido objeto de apropiación se consideraban “propiedad del público... dedicado para el uso del pueblo del estado”, y a la Constitución de Wyoming de 1890 que declaraba que el agua de los arroyos naturales eran “propiedad del estado”. El rechazo de ambos modelos por parte de los delegados subraya su compromiso de asegurar la santidad del derecho privado sobre el agua, y ese compromiso debe por tanto guiar la interpretación de la disposición de Utah concerniente a los derechos del agua.

Por último, las garantías estatales del siglo XIX sobre la igualdad revelan la necesidad de interpretar las disposiciones estatales a la luz de la teoría política subyacente.⁷⁸¹ En su mayor parte dichas disposiciones estatales de igualdad anteceden a la decimocuarta enmienda de la Constitución federal, que enfatiza la protección de las minorías del abuso de las mayorías. También pueden ser distinguidas de las disposiciones sobre igualdad del siglo XVIII, que reconocían la igualdad natural de todos los hombres, así como de las garantías del siglo XX sobre la igualdad de género y la prohibición de la discriminación en el ejercicio de los derechos civiles.

En contraste con la cláusula de protección de la igualdad de la Constitución federal que protege a las minorías de las mayorías dentro del seno de la propia sociedad civil, las garantías estatales primordialmente servían para proteger a la mayoría del pueblo contra el legislador ordinario; la garantía estatal se dirigía a evitar la creación de privilegios especiales o excepciones por el legislador ordinario que violentara la igualdad ante la ley.⁷⁸² De esta suerte la Constitución de Ohio declaraba, el “gobierno es instituido para... la protección y beneficio (de todo el pueblo)”.⁷⁸³ La Constitución de Oregon de 1859 específicamente prohibía el favoritismo de los legisladores: “Ninguna ley será aprobada que otorgue a un ciudadano o clase de ciudadanos, privilegios e inmunidades que, en los mismos términos, no corresponda igualmente a todos los ciudadanos”.⁷⁸⁴ Prohi-

⁷⁸¹ El tratamiento de las disposiciones estatales en éste párrafo se basan en el análisis de Williams, “Equality Guarantees”, *cit.* Para una discusión mas detallada de las garantías estatales de igualdad, véase Tarr, “Constitutional Theory”, *cit.*, pp. 859-861.

⁷⁸² Williams, “Equality Guarantees”, *cit.*, pp. 1205-1207.

⁷⁸³ Constitución de Ohio de 1851, artículo 10., sección 1, párrafo 2.

⁷⁸⁴ Constitución de Oregon de 1859, art. 10., sec. 20.

biciones constitucionales sobre leyes especiales o leyes locales —que en el siglo XIX fueron promulgadas en un buen número de estados—, reflejaban una preocupación similar. Y el mandato por una “educación completa y eficiente” encontrada en varias Constituciones servía para garantizar que todos los niños se beneficiarían igualmente del sistema de educación pública, mientras que el requerimiento de la uniformidad en la imposición fiscal se planteaba como una seguridad en contra de que un ciudadano o grupos de ciudadanos evadieran su responsabilidad de contribuir a los gastos del estado, como privilegio concedido por ley por el legislador ordinario.

Algunos jueces estatales, guiados por un lenguaje familiar, han interpretado las garantías estatales del siglo XIX como cláusulas de protección federal en miniatura.⁷⁸⁵ Pero tal interpretación, sin consideración de la historia estatal, distorsiona su significado: tales garantías estatales fueron pensadas para remediar o prevenir diferentes males, y estaban basadas sobre una premisa diferente que las protecciones frente a las amenazas a la igualdad.⁷⁸⁶ Que las garantías tuviesen este carácter no debiera sorprender: la gran mayoría datan de la época Jacksoniana cuando se combatían los bolsillos de los privilegiados enquistados en el poder, o de la época de la posguerra civil, cuando la desconfianza sobre las legislaturas había alcanzado su cota más alta.⁷⁸⁷ Lo que este ejemplo demuestra es que la fidelidad a la intención original de las disposiciones estatales, en ocasiones requiere la atención a la teoría política hegemónica al momento en que fueron adoptadas las disposiciones constitucionales. También sugiere que una interpretación fiel a esa intención, tendría que ser consistente con dicho entendimiento de la igualdad.

⁷⁸⁵ Véase, por ejemplo, *Right to Choose v. Byrne*, 450 A.2d 925 (N.J. 1982). De una forma más general, véase Fino, “Judicial Federalism and Equality”, *cit.*, nota .

⁷⁸⁶ Así, Hans Linde ha apuntado que el artículo 1, sección 20, de la Constitución de Oregon y la cláusula sobre la igualdad ante la ley de la Constitución federal, “fueron introducidas en diferentes constituciones, en tiempos diferentes y por distintos hombres, para dar tratamiento constitucional a problemas de diferentes circunstancias históricas”. Véase Linde, “Without Due Process”, *op. cit.*, p.141.

⁷⁸⁷ Véase el análisis en el capítulo cuarto de este libro.

*La interpretación constitucional estatal
en el marco de un universo de Constituciones*

LA PERTINENCIA DE OTRAS CONSTITUCIONES

Un aspecto distintivo de la interpretación constitucional estatal estriba en el hecho de que la interpretación de una Constitución estatal no se da en forma aislada, sino en el contexto de lo que puede ser llamado un “universo de Constituciones”. Si bien los ministros de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos consultan sus propios precedentes al interpretar la Constitución federal, raramente le otorgan atención a cómo los jueces estatales han tratado disposiciones estatales similares o cómo juristas extranjeros han interpretado disposiciones análogas de sus Constituciones nacionales.⁷⁸⁸ De esta manera los ministros tienden a conducirse como si el texto que ellos están interpretando, y los problemas interpretativos que confrontan, fuesen únicos. En contraste, al interpretar las disposiciones constitucionales estatales, los jueces estatales regularmente inquieren sobre la manera en que tribunales hermanos, tanto estatales como federales, han interpretado disposiciones similares. Como se ha hecho notar con anterioridad, las opiniones de estos tribunales hermanos son una fuente primordial de doctrina constitucional, y sus decisiones a menudo sirven como persuasivos precedentes.⁷⁸⁹

Dicho apoyo en precedentes de otras jurisdicciones apenas y puede causar alguna sorpresa. Ello porque los jueces estatales, al ver más allá de las fronteras de su estado para buscar guía para interpretar sus Constituciones estatales, en realidad solamente están ampliando al ámbito de la interpretación constitucional un modo de decisión jurisdiccional que

⁷⁸⁸ Pero véase Brennan, William J. Jr., “State Supreme Court Judge versus United States Supreme Court Justice: a Change in Function and Perspective”, *University of Florida Law Review* 19, otoño de 1966, pp. 225-237, y Wright, J. Skelly, “In Praise of State Courts: Confessions of a Federal Judge”, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 11, invierno de 1984, pp. 165-188.

⁷⁸⁹ Para estudios del uso del precedente por otros tribunales, véase Harris, Peter, “Difficult Cases and the Display of Authority”, *Journal of Law, Economics, and Organization* 1, primavera de 1985, pp. 209-221; “Structural Change in the Communication of Precedent among State Supreme Courts, 1870-1970”, *Social Networks* 4, septiembre de 1982, pp. 201-222, y Caldeira, Gregory A., “The Transmission of Legal Precedent: a Study of State Supreme Courts”, *American Political Science Review* 79, marzo de 1985, pp. 178-193.

desde tiempo atrás han venido utilizando para resolver casos de *common law*. Pero diferencias en la empresa interpretativa hace que esta ampliación sea problemática. Al elaborar el *common law*, los magistrados del tribunal superior de justicia proceden sin tener que observar un texto legal vinculante. La ausencia de éste le permite a los jueces consultar —y hasta seguir— las decisiones de tribunales hermanos, sin arriesgar desatender lo que es distintivo de la ley de sus respectivos estados. Incluso el sentimiento de que se participa en una empresa común alienta el préstamo entre tribunales en la elaboración del *common law*. Pero al interpretar una Constitución estatal, un tribunal estatal está interpretando una colección única de disposiciones con una historia particular. Tomar prestado de otros estados se torna problemático porque incluso disposiciones equivalentes de otros estados pueden diferir en el lenguaje, las circunstancias históricas de las que emergieron, o en ambas cuestiones. Como ha dicho el magistrado Hans Linde, “los tribunales estatales se encuentran atraídos entre corresponder a la fidelidad a su propia carta constitucional, y el sentimiento de que el derecho constitucional es una empresa común en la que participan”.⁷⁹⁰ De esta manera, las diferencias entre las Constituciones estatales despiertan las cuestiones de hasta qué punto pueden los jueces tomar prestado de la doctrina o apoyarse en precedentes de casos constitucionales de otras jurisdicciones. Si la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos no es vinculante para los jueces estatales al interpretar disposiciones equivalentes de las Constituciones de los estados, uno se inclina a concluir que tampoco lo son las interpretaciones de jueces de otros estados al interpretar las respectivas disposiciones estatales homologables.

La situación sin embargo es más complicada de lo que parece en un principio. La interpretación en un universo de Constituciones obliga a los tribunales estatales atribuir un peso específico a algunas Constituciones y a las decisiones jurisdiccionales que las interpretan. La mayoría de los estados han adoptado más de una Constitución, y la interpretación de la ley fundamental estatal vigente debe tomar en cuenta cómo las disposiciones vigentes se relacionan con aquellas de las Constituciones anteriores. Más aún: la mayoría de los estados al diseñar sus Constituciones han tomado prestadas disposiciones de las leyes fundamentales de otros estados, y al interpretar estas disposiciones que han tomado prestadas,

⁷⁹⁰ Linde, “State Constitutions Common Law?”, *cit.*, p. 228.

los jueces deben tomar en cuenta sus orígenes en las otras Constituciones estatales, así como las interpretaciones jurisdiccionales de las mismas. Al análisis de tales complicaciones nos dirigimos en el siguiente apartado.

LA RELACIÓN CON CONSTITUCIONES ANTERIORES DEL ESTADO

Para determinar el significado de una Constitución estatal, se debe considerar en primer término la relación de la Constitución vigente con las Constituciones anteriores. Aunque la adición de disposiciones constitucionales enteramente nuevas no implica dificultades interpretativas inusuales, tanto el cambio constitucional como la continuidad constitucional sí generan dudas al intérprete de la Constitución estatal.

Cuando un estado sustituye en su totalidad su Constitución, se debe examinar de qué manera han cambiado las disposiciones para poder interpretar la Constitución vigente. Si el texto ha variado, uno debe asumir que la variación se introdujo por algún propósito. Ocasionalmente un cambio puede meramente dirigirse a la tarea constitucional de cuidar la pulcritud de la casa, que es el intento por desechar el lenguaje excesivo o desconstitucionalizar disposiciones que por su naturaleza son esencialmente del ámbito de la “legislación ordinaria”. Por ejemplo, en Louisiana en 1974, los constituyentes mondaron sustancialmente su carta constitucional mediante la exacción de ciertas disposiciones y su reintroducción al derecho positivo, pero con rango de ley.⁷⁹¹ Pero con mayor frecuencia las alteraciones en el lenguaje están pensadas para producir cambios en el significado. De esta manera, el significado del texto constitucional no puede ser considerado en abstracto; el significado de las palabras viene determinado en parte por aquello que han sustituido. De suerte que la Constitución incluye no sólo la disposición vigente sino también, como punto de referencia, la versión anterior de la disposición así como la interpretación atribuida a dicha versión anterior.

Dos ejemplos sirven para ilustrar esta cuestión. El primero se refiere a la garantía de Nueva Jersey de que “todas las personas son por naturaleza libres e independientes, y tienen ciertos derechos naturales e inalienables...”⁷⁹² De una inspección inicial la garantía no parece ser más que el reconocimiento de los derechos naturales, presumiblemente

⁷⁹¹ Hargrave, *The Louisiana State Constitution*, cit., p. 18.

⁷⁹² Constitución de Nueva Jersey, artículo 1o., sección 1.

introducida en la primera Constitución y reinsertada en las sucesivas; sin embargo, cuando se compara esta garantía con su predecesora —la Constitución de Nueva Jersey de 1844— se deja ver una diferencia importante.⁷⁹³ Mientras que la Constitución de 1844 reconocía que el “hombre” posee varios derechos naturales, la versión de 1947 reconoce que tales derechos pertenecen a todas las “personas”. Mediante la sustitución de la palabra masculina “hombre” por el neutral “personas”, la Constitución enfatizaba que las mujeres gozaban de los mismos derechos que los hombres,⁷⁹⁴ sin embargo, al mirar en abstracto la disposición de 1947 difícilmente se podría deducir que estaba diseñada para proteger los derechos de las mujeres.

El segundo ejemplo también tiene que ver con igualdad de género. Cuando el estado de Washington adoptó la *little ERA* en 1972 el Tribunal Superior de Justicia de Washington pudo haber seguido la guía de otros estados que habían interpretado disposiciones similares para establecer al género como una presunta clasificación discriminatoria;⁷⁹⁵ sin embargo, esto fue precisamente lo que el tribunal rehusó hacer.⁷⁹⁶ En lugar de seguir la interpretación de otros estados hizo notar que incluso antes de la adopción de la enmienda, los tribunales de Washington ya habían establecido al género como una presunta clasificación discriminatoria.⁷⁹⁷ Toda vez que los constituyentes no hubiesen cambiado la Constitución sin un propósito, el tribunal concluyó que los ciudadanos del estado mediante la

⁷⁹³ En la disposición homóloga de la constitución de Nueva Jersey de 1844 (artículo 1o., sección 1) se lee: “Todos los hombres son por naturaleza libres e independientes, y tienen ciertos derechos naturales inalienables ...”.

⁷⁹⁴ Williams, Robert F., *The New Jersey State Constitution: a Reference Guide*, Westport, Greenwood Press, 1990, p. 29; Kruger, Karen J., “Rediscovering the New Jersey E.R.A.: The Key to Successful Sex Discrimination Litigation”, *Rutgers Law Journal* 17, invierno de 1986, pp. 253-281, y Williams, Robert F., “The New Jersey Equal Rights Amendment: a Documentary Sourcebook”, *Women's Rights Law Reporter* 16, invierno de 1994, pp. 70-125.

⁷⁹⁵ La garantía de igualdad de género se encuentra en la Constitución de Washington, art. 31, sec. 1. La experiencia estatal sobre esta disposición es comentada en Proebsting, Patricia L., “Washington's Equal Rights Amendment: It Says What It Means and It Means What It Says”, *University of Puget Sound Law Review* 8, invierno de 1985, pp. 461-484. Para un examen de la interpretación de los tribunales supremos estatales de las enmiendas de la igualdad de derechos en los estados, véase Tarr y Porter, “Gender Equality”, y Friesen, *State Constitutional Law*, *cit.*, cap. 3.

⁷⁹⁶ *Darrin v. Gould*, 540 P.2d 882 (Wash. 1975).

⁷⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Hanson v. Hutt*, 517 P.2d 599 (Wash. 1973).

ratificación de la enmienda sobre la igualdad de derechos debieron haber buscado proveer de mayor protección la igualdad de género de la que previamente había gozado.⁷⁹⁸ En otras palabras, la Constitución incluye no sólo el texto sino también el cuerpo de decisiones dentro del cual el texto se inserta. En este orden de ideas, el tribunal decidió que la enmienda constitucional sobre la igualdad de derechos requería un nivel más elevado de protección jurisdiccional que el que hacía presumir la simple clasificación de género.⁷⁹⁹

Dada la entendible atención que se le otorga al cambio constitucional, lo que a menudo se pasa por alto es la frecuencia de la continuidad entre las viejas y las nuevas Constituciones de los estados. Varios factores pueden explicar la tendencia de los estados a retener caracteres y disposiciones de Constituciones anteriores, entre ellas el tiempo y la energía limitada de la mayoría de las convenciones constituyentes, una satisfacción en lo general por la mayoría de los aspectos de la Constitución anterior, y la precaución de los delegados de que un cambio demasiado radical puede poner en riesgo la ratificación al facilitar una coalición entre aquellos que se oponen a varios elementos de la Constitución que se presenta a consideración del pueblo en referéndum. Cualesquiera que sean las razones para la continuidad constitucional, ello presenta problemas que son privativos para los intérpretes constitucionales estatales. La naturaleza de estos problemas puede ser mejor comprendida considerando situaciones análogas que se presentan en la interpretación de la legislación ordinaria.⁸⁰⁰ Cuando un tribunal decide un caso con fundamento en una ley, ofrece una interpretación del significado de la ley. En teoría, si la legislatura cree que la interpretación del tribunal es incorrecta, puede corregir este error mediante la reforma de la ley para clarificar cómo debe ser interpretada. Algunos autores y jueces han argumentado que dada esta oportunidad para revertir la decisión del tribunal, la omisión de la legislatura de reformar la ley debe ser considerada como su acuerdo con

⁷⁹⁸ *Darrin v. Gould*, 540 P.2d 882, 889.

⁷⁹⁹ *Darrin v. Gould*, 540 P.2d 882, 893.

⁸⁰⁰ La literatura que trata sobre la relación entre la legislación abrogada y la vigente, es extensa. Véase, entre otros, Dickerson, Reed, *The Interpretation and Application of Statutes*, Boston, Brown, 1975; Eskridge, William N. Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, y Levi, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1949.

la interpretación del tribunal, que debe por tanto fijar el significado de la ley en los litigios subsiguientes.⁸⁰¹

Sin embargo, otros autores sostienen que dada la dificultad de aprobación de las leyes, así como del cúmulo de asuntos que requieren la atención de los legisladores, no se deben derivar conclusiones de la omisión legislativa.⁸⁰² Cualesquiera que sean los méritos de este último argumento, la pretensión de que el Poder Legislativo ha respaldado la interpretación jurisdiccional indudablemente se refuerza cuando la legislatura reelabora la ley después de que ésta ha sido interpretada por el Poder Judicial, porque entonces la legislatura ha actuado afirmativamente en lugar de haber omitido acción alguna. De esta manera una fuente común sobre interpretación legislativa ha concluido que “cuando la legislatura adopta una expresión que ha recibido interpretación jurisdiccional, la interpretación es *prima facie* evidencia de la intención del legislador”.⁸⁰³ No obstante lo anterior, otros autores han insistido que el extraer conclusiones derivadas de la reelaboración de una ley, no tiene sustento.⁸⁰⁴

Cuando una disposición constitucional ha sido transferida sin cambio alguno a una nueva Constitución, la situación es en algunos aspectos análoga a la reelaboración de una ley: en ambos supuestos la autoridad competente ha actuado afirmativamente. La cuestión que entonces surge es si la interpretación judicial de la “vieja” (no modificada) disposición constitucional determina el significado de la “nueva” disposición. Si tales actos de reincorporación constituyen respaldo a la interpretación jurisdiccional de la disposición constitucional, entonces discutiblemente la Constitución no sólo incluye el texto reinsertado de la disposición, sino

⁸⁰¹ Véase Singer, Norman J., *Sutherland Statutory Construction*, 5a. ed., Deerfield, Clark Boardman Callaghan, 1992, sec. 49.10; Horack, Frank E. Jr., “Congressional Silence: a Tool of Judicial Supremacy”, *Texas Law Review* 25, enero de 1947, pp. 254 y 255, y Tribe, Lawrence H., “Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence”, *Indiana Law Journal* 57, 1982, pp. 524-529.

⁸⁰² Véase Dickerson, *Interpretation and Application*, cit., pp. 179-183; Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, cit., pp. 241-252 y 309-315; Freund, Ernst, “Interpretation of Statutes”, *University of Pennsylvania Law Review* 65, enero de 1917, pp. 214 y 215, y Grabow, John C., “Congressional Silence and the Search for Legislative Intent: A Venture into «Speculative Unrealities»”, *Boston University Law Review* 64, julio de 1984, p. 740.

⁸⁰³ Singer, *Sutherland Statutory Construction*, cit., p. 69.

⁸⁰⁴ Véase, por ejemplo, Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, cit., pp. 243-245 y 311-312.

que también torna vinculante el cuerpo de derecho jurisprudencial desarrollado con fundamento en la Constitución anterior. Más aún: la incorporación de la disposición constitucional sin modificación alguna fijaría entonces su significado, de tal manera que ni los jueces ni los demás intérpretes constitucionales puedan legítimamente divergir de la interpretación que ha sido reincorporada y ratificada.

Existen casos de derecho legislado que soportan esta conclusión.⁸⁰⁵ Sin embargo, si se compara la realidad política de legislar contra la de aprobar una nueva Constitución, se fractura la analogía entre la reelaboración de una ley ordinaria y la transferencia de una disposición constitucional. Ciertamente las diferencias son suficientemente sustantivas como para justificar que las interpretaciones jurisdiccionales sobre una disposición constitucional no están incluidas en la nueva Constitución. Debe tenerse en cuenta que una ley abarca un solo objeto y por el grado de especialización característico de las legislaturas estatales, es razonable esperar que los legisladores más involucrados en la reelaboración de una ley estarán familiarizados con su contenido, así como con su implementación y la historia de su interpretación. De esta manera, el inferir conclusiones a partir de la reelaboración de la ley puede que no sea inapropiado. Sin embargo una Convención Constituyente no cuenta con una membresía profesional, o la experiencia adquirida por la especialización durante un largo periodo de tiempo, o la memoria institucional de la legislatura. Contrario a una legislatura, una convención sólo tiene poderes discrecionales limitados en cuanto a qué objetos habrá de tratar, por ejemplo, una convención difícilmente podría evitar decidir no tratar asuntos del gobierno local en la Constitución que se encuentra elaborando. Más aún: en tanto que los delegados a la convención deben atender una gran cantidad de asuntos en un periodo de tiempo muy corto, las probabilidades son menores de que sean muy entendidos sobre el significado y la historia interpretativa de todas las disposiciones que están a su consideración. Indudablemente, lo que es cierto para los delegados es todavía más cierto referido al público que ratifica la propuesta constitucional, esto es, aque-llos que otorgan a la Constitución su carácter vinculante.⁸⁰⁶ Pero incluso

⁸⁰⁵ Véase, por ejemplo, *Reed v. Fain*, 145 So.2d 858 (Fla. 1962); *Gray v. Bryant*, 125 So.2d 846 (Fla. 1960), y *Hitchcock v. State*, 131 A.2d 714 (Md. 1957).

⁸⁰⁶ Como observó el Tribunal Supremo de Nueva Jersey en *Gangemi v. Berry*, 134 A.2d 1, 9 (N.J. 1957), “[L]a constitución toma su fuerza vinculante, no de la Convención

si los ciudadanos poseyeran ese entendimiento profundo, no podrían votar individualmente sobre las disposiciones constitucionales específicas, sino que tienen que aceptar o rechazar la Constitución en su conjunto. De esta manera la ratificación de una Constitución no tiene ese carácter de respaldo afirmativo de disposiciones específicas que se encuentra en la reelaboración de las leyes ordinarias.

En resumen, no se puede concluir con seguridad que ni los delegados ni los ciudadanos que con su voto ratifican las disposiciones de una Constitución pretendan incluir como parte de ésta las interpretaciones jurisdiccionales de disposiciones que se han transferido. Por otra parte, apenas parece razonable cuestionar que algo haya sido incluido en la Constitución, a menos que en algún sentido haya habido el deseo de su inclusión. En consecuencia, parece apropiado considerar las decisiones judiciales anteriores que interpretaron las disposiciones constitucionales que no fueron modificadas justamente como uno trataría otros precedentes, esto es, con derecho a otorgarles un peso considerable, pero no vinculante.

LA RELACIÓN CON RESPECTO A LAS CONSTITUCIONES DE OTROS ESTADOS

En capítulos anteriores se ha demostrado que aquellos que redactan Constituciones tan a menudo han sido prestadores de experiencias de otros estados —o incluso en algunos casos, plagiarios desenfadados de disposiciones constitucionales ajenas— como creadores auténticos de nuevas normas de derecho constitucional. Es precisamente por ello que los académicos del derecho constitucional han puesto tanto énfasis en las diferencias de texto.⁸⁰⁷ Si la incorporación de disposiciones de otras jurisdiccio-

que la redactó, sino del pueblo que la ratificó, y la voluntad en ella contenida es la del pueblo". La posición tomada por el Tribunal Superior de Justicia de Nueva Jersey es la hegemónica entre los intérpretes constitucionales estadounidenses, al menos a nivel retórico. Dicha doctrina goza de un impresionante linaje; al respecto James Madison señaló en una sesión del Congreso en 1796: "Hasta el momento que la Constitución provenía solamente de ellos [los delegados a la Convención constituyente federal], no era nada más que el esbozo de un plan, pero letra muerta todavía; el aliento del pueblo fue lo que insufló vida al documento constitucional y le imbuyó de fuerza vinculante" (*Annals of Congress*, 5:776).

⁸⁰⁷ Véase, por ejemplo, Collins, "Reliance on State Constitutions", *cit.*, pp. 18 y 19; Dowlut, Robert y Knoop, Janet A., "State Constitutions and the Right to Keep and Bear Arms", *Oklahoma City University Law Review* 7, verano de 1982, pp. 177-180; Pollock,

nes es la regla, entonces la diferencia en sus redacciones debe significar algo. Los constituyentes frecuentemente han dirigido su atención hacia las Constituciones de estados hermanos quizá porque con esos estados comparten una herencia y perspectiva común, o porque ellos ya habían desarrollado con anterioridad soluciones a los problemas que confrontaban los constituyentes; sin embargo, ocasionalmente los estados también han dirigido sus miradas hacia la Constitución federal, particularmente a su diseño institucional, si bien la emulación del modelo federal ha estado lejos de ser completa. Por último, en ocasiones los estados han tomado dirección, no del texto de la Constitución federal, sino de propuestas de enmienda o de decisiones jurisdiccionales que la interpretan. De esta manera, como anteriormente se hizo notar, varios estados derivaron inspiración para sus *little ERAs* de una propuesta (no aprobada) de enmienda a la Constitución federal, y algunos estados han rediseñado sus garantías de justicia criminal a la luz de las decisiones de la Suprema Corte.⁸⁰⁸ La frecuencia y amplitud de esta práctica de tomar en préstamo plantea la cuestión sobre exactamente qué se está incorporado como parte de la Constitución propia de un estado. Al tomar prestada una disposición de otro estado, ¿significa que se adopta el significado de dicha disposición? o, más concretamente, ¿significa que se asume el significado dado a esa

“Constitutions as Separate Sources”, *cit.*, pp. 708-717; Williams, “In the Shadow”, *cit.*, p. 369; y “Developments in the Law-Interpretation”, *cit.*, pp. 1359-1362.

⁸⁰⁸ Sobre la relación entre la enmienda de la igualdad de derechos de la Constitución federal y las garantías estatales sobre la igualdad de género, véase Treadwell, Lujuana Wolfe y Wallace Page, Nancy, “Comment: Equal Rights Provisions: the Experience under State Constitutions”, *California Law Review* 65, septiembre de 1977, pp. 1087-1088; y Tarr y Porter, “Gender Equality”, *cit.*, pp. 928 y 929.

De 1970 a 1985, seis estados adoptaron enmiendas constitucionales reduciendo el tamaño del jurado en casos criminales. Al menos en parte dichos cambios se materializaron en respuesta a la jurisprudencia sentada en *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1980), la cual sostiene que la Constitución federal no exige que un jurado esté conformado necesariamente por doce personas. Además de ello Louisiana constitucionalizó las advertencias sobre derechos en materia penal que la policía tiene que comunicar a los indiciados por virtud de la sentencia federal *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), y Florida ató la interpretación de la disposición de la Constitución estatal sobre búsqueda y captura a la jurisprudencia establecida en diversas sentencias por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Véase Constitución de Louisiana, art. 1o., sec. 13; y Constitución de Florida, artículo 1o., sección 12.

disposición en su jurisdicción originaria, de tal manera que dicha interpretación se convierte en parte de la Constitución estatal?⁸⁰⁹

Estas cuestiones se han planteado más frecuentemente cuando se llama a los tribunales estatales a interpretar garantías de derechos que están redactados en el mismo lenguaje que el encontrado en la declaración federal de derechos. En tales circunstancias, simpatizantes de la aproximación estatal bloqueada han sugerido que los tribunales estatales deben de conformar sus interpretaciones con aquellas hechas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Dicha conformidad, han argumentado, concuerda con el “canon común de interpretación, de que lenguaje idéntico en dos instrumentos debe ser interpretado idénticamente”. Afirman que ello protege contra la ocasión que se abre a los jueces estatales para que éstos escriban sus propias preferencias políticas en el derecho positivo si no viniesen obligados a seguir la interpretación federal al interpretar derechos estatales idénticos.⁸¹⁰ Incluso, tal conformidad parece consistente con la noción de que al hacer propia una disposición de otra jurisdicción, un estado adopta no sólo su lenguaje, sino también su significado. Cuando dicho significado ha sido elaborado en forma vinculante por la Suprema Corte, entonces los jueces estatales están obligados a aceptar la determinación de la Corte y a decidir en consecuencia.

Pero la asunción en el sentido de que los estados modelaron sus disposiciones de forma idéntica de aquellas contenidas en la Constitución federal, no es del todo precisa: algunas disposiciones constitucionales de los estados antecedieron a sus contrapartes federales.⁸¹¹ Incluso en aquellos casos en que las garantías federales y estatales son idénticas, un estado pudo haber modelado su disposición en una encontrada en la Constitución de otro estado. Es de subrayar que incluso si el significado de una idéntica disposición federal y estatal es el mismo, no se sigue de ello que los jueces estatales deban tener obligatoriamente como precedentes directivos las interpretaciones de la Suprema Corte sobre tales disposiciones. Como se ha argumentado con anterioridad, esto sólo se sigue si se asume que la Suprema Corte de Justicia no puede errar en su interpretación, o que la Constitución es meramente lo que la Suprema Corte dice

⁸⁰⁹ Véase Fritz, “American Constitutional Tradition Revisited”, *cit.*, pp. 975-984.

⁸¹⁰ Keyser, “State Constitutions and Review”, *cit.*, pp. 1063.

⁸¹¹ Véase Lutz, “State Constitutional Pedigree”, *cit.*, nota ; Williams, “Equality Guarantees”, *cit.*, y el capítulo tercero de éste volumen.

que es.⁸¹² Pero una vez que se acepta que las disposiciones constitucionales tienen un significado independientemente de cómo han sido interpretadas, entonces cesa la obligación de los jueces estatales de seguir las decisiones de la Suprema Corte. En lugar de ello deben determinar si la Corte ha llegado al significado verdadero de la disposición constitucional, y seguir la interpretación de la Corte sólo cuando concluyan que es correcta. Por consiguiente las decisiones de la Corte no constituyen pronunciamientos vinculantes, sino que son solamente registros sobre disposiciones constitucionales que merecen una consideración respetuosa por los jueces estatales que se encuentren en la búsqueda independiente del significado de sus Constituciones estatales.

El asunto es más complicado cuando existen decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos —o de sentencias jurisdiccionales estatales, en caso de préstamo de otros estados— que anteceden a la adopción por parte de un estado, de una disposición inspirada en otra jurisdicción. En contraste con la reinserción de disposiciones constitucionales anteriores, donde un cambio en el texto requiere de una mayor consideración que cuando no existe cambio alguno, la decisión inicial de adoptar una disposición particular, usualmente entre varias versiones posibles, implica una clara elección. De tal suerte que si existen decisiones jurisdiccionales que interpretan la disposición, entonces un estado al adoptar tal disposición, sabe cuáles son las consecuencias de esa elección. No sólo se elige el texto sino también las consecuencias de la formulación del texto, tal y como son indicadas por las decisiones judiciales que interpretan el texto.⁸¹³ Cuando Hawái eligió moldear su garantía de libertad de expresión en la primera enmienda de la Constitución federal también incluyó dentro de su Constitución las decisiones de la Suprema Corte que, *hasta esa fecha*, interpretaban la citada disposición.⁸¹⁴

⁸¹² Esto, por supuesto, recuerda la famosa observación del ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Charles Evans Hughes, de que “vivimos bajo la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Citado en Pusey, Merlo J., *Charles Evans Hughes*, Nueva York, Macmillan, 1951, vol. 2, p. 204.

⁸¹³ Los constituyentes estatales han indicado expresamente en algunas ocasiones que las disposiciones constitucionales que han tomado prestadas han venido con su respectivo bagaje de interpretación jurisprudencial que define su significado. Véase Fritz, “American Constitutional Tradition Revisited”, *cit.*, pp. 983 y 984.

⁸¹⁴ Constitución de Hawái, artículo 10., sección 4.

Nótese sin embargo la condición. Al adoptar una disposición de otra jurisdicción, un estado adopta el mismo significado de dicha disposición. Pero en donde el significado no ha sido elaborado, el estado es libre de desarrollar su propia interpretación independiente de la disposición. Donde la disposición que ha sido tomada en préstamo ha recibido una interpretación vinculante, se entiende que el estado ha adoptado la disposición tal y como ha sido interpretada, incluyendo dentro de su Constitución la interpretación vinculante del significado de dicha disposición; sin embargo, ningún estado está en posibilidad de saber cómo otro estado interpretará en el futuro la disposición, de tal manera que el estado que toma prestada la disposición no se encuentra atado a las variaciones de interpretación que puedan ocurrir subsecuentes a la fecha de su ratificación.

Aunque la analogía no es exacta, las disposiciones estatales de privacidad ayudan a ilustrar este punto. Cuando a fines de la década de los sesenta los estados empezaron a adoptar protecciones de la privacidad sin conectarlas a la garantía penal de no ser intervenidos por la autoridad salvo con orden judicial expresa de búsqueda y captura, su entendimiento del derecho de privacidad estaba claramente influido por el derecho federal de privacidad, tal y como éste había sido elaborado en *Griswold v. Connecticut*.⁸¹⁵ De esta manera, para la interpretación del derecho a la privacidad en dichos estados, *Griswold* puede servir de punto de partida; sin embargo, las garantías de los estados, si fueron adoptadas antes de 1973, no necesariamente incluyen el derecho a terminar con el embarazo, que es el derecho reconocido en *Roe v. Wade*, o excluir el derecho de ser libre de toda interferencia de la autoridad en las relaciones íntimas de la persona, que es el tema en *Bowers v. Hardwick*;⁸¹⁶ fuesen o no adoptadas

⁸¹⁵ De 1968 a 1980, ocho estados —Alaska, California, Florida, Hawaí, Illinois, Louisiana, Mississippi, Montana, y Carolina del Sur— enmendaron sus Constituciones para incorporar un derecho explícito a la intimidad. En algunos casos el alcance de éste derecho era excesivamente estrecho, la garantía de Mississippi, por ejemplo, se interpretó en el sentido de que dicho derecho protegía la intimidad de las víctimas al excluir al público de los juicios que implicaban crímenes sexuales. En otros estados, por ejemplo en Louisiana y Carolina del Sur, el derecho fue incorporado dentro de disposiciones contra búsquedas ilícitas. Pero en cinco estados —Alaska, California, Florida, Hawaí y Montana— la garantía a la intimidad fue una protección “auténtoma”. La disposición federal reconociendo a un derecho a la intimidad implícito en las penumbras de varias garantías constitucionales se concretó en *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁸¹⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), y *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

antes o después de *Roe*, tampoco incorporan las restricciones subsecuentes que la Suprema Corte ha establecido sobre el derecho de abortar.

CONCLUSIÓN

Los primeros juristas que propusieron el nuevo federalismo judicial se inclinaron más a exaltar las virtudes de recurrir a sus Constituciones estatales, antes que a explicar cómo se deberían interpretar. Esta postura alegre no podía durar demasiado, y en años recientes la interpretación constitucional estatal ha sido asediada por quienes niegan su mera posibilidad. Los teóricos contemporáneos de la Constitución, por omisión, implícitamente han negado que la interpretación constitucional estatal merezca ser tratada con seriedad. Los críticos del nuevo federalismo judicial han condenado la interpretación independiente de las Constituciones estatales como ilegítimas o indeseables. Académicos como James Gardner y Paul Kahn han negado que la interpretación independiente de las Constituciones estatales sea posible.

Pero los escépticos de la interpretación estatal independiente están equivocados. Dudas sobre la viabilidad de la jurisprudencia constitucional estatal no han detenido su desarrollo. Como en el pasado, los tribunales estatales han continuado decidiendo casos basados en disposiciones estatales que no cuentan con homólogo federal y por tanto tienen una cualidad distintiva, como las disposiciones relativas a los impuestos y las finanzas, al gobierno local y a las escuelas. Y aunque la interpretación de las declaraciones estatales de derechos ha despertado más controversia, algunos estados también han iniciado el desarrollo de la interpretación independiente de las garantías de sus derechos. Para exemplificar dicho desarrollo constitucional este capítulo se concentró en la interpretación de Oregon en torno a su protección constitucional de libertad de expresión, pero pudo con igual facilidad haber subrayado la aproximación distintiva de dicho estado en torno a las órdenes judiciales de búsqueda y captura o a la jurisprudencia sobre libertad religiosa de California. Indudablemente un número mayor de estados continúan fundando sus decisiones automáticamente en derecho federal cuando conocen de temas relacionados con derechos. Incluso cuando interpretan garantías estatales, muchos encaudran sus análisis en categorías doctrinales federales subestimando de esta manera al derecho constitucional estatal al tenerle como receptáculo

que se queda tan solo con los residuos que no encuadran adecuadamente en el derecho federal; sin embargo, la creciente proliferación de la interpretación constitucional estatal independiente, con el transcurso del tiempo, tiene probabilidades de generar un efecto positivo. Al igual que la diversidad de las disposiciones constitucionales estatales le ha permitido a los constituyentes estatales escoger el modelo que satisface mejor sus necesidades, también puede esperarse que el desarrollo de la doctrina constitucional estatal provea alternativas para la adopción ponderada para la doctrina judicial federal. Incluso puede sugerirse que la necesidad de elegir entre estas alternativas debería estimular a los tribunales estatales a examinar con mayor detenimiento el texto y la historia de sus respectivas disposiciones constitucionales, para determinar cuál alternativa —si existe alguna— aprehende de mejor manera el significado de su respectiva disposición estatal.

Pero todo lo dicho no implica la negación de las complicaciones de la tarea de la interpretación constitucional estatal. Las Constituciones estatales son, cada una, documentos distintos, y la aproximación a su interpretación debe considerar dicha diferencia. La teoría constitucional contemporánea puede prestar apoyo en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional estatal, pero los intérpretes estatales de cualquier forma confrontan una serie de problemas para los cuales los teóricos del derecho constitucional no ofrecen solución; sin embargo, estos problemas no son insuperables. A través de la atención al texto de las disposiciones estatales, a la historia que las ha generado, al lugar que ocupan en el diseño constitucional general, y a su relación con las disposiciones estatales precedentes así como con las de otros estados, los intérpretes de los estados pueden desarrollar un cuerpo de derecho que refleje las tradiciones distintivas del constitucionalismo estatal.