

TRIBUNALES ESTATALES Y EL “ESTADO DE DERECHO”

M. E. LIBONATI*

Mirando la estructura y función de los tribunales de los estados al interior de los Estados Unidos, el presente trabajo tiene el objetivo de explorar aquello que un gran jurista y estadista caracterizó como “la notable distancia entre el derecho de reglas y la realidad”.¹ Como ustedes deben saber, el mayor volumen de decisiones legales en los Estados Unidos es decidido por los tribunales a nivel subnacional y no por los tribunales federales de la Unión. De tal modo, entonces, los tribunales estatales son los más importantes garantes de la llamativa abstracción reconocida como “Estado de derecho”.

Analicemos en primer lugar la estructura. Con ánimo de simplificar, sólo he de referirme a la selección y a la permanencia en el cargo de los jueces de los más altos tribunales en los cincuenta estados. De entre estos cincuenta, sólo uno, Rhode Island, sigue el modelo federal de nominación por parte del Poder Ejecutivo, confirmación por parte del Poder Legislativo y permanencia en el cargo de por vida.²

En siete estados, los jueces son elegidos por medio de elecciones partidarias. En trece estados, los magistrados son elegidos por medio de elecciones no partidarias.³ Y en Michigan y Ohio, reciben nominación partidaria en una instancia primaria aun cuando luego, entre los nominados que tuvieron éxito, el cargo depende de una elección no partidaria. Mientras que en los otros estados, los jueces en general —con los integrantes de los más altos tribunales inclusive—, deben superar un concurso para asegurarse una reelección. En algunos casos, deban afrontar un referéndum —*retention vote*—, para la permanencia.

* Carnell Professor en la Temple University de Filadelfia.

¹ Hernandez, Antonio Maria, “Argentina Sub-National Constitutional Law”, en Alan, Andre *et al.* (eds.), *Sub-National Constitutional Law*, 2005, p. 100.

² American Judicature Society, *Methods of Judicial Selection* (*Judicatura Americana, Métodos de Selección Judicial*), pp. 51 y 52, disponible en: www.judicialselection.us (fecha de consulta: 15 julio, 2011).

³ *Ibidem*, pp. 1-66.

El periodo más largo de duración en el cargo de estos jueces es de 14 años. En quince estados, la permanencia más común en ejercicio de la actividad jurisdiccional antes de enfrentar al electorado es de seis años.⁴

De acuerdo con la aspiración regulatoria de “orden jurídico” expresada por el constitucionalismo, estos hechos sobre selección y duración en el cargo son bastante incongruentes. Al menos ello es así de acuerdo con la práctica que caracteriza a países con tradición en el derecho continental europeo y a países de Latinoamérica también.

De modo que los acotados periodos de permanencia y estabilidad en el cargo y la sujeción de virtualmente casi todos los altos tribunales estatales a un *referendum* para mantenerse en funciones, de algún modo, ha venido a desdibujar ciertas diferencias y límites entre las posiciones judiciales y legislativas.

A su vez, estos límites han ido volviéndose aún más opacos por el rango de actividad judicial permitida. Tomemos el caso de Pennsylvania como ejemplo. Además de la reconocida atribución para adjudicar derechos conforme el *common law*, los jueces de Pennsylvania deciden sobre asuntos atinentes a la creación de municipalidades; a las tarifas que pueden llegar a cobrarse por los servicios públicos rendidos por ellas; sobre la administración de los fondos fiduciarios Benjamín Franklin. La Suprema Corte de Pennsylvania goza también de la competencia para crear reglas de práctica y procedimiento sin el consentimiento de la Legislatura. De tal suerte, los códigos de procedimiento civil y comercial son creados por el Poder Judicial. La Suprema Corte de manera repetida ha invalidado toda legislación que pudiera afectar tanto la autonomía estatal para crear tales códigos como aquella que afecte políticas de empleo de sus empleados; sin desconocer las normas que pudieran regular la práctica profesional en ejercicio de la abogacía. La Suprema Corte del estado ha llegado inclusive a dictar legislación que le permita acceder a suficientes asignaciones presupuestarias de dinero para asegurar el financiamiento apropiado de la actividad de los tribunales locales. Como consecuencia de ello y a diferencia de la tradición continental, en Pennsylvania, parecen poco marcadas las diferencias entre las funciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Analicemos ahora el impacto que tiene la “tradición del *common law*” llevada adelante por jueces de tribunales superiores cuyos mandatos son breves; teniendo en cuenta además que los mismos son directamente responsables ante los electores. La tarea más importante que tienen estos ma-

⁴ *Idem*.

gistrados es la de estar a cargo de la interpretación del derecho ajustándose a la aplicación de los textos legales y a las normas constitucionales.

En particular, el siguiente comentario de la Conferencia Nacional de Comisionados por las Leyes Estaduales Uniformes, acabadamente da testimonio del estado actual de la interpretación de las leyes emanadas de las legislaturas. Se ha dicho:

Los tribunales Norteamericanos no tienen ni una genéricamente aceptada teoría inteligible ni una consistente práctica de interpretación de las normas producidas por las legislaturas... Un repaso cuidadoso de las opiniones de los tribunales estatales acerca de la interpretación sobre las normas de legislación permite advertir que las mismas no son iguales a otras reglas existentes en el Derecho... No está claro si este estado del derecho es el resultado de una deficiencia básica o se desprende de la naturaleza contradictoria que las diversas y a menudo inconsistentes reglas de interpretación legislativa poseen; o si se debe a la imprecisión del lenguaje, o a la inclinación que tienen algunos operadores a intentar comenzar con la respuesta en lugar de mirar la pregunta, o tal vez, por factores, o por una combinación de todos.⁵

Vale decir, en el centro mismo del anhelado ideal, “Estado de derecho”, se observa una plausible contradicción.⁶ En un escenario crecientemente dominado por la codificación del derecho privado, por ejemplo, para un Código Comercial uniforme; donde a su vez la promulgación de legislación programática autoriza la elaboración administrativa de normas, en verdad no es posible discernir un modo de interpretación que dé cuerpo al concepto de Estado de derecho.⁷ Más aún, una importante parte del discurso constitucional contemporáneo, tanto a nivel estatal como federal, se encuentra definida por una heterogénea caja de herramientas interpretativas que han sido legadas por la doctrina judicial en materia de interpretación legislativa.

Es bien conocida la dificultad que la interpretación del lenguaje normativo entraña cuando los textos tienen que ser abordados “autoritativamente”. La indeterminación de las fuentes del derecho, por caso, fueron reconocidas por James Madison en *El Federalista* 37, por ejemplo: “La indistinción del objeto, la imperfección del órgano que las concibe, la inadecuación del vehículo de las ideas”.⁸ Madison añade inclusive otros factores endémicos

⁵ 14 *Uniform Laws Annotated*, Pocket Part, 1999, p. 83.

⁶ Grad, Frank P., “The Ascendancy of Legislation: Legal Problem Solving in our Time”, *Dalhousie L. J.*, t. 9, 1958, pp. 228, 233-234, 251-253.

⁷ Véase, en general, Calabresi, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982.

⁸ Madison, James, *The Federalist* n° 37, Rossiter, Clinton, 1961, p. 229.

en el tira y afloje del proceso creativo de leyes.⁹ Y así, en *El Federalista 51*, asume que para invadir competencias de otros poderes, el Poder Judicial suele verse llevado por la “ambición” de la misma manera que los otros poderes suelen querer cercenar las del Poder Judicial.¹⁰

La postura de Madison guarda familiares similitudes con aquellas críticas al modelo de toma de decisiones del agente racional producido por Herbert Simon sobre “racionalidad encadenada”.¹¹ Madison, ciertamente, asevera que es la pasión de la ambición y no la voz de la razón la que desata la mayoría las decisiones. La frase “indistinción del objeto”, por lo tanto, estimula la pregunta acerca de si la “ciencia del gobierno” puede resolver temas normativos esenciales. Más aún, la observación de Madison sobre cómo la jurisdicción entre tribunales británicos es definida por cuestiones “...de derecho, equidad, almirantazgo, etc.”, precisamente denota “...la indeterminación de los respectivos límites que circunscriben la actividad de los mismos”.¹² La descripción de normatividad y complejidad mezclada en el concepto de “jurisdicción” en palabras de Madison es compatible con las reflexiones de Gallie con respecto a los “conceptos esencialmente controvertibles”.¹³ Naturalmente luego, la noción de “Estado de derecho” en sí misma es también un concepto esencialmente controvertible.¹⁴

En este contexto de análisis, la gran pregunta es: “¿debemos tener fe en la virtud del Poder Judicial estatal para definir la práctica de la interpretación legal?”. En los Estados Unidos hay importantes filósofos legales que apoyan el modelo del agente racional que protagoniza la interpretación judicial. Ronald Dworkin propone una tarea “interpretativa” al exigir al juez Hércules el último ideal.¹⁵ Pero este modelo no responde a la realidad institucional y estatal de un alto tribunal multimiembro, con mandatos cortos y responsabilidad directa hacia el electorado, ni tampoco tiene en cuenta las vinculadas capacidades racionales de los miembros individuales del tribunal.¹⁶ De todos modos, aún el juez Richard Posner, un crítico formidable de

⁹ *Ibidem*, p. 230.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 321 y 322.

¹¹ Véase, en general, Simon, Herbert A., *Reason in Human Affairs*, 1983; Jones, Bryan D., *Ann. Rev. Pol. Sci.*, 1999, pp. 297-311.

¹² Madison, *supra* n. 8, p. 228.

¹³ Véase Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, t. 56, 1956, pp. 167-198.

¹⁴ Véase Waldron, Jeremy, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, t. 21, 2002, pp. 137-164.

¹⁵ Véase Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, 1986.

¹⁶ Para una crítica minuciosa del teorizar de Dworkin, véase Posner, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 1999.

Dworkin, abona el compromiso racional del pragmatismo legal que, con relación a las conductas humanas, requiere una base minuciosa en economía y una capacidad de un agencia racional para predecir las consecuencias a largo plazo de las decisiones judiciales.¹⁷

Del lado del derecho continental, Robert Alexy ha concebido un detallado y cuidadoso análisis en torno a la interpretación legal¹⁸ y constitucional.¹⁹ Sin embargo, al igual que Dworkin y Posner, el equipo de herramientas de Alexy es similar al arco de Ulises. El manejo de la caja de herramientas interpretativas que él recomienda se encuentra mucho más allá de la capacidad de los pretendientes de Penélope —los que trabajan en los altos tribunales estatales—. En particular, estos pueden ser los casos de los derechos socioeconómicos de segunda generación presentes en muchas Constituciones de los estados a nivel subnacional.²⁰

En vez de dar un enfoque claro, coherente, y sistemático de la tarea interpretativa, para alcanzar resultados satisfactorios, el pragmatismo del *common law* suele intentar una manipulación estratégica como puede ser “el arte de cambiar las cargas de la prueba”.²¹

Bourdieu considera la lucha entre teóricos profesionales y pragmáticos judiciales como endémica, y constitutiva, del campo judicial.²² Identificó el capital simbólico al que se refiere la frase “Estado de derecho” con un producto del trabajo del campo judicial.²³ Como ciudadano de un estado unitario con un Poder Judicial y un “professoriat” arraigados, Bourdieu, empero, no ha sabido tener en cuenta el particularismo funcional y estructural que exhibe una república federal. Menos perdonable es la falta de atención al particularismo estatal en la profesión legal académica en los Estados Unidos. Allí, se inventan sofisticadas aproximaciones a los problemas en torno a la interpretación legislativa y constitucional sobre la base de un paradigma institucional donde el Poder Judicial es designado con cargos vitalicios. Entonces, cayendo en lo que los retóricos llaman sinécdoque, mucho del

¹⁷ Posner, Richard A., *How Judges Think*, 2008; Posner, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003.

¹⁸ Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. de Ruth Adler y Neil MacCormick, 1989, pp. 177-295.

¹⁹ Véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, 2001.

²⁰ *Ibidem*, pp. 334-338.

²¹ Gaskins, Richard H., *Burdens of Proof in Modern Discourse XIX*, 1993.

²² Bourdieu, Pierre, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field”, *Hastings L. J.*, t. 38, 1987, pp. 814, 821 y 822 (trad. de Richard Terdiman).

²³ *Ibidem*, p. 833.

elaborado aparato teórico diseñado por los principales académicos norteamericanos propone una auténtica falacia al confundir la parte con el todo.²⁴

En mi opinión, tomar en serio la labor de los tribunales a nivel subnacional, serviría para ampliar de manera significativa los horizontes que hoy tienen los estudiosos del derecho público, quienes, dicho sea de paso, se muestran sumidos en la indiferencia, si no su animosidad contra de “todo lo particular”.²⁵ Por caso, rompiendo sus límites, la competencia de la Corte Suprema de Pennsylvania podría ser reconceptualizada en tanto ejemplo de una ley pública transformada que contradiciendo muchos discursos jurídicos y académicos “rechaza la clara distinción entre derecho y política”.²⁶ Y yo, como académico que ha pasado la mayor parte de su vida profesional leyendo opiniones de tribunales en el campo del derecho público,²⁷ puedo dar fe de que la exposición prolongada a la jurisprudencia —a dicho cuerpo de derecho extraído de los casos— imperiosamente necesita una revaluación de las capacidades reales que tiene el Poder Judicial.

²⁴ Nate, Richard, “Synecdoche”, en Sloane, Thomas O. (ed.), *Encyclopedia of Rhetoric*, 2001, pp. 763 y 764.

²⁵ Hegel, G.W.F., *Philosophy of Right* 35A (trad. de T. M. Knox, 1952) citado por Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, 2010, p. 355.

²⁶ *Ibidem*, p. 456.

²⁷ Véase, en general, Dallas Sands, C. y Libonati, Michael E., *Local Government Law*, 4 vols., 1982.