

## VI. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS INDIVIDUALES DE LAS CONSTITUCIONES ESTATALES Y SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

La quintaesencia de una Constitución estatal es su declaración de derechos individuales. La doctrina suele conocer como parte dogmática de la Constitución aquella que contiene las declaraciones de derechos individuales. Generalmente en las Constituciones estatales más antiguas la parte dogmática se ha dividido a su vez en dos secciones: una consiste en la inscripción de preámbulos que fijan inequívocamente el principio de soberanía popular, así como los valores superiores que guían la convivencia de la sociedad política estatal tales como la justicia, la libertad, la igualdad, y la dignidad del ser humano. La segunda sección es un catálogo de derechos individuales, redactado con un nivel menor de abstracción.

La parte dogmática sirve para hacer patente que el edificio público se inscribe en la teoría de los derechos naturales del hombre, lo que significa que poseen una precedencia cronológica y ontológica sobre el gobierno del estado. Los preámbulos son utilizados hoy en día para inspirar la interpretación de las Constituciones de los estados por los ciudadanos y por todos los operadores jurídicos, y principalmente sirve a los jueces en su labor de interpretación cotidiana del ordenamiento jurídico estatal.

Por su parte, los derechos individuales se inscriben en las Constituciones como salvaguardas de los seres humanos, individualmente considerados, para impedir las intromisiones arbitrarias o desproporcionadas del poder público. Éste no podrá traspasar los límites que constituyen los derechos individuales y sólo mediante ley —que en todo caso respetará el contenido esencial de los derechos individuales— podrá el gobierno del estado interferir alguno de los derechos de los miembros de la comunidad política.<sup>112</sup>

<sup>112</sup> Cfr. Schwartz, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 53-91.

La idea de los derechos individuales también considera la posibilidad de que éstos sean violados no sólo por el poder público, sino también por los particulares. Precisamente la teoría del contrato social, como apunta magistralmente Steven J. Heyman, se debe a la idea de que sólo mediante la conformación de una sociedad civil regida por el derecho, los particulares podrían garantizar que sus derechos naturales serían respetados por sus propios conciudadanos.<sup>113</sup>

Al respecto Vern Countryman sugiere que

no todos los derechos establecidos en una declaración individual de derechos deben estar dirigidos a o frente a las autoridades. Algunos deben de regular conductas privadas, como lo hace la decimotercera enmienda de la Constitución federal... Otros derechos que todas las Constituciones garantizan contra las autoridades —y particularmente el derecho a la libertad de creencia, el de expresión y el de asociación— son igualmente vulnerables por intromisiones de ‘gobiernos privados’ (refiriéndose a las corporaciones privadas) e igualmente merecen protección contra tales invasiones. Por ello yo recomiendo a las convenciones constituyentes estatales la tarea de intentar preservar nuestras libertades individuales, no solamente frente aquellos gobiernos que elegimos, sino también frente a aquellos gobiernos que no elegimos.<sup>114</sup>

Hoy día la violación de los derechos individuales entre particulares en los sistemas estatales norteamericanos ha promovido —entre otras medidas jurídicas de protección— un notable desarrollo del *tort law*, o derecho de la responsabilidad civil, como uno de sus más importantes remedios además de las medidas punitivas que datan desde los mismos inicios del constitucionalismo.

Los derechos individuales también sirven un propósito colectivo que es el de establecer las garantías que se reservan los individuos para operar el sistema democrático por el que han decidido autogobernarse. Así, por ejemplo, al defenderse la libertad de conciencia del individuo para profesar alguna religión o para no profesar ninguna, la libertad de conciencia protege igualmente el pluralismo político del sistema democrático pues fija salvaguardas para las diversas ideologías existentes en la sociedad civil.

<sup>113</sup> Cfr. Heyman, Steven J., “The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment”, *Duke Law Journal*, vol. 41, 1991, pp. 454-473.

<sup>114</sup> Countryman, Vern, “Why a State Bill of Rights?”, *Washington Law Review*, vol. 45, 1970, pp. 473 y 474.

Aunque existen variantes de estado en estado, pues los derechos humanos se han venido ampliando por el desarrollo moral de los pueblos<sup>115</sup> —lo que implica diferencias entre ellos—, se podrían mencionar como los más representativos de los que reconocen las Constituciones estatales norteamericanas, los siguientes:

Derecho a la libertad política y al autogobierno del pueblo del estado;  
Derecho inherente del pueblo de cambiar la forma de gobierno y de tener un sistema democrático de gobierno;  
Derecho a la vida;  
Derecho a la libertad personal;  
Derecho a la propiedad;  
Derecho a la libertad de contratación;  
Derecho al debido proceso legal para la interferencia de la autoridad sobre los derechos individuales;  
Derecho a la igualdad ante la ley;  
Derecho a la libertad de culto religioso;  
Derecho a la libertad de pensamiento;  
Derecho a la libertad de expresión;  
Derecho a la libertad de asociación;  
Derecho a la libertad de reunión;  
Derecho a la libertad de circulación;  
Derecho pasivo y activo de voto;  
Derecho a poseer armas de fuego.<sup>116</sup>

Ahora bien, si bien es cierto que esta lista de derechos individuales es común en todos los estados norteamericanos, es importante destacar que no necesariamente se interpretan igual en todos ellos.<sup>117</sup>

La interpretación diferente en cada uno de los estados de sus respectivos catálogos de derechos individuales se refleja en las diferencias de óptica que existen entre los diferentes estados con respecto a, por ejemplo, la pena de

<sup>115</sup> Cfr. Elazar, Daniel J., “Changing Conceptions of Rights in the United States and the West”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 22, 1992, pp. 7-10.

<sup>116</sup> Cfr. Lutz, Donald, “The State Constitutional Pedigree of the U.S. Bill of Rights”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 22, 1992, pp. 20-45.

<sup>117</sup> Cfr. Tarr, Alan G., “Constitutional Theories and Constitutional Rights: Federalist Considerations”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 22, núm. 2, 1992, pp. 94-108.

muerte, el aborto, el uso de drogas, o las relaciones sexuales y/o sentimentales entre personas del mismo sexo. Al interpretar su catálogo de derechos individuales cada pueblo los lee de acuerdo a sus propias concepciones morales. A este fenómeno de diferenciación de moralidad que se proyecta jurídicamente en percepciones diferentes de los derechos individuales es lo que el profesor Seth Kreymer denomina “soberanía moral” de los Estados.<sup>118</sup>

En los estados de la República norteamericana los derechos individuales encuentran límites en los derechos de otros individuos o en el orden público. Los derechos individuales de los ciudadanos de los estados pueden ser restringidos por las autoridades estatales, pero sólo mediante el *debido proceso legal*. Esta garantía constitucional erige al procedimiento —tanto del Poder Legislativo, como del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial— como una garantía constitucional individual.

Los derechos individuales no son absolutos en el sentido de que no se puedan regular. Pero por lo que respecta a las leyes y demás actos de autoridad que de ella deriven, deberán respetar el núcleo esencial de los derechos individuales, pues de lo contrario dichos actos de autoridad serán declarados inaplicables por la autoridad judicial en caso de que se impugnen en un momento dado ante los tribunales estatales.<sup>119</sup>

Ahora bien, pese a que los derechos individuales están expresamente consignados en las Constituciones estatales, no se excluye la posibilidad de que otros sean configurados por interpretación judicial, así por ejemplo el

<sup>118</sup> Kreymer, Seth, “The Law of Choice and the Choice of Law: Abortion, the Right to Travel, and the Extraterritorial Regulation in American Federalism”, *New York University Law Review*, vol. 67, 1992, pp. 464-487. Del mismo autor véase “Lines in the Sand: The Importance of Borders in American Federalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2002, pp. 973-1017.

<sup>119</sup> Desde la década de los setenta del siglo pasado, se ha registrado un importante número de litigios de derechos individuales con fundamento en las Constituciones de los estados. Pero se observan diferencias notables entre estados, ya que en algunos de ellos tanto los abogados como los jueces son más favorables a preferir sus Constituciones estatales a la federal para proteger los derechos individuales. Existen diferencias de cultura política entre los estados norteamericanos lo cual conduce a que los de mayor desarrollo se den a la tarea de interpretar sus Constituciones estatales en forma tal que los derechos individuales establecidos tanto a nivel federal como estatal encuentren un radio de protección más amplio en el nivel local. Ello se debe entre otros factores a que en algunos estados sí se enseña derecho constitucional estatal —la gran mayoría— mientras que en otros esta asignatura está ausente de la currícula del estudiante universitario de derecho. Al respecto puede consultarse el interesante estudio de Collins, Ronald K. L., Galie, Peter J. y Kincaid, John, “State High Courts, State Constitutions, and Individual Rights Litigation Since 1980: A Judicial Survey”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 13, 1986.

derecho a la privacidad no estaba contemplado en los derechos individuales originales del siglo XVIII, pero ha sido creado a partir de otros derechos por interpretación judicial.<sup>120</sup> Ésta es una forma habitual de creación del derecho en el derecho estadounidense, conocida como *judge made law* o derecho de creación judicial (aunque hoy día el *statute law* es una fuente del derecho más importante que el *common law*).<sup>121</sup> James Wilson observó, en el siglo XVIII, que el establecimiento de un catálogo de derechos individuales no debería conducir a pensar que sólo a éstos que están escritos se reduce la protección constitucional; Que no debería ser leído el *Bill of Rights* como que todo lo no prohibido por escrito a las autoridades, está permitido.<sup>122</sup>

En la doctrina estadounidense se entiende que los derechos escritos en las Constituciones gozan del mayor nivel de protección, pero que el pueblo se reserva todos los demás sin definir cuáles son “todos los demás”. Los llamados “derechos no enumerados” emergerían con ocasión de controversias ventiladas ante los tribunales competentes como es habitual en el ambiente del *common law*. Esta forma de creación o ampliación de derechos existentes, requiere necesariamente de abogados competentes que interpreten adecuadamente la filosofía de los derechos individuales para transformarlos en normas positivas, y que simultáneamente tales argumentos conciten la voluntad de los jueces.<sup>123</sup>

Burt Neuborne, profesor de derecho de la Universidad de New York, y decidido activista en defensa de los derechos humanos, ha venido destacando que precisamente una de las formas privilegiadas más exitosas de acción de los movimientos democráticos en los estados es el del litigio de un particular frente a las autoridades de los estados. Cuando se tiene conocimiento de una violación a un derecho de un individuo en un

<sup>120</sup> Al día de hoy varias Constituciones estatales reconocen expresamente en su texto el derecho a la privacidad, pero otras lo han derivado por interpretación judicial. Para analizar el proceso de los derechos por interpretación judicial se puede consultar como ejemplo el artículo de Cope, Samuel, “Toward a Right to Privacy as a Matter of State Constitutional Law”, *Florida State University Law Review*, vol. 5, 1977.

<sup>121</sup> Cfr. Pound, Roscoe, “Common Law and Statute Law”, *Harvard Law Review*, vol. XXI, 1908, pp. 383 y ss. Véase también Hart, Henry, “The Relation between State and Federal Law”, *Columbia Law Review*, vol. 54, 1954, pp. 491-495.

<sup>122</sup> Así por ejemplo, la Constitución vigente de Rhode Island establece en su artículo I, sección 24: “La enumeración de los citados derechos [se refiere a los contenidos en las 23 secciones precedentes que componen el artículo I] no debe ser interpretado para restringir o negar otros retenidos por el pueblo...”.

<sup>123</sup> Cfr. Bonham, Louis Karl, “Unenumerated Right Clauses in State Constitutions”, *Texas Law Review*, vol. 63, 1985, pp. 1325-1338.

estado —por ejemplo, en casos de discriminación racial o de género— el movimiento democrático, organizado generalmente bajo la figura de la asociación civil, exhorta a dicho particular a acudir ante los tribunales de justicia de los estados a reclamar su derecho y, al mismo tiempo, le provee a éste de los abogados que habrán de conducir el juicio. Esta estrategia tiene como objetivo elevar a la consideración de los tribunales estatales casos que —sin consejo legal y ayuda económica al ofendido— no se presentarían ante los tribunales. Tal estrategia pretende provocar una sentencia que se constituya como “precedente judicial” directivo, que habrá de informar en lo sucesivo la interpretación constitucional de los jueces estatales del derecho individual controvertido.<sup>124</sup>

Actualmente también se considera que, además de los derechos emanados por sentencia judicial, pueden configurarse derechos por medio de la ley. La diferencia con respecto a los derechos individuales constitucionalizados es el nivel de protección del que gozan. Entre otras cosas, los derechos establecidos en la Constitución no están sujetos a la eventualidad de ser abrogados por una mayoría legislativa que así lo determine o, en el caso del derecho jurisprudencial, no estarían sujetos a un *overruling*, esto es, a una nueva decisión del tribunal que invalide el “precedente judicial” y que implica dar marcha atrás al derecho individual creado o ampliado por los jueces.<sup>125</sup>

Tal y como señala A. E. Dick Howard en su trabajo *Protegiendo los derechos humanos en un sistema federal*, la garantía de los derechos individuales contenidos en las Constituciones de los estados se ha confiado desde el origen de la República norteamericana, a los sistemas judiciales estatales.<sup>126</sup>

La Constitución federal de 1787 incorpora en su texto derechos individuales consignados ya en las Constituciones estatales.<sup>127</sup> En el diseño ori-

<sup>124</sup> Cfr. Neuborne, Burt, *The Search for a Usable Present*, en Finkelman, Paul y Gottlieb, Stephen E. (eds.), *Toward a Usable Past*, Georgia, The University of Georgia Press, 1991, pp. 295-301.

<sup>125</sup> Cfr. Williams, *State Constitutional Law. Cases and Materials*, cit., nota 3, pp. 222-231. Véase también Gerstein, Robert S., “California’s Constitutional Right to Privacy: the Development of the Protection of Private Life”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 9, 1982, pp. 385-427.

<sup>126</sup> Cfr. Howard, Dick A. E., “Protecting Human Rights in a Federal System”, en Tushnet, Mark (ed.), *Comparative Constitutional Federalism: Europe and America*, Westport, Greenwood Press, 1990, pp. 128-133.

<sup>127</sup> Véase Lutz, “The State Constitutional Pedigree of the U. S. Bill of Rights”, *op. cit.*, nota 116.

ginal de los Padres Fundadores, el catálogo de derechos individuales de la Constitución de Filadelfia sólo serviría como salvaguarda contra las intromisiones del gobierno nacional, pero no frente a las autoridades de los estados. Los *Bill of Rights* de las Constituciones estatales se encargarían de establecer las salvaguardas en contra de los gobiernos de los estados.<sup>128</sup>

Pero este esquema de separación para proteger los derechos individuales de los norteamericanos ha variado. Ello principalmente por efecto de las Enmiendas XIII, XIV y XV de la Constitución federal, conocidas como “las enmiendas de la guerra”. Desde el siglo XIX, precisamente a partir de la Guerra Civil de los Estados Unidos de América, se inicia la “nacionalización” del *Bill of Rights* de la Constitución federal, es decir, el catálogo de derechos individuales de la Constitución federal sería desde entonces igualmente oponible frente a las autoridades de los estados. Pero la “nacionalización” de los derechos individuales no ha significado, ni en la teoría ni en la práctica, que las declaraciones de derechos individuales de las Constituciones estatales sean superfluas o inútiles.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> Elazar, Daniel J., afirma que “en el momento de adopción de la Declaración de Derechos [de la Constitución federal], la mayoría de las Constituciones estatales contenían declaraciones de derechos individuales. Ciertamente fueron los estados los pioneros en la protección constitucional de los derechos individuales. Los Padres Fundadores percibían a esas Constituciones estatales como los protectores primarios de los derechos, porque ellos concebían a los estados como el gobierno más cercano para la atención de los asuntos domésticos. Aceptaron incorporar la Declaración de Derechos Individuales (en la Constitución federal) estrictamente para proteger a los individuos norteamericanos contra posibles excesos del gobierno federal, particularmente del Congreso. Su estrecho entendimiento del alcance de la Declaración de Derechos (de la Constitución federal) fue reafirmada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en *Barron vs. Baltimore* (1832), en una opinión escrita por el mismísimo John Marshall, un conocido partidario de los nacionalistas que frecuentemente pugnaba por la expansión de los poderes federales. No fue sino hasta casi un siglo después, en *Gitlow vs. New York* (1925), que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos empezó a distanciarse de esa doctrina y ha apoyarse en la Decimocuarta Enmienda para sustentar que los derechos especificados en la Declaración de Derechos serían federalmente protegidos contra invasiones de los estados. Incluso hoy día, a pesar de la radical expansión de la aplicación de la Declaración de Derechos Individuales que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos sobre los estados, no han sido considerados todos los derechos contemplados para brindar protección federal contra acciones de los estados”. “Constitutional Rights in the Federal System”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 22, 1992, p. 2.

<sup>129</sup> *Cfr.* Zuckert, Michael P., “Completing the Constitution: the Fourteenth Amendment and Constitutional Rights”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 22, 1992; pp. 72-91.

### Afirma categórico W. Brooke Graves que

la carta de los derechos individuales es una de las partes más importantes de cualquier Constitución. En cualquier Estado que opere bajo una Constitución escrita, es esencial que tanto las personas como los ciudadanos estén protegidos mediante garantías escritas contra intromisiones sobre sus derechos por parte del Gobierno y sus funcionarios. Es por ello que en la Constitución federal el ciudadano tiene garantizados ciertos derechos personales y civiles a través de las primeras diez enmiendas, que comúnmente se conocen como *La Carta de Derechos Individuales* (incorporadas en 1791). Garantías similares se contienen en las Constituciones de los Estados. Posteriormente fueron añadidas a la Constitución federal —mediante *Las enmiendas de la guerra* (introducidas en 1865, 1868 y 1870)— cláusulas constitucionales dirigidas a proteger a las personas y a los ciudadanos en el goce del ejercicio de algunos de estos derechos personales y civiles *contra intromisiones de los estados*. De esta manera, los derechos fundamentales están protegidos —por cuanto a lo que se refiere a la actividad del Gobierno federal— por la Constitución federal; mientras que, en todo aquello que concierne a la actividad de los gobiernos de los estados, *tanto por las Constituciones estatales como por la federal*.<sup>130</sup>

Hoy en día existe una colaboración entre los tribunales federales y estatales para proteger los derechos individuales, ya se trate de los establecidos en la Constitución federal como los incorporados en las Constituciones estatales; colaboración judicial que se conoce como “el nuevo federalismo judicial”.<sup>131</sup> El esquema del nuevo federalismo judicial no está escrito en la Constitución federal, sino que ha sido el producto de la política constitucional que históricamente ha venido desplegando, sobre todo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América.<sup>132</sup>

Los constitucionalistas estadounidenses han venido subrayando que la protección jurisdiccional de los derechos individuales en los estados, por sus propios tribunales y con fundamento en sus Constituciones, ha pasado por tres grandes etapas históricas:

<sup>130</sup> Graves, *American State Government, cit.*, nota 41, p. 668.

<sup>131</sup> Cfr. Kincaid, John, “State Court Protection of Individual Rights State Constitutions: The New Judicial Federalism”, *Journal of State Government*, vol. 61, 1988, pp. 163-169. Del mismo autor, véase también “The New Federalism Context of The New Judicial Federalism”, *Rutgers Law Journal*, vol. 26, 1995.

<sup>132</sup> Cfr. Tarr Alan G. y Porter, Mary Cornelia Aldis, *State Supreme Courts in State and Nation*, New Haven, Yale University Press, 1988, pp. 13-22.

1) Una primera etapa que va desde la formulación de las primeras Constituciones estatales en 1776, y que abarca buena parte del siglo XIX, confiada enteramente a los tribunales estatales.

2) Una segunda etapa, iniciada al concluir la Guerra Civil, en la cual los tribunales federales empiezan a conocer de violaciones al catálogo de derechos individuales de la Constitución federal *por parte de las autoridades de los Estados*. En este momento es cuando los derechos individuales federales empiezan gradualmente a sustituir a los derechos individuales estatales para defender a los ciudadanos de los abusos de las autoridades estatales. Ello se debió a que, por razones de política estatal —en la que los propios jueces y Magistrados estaban inmersos—, los tribunales estatales no brindaban protección eficaz a determinados colectivos de sus estados.

Concretamente este desenvolvimiento hacia la protección de los tribunales federales tuvo origen en la explotación racial en los estados del sur, mantenida por sus leyes esclavistas, para cuya eliminación se introdujeron las Enmiendas XIII y XIV a la Constitución federal. Dichas enmiendas —que proscriben la esclavitud e introducen el “debido proceso legal” y la “igualdad ante la ley” como garantías individuales protegidas federalmente—, extienden la protección del catálogo de derechos individuales de la Constitución federal ante embates de autoridades de los estados.

Aún así, los asuntos de derechos individuales que no involucraban cuestiones raciales siguieron siendo atendidos en los tribunales estatales y litigados con fundamento en sus propios catálogos estatales de derechos establecidos en sus Constituciones.

Pero la posibilidad en los estados de recurrir ante los tribunales federales por violaciones al catálogo federal de derechos individuales por parte de las autoridades locales se había abierto y permaneció vigente. Su utilidad se manifestaría hasta la tercera década del siglo XX, que se caracteriza por un gran activismo judicial de la Suprema Corte. Ésta transmitió un inequívoco mensaje a los defensores de los derechos humanos para que acudieran a los tribunales federales en búsqueda de una mejor justicia que la que los tribunales estatales estaban dispuestos a otorgarles. Y efectivamente hubo un crecimiento de litigios con fundamento en derechos individuales federales en una relación inversa al decrecimiento de las pretensiones que se fundaban en los derechos individuales establecidos en las Constituciones estatales. Fue de tal magnitud el cambio hacia la opción de la protección federal que prácticamente hizo caer en de-

suso a los catálogos de derechos individuales establecidos en las Constituciones de los estados como fundamento eficaz de demandas de protección.

En los estados el injustificado conservadurismo o las actitudes reaccionarias de la justicia estatal provocaron una mayor confianza en el amparo que brindaba la justicia federal. A golpe de sentencias, caso por caso, la disposición reaccionaria de los sistemas judiciales estatales fue vencida por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el largo periodo en el que ésta fue presidida por el ministro Earl Warren. La Suprema Corte de Justicia mediante el *case law* impuso una interpretación más benigna de los derechos del ciudadano americano que la que brindaban los catálogos estatales.

El corolario de tal política constitucional de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos era que los tribunales estatales venían obligados a sujetarse a esta interpretación federal de los derechos individuales por el efecto *stare decisis*.

3) En este último punto tornamos a hacer referencia a la tercera etapa de evolución del sistema de protección de los derechos individuales, fase en la que se encuentra el sistema judicial estadounidense de nuestros días. Ésta se caracteriza por el resurgimiento de la protección de los individuos con fundamento en los derechos reconocidos en las Constituciones estatales, etapa que toma vigor en la década de los setenta del pasado siglo XX. El profesor Tarr señala que “al inicio de los años setenta, los tribunales estatales asumieron un rol más prominente en el desarrollo del derecho constitucional estatal, apoyándose en las declaraciones de derechos de los estados para proveer una protección más amplia de los derechos, comparado con lo que era posible obtener en el ámbito federal, fenómeno este comúnmente conocido como el nuevo federalismo judicial”.<sup>133</sup>

Dicha etapa se debe al cambio de equilibrio de fuerzas en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que pasó de ser dominada por un conjunto de ministros progresistas, por otros de signo más conservador. La nueva mayoría de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, presidida por Warren Burger, inició una interpretación restrictiva del catálogo federal de derechos individuales. Retrajo el espectro de protección de los derechos individuales federales que había venido imponiendo su antecesor en el cargo, Earl Warren.

<sup>133</sup> Tarr, *Understanding State Constitutions*, cit., nota 1, p. 138.

En reacción a esta nueva tendencia, en el tribunal supremo federal, William J. Brennan, ministro en funciones de la Suprema Corte de Justicia desde 1957 y hasta el año de 1990 —y que pertenecía ahora a la minoría progresista— exhorta al medio forense y a la doctrina del país para que rescatasen del olvido los derechos individuales establecidos en las Constituciones estatales. Brennan utilizó todos los foros a su alcance para hacer ver los derechos individuales establecidos en las Constituciones de los estados como protecciones efectivas en beneficio del pueblo norteamericano.<sup>134</sup> Esta estrategia —constitucionalmente posible— vendría a combatir el nuevo conservadurismo restrictivo de la mayoría conservadora del máximo tribunal de la nación.

Es en este contexto en el cual el ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, William J. Brennan *jr.*, con una dilatada experiencia a costas que incluía el haber sido magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de New Jersey, hace su exhortación a la academia y al foro mediante dos influyentes artículos académicos que se publican en la revista de derecho de la Universidad de Harvard<sup>135</sup> y en la revista de derecho de la Universidad de New York.<sup>136</sup>

En ambos artículos Brennan argumenta que, de acuerdo al modelo constitucional federal norteamericano, la interpretación de los derechos individuales de la Constitución federal por parte de los tribunales federales no debería inhibir a los tribunales estatales a proveer mayor protección a los ciudadanos, con fundamento en los catálogos de derechos individuales de las Constituciones de los estados. Para ello era menester asimismo que los litigantes intentaran nuevamente en sus escritos de demanda esta vía de protección jurisdiccional, que había permanecido olvidada por espacio de varias décadas. Brennan convocaba pues al foro a fundar sus pretensiones en los derechos individuales de las Constituciones de los estados, y no exclusivamente en la Constitución federal.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> *Cfr.* Friedman, Stephen y Brennan, William J. Jr., “The Bill of Rights and the States; en Friedman”, Stephen (ed.), *An Affair with Freedom. William J. Brennan Jr., A Collection of his Opinions and Speeches*, Nueva York, Atheneum, 1967, pp. 14-32.

<sup>135</sup> Brennan, William J. Jr., “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”, *Harvard Law Review*, vol. 90, núm. 3, 1977.

<sup>136</sup> Brennan, William J. Jr., “The Bill of Rights and the States: The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights”, *New York University Law Review*, vol. 61, 1986.

<sup>137</sup> La influencia de la doctrina Brennan parece estar detrás del artículo de la Constitución de Rhode Island, que establece en su artículo I, sección 24 que cierra el catálogo

Las palabras de Brennan no cayeron en el vacío. El reto fue efectivamente tomado por académicos, jueces y abogados, y ha significado una revitalización de la función de los tribunales de los estados en la protección de los derechos individuales durante las últimas décadas.

Así por ejemplo, haciendo eco de la doctrina Brennan, Robert F. Williams, académico especialista en derecho constitucional estatal destaca lo siguiente:

En nuestro sistema federal, así como en muchas otras naciones gobernadas mediante sistemas constitucionales de estructura federal, los derechos federales sólo proveen el mínimo de los derechos exigibles. Los estados, y los derechos garantizados en las Constituciones estatales, ofrecen una fuente adicional de protección más allá del mínimo federal. Estos derechos pueden manifestarse por vía de interpretación judicial de los derechos constitucionales estatales que son similares o idénticos a las garantías constitucionales federales, o que son derechos constitucionales estatales que no tienen un análogo en el catálogo federal o que, teniéndolo, no es similar.

Las decisiones jurisdiccionales estatales que interpreten cualesquiera de estos derechos que claramente están establecidos en el catálogo estatal de derechos no pueden ser revisados por la Suprema Corte de Justicia, porque no existe implicación alguna de derecho federal.

Estas importantes relaciones y distinciones entre los derechos constitucionales estatales y federales frecuentemente son pasadas por alto por el común de la gente, que simplemente percibe las garantías de los derechos constitucionales estatales como una versión en “miniatura” de la carta de los derechos individuales federales, que les son más familiares.<sup>138</sup>

Por su parte, la ministra presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Georgia, Dorothy Toth Beasley, explica, en una notable obra editada por los profesores G. Alan Tarr y Ellis Katz denominada *Federalismo y derechos*, la esencia del “nuevo federalismo judicial”:

Hoy el gran tema de los jueces y tribunales estatales norteamericanos es el de entender que deben sujetarse a la interpretación de los tribunales federales en cuanto a los mínimos de protección de los derechos individuales

de derechos individuales y sociales que establece: “La enumeración de los citados derechos no debe ser interpretada para restringir o negar otros retenidos por el pueblo. *Los derechos garantizados por esta Constitución no son dependientes de aquellos garantizados por la Constitución de los Estados Unidos*”.

<sup>138</sup> Williams, Robert F., “The State Declaration of Rights”, *Ocasional Papers* [[www-camlaw.rutgers.edu/statecon/page6.html](http://www-camlaw.rutgers.edu/statecon/page6.html)], p. 10.

que garantiza la Constitución federal. Pero que si el pueblo de cada Estado ha decidido establecer en sus Constituciones un mayor número de derechos individuales que los establecidos en la Constitución federal, o mayores cotas de protección en aquellos derechos contemplados tanto en la Constitución federal como en las de los Estados, los jueces pueden ampliar el círculo protector de los derechos individuales con fundamento en la ley fundamental de sus estados.<sup>139</sup>

En este entendimiento consiste básicamente lo que se conoce como “nuevo federalismo judicial”. Cabe hacer mención que en un estudio empírico de más de seis mil casos ventilados ante los Tribunales Superiores de Justicia de los estados, se concluyó que sólo el dos por ciento de todos ellos fueron apelados ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Y que de éstos sólo unos cuantos fueron admitidos por el más alto tribunal federal norteamericano.<sup>140</sup>

Como hemos sugerido antes, el “nuevo federalismo judicial” ha ido tomando forma por la política constitucional que despliega la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, y constituye una muestra más del enorme poder de adaptación del federalismo estadounidense.

Ahora bien, por lo que se refiere a los derechos individuales, el esquema del constitucionalismo democrático del siglo XVIII ha venido variando también en otros sentidos. Actualmente las Constituciones estatales contienen asimismo derechos sociales, que en la doctrina estadounidense se denominan *positive rights*.

Los derechos sociales de las Constituciones estatales están contenidos en diversas partes del texto constitucional. Por dicha razón, la división en parte dogmática y parte orgánica de la que hemos hablado antes no se sostiene hoy con todo rigor. La inclusión de los derechos sociales en las Constituciones de los estados representa una más de las diferencias que distinguen a éstas de la Constitución Federal de los Estados Unidos, puesto que esta última no contiene en su texto derechos sociales.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Beasley, Dorothy Toth, “Federalism and the Protection of Individual Rights: the American State Constitutional Perspective”, en Tarr, G. Alan y Katz, Ellis (eds.), *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1996, pp. 108-111.

<sup>140</sup> Cfr. Barnes, Patricia, *Congressional Quarterly's Desk Reference on American Courts*, Washington, Congressional Quarterly Press, 2000, p. 159.

<sup>141</sup> Cfr. Hershkoff, Helen, “Rights and Freedoms under State Constitutions: a New Deal for Welfare Rights”, *Touro Law Review*, vol. 13, 1997, p. 2.

Peter J. Galie afirma que:

la Constitución de los Estados Unidos (1787) y el *Bill of Rights* (1791) están diseñados para proteger derechos individuales políticos. Los derechos económicos y sociales no forman parte de ninguno de estos documentos... Por el contrario, un número importante de Constituciones estatales incluyen provisiones explícitas que garantizan el derecho de ayuda a los necesitados, el derecho de negociación colectiva de los trabajadores, el derecho al trabajo, el derecho a un medio ambiente de calidad, disposiciones para proveer educación gratuita y la protección de los discapacitados.<sup>142</sup>

Así, al igual que en otras Constituciones del mundo que contienen cláusulas sociales, las Constituciones estatales de Estados Unidos imponen a los poderes públicos obligaciones de hacer para concretar los derechos sociales. Fundamentalmente estos deberes de actuación van dirigidos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de los estados, pero los Poderes Judiciales no son ajenos a esta responsabilidad. Es por ello que se les ha calificado igualmente como *policy makers*.<sup>143</sup>

La academia estadounidense ha abierto un intenso debate sobre la posibilidad de la justiciabilidad de los derechos sociales en un sistema democrático de gobierno. De un lado se argumenta que el impulso de los derechos sociales debe ser dejado únicamente para el proceso político, esto es, que se defina en las plataformas electorales de los partidos políticos y de sus respectivos candidatos la cantidad de recursos públicos que se deben dirigir al gasto social. Bajo este esquema, teóricamente el electorado habrá de actuar racionalmente y dirigir recursos —por su influencia sobre los *policy makers*— hacia los más necesitados que son los que conforman el mayor número de votantes.<sup>144</sup>

La corriente contraria sostiene que en la realidad la democracia no funciona así. Que la gente de menores recursos económicos y culturales ubicados socialmente en el último peldaño no suelen organizarse políticamente para hacer valer su peso electoral potencial. Es por ello que la vía judicial puede significar una entrada al sistema democrático, de estos individuos marginados, para reclamar sus derechos sociales. En todo ca-

<sup>142</sup> Galie, Peter J., "Social Services and Egalitarian Activism", Friedelbaum, Stanley H. (ed.), *Human Rights in the States*, Nueva York, Greenwood Press, 1988, p. 106.

<sup>143</sup> *Ibidem*, pp. 112-114.

<sup>144</sup> *Cfr.* Handler, Joel F., "Discretion in Social Welfare: The Uneasy Position in the Rule of Law", *The Yale Law Journal*, vol. 92, 1983, pp. 1270-1286.

so es de señalar que una y otra vía, esto es, la político-electoral y la jurisdiccional, no son mutuamente excluyentes para buscar una mayor eficacia de los derechos sociales.<sup>145</sup>

Finalmente, en los últimos tiempos se han incorporado derechos que pertenecen en común a los individuos de una sociedad estatal, tales como el medio ambiente o la calidad de vida. Cierta doctrina ha denominado a estos derechos como de tercera generación precisamente porque cronológicamente les han precedido los derechos de libertad y participación política —primera generación, y los derechos sociales como la segunda generación de derechos—.

<sup>145</sup> *Cfr.* Hershkoff, Helen, “Positive Rights and State Constitutions: the Limits of Federal Rationality Review”, *Harvard Law Review*, vol. 112, 1999, pp. 1132-1196.