

CUADERNOS CONSTITUCIONALES

DE LA CÁTEDRA FADRIQUE FURIÓ CERIOL

20/21

ALESSANDRO PACE

Los procesos constituyentes italianos (1996-1997)

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

La nueva forma de gobierno de Israel

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

*La evolución del presidencialismo latinoamericano
a la luz de la Constitución peruana de 1993*

ROBERT SCHAPIRO

*El mandamiento judicial legislativo: una garantía
frente a la inactividad inconstitucional del legislador*

EMILIA GIRÓN REGUERA

*Semejanzas y diferencias entre el amparo constitu-
cional español y la acción de tutela colombiana*

ALBERTO PÉREZ GÓMEZ

Convergencia y televisión: retos para el legislador

TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ

Objeción de conciencia y Ley del Jurado

F. JAVIER DÍAZ REVORIO

Intimidad corporal y jurisprudencia constitucional

Crónicas y documentación

Recensiones y noticias de libros

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y CIENCIA POLÍTICA Y DE LA ADMINISTRACIÓN

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Traducción de
Joaquín Brage
Camazano y C
Ruíz Miguel

ROBERT A. SCHAPIRO
(Emory University)

*El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador**

I. Resistencia legislativa y reacción judicial. II. Inmunidad legislativa. III. La legitimidad de los mandamientos judiciales legislativos: A) Los ejemplos de Yonkers y Jenkins; B) Los límites del mandamiento judicial legislativo; C) Obligaciones positivas en un Estado prestacional. IV. Conclusión. V. Addenda a la traducción española.

El aumento de la litigiosidad interorgánica en los Estados Unidos, en cuyo ámbito los jueces federales exigen una reordenación básica de las instituciones administrativas, ha ocasionado un incremento de conflictos entre los tribunales y los parlamentos¹. Para llevar a cabo sus objetivos reparadores, los actos de reforma de esas instituciones frecuentemente requieren crecientes consignaciones presupuestarias², la promulgación de nueva legislación habilitante³, o algún otro tipo de actividad legislativa positiva⁴. Los legisladores con frecuencia oponen resistencia a estas

* El presente artículo fue publicado bajo el título de "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction" en las págs. 231 a 250 del nº 99/1 (1989) de *The Yale Law Journal*. Su versión en castellano se publica aquí con el consentimiento del autor y de los traductores, a quienes la dirección de esta revista expresa su agradecimiento.

¹ Ver HANSON: "Contending Perspectives on Federal Court Efforts to Reform State Institutions", *University of Colorado Law Review* nº 59 (1988), págs. 289 y ss.; JOHNSON: "The Role of the Federal Courts in Institutional Litigation", *Alabama Law Review* nº 32 (1981) págs. 271 y ss.; STARR: "Accommodation and Accountability: A Strategy for Judicial Enforcement of Institutional Reform Decrees", *Alabama Law Review*, nº 32 (1981) págs. 399 y ss.

² La financiación es casi siempre un asunto de litigio interorgánico. Para un ejemplo reciente, ver *Jenkins v. Missouri*, 855 F.2d. 1295 (8º Cir. 1988), aprobando un plan de gasto de 260 millones de dólares de capital con la finalidad de acabar con la segregación racial escolar; *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989).

³ Ver, por ejemplo, *United States v. Yonkers Bd. of Education*, 635 F. Supp. 1577 (S.D.N.Y. 1986), requiriendo una reforma de una ordenanza urbanística y la construcción de alojamiento; confirmada, 837 F.2d 1181 (2º Cir. 1987); *certiorari* denegado, 108 S.Ct. 2821 (1988).

⁴ Ver, por ejemplo, *United States v. City of Parma*, 504 F. Supp. 913 (N.D. Ohio 1980), requiriendo que la ciudad promulgue una resolución dando la bienvenida a gente de todas las

intrusiones en lo que conciben como su legítimo ámbito de libre discrecionalidad, rechazando actuar de conformidad con el plan judicial.

Para estimular a los parlamentos a cooperar, los tribunales han empleado diversos medios, tales como la disuasión moral o, en ciertos casos, la amenaza de cerrar definitivamente la institución remisa ⁵. Cuando estos métodos se revelan ineficaces, los tribunales pueden verse imposibilitados para aplicar sus sentencias. Recientemente, sin embargo, algunos tribunales han adoptado medidas más incisivas para superar la intrasigencia legislativa. Este año judicial, el Tribunal Supremo revisará dos resoluciones de los tribunales de circuito, *Jenkins v. Missouri* ⁶ y *United States v. City of Yonkers* ⁷, que aprobaron iniciativas judiciales especialmente audaces frente a la resistencia legislativa.

En *Yonkers* el Tribunal valorará la decisión del juez Leonard Sand para aplicar una reparación a la segregación racial en la escolarización y en la asignación de viviendas en Yonkers, Estado de Nueva York. Después de un prolongado litigio, que se extendió a lo largo de ocho años, el juez Sand ordenó a los miembros de la Asamblea Municipal, bajo pena de multa y de encarcelamiento, promulgar la legislación requerida por un decreto consensual ⁸. Cuando el Ayuntamiento rechazó la legislación impuesta, el juez Sand impuso las penas a los miembros de la Asamblea que votaron contra esa legislación, y el Segundo Circuito confirmó la resolución ⁹. El Tribunal Supremo

razas; confirmada en una parte sustancial, 661 F.2d 562 (6º Cir. 1981); *certiorari* denegado, 456 U.S. 926 (1982).

⁵ Ver FRUG: "The Judicial Power of the Purse", *University of Pennsylvania Law Review* n° 126 (1978), págs. 715 y ss., en pág. 791, enfatizando la importancia del poder del tribunal para declarar ilegítimas las condiciones; HIRSCHHORN: "Where the Money is: Remedies to Finance Compliance with Strict Structural Injunctions", *Michigan Law Review* n° 82 (1984), págs. 1.815 y ss., en págs. 1.849 a 1.851, discutiendo la opción del tribunal de cerrar la institución. Las amenazas de cierre se revelan efectivas sólo cuando se trata de una institución que el tribunal puede verídicamente cerrar y el parlamento tiene un interés apremiante en mantener abierta. Las prisiones son probablemente el mejor ejemplo de esta combinación. Ver *Id.*, en págs. 1.850 a 1.851.

⁶ 855 F. 2d 1295 (8º Cir. 1988) *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989).

⁷ 856 F.2d 444 (2º Cir. 1988), *certiorari* concedido *sub. nom.* *Spallone v. United States*, 109 S.Ct. 1337 (1989).

⁸ *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 (S.D.N.Y. 26 de julio de, 1988), orden detallando las penas de desacato por no aprobar la legislación requerida; confirmada *sub. nom.* *United States v. City of Yonkers*, 856 F.2d 444 (2º Cir. 1988); *certiorari* denegado, 109 S.Ct. 1339 (1989), sanciones de desacato contra la City of Yonkers; *certiorari* concedido *sub. nom.* *Spallone v. United States*, 109 S.Ct. 1337 (1989), sanciones de desacato contra los miembros en particular del Concejo. Las violaciones constitucionales subyacentes en el caso que el juez Sand pretendió reparar son descritas con gran detalle en su primera decisión, que encontró responsabilidad por discriminación intencional en la escolarización y en la política de vivienda. Ver *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, 624 F. Supp. 1276 (S.D.N.Y. 1985); confirmada, 837 F.2d 1181 (2º Cir. 1987); *certiorari* denegado, 108 S.Ct. 2821 (1988).

⁹ *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 (S.D.N.Y. 2 de agosto de 1988); declarando en desacato a los miembros individuales del Concejo Chema, Fagan y Longo; *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 (S.D.N.Y. 5 de agosto de 1988), declarando en desacato, con efecto retroactivo al 2 de agosto al miembro del Concejo Spallone; confirmada *sub. nom.* *United States v. City of Yonkers*, 856 F.2d 444 (2º Cir. 1988); *certiorari* concedido *sub. nom.* *Spallone v. United States*, 109 S.Ct. 1337 (1989). El

suspendió las órdenes por desacato dictadas por el juez ¹⁰ y consecuentemente acordó revisar las sanciones ¹¹.

El asunto *Jenkins* trata por su parte de los medios empleados por el juez Russell Clark para financiar un plan contra la segregación racial escolar en Kansas City, Estado de Missouri. Cuando el distrito escolar no logró obtener financiación para poner en marcha el plan contra la segregación racial ordenado por el Tribunal, el juez Clark ordenó incrementar el impuesto local de propiedad e impuso un recargo sobre el impuesto estatal de la renta generada dentro del distrito ¹². Aunque el Octavo Circuito revocó la orden sobre el impuesto de la renta, considerándola una ruptura demasiado abrupta con relación a los métodos de financiación de la escuela, convalidó el recargo del impuesto de la propiedad ¹³.

Estos casos nos ilustran sobre dos formas de superar la obstrucción legislativa. El Tribunal puede, bien ordenar a los legisladores promulgar ciertas normas —lo que podríamos llamar "mandamiento judicial de legislar"—, o bien sortear el procedimiento legislativo y dictar directamente una legislación por sentencia judicial —lo que se podría denominar "mandamiento judicial legislativo", en sentido estricto—. Ambas opciones implican una aparente arrogación por los jueces de poder tradicionalmente legislativo; ambas sustituyen la aprobación positiva del Derecho por parte del parlamento por la resolución judicial. Este artículo llama mandamiento judicial legislativo (*legislative injunction*) a la orden de un tribunal que sirve para crear legislación sin consideración a

juez Sand también estableció multas por desacato que empezaron en un dólar y se doblaban cada día. *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 (S.D.N.Y. 2 de agosto de 1988); declarando a la ciudad de Yonkers en desacato. El Segundo Circuito confirmó estas multas como correctas, aunque estableció que se doblarían sólo hasta alcanzar un millón de dólares por día y entonces continuarían en ese nivel hasta que fuese adoptada la legislación requerida. *United States v. City of Yonkers*, 856 F.2d 444 (2° Cir. 1988), *certiorari* denegado, 109 S.Ct. 1339 (1989).

¹⁰ *Spallone v. United States*, 109 S.Ct. 14 (1988).

¹¹ *Spallone v. United States*, 109 S.Ct. 1337 (1989). El Tribunal concedió el *certiorari* incluso cuando los miembros del Ayuntamiento aprobaron la resolución requerida a la vista de las desorbitantes multas impuestas contra la ciudad de Yonkers, multas que el Tribunal Supremo rechazó mantener. Cada miembro del Concejo pagó un total de 3.500 dólares por multas de desacato durante el periodo transcurrido entre la orden de desacato de 2 de agosto de 1988 y la suspensión de la misma por el Segundo Circuito de 9 de agosto de 1988. Ver la petición de un auto de avocación al Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito en A194n-A195n, *In Re Spallone*, N° 88-854 (U.S. archivado 23 de noviembre de 1988); alegato del actor Spallone en pág. 8, *Spallone v. United States* 109 S.Ct. 1137 (1989) (N° 88-854), concediendo el *certiorari* a 856 F.2d 444 (2° Cir. 1988); el alegato del recurrente en pág. 16, *Chema v. United States*, 109 S.Ct. 1137 (1989) (n° 88-856), *certiorari* concedido en 856 F. 2d 444 (2° Cir. 1988). En la vista que examinó el desacato, el juez Sand ordenó el encarcelamiento de los miembros del Concejo si no se aprobaba una resolución antes del 10 de Agosto de 1988. Debido a las subsiguientes suspensiones del Segundo Circuito y el Tribunal Supremo, los miembros del concejo no llegaron a ser encarcelados por desacato.

¹² *Jenkins v. Missouri*, 672 F. Supp. 400 (W.D. Mo. 1987), ratificada en parte, revisada en parte. 855 F2d 1295 (8° Cir. 1988); *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989). El juez Clark estableció los impuestos directamente, sin acción legislativa, y ordenó a los funcionarios fiscales del Estado y del Condado recaudarlos. 672 F. Supp. en págs. 412-13.

¹³ 855 F. 2d 1295 (8° Cir. 1988); *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989).

la discrecionalidad del legislador. Un mandamiento judicial legislativo fuerza, o sustituye, la promulgación de una norma específica ¹⁴. Este trabajo considera el uso del mandamiento judicial legislativo como un medio para contrarrestar la omisión legislativa inconstitucional ¹⁵.

Los tribunales se han acostumbrado a anular la acción legislativa inconstitucional a través del mecanismo de la *judicial review*. Contrarrestar la omisión legislativa inconstitucional a través de un mandamiento judicial legislativo, sin embargo, parece una violación mucho mayor de la prerrogativa legislativa. Como arguyeron los miembros del ayuntamiento de Yonkers, una amenaza de un Tribunal de encarcelar a los legisladores a menos que voten a favor de una determinada norma no se compagina bien con los sólidos principios del privilegio legislativo ¹⁶. De modo similar, la asunción por un tribunal del poder de crear impuestos se presenta como la arrogación de un poder tradicionalmente legislativo ¹⁷.

Este artículo defiende que el mandamiento judicial legislativo es un legítimo ejercicio de la autoridad judicial, realmente tan legítimo como la revocación de la legislación inconstitucional a través de la *judicial review*. El mandamiento judicial legislativo concuerda con la concepción del papel del legislador como encargado de decidir sobre la distribución general de derechos y recursos y con la del papel del juez

¹⁴ Los mandamientos judiciales institucionales con frecuencia sustituyen la acción legislativa en el sentido de que las medidas reparadoras que ordenan podían también haber sido aprobados por un cuerpo legislativo. Cambiar las condiciones de prisión o regular el cuidado de la salud mental, por ejemplo, entran dentro del ámbito del poder legislativo. Sin embargo, las actividades que el tribunal pretende modificar normalmente caen bajo la supervisión rutinaria de cuerpos administrativos, y es a este tipo de operaciones administrativas a las que la orden del tribunal normalmente afecta. Por contraste, la orden legislativa, como se discute en este artículo, implica funciones principalmente identificadas con los cuerpos legislativos, funciones tales como las de promulgar legislación o encontrar fondos, que no se prestan en sí mismas a la delegación administrativa.

¹⁵ Este artículo limitará su enfoque al uso del mandamiento judicial de legislar por los tribunales federales frente a los parlamentos estatales y locales, que es el instrumento más común para los litigios interorgánicos. El artículo no examinará el uso de los mandamientos judiciales legislativos por los tribunales estatales, ni considerará los intereses especiales que resultan implicados en los mandatos judiciales dirigidos al Congreso de los Estados Unidos.

¹⁶ Ver, por ejemplo, alegato para el demandante Spallone en págs. 19 a 41, *Spallone v. United States*, 109 S.Ct. 1137 (1989) (Nº 88-854), otorgando *certiorari* en 856 F.2d 444 (2º Cir. 1988); alegato del demandante en págs. 24 a 32, *Chema v. United States*, 109 S.Ct. 1137 (1989) (Nº 88-856), otorgando *certiorari* en 856 F.2d 444 (2º Cir. 1988).

El encarcelamiento de los legisladores por violar una orden judicial sobre cómo votar una norma no carece completamente de precedentes. En 1882 un juez encerró a quince concejales de Brooklyn por votar, en desobediencia de una orden judicial, una resolución para superar un veto del alcalde a un cambio de trazado de un viaducto ferroviario entonces pendiente de construcción. Ver *people ex rel. Negus v. Dwyer*, 1 Civ. Proc. Rep. 484, 486 (N.Y. Sup.Ct.), confirmado 90 N.Y. 402 (1882); RICHLAND: "City of Brooklyn Aldermen and the Yonkers Councilmen", *New York Law Journal* de 15 de septiembre de 1988, en pág. 3, col. 1.

¹⁷ Ver el artículo, "An Unorthodox Usurpation of Legislative Power in *Jenkins v. Missouri*", *Creighton Law Review* nº 21 (1988), págs. 1269 y ss., en pág. 1.286, criticando el incremento fiscal ordenado por el juez como una vía de reformulación injusta del control entre los poderes legislativo y judicial del Estado.

como encargado de asegurar que esta asignación es llevada a cabo de manera justa, sin perjudicar los derechos de grupos o individuos concretos. El mandamiento judicial legislativo responde a una situación, como una escuela segregada racialmente o una prisión inhumana, en la que la omisión legislativa provocará una privación de derechos constitucionales. Al ordenar una concreta acción, el tribunal asegura que la cámara legislativa no pueda ejercer su "discrecionalidad" para no actuar y, consecuentemente, lesionar los derechos constitucionales de los individuos. Este papel del Tribunal al definir los límites de la discrecionalidad legislativa encaja perfectamente dentro de la concepción tradicional del poder judicial.

Tampoco choca el mandamiento judicial legislativo con la doctrina de la inmunidad legislativa. Al decidir sobre el ámbito propio de la inmunidad legislativa, los tribunales han desarrollado una concepción del dominio propio de la discrecionalidad para distinguir aquellos actos de los legisladores que son verdaderamente "legislativos", amparados consiguientemente por la inmunidad, de aquellos que son "no-legislativos" y no merecen esta protección. Partiendo de esta distinción, este artículo encuentra la legitimidad de los mandamientos judiciales legislativos bien fundada en los principios del Derecho de la inmunidad. Por su propia naturaleza, los mandamientos judiciales legislativos no usurpan ningún legítimo poder legislativo. En lugar de ello, dan expresión a los correspondientes límites constitucionales de la discrecionalidad legislativa, rechazando tratar la omisión como un ejercicio privilegiado de la autoridad legislativa. Por contraste, un enfoque formalista de la prerrogativa legislativa que rechace el mandamiento judicial legislativo implica proclamar la supremacía del *status quo*, en vez de la Constitución.

En el primer epígrafe de este trabajo se explora la necesidad de los mandamientos judiciales legislativos y se examinan las primeras resoluciones de un tribunal de primera instancia relativas a la confrontación entre las cámaras legislativas y los tribunales en litigios interorgánicos. En el segundo epígrafe se considera el desarrollo de la doctrina de la inmunidad legislativa con atención particular a las distinciones política/ejecución y discrecionalidad/carácter reglado que se han desarrollado en el Derecho de la inmunidad legislativa. El tercer epígrafe se centra en estas doctrinas de la inmunidad para desarrollar una teoría de los mandamientos judiciales legislativos como instrumentos para asegurar que los legisladores no priven a los individuos de sus derechos constitucionales por dejar de cumplir las obligaciones constitucionalmente estipuladas.

I. RESISTENCIA LEGISLATIVA Y REACCIÓN JUDICIAL

Aunque los tribunales federales disponen de amplios poderes de equidad para proporcionar medidas reparadoras a las violaciones constitucionales¹⁸, pueden tener dificultades en la aplicación de sus sentencias si no cuentan con el acatamiento de las cámaras legislativas estatales y locales. El área más común en que la colaboración legislativa es necesaria es la financiación de las órdenes reparadoras (*remedial orders*). Si pretenden mejorar las condiciones de prisión, reformar los hospitales psiquiátricos, o acabar con la segregación en las escuelas, las medidas reparadoras irremediablemente implican un incremento de los gastos y el poder de consignación presupuestaria tiene

¹⁸ Ver *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 15 (1971).

una fuerte vinculación histórica y constitucional respecto del parlamento ¹⁹. Las órdenes reparadoras pueden también requerir otros tipos de normas habilitantes, tales como modificaciones urbanísticas, que entran dentro de la esfera del poder tradicionalmente legislativo. Sea sobre la base de un desacuerdo de principios, sea por mera parsimonia, los parlamentos no están siempre en la mejor disposición para promulgar la legislación necesaria.

Cuando los tribunales han entrado en conflicto con los parlamentos, el Tribunal Supremo ha rechazado por lo general admitir alegaciones de autonomía para evitar la aplicación de medidas de reparación constitucionales. Desde *Brown v. Board of Education* ²⁰, los conflictos entre los tribunales y los parlamentos han surgido con frecuencia en el contexto de las resoluciones contra la segregación racial escolar. El Tribunal Supremo ha sugerido que los Tribunales pueden verdaderamente ordenar a los organismos locales que establezcan impuestos si fuere necesario para asegurar el acatamiento de una previa orden de reparación. Cuando una junta escolar en el Condado de Prince Edward, Estado de Virginia, cerró las escuelas públicas para eludir una sentencia contra la segregación racial, mientras otorgaba incentivos fiscales a escuelas privadas, que practicaban la segregación racial, el Tribunal en *Griffin v. County School Board* ²¹ estableció que el Tribunal de distrito podía ordenar a los inspectores de enseñanza crear los impuestos necesarios para reabrir las escuelas y desarrollar su actividad sin discriminación racial ²².

Los tribunales federales inferiores no han estado de acuerdo en la extensión con que hay que interpretar la autorización del Tribunal Supremo para interferir en las decisiones locales sobre impuestos ²³. Generalmente, los tribunales han insistido en que los jueces muestren toda la deferencia posible hacia los procedimientos impositivos locales, interviniendo sólo como último recurso. En *Evans v. Buchanan* ²⁴, por ejemplo, el Tercer Circuito revisó una resolución de un juez que revocaba un tipo impositivo establecido legislativamente que creía inadecuado para financiar una medida de reparación contra la segregación. Aunque sin entrar en el fondo de la orden del tribunal

¹⁹ La Constitución otorga el poder federal de consignación presupuestaria al parlamento y, específicamente, a la cámara más próxima al pueblo (art. I, secc. 7 y 8 de la Constitución de los EE.UU.); ver STITH: "Congress' Power of the Purse", *Yale Law Journal* n° 97 (1988), págs. 1343 y ss. En el contexto estatal, el Tribunal Supremo ha reconocido la conexión estrecha del poder fiscal con el parlamento estatal. Ver *Green v. Frazier*, 253 U.S. 233 (1920); y el comentario a *Liddell v. Missouri* en "Financing the Ancillary Costs of Public School Desegregation Through a Court-Ordered Tax Increase", *Washington & Lee Law Review* n° 42 (1985), págs. 269.

²⁰ 347 U.S. 483 (1954).

²¹ 377 U.S. 218 (1964).

²² *Id.* en pág. 233. Dado que una orden para elevar los impuestos no era todavía necesaria, la proposición de que el Tribunal del Distrito tenía un derecho a emitirla podía ser considerada un mero *dictum*, pero nada en la sentencia sugería que este aspecto de la decisión era especulativo o puramente hipotético. Los tribunales inferiores nunca tuvieron ocasión de forzar a la Junta a imponer contribuciones, pero sí que indicaron a la administración que debía recortar las ayudas a las escuelas privadas dictadas en violación de una sentencia judicial. Ver *Griffin v. County School Bd.*, 363 F.2d 206 (4° Cir.); *certiorari* denegado, 385 U.S. 960 (1966).

²³ Ver el comentario citado *supra* nota 19, en págs. 277 a 282; véase la nota sobre "Judicial Taxation in Segregation Cases", *Columbia Law Review* n° 89 (1989), págs. 332 y ss., en págs. 332 a 337.

²⁴ 582 F.2d 750 (3° Cir. 1978) (en pleno); *certiorari* denegado, 446 U.S. 923 (1980).

del distrito, el Tercer Circuito otorgó un mandamiento anulando la orden y exigiendo una nueva audiencia sobre la base de que el Tribunal inferior rehusó aplicar una presunción de constitucionalidad a la actividad legislativa. El Tercer Circuito objetó que el juez del distrito dejó de mostrar "la necesaria deferencia que corresponde a las decisiones legislativas en el campo fiscal"²⁵.

Cuando se han agotado las demás alternativas, los tribunales han usado la doctrina *Griffin* para justificar las órdenes de incrementos fiscales. El Octavo Circuito ha sido particularmente diligente para sancionar los impuestos ordenados por los tribunales ²⁶. En *United States v. Missouri* ²⁷ el Octavo Circuito revisó una resolución de un juez de distrito por la que estableció coactivamente un impuesto al estimar que las autoridades locales no querían aprobar las necesarias medidas de financiación. Aunque revocó el plan concreto como potencialmente innecesario, el tribunal mostró su aprobación a la noción de un impuesto ordenado judicialmente ²⁸. En *Liddell v. Missouri* ²⁹ —una resolución en la que el juez Clark se apoyó claramente en la doctrina *Jenkins* ³⁰— el Octavo Circuito reiteró su interpretación del caso *Griffin* como una resolución que autorizaba a los tribunales a ordenar incrementos en los impuestos en ausencia de alternativas fiscales. En *Liddell*, el Tribunal encontró apoyo para su postura tanto en *Griffin* como en la jurisprudencia relativa a la cláusula de los contratos ³¹, un campo en el que los tribunales federales han tenido desde hace tiempo ocasión de intervenir en las decisiones sobre impuestos y gastos locales ³².

El Tribunal Supremo también ha aclarado que los principios generales de la soberanía del Estado no podrán bloquear la ejecución de medidas constitucionales de reparación. En *Milliken v. Bradley* ³³, el Tribunal estableció que incluso un Estado, si es hallado responsable de segregación racial, puede ser requerido para ayudar a financiar la medida reparadora. Sosteniendo que ni la Décima ni la Undécima Enmienda pueden librar al Estado de la responsabilidad por previsión social ³⁴, el Tribunal reafirma que los

²⁵ *Id.* en pág. 778.

²⁶ Ver la nota citada *supra* en nota 23, en págs. 336 a 337.

²⁷ 515 F.2d 1365 (8º Cir. 1975).

²⁸ *Id.* en págs. 1.372 y 1.373.

²⁹ *Liddell v. Missouri*, 731 F.2d 1294 (8º Cir.) (en pleno); *certiorari* denegado, 469 U.S. 816 (1984).

³⁰ Ver *Jenkins v. Missouri*, 672 F. Supp. 400, 411-12 (W.D. Mo. 1987); confirmada en parte, revocada en parte, 855 F.2d 1295 (8º Cir. 1988); *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989).

³¹ "Ningún Estado podrá [...] aprobar ninguna [...] ley que perjudique la obligatoriedad de los contratos [...]" Art. I, secc. 10, cl. 1 de la Constitución de los EE.UU.

³² El tribunal que juzgó el caso *Liddell* se apoyó específicamente en la doctrina del caso *Luisiana* contenida en los antecedentes de *Hubert v. Mayor of New Orleans*, 215 U.S. 170 (1909), en el que el Tribunal Supremo sostuvo que un tribunal podía ordenar a una ciudad elevar y recaudar un impuesto en beneficio de los acreedores a quienes se les había prometido los ingresos del impuesto. La ciudad de Nueva Orleans había intentado evitar dar cumplimiento a una sentencia que resultó de una obligación contractual para pagar ciertos ingresos fiscales a la junta de policía metropolitana. El Tribunal Supremo estableció que a la ciudad se le podía requerir "a pagar los impuestos por los que se dictó la sentencia, o a crear y recaudar un impuesto sustitutivo" (215 U.S. en pág. 181).

³³ 433 U.S. 267 (1977).

³⁴ Ver *id.*, en págs. 288 a 291.

jueces federales no necesitan mostrar deferencia a las estructuras de gobierno no federales que impediría la ejecución de órdenes reparadoras³⁵.

Un requisito importante, previo a todas las incursiones judiciales en las decisiones legislativas locales, especialmente las concernientes a la política fiscal, ha sido la determinación de una violación constitucional. Los tribunales han sido cautelosos a la hora de imponer la cooperación legislativa en la ejecución de una medida reparadora resultante de una sentencia consensual, más allá de una declaración de responsabilidad³⁶. Este rechazo judicial general a ejecutar sentencias consensuales se hace particularmente pronunciado cuando el parlamento no es una parte formal en el acuerdo. En estas circunstancias, los tribunales son reacios a imputar al parlamento una obligación positiva de financiar las medidas objeto de acuerdo.

A pesar de existir una sentencia consensual negociada por el Gobernador de Nueva York, por ejemplo, el parlamento estatal rechazó proveer fondos para un plan destinado a reparar las condiciones inconstitucionales en la institución mental de Willowbrook³⁷. El Segundo Circuito decidió que el Tribunal de Distrito no podía forzar el cumplimiento declarando que el Gobernador y el interventor habían incurrido en desacato³⁸. El Tribunal de Distrito aparentemente no intentó exigir de manera directa el cumplimiento por el parlamento, pero la sentencia del Segundo Circuito parecía excluir tal acción, advirtiendo que un Tribunal no podía ponerse "en la difícil posición de intentar hacer cumplir una orden directa [...] de recaudación y distribución de grandes sumas de dinero, [...] pasos tradicionalmente reservados a los correspondientes organismos legislativos y ejecutivos, responsables ante los votantes"³⁹. El Tribunal mostró su creencia de que el parlamento no era culpable de una violación constitucional y por tanto no estaba sujeto al amplio poder reparador del Tribunal⁴⁰. El Segundo Circuito llegó a esta conclusión a pesar de la larga historia de las horrendas condiciones de las instalaciones de

³⁵ El Tribunal ha establecido que las constricciones derivadas de la separación de poderes se aplican sólo a la relación entre las ramas coordinadas del Estado, no a los conflictos entre los tribunales federales y los gobiernos estatales. Ver *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976), pluralidad de opiniones; ver también *Jenkins v. Missouri* 855 F.2d 1295 (8° Cir. 1988), encontrando el principio de separación de poderes inaplicable a la creación de un impuesto ordenada por un tribunal; *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989). Además, el Tribunal ha indicado que la inmunidad que la Decimoprimer Enmienda garantiza se refiere al gobierno del Estado, no a una subdivisión política local. Ver *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651, 666 n.12 (1974); y *Lincoln county v. Luning*, 133 U.S. 529, 530 (1890). Para una crítica del rechazo del Tribunal Supremo a usar los principios de la separación de poderes para limitar la intervención de los tribunales federales en las actividades de los gobiernos del estado, ver NAGEL: "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies", *Stanford Law Review* n° 30 (1978), págs. 661 y ss.

³⁶ Ver FISS: "Against Settlement", *Yale Law Journal* n° 93 (1984), págs. 1073 y ss., en pág. 1084.

³⁷ Para una descripción de las condiciones en Willowbrook y el litigio prolongado buscando una reparación a las mismas, ver D. J. ROTHMAN y S. M. ROTHMAN: *The Willowbrook Wars*, Harper & Row, Nueva York, NY., 1984.

³⁸ Ver *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 631 F.2d 162 (1980).

³⁹ 631 F.2d en pág. 165 (citando *Rhem v. Malcolm*, 507 F.2d 333, 341 (2° Cir. 1974).

⁴⁰ *Id.* en pág. 166. Pero véase *Delaware Valley Citizens' Council for Clean Air v. Pennsylvania*, 678 F.2d 470 (3° Cir.); *certiorari* denegado, 459 U.S. 969 (1982), el rechazo del parlamento a consignar fondos no provee de base jurídica emplazar por desacato a los demandados del poder ejecutivo por rechazar el cumplimiento de un decreto consensual.

Willowbrook, gestionadas por el Estado. El Segundo Circuito de esta forma bendecía un *pas de deux* en el que el Gobernador alegaba que la omisión legislativa hacía imposible el cumplimiento, mientras que el parlamento no tenía ninguna obligación positiva de facilitar un acuerdo en el que no era una parte formal ⁴¹. De modo similar, en *Brewster v. Dukakis* ⁴², el Primer Circuito limitó la capacidad del Tribunal de Distrito de ejecutar un decreto consensual relativo a la prestación de servicios de salud mental. Cuando el parlamento rechazó financiar el programa a que el Gobernador se había comprometido en el decreto consensual, el Primer Circuito estableció que el Tribunal de Distrito no disponía de ninguna medida reparadora contra el parlamento y que, en la búsqueda de financiación para el programa, el Tribunal de Distrito no podía ir más allá de formular al ejecutivo un requerimiento al ejecutivo para que haga los "mayores esfuerzos" demandados por el decreto consensual ⁴³. Los tribunales del distrito se han enfrentado a restricciones análogas al intentar ejecutar decretos consensuales para reparar las condiciones inconstitucionales de la prisión ⁴⁴.

En suma, cuando una omisión legislativa prolongada viola directamente una orden reparadora de un tribunal emitida después de una declaración de una violación constitucional, los tribunales generalmente han asumido amplios poderes para forzar el cumplimiento por el legislativo. Cuando, en cambio, no ha habido ninguna determinación judicial de responsabilidad y la omisión legislativa no viola ninguna orden judicial directa, los tribunales son prudentes a la hora de exigir una cooperación legislativa. Esta insistencia en una declaración formal de responsabilidad da idea del justificable rechazo de los jueces a arrogarse funciones aparentemente legislativas sin una clara determinación de un abandono oficial de un deber. Un acuerdo entre dos partes no puede proveer un fundamento suficiente para ordenar la promulgación de una norma específica o para eludir totalmente al parlamento ⁴⁵. Así, los tribunales han estado incluso dispuestos a arrogarse parte del poder impositivo y de gasto del parlamento, aunque sólo después de que se verificase judicialmente una concreta violación constitucional. En su papel de garantes de los derechos constitucionales, los tribunales han encontrado justificación para alterar el principio general de que las decisiones de consignación presupuestaria deben corresponder a los representantes elegidos por el pueblo.

II. INMUNIDAD LEGISLATIVA

La doctrina de la inmunidad legislativa representa un campo en el que los tribunales han sido particularmente propicios a proclamar la autonomía legislativa. En este epígrafe, sin embargo, se sostiene que el mandamiento judicial legislativo es

⁴¹ La posición del Gobernador quedó reforzada con el tenor literal del decreto consensual, que hizo depender la acción ejecutiva de la aprobación legislativa requerida por el derecho estatal (*Vid.* 631 F.2d en pág. 163).

⁴² 675 F.2d 1 (1º Cir. 1982).

⁴³ *Id.* en pág. 2.

⁴⁴ Ver *Jensen v. State Bd. of Tax Comm'rs*, 763 F.2d 272 (7º Cir. 1985); y *Newman v. Graddick*, 740 F.2d 1513 (11º Cir. 1984).

⁴⁵ En estos, como en otros casos, la ejecución de los acuerdos puede ser más difícil aún que la de los laudos arbitrales. Para una discusión de los Problemas inherentes a la solución de litigios sobre reforma de instituciones, ver FISS: "Against Settlement", cit.

conforme con la actual doctrina de la inmunidad legislativa, así como con las justificaciones subyacentes a la política general de inmunidad para los funcionarios públicos. En realidad, las decisiones sobre inmunidad legislativa elaboran una definición funcional de la conducta legislativa que presta apoyo a la afirmación del poder de un tribunal a través del mandamiento judicial legislativo. Como queda claro en la jurisprudencia, la inmunidad legislativa no exime de control judicial a todas las conductas de los legisladores.

La doctrina de la inmunidad legislativa en los Estados Unidos descansa en los vestigios de la tradición inglesa, en la deferencia a los representantes democráticamente elegidos del pueblo, y en los principios más generales de inmunidad funcional. Sucesora de las luchas en Inglaterra entre la Corona y el Parlamento ⁴⁶, la inmunidad legislativa tiene una larga historia en América. La mayoría de las Constituciones coloniales preveían el privilegio legislativo, y ese derecho era fuertemente protegido como signo de independencia colonial en vista del conflicto con los gobernantes de la Corona ⁴⁷. La Constitución federal trata de proteger la independencia del legislativo garantizando la libertad frente a detenciones ⁴⁸ y la libertad de expresión y debate ⁴⁹ a los miembros del Congreso ⁵⁰. Aunque la Constitución no prevé ninguna inmunidad específica para los legisladores estatales, el Tribunal Supremo sostuvo en *Tenney v. Brandhove* que los legisladores estatales disfrutaban de una inmunidad basada en el *common law* que les amparaba frente a juicios federales sobre derechos civiles ⁵¹. El Tribunal entendió que el Congreso no podía haber intentado derogar la tradicional

⁴⁶ Ver C. F. WITKE: *The History of English Parliamentary Privilege*, 1970. Witke tiene cuidado (ver págs. 182 a 198) de especificar algunos de los factores peculiarmente ingleses que subyacen en el privilegio parlamentario, tales como el control de la Corona del sistema judicial y la conexión histórica entre el privilegio parlamentario y la función judicial del Parlamento como Tribunal Supremo.

⁴⁷ Ver M. P. CLARKE: *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, Yale University Press, New Haven, Ct., 1943.

⁴⁸ "Mientras se hallen participando en las sesiones de sus respectivas Cámaras, y mientras se dirijan a las mismas, o regresen de ellas, no podrán [los senadores y representantes] ser arrestados, excepto en casos de traición, delito o alteración de la paz". Art. I, secc. 6, cl. 1 de la Constitución de los EE.UU.

⁴⁹ "[Los miembros del Congreso] no deberán ser interrogados en ninguna otra parte [salvo en el propio Congreso] por sus discursos o por las expresiones emitidas en un debate sostenido en cualquiera de las cámaras". Art. I, secc. 6, cl. 1 de la Constitución de los EE.UU.

⁵⁰ Sobre la relación entre la cláusula de inviolabilidad parlamentaria con el privilegio parlamentario inglés, ver CELA: "The Doctrine of Legislative Privilege of Speech or Debate: The New Interpretation as a Threat to Legislative Coequality", *Suffolk University Law Review* n° 8 (1974), págs. 1019 y ss; REINSTEIN y SILVERLATE: "Legislative Privilege and the Separation of Powers", *Harvard Law Review* n° 86 (1973), págs. 1.113 y ss.

⁵¹ 341 U.S. 367, 376 (1951). Brandhove, un crítico de la Comisión de investigación del Senado de California sobre actividades antiamericanas, proclamó que el Comité y su Presidente le habían privado de sus derechos civiles a través de varios actos de persecución. El Tribunal Supremo estableció que el Comité y sus miembros eran absolutamente inmunes frente a tal acusación, puesto que "estaban actuando en la esfera de la legítima actividad legislativa" (*Ibidem*).

inmunidad legislativa cuando promulgó la legislación de derechos civiles en la era posterior a la Guerra Civil ⁵².

En 1979, el Tribunal extendió esta inmunidad a los legisladores "regionales". En *Lake Country States v. Tahoe Regional Planning Agency* ⁵³, unos dueños de propiedades locales trataron de demandar a los miembros de la junta de gobierno de la Agencia de Planeamiento Regional de Tahoe, alegando que una ordenanza de uso de la tierra les privaba del uso provechoso de sus propiedades. El Tribunal sostuvo que los miembros de la Junta de la Agencia bi-estatal eran absolutamente inmunes si estaban actuando en calidad de legisladores. Aunque el fallo del Tribunal simplemente dejó expresamente abierta la posibilidad de extender una inmunidad similar a los legisladores locales ⁵⁴, los fundamentos jurídicos parecen exigir una extensión de este tipo. El fallo ponía especial énfasis en el *status* especial de la actividad legislativa sin apenas tomar en cuenta el nivel (local, estatal, federal) en el que la misma se lleva a cabo ⁵⁵. Consecuentemente, los ocho circuitos que ya han conocido del asunto han entendido que la inmunidad legislativa es aplicable a los agentes locales ⁵⁶.

La extensión forzada de la inmunidad legislativa a la la inmunidad funcionarial es acusada, con tribunales que están interesados primariamente en que el ejercicio del poder legislativo no se vea estorbado por la amenaza de un proceso judicial ⁵⁷. El juez Frankfurter explicó en *Tenney* que el privilegio legislativo tenía la finalidad de proteger el "bien público", pues el temor al castigo legal podía dificultar el "libre desempeño" del

⁵² El Juez Frankfurter expresó este punto de vista por medio de una pregunta de gran fuerza retórica: "¿Pretendió aquí el Congreso mediante las vagas alusiones de su ley de 1871 acabar con la tradición de la libertad legislativa lograda en Inglaterra por la Guerra Civil y cuidadosamente preservada en la formación de los Gobiernos de los Estados y Nacional?" (341 U.S. en pág. 376).

Para una discusión de la inmunidad legislativa de *Common law* en litigios ubicados en el parágrafo 1983 del tomo 42 del *United States Code* ver EISENBERG: "Section 1983: Doctrinal Foundations and an Empirical Study", *Cornell Law Review* n° 67 (1982), págs. 482 y ss., en págs. 491 a 504; Cfr. también el comentario, "A New Perspective on Legislative Immunity in Section 1983 Actions", *UCLA Law Review* n° 28 (1981), págs. 1.087 y ss., rechazando la inmunidad basada en la función y proponiendo una ponderación de bienes. Ver con carácter general "Developments in the Law -Section 1983 and Federalism", *Harvard Law Review* n° 90 (1977), págs. 1.133 y ss., en págs. 1.197 a 1.204, revisando la inmunidad legislativa, judicial y de persecución en las acciones basadas en el parágrafo 1983.

⁵³ 440 U.S. 391 (1979).

⁵⁴ *Id.* en pág. 404, nota 26

⁵⁵ *Id.* en pág. 405.

⁵⁶ Ver *Haskell v. Washington Township*, 864 F.2d 1266, 1277 (6° Cir. 1988); *Atchison v. Raffiani*, 708 F.2d 96, 98-100 (3° Cir. 1983); *Reed v. Village of Shorewood*, 704 F.2d 943, 952-53 (7° Cir. 1983); *Espanola Way Corp. v. Meyerson*, 690 F.2d 827, 829 (11° Cir. 1982), *certiorari* denegado, 460 U.S. 1039 (1983); *Kuzinich v. County of Santa Clara*, 689 F.2d 1345, 1349-50 (9° Cir. 1982); *Hernandez v. City of Lafayette*, 643 F.2d 1188, 1193-94 (5° Cir. Unit A 1981); *certiorari* denegado, 455 U.S. 907 (1982); *Bruce v. Riddle*, 631 F.2d 272, 274-80 (4° Cir. 1980); *Gorman Towers, Inc. v. Bogoslavsky*, 626 F.2d 607, 611-14 (8° Cir. 1980).

⁵⁷ Para una discusión de las justificaciones políticas que subyacen en la inmunidad funcionarial, ver P. H. SCHUCK: *Suing Government. Citizen Remedies for Official Wrongs*, Yale University Press, New Haven, Ct., 1983, págs. 89 a 99.

deber de legislar⁵⁸. Las quejas frente a los "indignos propósitos" de una eventual ley tampoco podrían acabar con el privilegio —argumenta Frankfurter— porque la necesidad de defenderse en juicio distraería al parlamento de los asuntos legislativos⁵⁹.

El uso de la mandamiento judicial legislativo en situaciones tales como las de *Yonkers* y *Jenkins* no implica ninguna amenaza a las políticas generales de inmunidad funcional. En aquellos casos, el mandamiento judicial legislativo seguía a una declaración judicial de que los organismos del Gobierno del Estado habían violado la Constitución. Una vez que el Tribunal encuentra a un órgano estatal responsable de prácticas inconstitucionales, los principios de inmunidad administrativa no alcanzan a la conducta de funcionarios que obstaculizan las órdenes reparadoras de un juez. El defenderse a sí mismos en juicio contra los electores o los representados agraviados podría interferir en el desempeño por los legisladores de sus obligaciones oficiales, pero responder a un juez federal que trata de reparar una violación constitucional probada difícilmente impide el ejercicio legítimo de funciones públicas.

Los principios generales de inmunidad administrativa, sin embargo, no expresan por completo la deferencia especial respecto de los legisladores reconocida en la doctrina de la inmunidad legislativa. La inmunidad que el tribunal ha definido para los legisladores se extiende más allá de la garantizada a otros funcionarios del gobierno. La mayoría de los funcionarios públicos están amparados sólo por una inmunidad condicional, de "buena fe". Los jueces disfrutan de inmunidad absoluta, pero sólo frente a las demandas de daños. La inmunidad legislativa, en cambio, cubre las demandas por daños, la declaración y orden judiciales de desagravio y los honorarios de abogados⁶⁰.

Incluso esta amplia protección doctrinal reconoce algunos límites a la independencia legislativa. Para estar calificado como inmune un acto debe caer dentro de la esfera de la legítima actividad legislativa⁶¹. El Tribunal Supremo ha adoptado un enfoque "funcional" en el conocimiento de los asuntos de inmunidad administrativa⁶², y los tribunales, al definir el ámbito de la inmunidad local legislativa, por lo general no han mostrado deferencia a la apariencia formal de esa actividad legislativa⁶³. Al decidir

⁵⁸ *Tenney*, 341 U.S. en pág. 377.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Ver *Supreme Court of Va. v. Consumer Union*, 446 U.S. 719 (1980); SCHWARTZ: "Legislative Immunity Developments", *New York Law Journal* de 18 de octubre de 1988, en pág. 3, col. 1. El Tribunal Supremo ha afirmado esta amplia inmunidad para los legisladores estatales por analogía a la protección otorgada a los congresistas y senadores por la cláusula de inviolabilidad. Ver *Supreme Court of Va.*, 446 U.S. en pág. 733. Los legisladores estatales así se beneficiaron de la protección constitucional brindada a los legisladores federales, aunque el Tribunal haya distinguido entre el ámbito de los derechos de los legisladores federales y los estatales. Ver, por ejemplo, *United States v. Gillock*, 445 U.S. 360 (1980), rechazando extender al legislador estatal el privilegio de prueba garantizado por la cláusula de inviolabilidad en juicio criminal.

⁶¹ Ver *Tenney*, 341 U.S. en pág. 376.

⁶² Ver *Forrester v. White*, 108 S.Ct. 538, 542 (1988).

⁶³ Por contra, al interpretar el ámbito de la inmunidad del Congreso al amparo de la cláusula de inviolabilidad, este enfoque "funcional" ha sido empleado con gran deferencia. En *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880), el Tribunal Supremo sostuvo que la inmunidad del Congreso se aplica a "cosas generalmente hechas en una sesión de la Cámara por uno de sus miembros en relación a los asuntos que se desarrollan ante ella" (pág. 204). Ejemplos de estas actividades: votar (ver *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 [1969]); preparar y exponer los discursos (ver *United States v. Johnson*, 383 U.S. 169 [1966]); y varias actividades de

cuestiones sobre inmunidad legislativa local en casos que afectan a derechos civiles de carácter federal, los tribunales frecuentemente han tenido que determinar si una acción es legislativa —y por tanto inmune— por referencia a su contenido material subyacente, más que por el carácter nominal del órgano decisor. Los tribunales han circunscrito la inmunidad legislativa a las decisiones de naturaleza general, de dirección política. Los legisladores no han disfrutado de inmunidad por las decisiones dirigidas a un resultado más particular, individualizado, especialmente cuando la acción perjudica los derechos de un individuo específico o un grupo.

En *Cutting v. Muzzley*⁶⁴, que se refería al examen de un plan de subdivisión elaborado por una junta de planeamiento de una ciudad, el Primer Circuito analizó las decisiones de un órgano local basándose en la naturaleza de los hechos subyacentes y en la repercusión individual de las mismas. Si la decisión descansaba en determinaciones de política general y no buscaba excluir a individuos, era entonces considerada legislativa. Si la decisión era más específica en su propósito y efectos, se consideraba no legislativa, sino administrativa. Las decisiones oficiales del mismo órgano ejecutadas de acuerdo con el mismo proceso formal podían así ser legislativas o no legislativas, dependiendo del objeto de la acción.

Otros tribunales han hecho una distinción similar entre actos legislativos, que señalan prioridades de política pública, y acciones administrativas que no son expresión de la prerrogativa legislativa dirigida a lograr metas de política general⁶⁵. El tribunal del

investigación (ver *Eastland v. United States Servicemen's Fund*, 421 U.S. 491 [1975]), han sido consideradas como absolutamente protegidas sin consideración al contenido de la acción. En *Kilbourn* (vid. supra, págs. 204 y 205), el Tribunal indicó que alguna conducta del Congreso podía ser tan ultrajante como para ser desprotegida por la cláusula de inviolabilidad:

"No es necesario decidir aquí si no puede haber cosas hechas, en una Cámara o en la otra, de carácter extraordinario, por las que los miembros que tomaron parte en el acto puedan ser considerados legalmente responsables. Si pudiéramos imaginar que los miembros de estas Cámaras olvidaran sus altas funciones y el noble instrumento bajo el que actuasen hasta el extremo de que llegaran a imitar al Parlamento Largo ejecutando al Jefe del Estado, o siguieran el ejemplo de la Asamblea Francesa para asumir la función de un tribunal que decide sobre la pena capital, no estamos preparados para decir que tan extrema perversión de sus poderes para un objetivo criminal estaría a salvo de castigo amparada en el precepto constitucional que garantiza la inviolabilidad".

El Tribunal no ha invocado aparentemente esta excepción de "regicidio o su equivalente moral".

⁶⁴ 724 F.2d 259 (1º Cir. 1984).

⁶⁵ Ver, por ejemplo, *Botton v. Marple Township*, 689 F. Supp. 477 (E.D. Pa 1988), denegación de un acto administrativo, de reforma urbanística; *Altaire Builders, Inc. v. Village of Horseheads*, 551 F. Supp. 1066 (W.D.N.Y. 1982), denegación de una aplicación no legislativa de desarrollo de una unidad de planeamiento. Pero véase *Donivan v. Dallastown Borough*, 835 F.2d 486 (3º Cir. 1987), determinando si el acto es legislativo sobre la base del procedimiento formal de adopción; *certiorari* denegado, 108 S.Ct. 1596 (1988). Críticas a la sentencia *Donivan* en SCHWARTZ: "Legislative Immunity...", cit. Ver también *Ditch v. Board of County Comm'rs*, 650 F. Supp. 1245, 1249 (D. Kan. 1986), discutiendo sobre diferentes métodos para distinguir entre actos legislativos y administrativos; y el estudio "Developments in the Law -Zoning", *Harvard Law Review* nº 91

distrito en *Rateree v. Rocker* ⁶⁶ sintetizó esta tendencia del Derecho de la inmunidad legislativa local: "una sólida doctrina (aunque oscura) indica que algunos actos legislativos, si afectan intereses particulares y no generales, son 'administrativos' y no 'legislativos'" ⁶⁷. Estos casos reconocen que no todas las acciones que un parlamento realiza entran dentro de los límites de la tradicional discrecionalidad legislativa. El mandamiento judicial legislativo desarrolla el principio análogo de que el dejar de realizar ciertas acciones cae fuera del ámbito de la legítima prerrogativa legislativa.

Las recientes decisiones judiciales no han analizado la medida en que una actividad de un tribunal de primera instancia puede transformar en no-legislativa una decisión inicialmente legislativa, al definir cuales son las cargas específicas que impone. El asunto surgió, aunque no se resolvió, a principios de este siglo en *Virginia v. West Virginia* ⁶⁸. Este caso, del que conoció el Tribunal Supremo en su jurisdicción de primera instancia, Virginia trató de que el Tribunal obligase a Virginia Occidental a pagar su parte de la deuda que existía antes de que los dos estados se separasen. En su argumentación ante el Tribunal, Virginia afirmó que ya había sido emitida una resolución contra Virginia Occidental, y que el parlamento de Virginia Occidental había asumido una obligación de dar los pasos necesarios para obtener los fondos requeridos. Aunque el Tribunal no podía compeler al ejercicio de la discrecionalidad, Virginia argumentó que el Tribunal podía ordenar la realización de una tarea no discrecional por el parlamento. Aunque la actividad necesitada podría parecer que está dentro de la esfera protegida de la prerrogativa legislativa, de hecho el parlamento tenía una "obligación de ejecución absolutamente reglada" ⁶⁹ de cumplir la orden del primer tribunal. En su sentencia, el Tribunal Supremo se contentó con expresar el derecho general de los tribunales federales de hacer cumplir las resoluciones contra los Estados, y el consecuente acatamiento por Virginia Occidental relevó al Tribunal de la obligación de especificar qué tipo de orden judicial sería apropiada al caso.

III. LA LEGITIMIDAD DE LOS MANDAMIENTOS JUDICIALES LEGISLATIVOS

La premisa del mandamiento judicial legislativo es que el tribunal ha determinado que la Constitución requiere ciertas acciones legislativas, que sin embargo el parlamento ha rechazado realizar. Sólo cuando el parlamento ha dejado de actuar de acuerdo con una clara definición de una obligación constitucional, da el tribunal el paso bien de ordenar directamente al parlamento promulgar una determinada norma, bien de eludir el proceso

(1978), págs. 1427 y ss., en págs. 1.510 y 1.511, discutiendo la distinción entre actos legislativos y administrativos en el contexto urbanístico.

⁶⁶ 630 F. Supp. 763 (N.D. Ill. 1986); confirmada, 852 F.2º 946 (7º Cir. 1988).

⁶⁷ *Id.* en pág. 770; ver también *Jodeco, Inc. v. Hann*, 674 F. Supp. 488, 495-496 (D.N.J. 1987), en pleitos sobre desafío a una recalificación y denegación de cambio de uso, la actividad de la Junta de Planificación definiendo la política general disfruta de una absoluta inmunidad, pero la ejecución de esa política por la correspondiente Oficina no; *Ditch v. Board of County Comm'rs*, 650 F. Supp. 1245, 1250 (D. Kan. 1986), la derogación de una categoría laboral, a diferencia de una decisión específica sobre alquileres, es absolutamente inmune, pues "implica una toma de decisión política".

⁶⁸ 246 U.S. 565 (1918).

⁶⁹ *Id.* en pág. 572, nota (argumento para los demandantes).

legislativo. Los términos en que el Tribunal Supremo ha descrito el uso apropiado de un poder reparador del Tribunal Federal se aplican aquí, así: "La autoridad judicial entra sólo cuando la autoridad local incumple"⁷⁰. Los ejemplos de las órdenes contrarias a la segregación racial en *Yonkers* y en *Jenkins* ilustran sobre el uso de los mandamientos judiciales legislativos como instrumentos de último recurso.

A) Los ejemplos de *Yonkers* y *Jenkins*

El grado del desafío legislativo frente al juez Sand en la ciudad de Yonkers fue extremo. El pleito de que se trata se había iniciado más de siete años antes, y casi habían pasado tres años desde que se había encontrado a la ciudad de Yonkers responsable de segregación racial intencionada en la escolarización y en la asignación de viviendas ⁷¹. Después de una prolongada resistencia a una orden de reparación de la asignación de viviendas emitida por el Tribunal ⁷², el Ayuntamiento de la ciudad había aprobado finalmente un decreto consensual en enero de 1988 ⁷³. La sentencia consensual incluía un acuerdo para adoptar una legislación referente a las modificaciones urbanísticas. Fue el rechazo a promulgar esta legislación prometida lo que finalmente dio lugar a la orden directa del Tribunal y, eventualmente, a la imposición de sanciones por desacato a los miembros del Concejo que rechazaron votar en favor de la resolución requerida.

El caso *Yonkers* representa el ejemplo paradigmático de un mandamiento judicial legislativo que no infringe ninguna prerrogativa legislativa. En respuesta a una declaración de violación constitucional, el Concejo de la Ciudad había previamente acordado promulgar la específica resolución que fue objeto de la orden del juez Sand. Los miembros del ayuntamiento habían ya ejercido toda discrecionalidad admisible. El acto de aprobar las modificaciones urbanísticas en estas circunstancias se parecía más a la ejecución reglada de una obligación legal bien definida que al resultado discrecional de la deliberación legislativa. Aunque el previo decreto consensual hizo particularmente clara en este caso la falta de discrecionalidad legislativa, de hecho la discrecionalidad de los legisladores estatales y locales está siempre limitada por las exigencias de la Constitución ⁷⁴.

En *Jenkins*, el juez Clark de modo similar recurrió a un mandamiento judicial legislativo sólo después de agotarse el procedimiento político ordinario. El distrito escolar de Kansas City, Estado de Missouri, había presentado a los electores un plan de emisión de obligaciones y además, en cuatro distintas ocasiones, uno de incremento

⁷⁰ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 16 (1971).

⁷¹ *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, 624 F. Supp. 1276 (S.D.N.Y. 1985); confirmada, 837 F.2d 1181 (2º cir. 1987); *certiorari* denegado, 108 S.Ct. 2821 (1988).

⁷² *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, 635 F. Supp. 1577 (S.D.N.Y. 1986); confirmada, 837 F.2d 1181 (2º cir. 1987); *certiorari* denegado, 108 S.Ct. 2821 (1988).

⁷³ En *Yonkers*, a diferencia de algunos de los pleitos discutidos en el epígrafe I de este trabajo, la sentencia consensual se refería sólo a la fase reparadora del litigio, a la que siguió una determinación de responsabilidad por violaciones constitucionales.

⁷⁴ La Constitución misma explícitamente requiere que los legisladores estatales se comprometan a guiarse por sus dictados: "[...] los miembros de los diversos parlamentos estatales [...] se obligarán por Juramento o Afirmación, a apoyar esta Constitución [...]". Art. VI de la Constitución de los EE.UU.

impositivo, pero los votantes rechazaron todas las propuestas ⁷⁵. El parlamento del Estado había también rechazado ayudar al distrito escolar a obtener los fondos necesarios ⁷⁶. Sólo después del fracaso de estos métodos convencionales el juez Clark estableció el impuesto directamente, enfatizando que el aumento del impuesto ordenado por el Tribunal sólo fue adoptado como último recurso. Hizo hincapié en que fue "reacio" ⁷⁷ a imponer un tributo, pero que la resistencia legislativa y popular no le dejó otra elección, ya que "una mayoría no tiene ningún derecho a denegar a otros las garantías constitucionales que les corresponden" ⁷⁸. En estas circunstancias, pensó que "la única alternativa era imponer medidas fiscales" ⁷⁹. También aquí, el Tribunal Federal intervino en el proceso de gobierno local después de definir previamente las exigencias constitucionales y habiendo concedido al parlamento una oportunidad para cumplir voluntariamente.

La elección de un concreto modelo impositivo implica claros intereses políticos. Sin embargo, dada una declaración de necesidad constitucional, el parlamento tenía discrecionalidad sólo para elegir entre varios modelos de financiación, pero carecía de discrecionalidad para eludir la adopción de un plan para la obtención de fondos. Las decisiones del juez Clark no se arrogaron la autoridad legislativa, sino que pretendían reconducir la prerrogativa legislativa a sus límites constitucionales. El parlamento tenía discrecionalidad para decidir cómo obtener financiación, pero no para decidir si obtenía o no financiación. Varias alternativas legislativas eran conformes al mandato constitucional, pero otras no lo eran, y una de estas acciones inaceptables era no hacer nada en absoluto ⁸⁰. Al amenazar con obtener él mismo los ingresos, y al ordenar finalmente un impuesto, el juez Clark se aseguró de que la omisión legislativa no sería empleada como un mecanismo exento de control para lesionar los derechos constitucionales. Al cambiar el escenario de su enfrentamiento con el parlamento, transformó la situación extraordinaria de un bloqueo por el parlamento de una orden reparadora en un modelo "normal" de *judicial review*. Cualquier acción del parlamento estaba, como siempre, sujeta al examen judicial, mientras que la omisión legislativa no planteaba ninguna amenaza, ya que la línea maestra del *status quo* (aquí, un aumento del impuesto ordenado por el juez) no adolecía de ningún achaque de constitucionalidad. El parlamento tenía entonces un legítimo ámbito de discrecionalidad. Tanto al actuar como

⁷⁵ Ver *Jenkins v. Missouri*, 672 F. Supp. 400, 411 (W.D. Mo. 1987); confirmada en parte, revocada en parte, 855 F.2d 1295 (8^o Cir. 1988); *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 (1989).

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Id.* en pág. 412.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Cfr. *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodríguez*, 411 U.S. 1, 42 (1973), citando el caso *Jefferson v. Hackney*, 406 U.S. 535, 546-47 (1972): "La propia complejidad de los problemas de financiación y gestión de un sistema de escuelas públicas a lo largo del Estado sugiere que 'habrá más de un método constitucionalmente admisible de solucionarlos' y que, dentro de los límites de la razonabilidad, 'los esfuerzos del parlamento para abordar los problemas' son merecedores de respeto".

En *Jenkins* el parlamento prácticamente no hizo ningún esfuerzo para abordar el problema de financiación.

al dejar de hacerlo, elegía entre diferentes propuestas que no ofendían los principios constitucionales ⁸¹.

El juez Clark pudo no haber diseñado el específico plan de financiación que sirviese a la defensa de los derechos constitucionales y además se ajustara mejor a las legítimas metas políticas del parlamento ⁸². La incapacidad de un juez de tener en cuenta todos los factores que un parlamento normalmente consideraría, implica que un mandamiento judicial legislativo tiene un "coste" político: el juez puede no ser capaz de escoger, de ningún modo, la mejor de las posibles alternativas constitucionales. Sin embargo, una desacertada elección judicial (o incluso la mera posibilidad de que esto suceda) puede estimular a un parlamento remiso a actuar. En la medida en que por razones de competencia institucional, responsabilidad democrática y quizás por resonancia simbólica, es preferible una acción legislativa del parlamento, como primera posibilidad, a un mandamiento judicial legislativo, esta especie de "penalización" por incumplimiento puede incluso resultar deseable ⁸³.

B) Los límites del mandamiento judicial legislativo

El mandamiento judicial legislativo —como la *judicial review*— es antimayoritario, por cuanto sitúa la reclamación de los derechos constitucionales por encima de la voluntad actual de los ciudadanos y sus representantes. Realmente, en tanto ataque positivo antimayoritario frente a un organismo representativo, el mandamiento judicial legislativo puede parecer una institución doblemente "pervertida" en una democracia ⁸⁴.

⁸¹ En *Evans v. Buchanan*, el juez del distrito invitó explícitamente al parlamento a alterar la tarifa impositiva que él mismo había establecido, con tal de que la tarifa sustituida proveyese de fondos suficientes para la medida de reparación contra la segregación racial:

"Superando una aversión profundamente sentida, el Tribunal se ve totalmente envuelto en asuntos impositivos por causa de la presión, la necesidad inmediata y la percepción de que no hay otra opción disponible para cubrir el vacío legislativo [...]

El Tribunal se ve compelido, sin embargo, a ordenar el establecimiento de una tarifa impositiva. Esta acción se toma con el bien entendido de que el parlamento puede alterar los parámetros autorizados. Al preferirse los procesos políticos estatales antes que la intervención, incluso limitada, de un Tribunal Federal, el parlamento de Delaware puede elevar o bajar la autorización impositiva aquí establecida".

Evans v. Buchanan, 447 F. Supp. 982, 1026 (D. Del.); confirmada en parte, revocada en parte, 582 F.2d 750 (3º Cir. 1978) (en pleno); *certiorari* denegado, 446 U.S. 923 (1980). El parlamento procedió a promulgar una tarifa impositiva que el tribunal encontró inadecuada. Ver *supra* el texto correspondiente a las notas 24 y 25.

⁸² La revocación por el Octavo Circuito del plan del impuesto de la renta del juez Clark indica que el núcleo de su orden al menos estaba abierto a un desacuerdo razonable. Ver *Jenkins v. Missouri*, 855 F.2d 1295, 1315-16 (8º Cir. 1988).

⁸³ Para una elaboración del concepto de "penalización del incumplimiento", ver AYERS y GERTNER: "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *Yale Law Journal* nº 99 (1989), págs. 87 y ss., en págs. 95 a 107.

⁸⁴ Ver A. M. BICKEL: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs Merrill, Indianapolis, In., 1962, pág. 18. El mandamiento judicial legislativo tiene firmes fundamentos en varias teorías de la *judicial review*. En línea con

Pueden encontrarse ejemplos en los que la omisión legislativa que el mandamiento busca superar contraría la voluntad de los electores, pero el propósito principal del mandamiento judicial legislativo no es reparar tales imperfecciones en el sistema político ⁸⁵. El mandamiento judicial legislativo no es un sustituto de la responsabilidad electoral. Antes bien, el mandamiento judicial de legislar se utilizará normalmente en casos como *Jenkins*, en los que la omisión legislativa puede representar la voluntad de la mayoría. En *Jenkins* el parlamento simplemente siguió las preferencias que el pueblo había expresado en varios referenda populares. Un instrumento antimayoritario tan poderoso debe evidentemente ser utilizado con moderación.

Los casos *Yonkers* y *Jenkins* sirven para ilustrar los límites que los tribunales deberían observar en la utilización del mandamiento judicial legislativo. La distinción entre resoluciones de conciliación y de enjuiciamiento discutida antes ⁸⁶ provee de un freno frente a la extralimitación judicial. Los intereses mayoritarios pueden legítimamente refrenar la discrecionalidad del tribunal exigiendo una reparación que surja de una sentencia consensual que no incluya ninguna declaración de responsabilidad. Como se argumenta en este artículo, la Constitución puede perfectamente exigir la

justificaciones basadas en el proceso, tales como la de John Hart Ely, los beneficiarios del litigio interorgánico tienden a ser exactamente aquellas personas cuyos intereses son sistemáticamente subrepresentados en una democracia (prisioneros, pacientes mentales, y escolares negros, por ejemplo). Ver J. H. ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1980; ver también *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938), sugiriendo un papel para la *judicial review* consistente en corregir imperfecciones en el proceso político. El litigio interorgánico provee de medidas reparadoras para aquellos cuyos intereses se reconoce que requieren una protección especial frente a la acción legislativa. El mandamiento judicial legislativo reconoce que estas mismas personas también requieren protección especial frente a la omisión legislativa.

El mandamiento judicial legislativo también encuentra apoyo en recientes defensas no apologéticas de la *judicial review* como una perspectiva democrática peculiarmente americana. Ver ACKERMAN: "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", 93 *Yale Law Journal* n° 93 (1984), págs. 1013 y ss. Aunque el poder legislativo generalmente constituye la medida más directa de la voluntad del pueblo, en ciertas situaciones los tribunales deben entrar a defender su mandato para representar al pueblo. Al ordenar medidas reparadoras frente a las violaciones constitucionales, los tribunales hablan con la autoridad directa de (Nosotros) el Pueblo. La justificación democrática para proteger al parlamento contra el poder judicial está en su momento más delicado en tales momentos. La Constitución, como la más alta encarnación de las aspiraciones democráticas americanas, supera la voluntad de una mayoría particular en un momento concreto. Este argumento democrático para la *judicial review* gana mayor fuerza cuando es un parlamento local (o incluso un electorado local) quien pretende oponerse al mandato constitucional. Ver AMAR: "Of Sovereignty and Federalism", *Yale Law Journal* n° 96 (1987), págs. 1.425 y ss.

⁸⁵ En algunos casos, el Tribunal Supremo ha intervenido en asuntos legislativos con la finalidad de asegurar que los miembros del parlamento no desnaturalicen el proceso representativo por tales medios como el *gerrymandering* o el rehusar la condición plena a los legisladores electos legalmente. Ver *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969), prohibiendo a la Cámara de los Representantes excluir a un congresista electo; *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966), prohibiendo a la Cámara de los Representantes de Georgia excluir a un legislador electo; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), afirmando la justiciabilidad de la recusación de un plan para el trazado de distritos electorales en el Estado.

⁸⁶ Ver *supra* texto correspondiente a las notas 36 a 44.

sustitución del parlamento, pero sólo después de una determinación judicial de la necesidad constitucional. De esta forma, los padres de los niños que asisten a la escuela no pueden conspirar con un junta escolar propicia para obligar a un parlamento a incrementar las consignaciones presupuestarias, a menos que un tribunal determine que los fondos son exigidos constitucionalmente.

Al hacer cumplir los mandamientos judiciales legislativos, los jueces deben también tener cuidado de respetar las estructuras locales de gobierno en la mayor medida posible. Aunque permaneciendo fieles a sus planes reparadoras, los jueces deben tratar de evitar las confrontaciones abiertas con los funcionarios locales. En este orden de consideraciones, parece atractivo el plan del juez Clark de ordenar la promulgación de la legislación deseada obviando la necesidad de amenazar al parlamento con sanciones por desacato u otras medidas coercitivas. El juez Clark, sin duda, habría preferido que el parlamento actuase *motu proprio*. No discutió que las decisiones de consignación presupuestaria son adoptadas mejor por el pueblo y sus representantes, que por un juez, pero rechazó permitir que la deferencia a la discrecionalidad legislativa paralizase el proceso reparador.

En *Yonkers*, el juez Sand siguió el camino más conflictivo para obligar al órgano legislativo a actuar. Pidió el voto del ayuntamiento tanto por razones simbólicas como instrumentales. El abogado de la sección en Yonkers de la Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color (NAACP), uno de los demandantes en el caso, urgió al juez Sand a sustituir al ayuntamiento y elegir una comisión especial para ejecutar el plan de vivienda antes que imponer sanciones por desacato⁸⁷. El juez Sand, no obstante, siguió tratando de lograr el cumplimiento del ayuntamiento. Defendiendo esta resolución, el juez Sand citó una justificación "filosófica o simbólica" de su acción:

"Tiene que llegar un momento de la verdad, un momento de ajustar cuentas, un momento en que la ciudad de Yonkers no busque convertirse en el símbolo nacional del reto a los derechos civiles y acumular vergüenza tras vergüenza sobre ella, sino reconocer su obligación de actuar de conformidad con las leyes del país y no paso a paso, orden a orden, sino del modo en que cualquier comunidad responsable, interesada en el bienestar de sus ciudadanos, funciona"⁸⁸.

El juez Sand bien pudo haberse justificado en la consideración de la capitulación del concejo como una parte intrínseca del proceso de remoción de la discriminación racial en Yonkers. La conducta de los miembros del Ayuntamiento ciertamente desafió la autoridad de un Tribunal Federal de una manera que recuerda los primeros casos contra la segregación racial en las escuelas, si bien en una escala mucho menor. Sin embargo, la idea de encarcelar a los legisladores por rehusar votar en un particular sentido entra en

⁸⁷ Ver *N.Y. Times* de 31 de julio de 1988, parágrafo 12WC (*Westchester Weekly*), en pág. 1, col. 1. Si una parte no logra ejecutar un acto ordenado por un tribunal, el Código Federal del Procedimiento Civil permite a un juez ordenar que el acto sea ejecutado por otra persona con el mismo efecto legal que si fuera hecho por la parte: "Si una sentencia manda a una parte [...] ejecutar cualquier [...] acto específico y la parte no logra llevarlo a cabo dentro del tiempo especificado, el tribunal puede mandar que el acto sea hecho [...] por cualquier otra persona señalada por el tribunal y el acto así realizado tendrá el mismo efecto que si fuese hecho por la parte" (Fed. R. Civ. P. 70).

⁸⁸ *United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 (S.D.N.Y. 2 de agosto de 1988), audiencia por desacato.

conflicto con valores democráticos profundamente arraigados, como evidenció la gran atención pública que el caso *Yonkers* recibió. Las elevadas multas por desacato impuestas a la ciudad, que finalmente tendrían éxito en forzar la promulgación de la legislación requerida, plantean cuestiones políticas adicionales. Al amenazar sus empleos y servicios, el juez Sand, en efecto, obligó al pueblo de *Yonkers* a obedecer. El resultado del desacato fue una suerte de castigo colectivo. Las sanciones por desacato en *Yonkers* probablemente bordeaban el punto en el que las medidas coercitivas se convierten de hecho en un tipo de sanciones punitivas inadmisibles en un enjuiciamiento civil por desacato⁸⁹. Sean cuales sean los fundamentos de las acciones del juez Sand en *Yonkers*, éste será evidentemente sólo el caso extraordinario en el que este uso de enormes sanciones por desacato se revelará adecuado. Más frecuentemente, resultará más eficaz y equitativo evitar el procedimiento legislativo. Una cosa es situar los principios de la constitución por encima de la voluntad actual de la mayoría y otra intentar sustituir esa voluntad mediante órdenes por desacato.

C) Obligaciones positivas en un Estado prestacional

Los tratadistas algunas veces distinguen entre una concepción "positiva" y otra "negativa" de los derechos constitucionales⁹⁰. La perspectiva negativa insiste en que la Constitución pretende proteger la libertad individual amparando a los ciudadanos frente a las extralimitaciones del Gobierno. Esta concepción pone énfasis en el peligro de que el parlamento se entremeta en asuntos que exceden el ámbito de su legítima autoridad. Tal y como una fuente decimonónica expresa este sentimiento, "la vida, la libertad o la propiedad de ningún hombre están seguras mientras el parlamento esté reunido"⁹¹. Una declaración más reciente de la posición de los derechos negativos aparece en una resolución del juez Posner del Séptimo Circuito: "La Constitución es un documento de libertades negativas más que positivas. A los hombres que escribieron el *Bill of Rights* no les preocupaba que el Estado pudiese hacer demasiado poco por el pueblo sino que podía hacer demasiado contra él"⁹². Los teóricos de los derechos positivos, por contraste, encuentran en la Constitución un mandato para la intervención del Estado a fin de

⁸⁹ Ver, por ejemplo, *Penfield Co. v. SEC*, 330 U.S. 585, 590 (1947), las multas civiles por desacato deben ser coercitivas, no punitivas. La preocupación por la cuantía de las multas condujo al Segundo Circuito a modificar el modelo del juez Sand de tal suerte que las multas de la ciudad se doblarían cada día, pero sólo hasta un nivel máximo de un millón de dólares cada día. *United States v. City of Yonkers*, 856 F.2d 444, 460 (2º Cir. 1988); *certiorari* denegado, 109 S.Ct. 1339 (1989).

⁹⁰ Para una discusión de la distinción entre derechos positivos y negativos, ver I. BERLIN: "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Londres-Nueva York, 1969, pág. 118; CURRIE: "Positive and Negative Constitutional Rights", *University of Chicago Law Review* n° 53 (1986), págs. 864 y ss., en págs. 864 a 867; MICHELMAN: "The Supreme Court, 1985 Term-Foreword: Traces of Self-Government", *Harvard Law Review* n° 100 (1986), págs. 4 y ss., en págs. 24 a 26.

⁹¹ The Final Accounting in the Estate of A.B., 1 Tucker (N.Y. Sur. Rep.) 247, 249 (1866). Citado en STARCKMAN: "State Legislators, Speech of Debate, and the Search for Truth", *Loyola University of Chicago Law Journal* n° 11 (1979), págs. 69 y ss., en pág. 69.

⁹² *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7º Cir.) (citas omitidas) (Posner, J.), *certiorari* denegado, 465 U.S. 1049 (1984).

asegurar la libertad individual. Defienden una obligación positiva del Estado para atender las necesidades básicas, tales como la educación o unos ingresos mínimos ⁹³.

El Tribunal Supremo ha reconocido las obligaciones positivas del Estado en ciertas situaciones ⁹⁴. El Tribunal, por ejemplo, ha determinado que la Sexta Enmienda ⁹⁵ prevé un derecho positivo a ser representado por abogado y una correspondiente obligación positiva de proveer de asistencia legal a los procesados indigentes ⁹⁶. El Tribunal también ha establecido que un Estado tiene una obligación de proveer de medios a las partes para proteger sus derechos constitucionales. En *Truax v. Corrigan* ⁹⁷, el Tribunal sostuvo que un Estado no podía prohibir requerimientos judiciales contra los trabajadores en huelga, ya que hacerlo así sería dejar a los propietarios imposibilitados para reclamar el derecho al libre acceso a su propiedad. Como ilustran estos casos, sin embargo, el Tribunal Supremo ha inferido las obligaciones positivas sólo en campos ya caracterizados por algún nivel de coerción estatal. Las sentencias que admiten derechos positivos pueden frecuentemente ser interpretadas como referidas meramente al aseguramiento de la justicia de las privaciones estatales de libertad. La resolución del Tribunal este pasado año judicial en *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services* ⁹⁸ reafirmó una perspectiva negativa de los derechos, al menos en el contexto del debido proceso: "Nuestros casos han reconocido que las Cláusulas del Proceso Debido no confieren generalmente un derecho positivo a un auxilio del Estado, incluso cuando tal asistencia pueda ser necesaria para asegurar los intereses referentes a la vida, la libertad o la propiedad de los que el Estado mismo no puede privar al individuo" ⁹⁹.

Este artículo se ha referido al uso del mandamiento judicial legislativo en la fase reparadora del proceso constitucional. *Yonkers* y *Jenkins* muestran que, aunque el mandamiento judicial legislativo pretende hacer cumplir obligaciones legislativas positivas, su legitimidad no descansa en una teoría de los derechos constitucionales positivos. De acuerdo con una concepción negativa de los derechos, el mandamiento judicial legislativo puede funcionar simplemente para proteger a los individuos contra la coerción estatal injusta. En *Yonkers* y en *Jenkins*, funcionarios del Gobierno estaban implicados en actos de discriminación racial y se requería una acción legislativa para revocar los efectos de este mal hacer previo. Sea cual sea el alcance que se quiera dar a los mandatos al Estado para que actúe, el Estado ciertamente tiene una obligación de rectificar sus propios actos indebidos.

La perspicaz motivación del mandamiento judicial legislativo, a saber, que la omisión no constituye un modo privilegiado de conducta del Estado, muestra, no obstante, la debilidad del modelo de los derechos negativos. Los tribunales en *Jenkins* y

⁹³ Ver, por ejemplo, MICHELMAN: "The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review* n° 83 (1969), págs. 7 y ss, en págs. 7 a 19; y MICHELMAN: "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", *Washington. University Law Quarterly* (1979), págs. 659 y ss.

⁹⁴ Ver CURRIE, *supra* nota 90.

⁹⁵ "En todas los procesos penales, el acusado disfrutará del derecho [...] a tener la Asistencia de Abogado para su defensa", Constitución de los Estados Unidos, Sexta Enmienda.

⁹⁶ Ver *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

⁹⁷ 257 U.S. 312 (1921).

⁹⁸ 109 S.Ct. 998 (1989).

⁹⁹ *Id.*, en pág. 1.003.

Yonkers habían sostenido explícitamente que los modelos existentes de segregación racial escolar eran resultado de la ilegítima acción del Estado, pero el poder del Estado está ya implicado en cualquier marco social existente ¹⁰⁰. Entender la Constitución como un amparo contra la interferencia del gobierno es otorgar carta de naturaleza al *status quo*, prefiriendo a los beneficiarios de pasadas intervenciones del Estado a los peticionarios de intervenciones en el presente. Especialmente después de la estela dejada por el *New Deal* y el creciente carácter intervencionista del moderno Estado administrativo, es hipócrita que el Estado niegue su responsabilidad en la distribución actual de recursos ¹⁰¹. En la medida en que las líneas maestras del *common law* cristalizan anteriores ejercicios del poder estatal, y no puntos de partida neutrales o apolíticos, la insistencia del modelo de los derechos negativos en que es la acción del Estado, y no la omisión, lo que amenaza la libertad de los individuos suena a falsa ¹⁰². Las lecciones de *Yonkers* y *Jenkins* han encontrado aplicación: los tribunales no pueden permitir que la omisión del Estado mantenga los efectos perniciosos de una previa actividad estatal.

Cualesquiera que sean los términos empleados para describir el entendimiento contemporáneo del papel de los derechos en la regulación de la interacción de los individuos y el Estado, es claro que la omisión legislativa no debería ocupar ningún lugar privilegiado. Reconociendo las limitaciones teóricas del modelo de los derechos negativos, los tribunales pueden descubrir la existencia de una omisión legislativa inconstitucional en circunstancias menos obvias que la representada por el desdén notorio y contumaz ante una reparación contra la segregación racial escolar. Si los tribunales adoptan un enfoque más amplio de los derechos protegidos por la Constitución, los conflictos entre los tribunales y los parlamentos pueden incrementarse. Además de ayudar a demostrar las limitaciones de la concepción negativa de los derechos, el mandamiento judicial legislativo puede también entonces convertirse en un instrumento constitucional de creciente importancia.

¹⁰⁰ Ver GORDON: "Critical Legal Histories", *Stanford Law Review* n° 36 (1984), pág. 57 y ss., en pág. 103: "En la práctica, es casi imposible describir cualquier conjunto de prácticas sociales sin describir las relaciones legales entre la gente implicada, relaciones legales que no sólo condicionan cómo la gente se relaciona con los demás sino que también en buena medida definen los términos constitutivos de la relación [...]".

¹⁰¹ Ver C. SUNSTEIN: "Constitutionalism and the New Deal", *Harvard Law Review* n° 101 (1987), pág. 421 y ss., en págs. 501 a 504.

¹⁰² Como Sunstein explica, "El debate sobre los derechos 'positivos' y 'negativos' [...] depende de la elección de ciertas líneas maestras. Si un derecho es 'positivo' o 'negativo' es algo que depende en buena medida de si reclama alteraciones en prácticas existentes. La selección de tales líneas maestras ha sido particularmente crítica en los casos que implican la imposición de obligaciones 'positivas' al Estado. La protección legal de la propiedad es así generalmente percibida como una garantía negativa, mientras que la protección de los derechos de bienestar es vista como una garantía positiva. Las distinciones de este tipo no descansan en una genuina investigación sobre el carácter positivo o negativo de los derechos, sino sobre si requieren que el Estado se aparte de las categorías del *common law*". *Id.*, en pág. 503 (notas a pie de página omitidas).

IV. CONCLUSIÓN

En los últimos veinticinco años, los litigios interorgánicos han buscado proteger a aquéllos que necesitaban una acción positiva del Estado para impedir la privación de su vida, su libertad o su propiedad. Como resultado de este desarrollo, ha surgido una anomalía en el sentido de que la reclamación de derechos constitucionales puede parecer que depende de la voluntad de la mayoría, expresada a través del parlamento. Esta apariencia debe ser engañosa, ya que los derechos por su propia naturaleza no dependen de las actuales preferencias del pueblo, sino que se sitúan por encima de los caprichos de la regla de la mayoría. En suma, un aspecto fundamental de los derechos constitucionales es que no están sujetos a la discrecionalidad legislativa. Al emplear el mandamiento judicial legislativo para garantizar los derechos constitucionales, los jueces no están, por tanto, usurpando la potestad legislativa. Antes bien, están creando una nueva línea maestra constitucional, de manera que el ejercicio de la discrecionalidad por el legislativo, sea por acción o por omisión, no exceda su prerrogativa violando garantías constitucionales. Es un principio básico en el sistema constitucional americano que el poder legislativo es limitado. El mandamiento judicial legislativo asegura que estos límites no vengan establecidos por el *status quo* sino por la Constitución.

V. ADDENDA A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA

Tras la primera publicación de este artículo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos emitió su opinión en los dos casos aquí discutidos.

En *Spallone v. United States* ¹⁰³, el Tribunal anuló las sanciones de desacato dictadas contra cada uno de los miembros del Ayuntamiento, afirmando que el juez Sands debió haberse apoyado en la imposición de multas contra la ciudad de Yonkers para asegurar el cumplimiento de su decreto consensual. Ni qué decir tiene que cuando el Tribunal Supremo conoció del asunto las sanciones contra la ciudad ya habían llevado a varios miembros del Ayuntamiento a cesar en su desafío. Como observó el magistrado que disintió de esta decisión, el Tribunal disfrutó del beneficio de estudiar el asunto "a toro pasado" e ignoró el deseo del juez Sand de obtener un rápido cumplimiento y su preocupación por la carga financiera que suponía imponer al ayuntamiento elevadas multas ¹⁰⁴. El esfuerzo subsiguiente de algunos contribuyentes de la ciudad de Yonkers para forzar a los miembros de la corporación municipal a reembolsar al Ayuntamiento el importe de las multas que éste tuvo que pagar resultó infructuoso ¹⁰⁵.

En *Missouri v. Jenkins* ¹⁰⁶, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que el Tribunal de Distrito no podía ordenar directamente un incremento de impuestos, pero sí podía ordenar a las autoridades escolares de distrito el establecimiento de impuestos y, de esta suerte, inhibir la aplicación de las leyes del Estado que pudieran limitar esa potestad impositiva. Consideradas conjuntamente, *Spallone* y *Jenkins*

¹⁰³ 495 U.S. 265 (1990).

¹⁰⁴ *Id.*, en págs. 296 y 297 (voto disidente de BRENNAN).

¹⁰⁵ *Duffy v. Longo*, 616 N.Y.S. 2º 760 (N.Y. App. Div. 1994), apelación rechazada, 655 N.E. 2º 708 (N.Y. 1995).

¹⁰⁶ 495 U.S. 33 (1990).

parecen mantener el principio de que para hacer frente a una morosidad legislativa un tribunal debe ser respetuoso con la autoridad gubernamental existente, pero puede tomar medidas para asegurar la sumisión al estándar constitucional. Incluso en las áreas de tradicional discreción legislativa, un tribunal puede hacer lo que sea necesario para superar una inactividad legislativa inconstitucional, pero no puede hacer más que lo que sea necesario.

(Traducción del inglés
de CARLOS RUIZ MIGUEL y JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO)