

LOS LIMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES DEL «WELFARE STATE» EN NORTEAMERICA

ENRIQUE ALONSO GARCIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—2. LA JURISPRUDENCIA Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO HASTA LA FECHA: A. *Predelimitación conceptual: Los «welfare rights».*—B. *Los intereses fundamentales actualmente reconocidos:* B:1. El acceso a la justicia.—B:2. El derecho de voto.—B:3. La libertad de movimiento interestatal.—C. *El no reconocimiento de otros intereses fundamentales:* C:1. Los servicios públicos básicos (agua, gas y electricidad).—C:2. La vivienda y el urbanismo.—C:3. Los derechos al trabajo y la estabilidad en el empleo de los empleados públicos. Jubilaciones forzosas por edad. No discriminación en el trabajo. Derecho de los extranjeros al trabajo.—C:4. Derecho a la educación.—C:5. El derecho a las prestaciones de la Seguridad Social: a) El esquema legal de la Seguridad Social norteamericana.—b) La protección más débil; el *procedural due process*.—c) La distinción derecho-privilegio.—d) *Dandridge* o el gran rechazo.—e) El control de mera racionalidad.—f) Los *tests* intermedios de constitucionalidad: f:1. La discriminación por razón de sexo y los *welfare rights*.—f:2. La filiación y los *welfare rights*.—f:3. La extranjería y los *welfare rights*.—f:4. La teoría de las presunciones *iuris et de iure*.—g) Las incongruencias de su combinación con los supuestos de examen estricto de constitucionalidad.—h) El federalismo, la inmunidad de jurisdicción y la separación de poderes en la ordenación del gasto como principios sustantivos.—D. *La interpretación de la jurisprudencia:* D:1. Las hipotéticas fuentes constitucionalizadoras.—D:2. Los problemas institucionales: a) ¿Cómo administrar los *welfare rights*?.—b) ¿Ordenar los créditos presupuestarios?.—c) ¿Imposición de deberes (*versus* derechos) constitucionales?—D:3. La Constitucionalización de los *welfare rights* sin la creación judicial de la prestación: a) La petrificación de los derechos de rango meramente legal: a):1. La «nueva propiedad» de Reich.—a):2. El alcance de la *state action*: b) El *procedural due process* como vehículo de constitucionalización de los *welfare rights*.—c) Los *welfare rights* como meros principios interpretativos.

I. INTRODUCCIÓN

Con los llamados *welfare rights* nos encontramos en el punto donde se suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea.

En primer lugar, su reconocimiento con rango constitucional puede implicar en muchos casos obligaciones positivas de carácter prestacional, cuya administración por los tribunales resulta una idea más que discutida (1).

En segundo lugar, su nuevo reconocimiento implicaría, en línea con lo anterior, la adscripción de fondos públicos en constante lucha entre los parlamentos locales o federal y los tribunales (2).

En tercer lugar, a nivel más abstracto, la mera idea de redistribución de renta carece de aplicabilidad por los tribunales por falta de estándares de justiciabilidad (3).

En cuarto lugar, la ausencia de su reconocimiento en el texto de la Constitución (4), a la vez que su posible reconducción a algunas de las cláusulas abiertas de la Constitución, típicamente al principio de igualdad, plantea el problema más grave: el de las fuentes normativas.

En quinto lugar, incluso los posibles efectos formales de las declaraciones de inconstitucionalidad se pueden ver afectadas, ya que la extensión de los *welfare rights* ha planteado abiertamente el tema de la extensión *versus* anulación de las leyes (5).

En sexto lugar, como Michelman ha puesto de relieve, se plantea el tema de la interacción entre poderes constitucionales y el de la cooperación legislativo-judicial en el proceso de constitucionalización de derechos (6).

Finalmente, veremos casos donde la postura negativa del Tribunal Supremo se ha eludido por la vía de la aplicación del Derecho estatal, sin permitir, por tanto, al Tribunal Supremo la revisión de las sentencias que podrían perfectamente haberse basado en la enmienda número 14, constituyendo un ejemplo de ampliación de derechos fundamentales por los Tribunales estatales, más progresivos, aquí, que los federales (7).

En una palabra, son un buen ejemplo para la exposición de la naturaleza de la justicia constitucional porque llevan sus posibilidades hasta el último estadio de desarrollo.

(1) Véase mi trabajo, *La administración por los jueces de instituciones públicas en cumplimiento de sentencias constitucionales*, en el libro homenaje al profesor Jaime Guasp, de próxima publicación.

(2) Véanse, especialmente, FRUG: *The Judicial Power of the Purse*, 126 UPaL Rev. 715 (1978), y BENNETT: *Liberty, Equality, and Welfare Reform*, 68 NWUL Rev. 74 (1973).

(3) Véase especialmente WINTER: *Poverty, Inequality, and the Equal Protection Clause*, S Ct Rev. 41 (1972).

(4) Véase especialmente BORK: *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, Wash ULQ 695 (1979).

(5) Véase mi trabajo *Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el constitucionalismo norteamericano*, en el núm. 5 de esta REVISTA.

(6) Véanse MICHELMAN: *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, 121 UPaL Rev. 962 (1973) y MICHELMAN: *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, Wash ULQ 659 (1979).

(7) Se trata, pues, de una excepción, ya que toda la historia norteamericana es y ha sido un ejemplo de lo contrario.

2. LA JURISPRUDENCIA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO HASTA LA FECHA

La jurisprudencia en la materia es bastante contradictoria. Existen *obiter dicta* en todas las direcciones posibles aunque, como ha señalado Appleton, tratar actualmente de encontrar en dicha jurisprudencia la constitucionalización de los *welfare rights* «supone, en cierto modo, carecer de realismo (8)». Hay quien por ello mantiene que sólo una selección intencionada de *dicta* y un psicoanálisis del tribunal, intentando descifrar lo que sus miembros han querido expresar sin saberlo, puede llevar a la conclusión de que los *welfare rights* tienen hoy día rango constitucional (9).

Como es sabido, la cláusula de igualar opera con un estándar de constitucionalidad más estricto cuando existen una «clasificación sospechosa» o un «interés fundamental» (10).

Para aplicar la cláusula, por tanto, a los *welfare rights*, había dos caminos: reconocer el carácter de sospechosas a las clasificaciones basadas en la condición económica (*wealth discrimination*, en la terminología ya totalmente usual en Norteamérica) (11) o proceder sistemáticamente a reconocer intereses fundamentales de carácter social.

Fuera de la cláusula de igualdad era la de *due process*, en su aspecto sustantivo, la que más posibilidades ofrecía como vehículo para constitucionalizar sin ambages estos derechos (12).

En el aspecto de su salvaguardia procedimental era naturalmente la cláusula de *due process* en su aspecto procesal la que mediante una interpretación social de los términos libertad y propiedad de la enmienda 14 ofrecía más posibilidades.

¿Hasta qué punto el TS ha permitido, por una u otra vía, la constitucionalización de los *welfare rights*?

A. *Predelimitación conceptual*

Hasta ahora hemos venido utilizando el término *welfare rights*. No pretendo definirlo. Simplemente me he limitado a reproducir la terminología académica. Ahora bien, tampoco en su versión «científica» norteamericana tiene el término una delimitación conceptual clara; sin embargo, existe un cierto *consensus* en lo que el término abarca. En primer lugar, incluye los derechos típicos de la seguridad social que son los *welfare rights* por excelencia. Pero también incluye ciertos derechos sociales como son típicamente los

(8) APPLETON: *Professor Michelman's Quest for a Constitutional Welfare Right*, Wash ULQ 715, 719 (1979).

(9) *Idem*, pp. 718-722.

(10) Véase mi trabajo «El artículo 14 de la Constitución Española», en el núm. 100 de la *Revista de Administración Pública*.

(11) Esta terminología es usada tanto por la doctrina como por el mismo TS. Como veremos, sin embargo, se ha rechazado expresamente que la riqueza sea una clasificación sospechosa.

(12) Su mayor proponente ha sido sin duda TUSHNET: *The Newer Property: Suggestion for the Revival of Substantive Due Process*, S Ct Rev. 261 (1975).

de servicios públicos (agua, gas, electricidad), los de vivienda, el derecho al trabajo y el derecho a la educación.

A este contenido plural, cuyo denominador común reside en A), el carácter prestacional *versus* de mera libertad de estos derechos, y B), obviamente, un cierto *consensus* en su trascendencia (13), es a lo que me refiero y referiré al hablar de *welfare rights*.

B. *Los intereses fundamentales actualmente reconocidos*

Uno de los aspectos más activistas del Tribunal Warren fue la «fundamentalización» de determinados intereses cuya regulación por ley motivaba un examen estricto de constitucionalidad.

El tema ha sido ya tratado en otro lado, por lo que no vamos a insistir en su estudio (14), sino en lo que ahora nos afecta.

Entre esos intereses fundamentales se encuentran tres, que fueron los que desencadenaron la idea de constitucionalización de los *welfare rights*: acceso a la justicia, el derecho de voto y el derecho al libre movimiento interestatal.

B:1. *Acceso a la justicia*

Desde *Griffin v. Illinois* (15), donde el TS obligó a los Estados a proporcionar gratis una copia de las actas judiciales del proceso en primera instancia para facilitar la apelación al condenado en un proceso penal, el enjuiciamiento criminal en sí mismo pasó a ser un interés fundamental. *Griffin* inauguró una línea de casos donde existen numerosos *dicta* que tienen, *prima facie*, una potencialidad expansiva más allá del citado interés fundamental de un proceso penal justo, ya que el enfoque del tema, por la mayoría del TS, consistía en su examen como casos de discriminación contra indigentes (16): «En los procesos penales un Estado no puede discriminar por razones de indigencia como no puede hacerlo por razón de religión o raza (17)...»; «no puede haber justicia igual para todos si el tipo de juicio a que se somete un individuo depende de la cantidad de dinero que tiene (18)». El enjuiciamiento criminal, por tanto, es excepcional, pues se encuentra fuera del resto de «las contingencias de la vida que difícilmente abarca el poder y mucho menos el deber del Estado de corregir y mitigar (19)».

(13) Todos concuerdan con Michelman en que la pregunta «¿Por qué educación y no golf?» es una pregunta realista y de sentido común, aunque las respuestas difieran. La pregunta concluye el primer estudio que Michelman dedicó al tema: uno de los famosos prólogos de la *Harv L. Rev.* Véase MICHELMAN: *Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 *Harv L. Rev.* 7, 59 (1969).

(14) Véase *Op. cit.*, *Supra* nota 10.

(15) 351 US 12 (1956).

(16) Véanse, por ejemplo, la opinión mayoritaria de J. BLACK y la concurrente de J. FRANKFURTER en *Griffin*.

(17) 351 US 12, 17 (1956).

(18) *Idem.* p. 19.

(19) *Idem.* p. 23.

Sin embargo, esta corriente jurisprudencial se ha tornado en una de *due process* alejada de una aplicación generalizada del principio de gratuidad de la justicia como consecuencia del principio de igualdad.

Douglas v. California (20) siguió en la línea anterior al extender por motivos de igualdad, frente a la condición social, el nombramiento de abogado defensor para la apelación.

Sin embargo, el principio de igualdad acabó ahí su carrera. A partir de entonces el TS aplicó el *due process*: la denegación de servicios, ¿constituye en este caso concreto una injusticia? Y el argumento que antes era voto particular (21) ha pasado a ser el argumento de la mayoría. El TS así ha limitado el nombramiento de abogado no extendiéndolo a apelaciones o recursos discrecionales (22) y ha sostenido leyes que obligaban a los indigentes presos a reembolsar los gastos hechos por el Estado (23). Ha extendido, basado en el *due process* siempre, el principio de la gratuidad de la justicia al proceso civil, pero sólo para las acciones de divorcio (24) y los *tests* sanguíneos en las de filiación (25) y no, en cambio, para los procedimientos de concurso-quebra (26), el nombramiento de abogado para los juicios de filiación (27) o, en general, los procesos de revisión de actos administrativos denegadores de beneficios de la seguridad social (28).

Comparando este último caso con el de las demandas de divorcio se ve claramente cómo la posición inicial del TS, basando sus fallos en el principio de igualdad frente a la indigencia, se ha tornado en una de enfoque individual que atiende sólo a la sustancia (irrelevancia para el TS) del proceso (29). Para el TS, «el interés consiste en la percepción de la seguridad social, pues tiene *mucha menos relevancia* que el interés personal (en los casos de divorcio) (30)».

Sólo dos casos del Tribunal Burger parecen haber seguido teniendo en cuenta el factor de la igualdad generalizada frente a la indigencia: *Williams v. Illinois* (31) y *Bounds v. Smith* (32).

(20) 372 US 352 (1963).

(21) De J. HARLAN en *Griffin*.

(22) *Ross v. Moffitt*, 417 US 600 (1974).

(23) *Fuller v. Oregon*, 417 US 40 (1974).

(24) *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971).

(25) *Little v. Streater*, 49 USLW 4581 (1981).

(26) *United States v. Kras*, 409 US 434 (1973).

(27) *Lassiter v. Department of Social Services*, 49 USLW 4586 (1981) y eso que se trata de la disputa acerca de la privación de la patria potestad para que ésta (o la tutela) pasara a ser ejercitada por un servicio social estatal.

(28) *Ortwein v. Schwab* 410 US 656 (1973).

(29) Véase la explicación del proceso seguido por esta línea jurisprudencial en CLUNE: *The Supreme Court's Treatment of Wealth Discrimination Under the Fourteenth Amendment*, 1975 S Ct Rev. 289, 295-315; Note, *The Decline of the New Equal Protection: A Polemical Approach*, 58 Va L Rev. 1489 (1972).

(30) *Ortwein v. Schwab*, 409 US 656 (1973).

(31) 399 US 235 (1970).

(32) 430 US 817 (1977).

El primero de ellos declaró inconstitucional una ley estatal que indicaba que en el caso de impago de una multa la pena a imponer sería la de prisión para «trabajar a fin de pagar las obligaciones» a una tarifa de 5 dólares por día.

A primera vista, el enfoque del TS parece indicar la expansión del principio de no discriminación por razón de la condición económica (33). Sin embargo, el motivo más fuerte parece ser, más bien, el de que el total de días de encarcelamiento impuesto en ese caso concreto excedía del máximo admitido en la ley general tipificadora del delito (34), sin plantearse para nada la sentencia mayoritaria, de C. J. Burger, el problema de la aplicación de las leyes con pena alternativa, multa o prisión, a discreción del tribunal sentenciador, dirección a la que la aplicación estricta de la cláusula de igualdad apuntaría, ya que así ha sucedido cuando lo «sospechoso» no es la condición económica, sino la raza o el sexo (35).

Bounds v. Smith (36) es todavía más curioso, ya que su fallo obligó a una prisión a proveer a los reclusos con bibliotecas jurídicas adecuadas o con la asistencia necesaria de personal «entrenado en el manejo de las leyes».

En este caso, aparentemente, el acceso a la justicia se convirtió en una prestación positiva gratuita generalizada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estamos en el ámbito de las prisiones, en el que el TS aplica unos estándares de constitucionalidad mucho más rígidos de lo normal (37) y, sobre todo, que, como ha puesto Frug de relieve, «de hecho, el sistema de la instalación de una biblioteca había sido sugerido por el propio Estado y era mucho menos caro y más limitado que lo que los demandantes pedían (38)»: tenía, por tanto, un matiz claro de litigiosidad referida sólo y exclusivamente al *remedy* aplicable, campo donde la flexibilidad de normas es mucho mayor. El propio TS sugirió otras alternativas nada costosas como el del sistema de estudiantes de derecho que voluntariamente se prestan a llevar los recursos de los reclusos (39). El TS no impuso, por tanto, una obligación prestacional directa del calibre que el mero fallo parece sugerir.

B:2 *El derecho de voto*

El mismo tipo de situación encontramos en la línea jurisprudencial que anuló todas las franquicias electorales restrictivas del derecho de voto.

(33) Al año siguiente anuló el TS otra ley en otro caso muy parecido aunque se trataba de multas de tráfico. Véase *Tate v. Short*, 401 US 395 (1971).

(34) Véase 399 US 235, 264 (1970). En el mismo sentido, GUNTHER, *Constitutional Law* (10 ed., 1980), página 945 y CLUNE: *Op. cit.*, *supra* nota 29, p. 302.

(35) Véase, en este sentido, CLUNE: *Op. cit.*, *supra* nota 29, pp. 301-303.

(36) 430 US 817 (1977).

(37) Los derechos constitucionales de los presos constituyen un campo que el TS examina con mucho cuidado, extremando su posible extensión.

(38) FRUG: *Op. cit.*, *supra* nota 2, p. 761.

(39) Este programa existe en muchas universidades norteamericanas, ya que el estudiante se limita a constatar las posibles ilegalidades y son los profesores (normalmente penalistas) quienes, por cláusula del contrato con la universidad, les representan gratis en el proceso.

Harper v. Virginia Board of Elections (40) fue el primer caso que consideró el derecho de voto en elecciones estatales como un interés fundamental (41), anulando el requisito del pago de un impuesto especial para el ejercicio de tal derecho. La sentencia mayoritaria, de J. Douglas, contiene declaraciones generales muy amplias: «la condición económica, al igual que la raza, el credo o el color, no está relacionada con la habilidad de votar inteligentemente en el proceso electoral. Las líneas trazadas en función de la condición económica o la propiedad, como las trazadas en razón de la raza, son desfavorecidas tradicionalmente».

Parece, por consiguiente, que tanto la doctrina del interés fundamental como la de la clasificación sospechosa jugaban realmente un papel importante (42). Sin embargo, sólo el derecho de voto acabaría teniendo relevancia a estos efectos (43), pudiendo considerarse *dicta* las menciones del carácter sospechoso de la condición económica cuando no se yuxtaponían a este interés fundamental.

B:3 La libertad del movimiento interestatal

Este interés fundamental ha proporcionado al TS la ocasión de defender la inconstitucionalidad de normas que *prima facie* sí que aparentemente se basan pura y simplemente en la discriminación por razón de la condición económica.

Sin embargo, el TS parece que ha dado más importancia al elemento de restricción del movimiento (*right to travel*) que al de la supresión de beneficios sociales que primariamente parecía motivar los fallos.

(40) 383 US 663 (1966).

(41) El derecho de voto no aparece para nada mencionado expresamente en la Constitución en cuanto tal derecho, aunque sí aparece el principio de igualdad en su ejercicio, lo que indirectamente presupone su rango constitucional.

(42) Véase GUNTHER: *Op. cit.*, p. 927.

(43) Las líneas jurisprudenciales motivadas por *Harper* son numerosas, pudiendo resumirse en cuatro grupos: A) La extensión del voto a todo tipo de elecciones en subdivisiones locales y administrativas, *Kramer v. Union Free School District núm. 15*, 395 US 621 (1969), aunque el Tribunal Burger comenzó a tocar fondo al sostener la validez de la restricción del derecho de voto en los distritos para almacenamiento de agua (parecido a nuestras comunidades de regantes) cuando se otorga sólo a los propietarios que se benefician del riego u otro uso, en *Salyer Land Co. v. Tulare Lake Basin Water Storage District*, 410 US 719 (1973), caso que fue considerado una excepción al principio de «un hombre, un voto» que formulara C. J. Warren. Pero en 1981 se ha visto que la excepción es ampliable, ya que en *Ball v. James*, 101 S Ct 1811 (1981), el TS la reafirmó extendiéndola incluso a distritos en que la mayoría de los afectados no eran propietarios (en *Salyer* prácticamente afectados y propietarios, por el uso que del agua se hacía, coincidían); B) La anulación de restricciones por motivos financieros y otros a candidatos y partidos políticos. El ejemplo más reciente es *Illinois Elections Board v. Socialist Workers party*, 440 US 173 (1979), donde el TS anuló una ley de Illinois que requería que los nuevos partidos políticos y candidatos presentaran mayor número de firmas de potenciales votantes para las elecciones en Chicago que para las elecciones en el resto del Estado; C) La anulación de restricciones del derecho de sufragio a exconvictos, *Richardson v. Ramirez*, 418 US 24 (1974); D) La anulación de los requisitos de tiempo de residencia exagerados previos a la celebración de las elecciones, *Dunn v. Blumstein*, 405 US 330 (1972), aunque en estos casos también está en juego el interés fundamental consistente en el libre movimiento interestatal.

Shapiro v. Thompson (44) fue el primer caso y es indudablemente el más interesante.

El TS declaró inconstitucional toda norma que denegara asistencia social a los residentes que hubieran vivido menos de un año en el territorio del Estado que la promulgó. La sentencia mayoritaria encontró que el único fin de la legislación era dificultar la inmigración de indigentes: «la privación de seguridad social de la que puede depender la capacidad de los familiares para obtener los medios elementales de subsistencia —comida, refugio y otras necesidades vitales— (45)» no puede basarse en el simple interés de protección del Fisco. Pese a que se pretenda distinguir entre los nuevos y viejos residentes en función de que éstos hayan contribuido más mediante el pago de impuestos a la recaudación de los fondos, «este argumento llevaría lógicamente a permitir a los Estados prohibir a los nuevos residentes entrar en sus escuelas, parques y bibliotecas o incluso denegarles la asistencia de los bomberos o de la policía. En realidad, permitiría al Estado distribuir sus beneficios y servicios públicos según la contribución anterior en impuestos de sus ciudadanos. La cláusula de igualdad prohíbe este tipo de distribución de servicios (46)».

Pese a que se trata del interés fundamental de libre movimiento, qué duda cabe de que en la sentencia mayoritaria, de J. Brennan, se atisbaba una teoría del mínimo prestacional a nivel constitucional (47), pese a que el propio TS lo haya interpretado simplemente no como un caso de igualdad, sino como un caso de inconstitucionalidad de la carga excesiva en el ejercicio de otro derecho constitucional distinto (el de libre movimiento) reconocido por otras normas constitucionales (48).

En todo caso, hoy en día el derecho al libre movimiento interestatal, no internacional, que está mucho más restringido (49), es un interés fundamental con independencia de que las trabas se basen o no en la discriminación de indigentes. Incluso los miembros de mente más igualitaria del tribunal, típicamente J. J. Marshall y Brennan, resaltan más el aspecto de libertad del movimiento que el de discriminación por razón de la condición económica (50). De todas formas, siempre puede decirse, con Clune, que lo que en realidad pesa para estos dos jueces no es el hecho del movimiento interestatal en sí mismo, sino el que se cierran las posibilidades a la escapada de los círculos de pobreza; y las vías de escape se cierran igual retrasando beneficios

(44) 394 US 618 (1969).

(45) *Idem.* p. 627.

(46) *Idem.* El TS señaló acertadamente que los programas de la seguridad social denegados no son de aquellos en los que se exige previa cotización. Eran el AFDC y el APTD [véase *infra* apartado C:5 a)].

(47) Sobre la teoría del mínimo volveremos más tarde. Véase *infra* apartado D:1.

(48) Véase el voto de J. POWELL en *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973) interpretando así *Shapiro*.

(49) Véanse *Califano v. Aznavorian*, 439 US 170 (1978) y, en este último curso, *Haig v. Agee*, 101 S Ct 2766 (1981).

(50) Véase el voto particular en *Sosna v. Iowa*, 419 US 393 (1975), donde el TS sostuvo la validez de una ley estatal requiriendo la residencia al menos durante un año para poder ejercitar una acción de divorcio.

de la seguridad social que retrasando acciones de divorcio (51) o el ejercicio del derecho de voto (52).

Hay, sin embargo, otra sentencia muy en línea con los *dicta* de *Shapiro: Memorial Hospital v. Maricopa County* (53). La sentencia mayoritaria en este caso anuló una ley de Arizona que requería un año de residencia en un condado como condición para la prestación a indigentes de asistencia sanitaria y hospitalización gratuita en casos no urgentes. J. Marshall delineó no un derecho de viaje, sino un derecho a la migración interior que no puede ser penalizado. La privación de las necesidades de la vida constituiría entonces uno de los casos de penalización. No se trataría del reconocimiento de un derecho constitucional a la satisfacción de esas necesidades, sino de que éstas jugarían como «hecho determinante (54)» para el control de un concepto jurídico indeterminado como lo es el de la «penalización excesiva del ejercicio de un derecho constitucional» o, si se prefiere, la «carga» de dicho ejercicio.

Con el derecho al libre movimiento interestatal acaba la lista de intereses fundamentales alegables para que la cláusula de igualdad genere un examen más estricto de constitucionalidad de la norma. Fuera de estas posibles combinaciones resulta obvio que jamás el TS ha reconocido que la condición económica sea clase sospechosa, pese a la opinión de J. Douglas en *Harper v. Virginia Board of Elections* (55). No sólo no lo ha reconocido, sino que lo ha denegado sistemáticamente en todos los intentos posteriores de «fundamentalizar» otros intereses.

C. El no reconocimiento de otros intereses fundamentales

C:1. Los servicios públicos básicos

Jamás el TS ha admitido abiertamente que exista un derecho a la prestación de servicios básicos como son los equivalentes a los mínimos municipales del ordenamiento local español.

Pese a ello, existen también numerosos *dicta*.

Aparte del que ya hemos recogido de J. Brennan en *Shapiro* (56), que puede interpretarse *no como un derecho al servicio, sino como un derecho a la no discriminación en la prestación del servicio*, se han encontrado atisbos de esta teoría en *National League of Cities v. Usery* (57), el caso que resucitó la teoría de las competencias estatales frente a la cláusula de comercio

(51) CLUNE: *Op. cit.*, *supra* nota 29, pp. 317-318.

(52) Véase *supra* nota 43.

(53) 415 US 250 (1974).

(54) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, pp. 433 y ss. (1983).

(55) 383 US 663 (1966). Véase texto que sigue a la nota 41.

(56) Véase texto que acompaña a la nota 46.

(57) 426 US 833 (1973).

federal. Los profesores Tribe (58) y Michelman (59) son quienes lanzaron una ofensiva que no ha tenido en realidad gran acogida ni siquiera en el mundo académico a no ser por la del elogio de su originalidad.

Efectivamente, el citado caso anulaba la regulación federal de jornada máxima y salario mínimo de los funcionarios estatales por entender que regulaban funciones típicamente soberanas: la autoorganización mínima que el ejercicio de toda soberanía requiere.

Este concepto de soberanía se basa en la atribución a los Estados de unas «funciones gubernamentales por naturaleza» sin cuya existencia y autorregulación el concepto de soberanía sería un vacío. Pues bien, en la descripción de esas «funciones públicas por excelencia» el TS usó el siguiente lenguaje: «(La aplicación de las normas cuya constitucionalidad se discute) significativamente altera o modifica las competencias estatales de estructuración de las relaciones laborales en áreas tales como la prevención de incendios, policía, sanidad y salubridad públicas y parques y recreos. Para el ejercicio de estas funciones es para lo que se crean gobiernos; estos son los servicios que los Estados han prestado tradicionalmente a sus ciudadanos. Si el Congreso priva a dichos Estados de la autoridad para tomar las decisiones básicas en materia de empleo, decisiones de las que depende la eficaz satisfacción de estos servicios, creemos que quedará muy poco de la existencia separada e independiente de los Estados (60)».

Para los autores citados lo que es inconstitucional no es el antifederalismo de la ley promulgada por el Congreso, sino la legislación que pone en peligro la prestación de servicios básicos.

Naturalmente, tanto Tribe (61) como Michelman (62) han admitido mucho después que en ningún momento ha reconocido el TS la existencia de servicios públicos con la categoría de derechos constitucionales, pero ambos ven en *National League of Cities* una de las formas de quasi-constitucionalización sobre las que volveremos más tarde (63).

Otro de los aspectos de estos servicios públicos que recientemente ha protegido el TS es el procedimental. Como es sabido, sólo cuando el interés personal (*liberty*) o patrimonial (*property*) de la enmienda número 14 es suficientemente relevante (64), impone el TS requisitos procedimentales que, de otra forma, serían plenamente regulados por la ley estatal. Pues bien, a partir de 1978, con *Memphis Gas, Light and Water Division v. Kraft* (65), la

(58) TRIBE: *Unravelling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Governmental Services*, 90 Harv 1065 (1977).

(59) MICHELMAN: *State's Rights and State's Roles: The Permutations of «Sovereignty» in National League of Cities v. Users*, 86 Yale LJ 1165 (1977).

(60) 426 US 833, 851 (1976).

(61) Véase TRIBE. *Op. cit.*, p. 314.

(62) Véase MICHELMAN: *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, Wash ULQ 715 (1979).

(63) Véase *infra*, apartado D.3.

(64) Actualmente su aplicación es uno de los campos típicos donde actúa el *balancing* de intereses desde *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (1976).

(65) 436 US 1 (1978).

prestación de estos servicios públicos de gas y electricidad constituye uno de los intereses patrimoniales con relevancia constitucional suficiente como para motivar la inconstitucionalidad del cese de su prestación por impago de un recibo sobre el que existe una disputa de buena fe. La especial necesidad de requisitos procedimentales (audiencia y motivación), además de los *remedies* ordinarios del *common* y *statutory law* (lo que aquí sería la jurisdicción revisora contenciosa), se debe a la trascendencia que dichos servicios tienen en el mundo moderno: «Pese a que (con los *remedies* tradicionales) se logre restablecerlos, la suspensión de estos servicios esenciales durante un cierto período de tiempo tiene el carácter de grave privación (de la propiedad)... Los servicios de agua, gas y electricidad son una necesidad de la vida moderna; no cabe duda de que la suspensión de la prestación de agua o calor, aun por períodos muy breves de tiempo, puede suponer una amenaza para la salud y la seguridad.»

Ni qué decir tiene que *Memphis* no incorpora derechos sustantivos, aunque sí da suficiente relevancia quasi-constitucional, a efectos procedimentales, provocando su judicialización como posteriormente veremos (66), a este tipo de intereses.

C:2. *La vivienda y el urbanismo*

El campo de la vivienda es otro de los que tradicionalmente han sido incluidos en el concepto genérico de *welfare rights*.

La postura tradicional del TS consiste en eludir el tema de las Ordenanzas Urbanísticas, potencialmente explosivo por el número de litigios que podría generar en el futuro. Esta postura se pone de manifiesto principalmente en lo que a la aplicación de la cláusula expropiatoria de la enmienda número 5 se refiere (67). Fue precisamente en este campo donde el TS introdujo la necesidad de prueba de la intención discriminatoria para apreciar la existencia de discriminación racial (68) y donde el Tribunal Burger, dando marcha atrás respecto de líneas jurisprudenciales más amplias, limitó de nuevo el concepto de legitimación (69).

Sin embargo, paradójicamente, ha sido uno de los campos donde la afirmación de otros derechos, como los de la primera enmienda, no ha hecho dudar al TS para nada en entrar a enjuiciar Ordenanzas Urbanísticas (70) y donde el nuevo *substantive due process* ha logrado hincar el diente en nombre de la tradición. *Moore v. City of East Cleveland* (71) declaró

(66) Véase *infra* apartado D:3. b).

(67) Véase el enorme campo de acción constitucional dejado al planeamiento urbanístico en *Agins v. City of Tiburon*. 447 US (1980), donde el TS admitió la validez de un plan que privó a los promotores de viviendas en una de las mejores zonas de San Francisco (si no la mejor) de enormes beneficios potenciales.

(68) Véase *Arlington Heights*.

(69) Véase *Warth v. Seldin*. 422 US 490 (1975). Volveremos sobre este caso.

(70) Véase, recientemente, *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 49 USLW 4597 (1981), donde el TS anuló una ordenanza que excluía de entre los posibles centros comerciales todas las modalidades de entretenimientos, incluyendo el «baile desnudo, no-obsceno» protegido por la primera enmienda.

(71) 431 US 494 (1977).

inconstitucional una Ordenanza que limitaba el número de posibles moradores de las viviendas a determinados familiares (72). El *substantive due process* no constitucionalizó en absoluto el «derecho a la vivienda», sino el derecho a la asociación familiar, basando el concepto de familia en la tradición, con lo que resultaba un tipo de familia más bien extensa.

La no constitucionalización del derecho a la vivienda, de todas formas, era un hecho dado ya que, pese a la alegación de infracción del *substantive due process* en su aspecto de derecho a la intimidad y del derecho de asociación de la primera enmienda, el TS había admitido tres años antes la constitucionalidad de la limitación por Ordenanza de los posibles moradores de una zona a individuos (relacionados familiarmente) (73).

El TS había sido incluso más tajante en dos casos clave de los que el Tribunal Burger se sirvió precisamente para cortar de raíz la tendencia de los *dicia* del Tribunal Warren de declarar sospechosas las clasificaciones por razones de condición económica: *James v. Valtierra* (74) y *Lindsey v. Normet* (75).

El primero de los casos citados fue suscitado por una de las modalidades de aplicación estatal de la *United States Housing Act 1937* (76).

En California, de donde procede el caso, existía, y existe, tradicionalmente la iniciativa-referéndum para aprobar o modificar todo tipo de legislación. Su Tribunal Supremo declaró en 1950 que las decisiones de las autoridades locales relacionadas con la búsqueda de fondos federales para la vivienda eran actos administrativos, no legislación, con lo que quedaban fuera del alcance modificador de estas formas de democracia directa. Pocos meses después, se modificó el artículo 34 de la Constitución con la finalidad de incluir estas decisiones en el campo de la iniciativa-referéndum, ordenando que las autoridades públicas no podrían planear, ejecutar ni adquirir *ningún proyecto de vivienda social* (77) hasta que fuera aprobado por la mayoría de los electores de las subdivisiones territoriales a las que la Ordenanza afectara.

El citado artículo 34 de la Constitución de California ofrece, pues, todos los rasgos de discriminación por razón económica en un interés básico como lo es el de la vivienda.

De iure, sin embargo, la clasificación no parece discriminar (78) ya que simplemente somete decisiones de gran trascendencia al proceso mayoritario, no siendo el único ejemplo, pues en California también está institucionaliza-

(72) El esquema era muy complejo pero la práctica resultaba que una abuela podía vivir con sus nietos si éstos eran hermanos pero no si eran primos.

(73) Véase *Belle Terre v. Boraas*, 416 US 1 (1974) (se trataba de varios estudiantes que tenían alquilado un piso en común).

(74) 402 US 137 (1971).

(75) 405 US 56 (1972).

(76) 50 Stat 888, 42 USCAS Sección 1401 et seq. La ley creó una agencia federal encargada de otorgar préstamos y subvenciones a proyectos de viviendas sociales. Normalmente en cada Estado hay una agencia equivalente para examinar y aprobar los proyectos, siendo éstas las prestatarias o donatarias de los fondos federales.

(77) He traducido por proyectos de viviendas sociales el término *low-rent housing project*.

(78) Sobre el alcance de las discriminaciones *de iure* por razón de la condición económica véase infra apartado D:1.

do el referéndum obligatorio para las enmiendas a la Constitución, para la emisión de Deuda Pública y para ciertas anexiones territoriales. Si el Estado puede requerir especiales garantías para determinados actos, puede someter también a estos procedimientos la planificación con vistas a la construcción de viviendas sociales, siempre que no esté motivado racialmente (79). En suma «los preceptos que hacen un referéndum obligatorio muestran la devoción por la democracia, no prejuicio o discriminación (80)».

Sin embargo, como J. J. Marshall, Brennan y Blackmun pusieron de relieve en el voto particular del primero, «el artículo aísla explícitamente a personas de baja renta y las somete a una carga. Los ancianos, veteranos de guerra, empleados públicos, personas de ingresos moderados o cualquier otra clase de ciudadanos *que no sean los pobres* pueden ser asistidos públicamente en la financiación-adquisición de la vivienda sin necesidad de este requisito procedimental». Estos, en cambio, necesitan ver los proyectos de viviendas que les favorecen aprobados por *referenda* locales.

La discriminación es, por tanto, de iure y muestra todas las características que elevaron el factor racial a la categoría de «sospechoso», gravando expresamente a una minoría concreta y aislada (81).

El caso no implica, pues, ni más ni menos, que el rechazo expreso de la inclusión de la discriminación por razón de condición económica dentro de la categoría de las clasificaciones sospechosas y, por ende, de la aplicación estricta del principio de igualdad de la enmienda número 14.

Por si quedaban dudas, poco después vino *Lindsey v. Normt* (82) donde el TS rechazó también expresamente la segunda vía en pro de la posibilidad de examen estricto de constitucionalidad: la del interés fundamental.

Lindsey es un caso complejo, pues engloba, junto a la alegación de inconstitucionalidad por infracción de la cláusula de igualdad, otro tipo de temas (83). Por lo que ahora nos afecta, el esquema legal atacado era la regulación en Oregon del proceso de desahucio en los arrendamientos, ya que no sólo se distinguía claramente del resto de los procesos especiales, sino que lo hacía con grave desequilibrio desfavorecedor de los arrendatarios (84).

(79) Cuando el factor racial entró en juego el TS no dudó en desbloquear esta mayor desventaja (necesidad de referéndum) para la minoría racial. Véase *Hunter v. Erikson*, 393 US 385 (1969) y *Hills v. Gautreaux*, 425 US 284 (1976).

(80) Voto mayoritario de J. Black.

(81) Fundamento de un *test* «más riguroso» en la cláusula de igualdad. Véase mi trabajo, *cit. supra*, nota 10.

(82) 405 US 56 (1972).

(83) En concreto la *due process* por no dar la ley tiempo suficiente (dos días) a los arrendatarios para preparar adecuadamente el juicio de desahucio (en el que por otra parte no se podía alegar mas excepción que la del pago de la renta, y no cualquiera otra sustantiva como lo era en el caso concreto la negativa del propietario a hacer determinadas reparaciones urgentes que según la ley le correspondía hacer) y la de *due process* por imponer la pena del pago del doble de la renta si el arrendatario perdía el juicio (lo que fue declarado inconstitucional por afectar al derecho fundamental de acceso a la justicia).

(84) En suma, se reconducían las dos demandas de *due process* en una de *equal protection* contra los arrendatarios como categoría.

La mayoría del TS declaró ahora ya sin ambages que «*la Constitución no proporciona remedios judiciales para cada enfermedad social o económica*» (85). Somos incapaces de extraer de este documento garantía constitucional alguna de acceso a moradas de determinada calidad... En ausencia del mandato constitucional, la seguridad de una vivienda digna y definición de las relaciones arrendaticias son función legislativa y no judicial».

El último intento de hacer cambiar al TS lo constituyó *Warth v. Seldin* (86), donde el TS denegó por falta de legitimación acción para impugnar una Ordenanza que hacía imposible a ciudadanos de rentas inferiores o incluso medias vivir en Penfield, ciudad suburbio de Rochester (New York). La opinión mayoritaria no encontró suficiente legitimación en cuatro ciudadanos que alegaban haber intentado buscar allí viviendas, en los contribuyentes de Rochester, que se veían perjudicados al tener que construirse en el área metropolitana la casi totalidad de esas viviendas, ni tampoco en asociaciones entre las que se encontraban dos cuyos proyectos habían sido rechazados.

Si se compara la rigidez de los requisitos exigidos en este caso a efectos de legitimación con los generales hasta entonces requeridos (87) y especialmente con los requeridos posteriormente en otros casos de Ordenanzas que afectan a otros valores constitucionales, como en *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corpo.* (88), se puede perfectamente llegar a la conclusión, con quienes emitieron el voto particular (89), de que «la opinión que aleja de los tribunales a prácticamente todo tipo de demandante concebiblemente dañado por el acto inconstitucional, sólo puede explicarse teniendo en cuenta la indefendible hostilidad de la mayoría hacia el fondo. Entiendo que el TS no tenga ganas de enjuiciar las cuestiones complejas y difíciles que presenta el caso y que el fondo del asunto tiene graves implicaciones sociológicas y políticas. Pero los tribunales no pueden negarse a enjuiciar el fondo de un caso simplemente porque preferirían no hacerlo».

Esta línea jurisprudencial, sobre todo los que se quitan de encima el problema del llamado *exclusionary zoning* (90), ha dado lugar a que los tribunales estatales comiencen a reconocer estos derechos a los ciudadanos de pobre condición económica basándose en el derecho estatal, para evitar que el TS revise sus sentencias.

(85) Esta frase se ha convertido en el «slogan» de los actuales partidarios del *judicial restraint*.

(86) 422 US 490 (1975).

(87) Véase, especialmente, *Flast v. Cohen*, 392 US 83 (1968) concediendo legitimación a los contribuyentes para impugnar los presupuestos que infringe la cláusula de separación Iglesia-Estado. Es otro de los hitos de la jurisprudencia Warren.

(88) 429 US 252 (1977). Véase la comparación de la legitimación exigida en ambos en GUNTHER: *Op. cit.*, 1639, nota a pie de página, y con otros casos en TRIBE: *Op. cit.*, pp. 94-97.

(89) J. Brennan, al que se unieron J. J. White y Marshall.

(90) El término quiere indicar todos los casos en que por una vía u otra se pretende excluir de los conjuntos residenciales a determinado grupo social. Tradicionalmente el TS había sido muy tajante con estos efectos cuando lo excluido eran minorías raciales. Su postura era tal que dio lugar en los años 50 a que la Constitución alcanzara a transacciones inmobiliarias privadas.

El caso más espectacular hasta el momento ha sido *Southern Burlington County NAACP v. Mount Laurel* (91). El caso implicaba un ataque a la constitucionalidad del sistema de regulación de uso del suelo de la *Township of Mount Laurel* fundamentado en que excluía ilegalmente de la municipalidad a familias de rentas baja y moderada. El Tribunal Supremo de New Jersey no dudó en conceder legitimación (92); en «considerar el caso desde el punto de vista más amplio de que la Ordenanza intenta prevenir que vivan en Mount Laurel ciudadanos de renta limitada (con independencia de que sean minorías raciales) (93)»; en afirmar que las Ordenanzas sobre uso del suelo «deben hacer posible la oportunidad (de vivienda) para una cantidad apropiada de categorías de personas que quieran vivir allí (94)» y que «la zonificación municipal debe intentar en primer lugar el bienestar de los vecinos de la comunidad y no el beneficio del aumento de valor de la propiedad para procurar un mayor impuesto real y sanear así las haciendas municipales (95)»; y en encontrar un *remedy* apropiado que dejara a la municipalidad elaborar por sí sola las reformas necesarias al plan sin necesidad de su nulidad total y de su reelaboración por órganos judiciales (96). Todo ello, «por Derecho estatal sin ser necesario, por tanto, entrar en la consideración de los argumentos constitucionales federales alegados por los demandantes (97)».

Quizás por esta vía acabe, por tanto, produciéndose, poco a poco, el *consensus* necesario para la nacionalización posterior del derecho a la vivienda por el TS (98).

C:3 *Los derechos al trabajo y a la estabilidad en el empleo de los empleados públicos*

La reciente constitucionalización de gran parte del derecho de las relaciones funcionariales (99) incluye la de la consideración o no de la naturaleza de la relación laboral como derecho, o al menos interés, de rango suficientemente relevante.

Qué duda cabe de que el aspecto más importante ha sido la limitación del *spoils system* a las categorías responsables de la toma de decisión (100); sin embargo, la única consideración que el TS tuvo en cuenta fue la de la

(91) 67 N J 151, 336 A 2d 713 (1975) denegando el *certiorari* por el TS.

(92) 336 A 2d 713, 717 nota 3.

(93) *Idem*, p. 724.

(94) *Idem*, p. 731.

(95) *Idem*, p. 732.

(96) *Idem*, p. 733.

(97) *Idem*, p. 725.

(98) Este proceso de previa generalización de una doctrina en una mayoría de Estados es un fenómeno corriente en el constitucionalismo norteamericano.

(99) Véase, en general, EDWARDS, CLARK & CRAVER: *Labor relations in the public sector: Cases and materials* (Bobbs Merrill, 2.ª ed., 1979) y la bibliografía citada en las notas a pie de página 1 a 16 de FRUG: *Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees?*, 124 U Pa L Rev 942 (1976).

(100) *Elrod v. Burns*, 427 US 347 (1976). Véase igualmente *Branti v. Finkel*, 445 US (1980).

expansión de la libertad de expresión-asociación de la primera enmienda, no recibiendo rango constitucional alguno los derechos de carácter social (101).

Pese a ello, sería falso aislar totalmente a *Elrod* y *Branti* del conjunto de decisiones del Tribunal Burger en esta materia o incluso de líneas jurisprudenciales anteriores que en su conjunto han hecho posible que Gunther pueda afirmar que «los casos de la segunda mitad del siglo xx parecen indicar que, aunque un individuo no tenga derecho a un empleo público... ciertas garantías sustantivas constitucionales le protegen cuando el gobierno intenta cesar la relación jurídica (102)».

La alusión de Gunther lo es a todos los casos de los años 50 y 60 en que el TS, tras una postura totalmente permisiva hacia otros poderes públicos (103), cambió de línea (104), declarando inconstitucional la obligación como condición de empleo de manifestar las opiniones políticas. Parte de esta línea jurisprudencial se fundamentó en el *procedural due process*, tratando de limitar los despidos sumarios de funcionarios que se negaban a manifestar sus actividades políticas (105). Más modernamente ha sido también por la vía del *procedural due process* por la que el interés consistente en la estabilidad en el empleo se ha incorporado al término «propiedad» de la enmienda número 14.

El origen de esta corriente, rechazada posteriormente, como veremos, por el TS, está en el «doblete» enjuiciado en 1972: *Board of Regents v. Roth* (106) y *Perry v. Sindermann* (107).

En el primero de ellos, a Roth, profesor contratado por la Universidad de Winsconsin-Oshkosh durante un año, no le fue renovado, sin explicación alguna, el contrato. Roth alegó que se debía a ciertas afirmaciones críticas hacia la dirección de la Universidad, por lo que entendía que la decisión era contraria a la libertad de expresión y, a la vez, que la falta de motivación infringía el *due process*. Pues bien, el TS negó que la simple expectativa de renovación de empleo fuera un interés patrimonial o personal suficientemente relevante para motivar la aplicación de la enmienda número 14, distinguien-

(101) Salvo el lógico de si era un derecho o un privilegio legal (véase 427 US, pp. 360 y ss., especialmente nota 15), cuestión de todas formas irrelevante pues hace tiempo que en el Derecho Norteamericano los criterios de enjuiciamiento de la acción pública son iguales para ambos. Véase Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 Harv L. Rev 1439 (1968). El empleo público es, pues, uno de los campos de aplicación por excelencia de la doctrina de las *unconstitutional conditions* (para otorgar algo a lo que no se tiene derecho... ¿pueden los poderes públicos otorgantes exigir la renuncia al ejercicio de un derecho constitucional?).

(102) GUNTHER, *Op. cit.*, p. 658, nota 1.

(103) Véase, por ejemplo, *Garner v. Los Angeles Board of Public Works*, 341 US 716 (1951), donde el TS admitió la validez de la denegación de empleo público a los promotores de cambios violentos de gobierno.

(104) *Naacp v. Alabama*, 357 US 449 (1958), donde el TS declaró inconstitucional la petición del Estado a la NAACP de descubrir la lista de asociados, y, sobre todo, *Shelton v. Tucker*, 364 US 479 (1960) en que, ahora ya dentro del ámbito de la «Subversión», declaró inconstitucional una ley de Arkansas obligando a los profesores a dar fe de las organizaciones a las que habían contribuido durante los últimos cinco años.

(105) Véase, por ejemplo, *Slochower v. Board of Higher Education*, 350 US 551 (1956), declarando inconstitucional por falta de *due process* el despido sumario de un profesor de college con *tenure* al haber éste alegado el privilegio de autoacusación de la enmienda núm. 5.

(106) 408 US 564 (1972).

(107) 408 US 593 (1972).

do el caso de los supuestos de empleo realmente ostentado indefinidamente (con *tenure*) enjuiciados en la década de los 50.

Perry v. Sindermann (108), el caso compañero de *Roth*, se encuentra en el límite entre la jurisprudencia de los años 50 y 60 y la fijada en este último. A primera vista, la situación era idéntica a la de *Roth*, pero *Sindermann* logró probar que el *college* para el que trabajaba tenía un programa de *tenure de facto*, programa en el que varios años de servicios equivalía prácticamente al *tenure*. El TS sí que apreció en este último caso la existencia de un interés patrimonial suficiente a efectos de garantizar el procedimiento debido.

La estabilidad en el empleo seguía funcionando, pues, como, al menos, un interés constitucional a los efectos del *due process*.

Sin embargo, en los años posteriores, el TS ha procedido a «desconstitucionalizarlos» por la vía de referir el contenido del *due process* (motivación y audiencia básicamente) a la regulación de rango legal federal o estatal.

Arnett v. Kennedy (109) abrió el camino. La mención del término «propiedad» en la enmienda número 14 plantea un problema parecido al que tiene lugar con la aplicación de la cláusula expropiatoria (110). ¿Quién define su contenido? El enfoque dado por el TS hasta entonces consistía en fijarse en el tipo de interés patrimonial en sí, con independencia de su contenido. Sin embargo, en *Arnett* el TS apreció que el derecho sustantivo (relación funcional) puede estar inextrínsecamente unido a sus garantías procedimentales de manera que éstas formen parte de las facultades-potestades... etc., que dotan realmente de contenido al derecho. En este caso, la ley federal otorgaba un derecho (empleo) sometido a un especial procedimiento de cesación (con motivación, pero sin necesidad de audiencia) que para el TS formaba parte del contenido mismo del interés patrimonial sustantivo, con lo que la «propiedad» (es decir el interés patrimonial) no se veía realmente afectado al ser por sí mismo un derecho o interés condicionado (la condición: la falta de audiencia, que forma parte del propio contenido del derecho). La sentencia, sólo plural y no mayoritaria (111), hizo que este análisis fuera objeto de matización y revisión en *Bishop v. Wood* (112) donde, ahora sí, una mayoría de miembros del TS aceptó este enfoque «desconstitucionalizador» del interés patrimonial consistente en la estabilidad en el empleo, haciendo suya la interpretación de un reglamento hecha por un tribunal federal de distrito en el Estado donde se encontraba la corporación local promulgadora. Esta interpretación venía a indicar que el funcionario «conser-

(108) *Idem*.

(109) 416 US 134 (1974).

(110) Uno de los mayores problemas de aplicación de la cláusula expropiatoria es el de si la delimitación legal del derecho (por el ordenamiento estatal) constituye o no un *taking*, es decir, una auténtica privación.

(111) La sentencia fue formulada por J. Rehnquist y se unieron a ella sólo C. J. Burger y J. Stewart. J. J. Powell y Blackmun concurrieron y J. White concurrió y disintió en parte. En su conjunto los seis jueces restantes (tres concurrentes y tres disidentes) rechazaron el enfoque consistente en remitir al derecho estatal o federal ordinario.

(112) 427 US 307 (1976).

vaba su empleo a voluntad de la ciudad» por lo que, para el TS, no había interés patrimonial suficiente en su cesación pese a que la letra de la Ordenanza parecía precluir las causas de despido y pese a que no se le diera oportunidad al funcionario de «limpiar su imagen» en un trámite de audiencia.

Si los casos del *procedural due process* manifiestan una tendencia contraria a la constitucionalización de la estabilidad en el empleo (113), mucho más lo han hecho los casos en que se ha intentado reconducirlo a la categoría de «interés fundamental» para la aplicación de la cláusula de igualdad.

El Tribunal Burger ha rechazado la aplicación del examen estricto de constitucionalidad, aplicando, por tanto, el de mera racionalidad como si se tratara de legislación puramente socioeconómica.

En *Board of Retirement v. Murgia* (114) sostuvo la validez una ley de Massachusetts declarando obligatoria la jubilación de la policía a los cincuenta años de edad, indicando explícitamente que «las sentencias de este Tribunal no proporcionan base alguna para avanzar la idea de que las relaciones de empleo público sean *per se* un interés fundamental»; ello pese a las protestas de J. Marshall de la fundamentalidad del «derecho a ganarse la vida en la profesión de su elección» y «del carácter sospechoso de la clase constituida por los trabajadores de avanzada edad frecuente y arbitrariamente discriminada en el empleo».

Lo mismo hizo el Tribunal Burger posteriormente con la edad de jubilación (sesenta años) para los funcionarios adscritos al cuerpo diplomático (115).

No debe olvidarse, sin embargo, que gran parte de las relaciones laborales se encuentran hoy «constitucionalizadas», pero no por la labor de los tribunales, sino por la del Congreso al haber éste promulgado el título VII de la *Civil Rights Act de 1964*. La no discriminación en el empleo, es decir, la aplicación al campo del trabajo del principio de igualdad, ha sido, pues, objeto de desarrollo legislativo directamente entroncado con la Constitución al ampararse en los poderes federales derivados de la cláusula de comercio.

La no discriminación alcanza igualmente a los que abandonan el empleo (116) o no pueden aceptar otro (117) por motivos religiosos, esta vez por interpretación constitucional judicial de la cláusula de libertad religiosa de la primera enmienda (118).

Conviene resaltar, igualmente, que el campo del empleo es uno de los utilizados recientemente por el Tribunal Burger para recortar la inmunidad parlamentaria del artículo I, sección 6 de la Constitución. Efectivamente, en

(113) Analizando la línea jurisprudencial *Roth-Perry-Arnett*, Frug llega a la conclusión de que la Constitución permite al Congreso y al presidente modificar los procedimientos de despido del personal frente a la tendencia a judicializar y dar más rigidez mediante el control de los hechos determinantes alegados en la motivación y en la audiencia. Véase FRUG: *Op. cit., supra*, nota 99, pp. 1001 y 1011.

(114) *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 US 307 (1976).

(115) Véase *Vance v. Bradley*, 440 US 93 (1979).

(116) Véase *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 49 USLW 4341 (1981).

(117) Véase *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963).

(118) Volveremos sobre estos casos al tratar sobre el seguro de desempleo.

Davis v. Passman (119) una mujer que formaba parte del personal administrativo de un diputado del Congreso reclamó daños y perjuicios acusándole de discriminación sexual. Pese a que el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 no alcanza a los miembros del Congreso, J. Brennan no dudó en derivar directamente de la enmienda número 5 (120) una acción de daños y perjuicios (121).

Finalmente, existe otra área del derecho al trabajo, al combinarse con una clasificación sospechosa, suele generar la inconstitucionalidad de la norma. Independientemente de los casos en que lo examinado es una combinación de discriminación por razones de sexo en materia laboral (122), uno de los factores típicos que se ha combinado con el derecho al empleo ha sido la discriminación de los extranjeros. La extranjería como categoría sospechosa ha dado lugar a un control intermedio de constitucionalidad, pero la eficacia de este control normalmente ha dependido de si la cuestión había sido o no federalizada, pues el Congreso siempre ha tenido mayores potestades que los Estados en este campo (123). En los primeros años de su calificación como categoría sospechosa (124), el TS sostuvo la inconstitucionalidad de la exclusión por los Estados de los extranjeros de la práctica de la abogacía (125) y de la aspiración a empleos públicos de carácter no decisorio (126), línea que siguió con la anulación de la exclusión de los extranjeros de la práctica de la ingeniería (127) y, en general, en el campo educativo, con anulación de la exclusión de la concesión de becas (128).

Sin embargo, a partir de 1928, el TS comenzó a configurar un área cada vez mayor de funciones gubernamentales estatales excluidas a los extranjeros, desde la policía (129) hasta la enseñanza (130).

En el campo federal, el TS ha anulado incluso normas administrativas que limitaban el funcionariado a los nacionales como contrario al *procedural due process* (131).

Esta versión del derecho al trabajo, sin embargo, es más clásica ya que se trata más de un aspecto de *libertad* de trabajo que de *prestación*. Este aspecto de libertad siempre fue tradicional en el TS desde los orígenes del *substantive due process* y de la propia cláusula de igualdad (132).

(119) 442 US 228 (1979).

(120) Artículo de la Constitución, y por tanto, vinculante para los diputados.

(121) Se trata, pues, de la extensión de la norma de *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 US 388 (1971) (posibilidad de indemnización directamente deducida del precepto constitucional).

(122) Véase *infra*, apartado f: 1.

(123) Véase, por todos, el caso citado en *infra*, nota 131.

(124) Véase *infra*, apartado f: 3.

(125) *In Re Griffiths*, 413 US 717 (1973).

(126) *Sugarman v. Dougall*, 413 US 634 (1973).

(127) *Examining Board v. Flores de Otero*, 426 US 572 (1976).

(128) *Nyquist v. Mauclet*, 432 US 1 (1977).

(129) *State Troopers, en Foley v. Connelie*, 435 US 291 (1978).

(130) *Ambach v. Norwick*, 441 US 68 (1979).

(131) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 US 88 (1976).

(132) El derecho a la actividad profesional fue una variante del principio de libertad contractual constitucionalizado a finales del siglo XIX.

No ocurre lo mismo con otro tipo de control intermedio, el de las presunciones *iuris et de iure* (133), que ha dado lugar a la anulación por inconstitucional de despidos de profesores por embarazo en *Cleveland Board of Education v. La Fleur* (134), situación que implica la continuación de una previa prestación. De todas formas no es tanto en estos casos tampoco el derecho constitucionalizado el derecho al trabajo como simplemente la autonomía personal, derivación del *substantive due process*, implícita en la protección de toda embarazada (135).

C:4. *El derecho a la educación*

Los intentos de declarar a la educación interés fundamental han sido numerosísimos. De hecho, la educación ha sido objeto de enfoque desde diversos puntos de vista totalmente distintos.

En primer lugar, la libertad de elección del centro o la libertad de establecimiento de centros escolares privados, así como la libertad de enseñanza en general, fue objeto de reconocimiento constitucional, como derecho incluido en el *substantive due process*, desde principios de siglo (136).

En segundo lugar, desde *Brown v. Board of Education* (137), la educación parecía tener un aura especial a la hora de aplicar la cláusula de igualdad.

En tercer lugar, su yuxtaposición al principio de igualdad puede dar origen a dos tipos distintos de reclamaciones: la de la prestación en sí del servicio público (educación como mínimo) o la de su estandarización (igualdad de fondos por alumnos para todas las escuelas públicas).

Pues bien, sólo en el último de estos aspectos es en el que no se reconoce el carácter de interés fundamental.

Pese a lo que pueda parecer, ambas últimas posibilidades fueron enjuiciadas en *San Antonio School District v. Rodríguez* (138), uno de los casos más célebres de la pasada década.

El caso venía preparándose cuidadosamente, intentando conseguir un buen número de sentencias de tribunales federales inferiores y de tribunales estatales, para que el TS pudiera entrar a fondo en el tema (139). La literatura acerca de este problema también había estudiado y atacado a fondo la estructura de la educación pública en todos los Estados de los Estados Unidos (140) e incluso en algunos de éstos, parte del *establishment* se mostraba, en cierto modo, de acuerdo con la necesidad de reforma (141).

(133) Véase *infra*, apartado f: 3.

(134) 414 US 632 (1974).

(135) *Due process* como derecho al propio proyecto de vida (autonomía personal).

(136) Véanse *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390 (1923) y *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925).

(137) 347 US 483 (1954).

(138) 411 US 1 (1973).

(139) Harold Horowitz llamaba al grupo informal de abogados defensores de estos casos «los serranois-seurs» siguiendo la terminología del primer caso (*Serrano v. Priest*, en California). En total había unas 30 demandas en 20 Estados según el *New York Times* de 19 de enero de 1972.

(140) Véase COONS, CLUNE & SUGARMAN: *Private Wealth and Public Education* (1970).

(141) Al menos así era en California donde las autoridades escolares mostraron su intención de no apelar al TS si el Tribunal Supremo del Estado fallaba contra el Estado.

La uniformidad de demandas provenía de la uniformidad de organización de la estructura de las escuelas públicas. Todos los Estados tenían y tienen un sistema que se basa en la financiación del servicio por los propios distritos escolares mediante la imposición en la propiedad local (142). Ello implica una delegación a subdivisiones territoriales inferiores, como son los distritos escolares (143), lo que a su vez llama al principio del «localismo» como igual al del «federalismo», se implican igualmente problemas de búsqueda del *remedy* adecuado, lo que llamaba a su vez a nociones sustantivas de la función judicial, y al hecho de que el problema plantea directa y exclusivamente la discriminación por razón de la condición económica, donde un mínimo de prestación siempre existe, se daban factores que hacían el caso muy difícil para los promotores de la igualdad en la educación.

El TS rechazó abiertamente el tema, siendo *San Antonio* en el campo de la educación el equivalente a *Lindsey v. Normet* (144) o *James v. Valtierra* (145) en el área de la vivienda o a *Dandridge v. Williams* (146) en el de la seguridad social. Por ello, algunos Estados, en sentencias posteriores o incluso anteriores, han optado abiertamente por sostener la inconstitucionalidad de la financiación basada en el impuesto sobre la propiedad, fundamentándola en la propia Constitución estatal y no en la federal (147).

San Antonio se basa en dos tipos de fundamentos.

En primer lugar, los institucionales. Efectivamente, en la opinión mayoritaria (148) se contienen afirmaciones como la siguiente (149): «A) La formulación de sistemas impositivos requiere expertos no familiarizados con los problemas de la vida local, familiaridad de la que carecen los jueces del TS (150); B) en concreto, la financiación y administración levanta problemas controvertidos no debiendo el TS imponer «frenos constitucionales inflexibles» a la experimentación de los Estados (151); C) se limita el principio federal si se «remueven los sistemas de financiación de la educación pública

(142) Se daba el caso de que distritos más ricos recaudaban más dinero por alumno con un tipo impositivo más bajo. En California, por ejemplo, mientras Beverly Hills tenía un tipo del 2,38 por 100 siendo capaz de gastar un total de 1.232 dólares por alumno, Baldwin Park (en el mismo condado) tenía un tipo del 5,48 por 100 para gastar 577 dólares por alumno. La cifra es de KARST: *Serrano v. Priest: A State Court's Responsibilities and Opportunities in the Development of Federal Constitutional Law*, 60 Cal L Rev 720, 730 n. 41 (1972).

(143) La representación en los *school boards* es universal desde que *Kramer v. Union Free School District* núm. 15, 395 US 621 (1969) impusiera en ellos la regla un hombre, un voto.

(144) 405 US 56 (1972).

(145) 402 US 137 (1971).

(146) 397 US 471 (1970).

(147) Véase en general el comentario dedicado al tema en *nota acerca de la educación como derecho fundamental* en esta Revista núm. 9.

(148) La opinión fue redactada por J. Powell, uniéndose a ella C. J. Burger y J. J. Blackmun y Rehnquist. J. Stewart hizo un voto concurrente. J. Brennan disintió así como J. White, voto al que se unieron J. Douglas y J. Brennan, y J. Marshall hizo otro voto disidente al que se unió J. Douglas.

(149) El resumen que sigue lo es de Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 Harv L Rev 1212, 1218 (1978) aunque para su mejor localización he incluido la cita exacta de los *United States Reports*.

(150) 411 US 1, 41 (1973).

(151) *Idem*. p. 43.

actualmente existentes en prácticamente todos los estados (152)». En general, todo el párrafo IV de la sentencia está dedicado al tema del localismo-federalismo.

Qué duda cabe, pues, de que el TS estaba realmente preocupado ante la idea de ver a los jueces federales de distrito «inventando» sistemas de financiación escolar. Se trata así de uno de los casos típicos en que la mezcla de federalismo-localismo-función típicamente judicial (153) limitaba las posibilidades del TS.

En segundo lugar, el fundamento sustantivo tiene la clásica división de enfoque: clasificación sospechosa-interés fundamental (para ver si se aplica el examen estricto de constitucionalidad) y racionalidad ante la inexistencia de los anteriores.

La ausencia de la primera se basa en la interpretación de la situación fáctica como una desigualdad entre distritos, lo que hace imposible considerar al distrito en general como categoría sospechosa.

La ausencia del segundo, en la carencia de nexo entre la educación y algún derecho explícita o implícitamente reconocido en la Constitución.

Ambos análisis contienen, sin embargo, dos afirmaciones relevantes: A) La ausencia de categoría sospechosa se basa, negativamente, en que nunca se discute que se deje de prestar un mínimo de servicio, llegando incluso a afirmar la sentencia hasta seis veces al menos que la resolución del caso sería otra si gente sin dinero fuera incapaz de pagar la educación pública; B) la ausencia del interés fundamental se basa en que si se reconociera a la educación ese carácter... «¿cómo distinguirlo del interés personal en la consecución de un nivel de vivienda y subsistencia decente?». Volveremos sobre ambas matizaciones (154).

Finalmente, el TS reconoció el carácter racional del esquema impositivo, ya que, pese a ser verdad que existían «alternativas menos gravosas», éstas sólo se aplican cuando se lesiona algún derecho o libertad constitucionalmente reconocido.

Ni qué decir tiene que todos los puntos de vista fueron atacados por los disidentes: J. White acusó al esquema impositivo de no pasar siquiera el *test* de la racionalidad, ya que la defensa del localismo (fin) sólo sería adecuada y realista si se garantizara a todos los distritos que iban a poder gastar más dinero en educación (medio). J. Marshall elaboró uno de sus más completos votos particulares insistiendo en el carácter fundamental del interés (155) y en la existencia de, al menos, hasta seis posibles alternativas favorecedoras del localismo-federalismo (156). Finalmente, J. Brennan adoptó ambas posiciones indicando que a su juicio no debía superar ninguno de los *tests* ni el estricto ni el de mera racionalidad.

(152) *Idem*, p. 44.

(153) Véase *Op. cit.*, *Supra*, nota 147.

(154) Véase *infra*, apartado D: 3.

(155) J. Marshall es, sin duda alguna, el magistrado del TS de mente más igualitaria.

(156) En nota a pie de página analizó todas y cada una de ellas.

El campo de la educación como interés fundamental quedaría, pues, cerrado si no fuera porque la teoría del mínimo prestacional, salvada por J. Powell en *San Antonio* ha sido acogida ampliamente en los tribunales inferiores, aparte de que, repito, muchos tribunales estatales han optado por la vía de su reconocimiento en abierta contradicción con *San Antonio* por la vía de interpretación de su propia Constitución estatal (157).

Uno de los casos más famosos, que reconoció el derecho a un mínimo educativo, fue *Frederick L. v. Thomas* (158), donde un juez federal de distrito reconoció a los demandantes la existencia de acción directamente derivada de la cláusula de igualdad para atacar la denegación de educación pública gratuita especial para niños con dificultades de aprendizaje por un distrito escolar de Philadelphia. Los demandantes alegaban que en realidad, al no existir más que un programa de educación normal, se les negaba el derecho a la educación. En último término, de todas formas, la cuestión fue decidida por el Tribunal de Apelación como fundamentada en la ley estatal. Pero el juez de distrito se había basado directamente en *San Antonio*. El propio TS ha reconocido la obligación de crear determinados programas especiales para estudiantes que no hablan inglés, pero lo ha hecho mediante la interpretación del título VI de la *Civil Rights Act* de 1964 (159). De todas formas, el tema estricto del derecho a la prestación cuando su ausencia es total no ha sido planteado frontalmente en ningún caso, aunque su constitucionalidad se deriva de los *dicta* de *San Antonio* (160).

C:5. El derecho a las prestaciones de la seguridad social

a) El esquema legal.

Antes de entrar en la exposición de la jurisprudencia conviene explicar brevemente el esquema organizativo de la seguridad social norteamericana.

La Ley de 1935 comprendía cinco programas, dos propiamente de seguridad social (haciendo del trabajo el requisito y la fuente de la futura prestación) y tres de asistencia pública (la prestación viene determinada sólo por la situación de necesidad) (161). Los dos primeros eran OAI (hoy

(157) Cuando el TS enjuició *San Antonio* al menos cuatro Estados habían anulado esos esquemas impositivos (California, Minnesota, Michigan y New Jersey). Después, y hasta 1976, California, Michigan y New Jersey lo han mantenido. Idaho apreció su constitucionalidad. Arizona también pese a declarar la educación interés fundamental y el Estado de Washington declaró que el derecho fundamental, reconocido expresamente en su Constitución, era una orden dirigida al ejecutivo y al legislativo.

(158) 419 F Supp 960 (E D Pa 1976) affirmed, 557 F 2d 373 (3d Cir. 1977).

(159) *Lau v. Nichols*, 414 US 536 (1974).

(160) Pero probablemente lo será como el derecho de los hijos de inmigrantes clandestinos, que ya ha sido enjuiciado en Texas.

(161) La distinción en los programas en la psicología del receptor y de los administradores es bastante profunda ya que los programas de asistencia tienden a considerarse como pura beneficencia dando lugar la percepción a un cierto estigma social, mientras que los de seguridad social *strictu sensu* tienden más a ser considerados como un derecho. Véase, en general, FRIEDMAN: *Social Welfare Legislation: An Introduction*, 21 Stan L Rev 217 (1969) y WILSON & TEN BROEK: *Public Assistance and Social Insurance A Normative Evaluation*, 1 UCLA L Rev 237 (1954).

OASDI), que cubría las pensiones de jubilación (extendida en 1939 a los familiares supervivientes y en 1956 con las pensiones por invalidez) y UI (prestación de desempleo). Los tres segundos eran AFDC (ADC hasta 1962) (que protege mediante el pago de pensión a viudas con hijos de ellas dependientes; un pequeño programa, AFDC-UF, para familias en que el padre está en situación de desempleo, lo completa); OAA (ayuda a la tercera edad) y AB (ayuda a los ciegos). Estos dos últimos se fundieron en 1974 con otro programa instituido en 1950 (APTD, que protegía a los incapacitados), formando el SSI (*Supplemental Security Income*).

La Ley de Seguridad Social también comprende prestaciones sanitarias en especie: *Medicaid* (en general, para los necesitados) y *Medicare* (para los jubilados con independencia de la situación de necesidad).

El sistema se completa con un programa llamado *General Assistance* que se regula en leyes estatales y locales y con uno de los más extensos programas federales, *Food Stamps*, que regula la *Federal Agricultural Act* y administra el Ministerio de Agricultura, consistente en bonos sólo canjeables en la compra de alimentos en ámbito rurales.

En general, UI y AFDC obedecen a esquemas de federalismo cooperativo, y SSI es primordialmente sólo federal (162).

b) La protección más débil: el *procedural due process*.

Al igual que en otros campos, como el del empleo, el Tribunal Burger ha considerado como interés patrimonial suficiente para exigir el principio de audiencia la cesación en las prestaciones del programa AFDC. Efectivamente, *Goldberg v. Kelly* (163) fue el primero de ellos, pero lo más interesante es que *Goldberg* contiene afirmaciones como las siguientes: «(El programa AFDC) provee los medios necesarios para obtener comida, vestido, vivienda y servicios médicos básicos (164)»; «Desde su fundación, una de las preocupaciones esenciales de esta Nación ha sido la de procurar la dignidad y bienestar (*well being*) de todas las personas dentro de sus fronteras (165)»; «la Seguridad Social... puede poner al alcance de los pobres las mismas oportunidades que otros tienen de participar realmente en la vida de la comunidad (166)»; «la asistencia pública no es mera beneficencia, sino "el medio de conseguir las Bendiciones de la Libertad para nosotros mismos y nuestra posteridad" (167)» etc. (168).

Pese a que el TS haya negado que el peso específico de *Goldberg* resida

(162) Para una mayor especificación del contenido de los programas véase BRUDNO, POVERTY: *Inequality, and the law* (West Pub. Co., 1976), pp. 487-783.

(163) 397 US 254 (1970).

(164) *Idem.* p. 264.

(165) *Idem.* pp. 264-265.

(166) *Idem.* p. 265.

(167) *Idem.*

(168) La mejor recolección de *dicta* de este tipo en todos los casos relativos a los *welfare rights* se encuentra en los apéndices a la obra de MICHELMAN: *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 Wash U L Q 659, 686-93.

en la necesidad-indigencia generada por la denegación de los beneficios (169), qué duda cabe de que ofrece la única explicación posible en la «marcha atrás» posterior del Tribunal Burger, limitando los intereses personales y patrimoniales alegables en aplicación de la enmienda número 14. Efectivamente, dicha «marcha atrás» se produjo precisamente a partir de otro caso relacionado con el tema de las prestaciones de la Seguridad Social: *Mathews v. Eldridge* (170). En este caso sostuvo el TS que el principio de audiencia previa no era necesario en el contexto de las prestaciones por invalidez. En vez de derogar o limitar expresamente *Goldberg*, el TS intentó diferenciarlo siendo la clave la situación desesperada en que pueden quedar los beneficiarios del AFDC frente a la más cómoda de aquellos a los que deja de prestarse, sin audiencia, la pensión de invalidez. En una palabra, como dice Tribe, este caso añadió para el demandante «el requisito de demostrar la desesperación (171)».

Independientemente de esta aplicación del *due process*, el TS ha sostenido, en el ámbito de los mandatos judiciales de la cuarta enmienda, en *Wyman v. James* (172) la validez de las leyes estatales que condicionaban el otorgamiento de prestaciones de la Seguridad Social (AFDC) al consentimiento por adelantado de la familia receptora a las «visitas» por parte del *staff* administrativo del programa. Se trata de un ejemplo típico de «*unconstitutional condition* (173)».

c) La distinción derecho-privilegio.

Ha sido en este campo, y en general en todo el de los *welfare rights*, donde ha salido a relucir constantemente la interrelación entre la capacidad del legislativo de otorgar-denegar prestaciones y la de los tribunales de proteger a los beneficiarios frente a recortes indebidos de las mismas.

La conceptualización de estos derechos como privilegios es clásica desde principios de siglo. Fue precisamente J. Holmes el que, siendo juez estatal, afirmó, en *Mc Auliffe v. Mayor of New Bedford* (174), al denegar un ataque constitucional contra el despido de un funcionario, que «el demandante puede tener un derecho constitucional a hablar de política, pero no tienen ningún derecho constitucional a ser policía... el funcionario no puede quejarse si acepta el empleo bajo determinadas condiciones».

Sin embargo, tal postura hoy es dudosamente constitucional si se contempla la doctrina de las *unconstitutional conditions*. Volveremos sobre ellas (175), ahora sólo nos interesa, de momento, repasar los casos en materia de prestaciones de Seguridad Social en que se ha aludido a esta doctrina.

(169) *Fuentes v. Shevin*, 407 US 67, 89-90 (1972), donde lo dijo de pasada ya que el caso se refiere a procesos civiles de embargo y secuestro de bienes.

(170) 425 US 319 (1976).

(171) TRIBE: *Op. cit.*, p. 1127. Véase *supra* nota 161.

(172) 400 US 309 (1971).

(173) Véase *infra*, apartado D: 3.

(174) 155 Mass 216, 29 N E 517 (1892).

(175) Véase *infra*, apartado siguiente e) *in frie* y D: 3.

En origen, *Flemming v. Nestor* (176) mantuvo una posición intermedia. Mientras el TS sostuvo que la privación de prestaciones de la Seguridad Social por modificación legislativa no podía considerarse privación de propiedad a efectos de la cláusula expropiatoria, sin embargo, reconoció que «ello no equivalía a decir que el Congreso puede ejercer su potestad modificadora de esquemas legislativos libre de todo freno constitucional, ya que... puede suponer una clasificación arbitraria, que carece de justificación racional». Es decir, no puede privarse *desigualmente* de beneficios, con lo que la privación enlaza directamente con la aplicación de la cláusula de igualdad: da igual que se prive de un derecho o de un privilegio si hay infracción del principio de igualdad. Pero lo que *Flemming* dejó claro es la potestad modificadora genérica (sin trato desigual por razón de clase sospechosa), sin necesidad de indemnizar. En este sentido, las expectativas de prestación no son «propiedad» cuya privación haya que indemnizar. Para el TS esto está actualmente también muy claro (177). Recientemente ha vuelto a poner los puntos sobre las íes en *Hisquierdo v. Hisquierdo* (178): «como las prestaciones de la Seguridad Social, y a diferencia de la mayoría de los planes privados de pensión, los beneficios de jubilación ferroviarios no tienen naturaleza contractual. El Congreso puede alterarlos, o incluso eliminarlos, en cualquier momento (179)». En este sentido, no son un privilegio. Ni qué decir tiene que si los indigentes se hubieran pasado a ser categoría sospechosa o la seguridad social interés fundamental, los motivos para la modificación-eliminación tendrían que ser realmente elevados porque, en este caso, toda modificación-eliminación sería, por esencia, desigualitaria (180).

Este carácter de privilegio, sin embargo, está en constante tensión no sólo con su no modificación arbitraria, por desigual, sino con su no modificación por perjudicial para otros derechos (*unconstitutional conditions*). Esta tensión es la que se refleja en la descripción de los casos que vienen a continuación.

d) *Dandridge* o el gran rechazo.

El TS cogió en 1970 el toro por los cuernos enjuiciando frontalmente si la condición económica iba a ser o no clase sospechosa y si la seguridad social iba a ser o no declarado interés fundamental.

Dandridge v. Williams (181) presentaba al TS un esquema estatal de aplicación del programa federal AFDC en el que la determinación del «estándar de necesidad», cuya fijación correspondía a los Estados (182) se

(176) 363 US 603 (1960).

(177) No para la doctrina, apoyándose en el propio TS en otros campos. Véase *infra* apartado D: 3.

(178) 47 USLW 4141 (1979).

(179) *Idem*, p. 4142.

(180) Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 10.

(181) 397 US 471 (1970).

(182) El AFDC tiene un esquema legal de federalismo cooperativo negociándose entre los Estados y el Gobierno federal los niveles de asistencia prestacional y la correlativa financiación federal. En algunos casos ello da lugar a ataques simplemente de delegación legislativa (ley federal-ley, o normalmente reglamento, estatal). Pero también puede dar lugar a ataques constitucionales basados en la cláusula de igualdad no sólo

hizo en Maryland de forma que se limitaba la cantidad máxima a recibir por familia (a 250 dólares al mes en algunos condados y en Baltimore y a 240 en el resto del Estado) sin atender a que la familia pudiera tener más o menos hijos.

La sentencia se fundamenta en dos argumentos básicos: A) La legislación no afecta a ninguna de las libertades del *Bill of Rights*; y B) la asimilación total entre *business* y *welfare regulation* que no se había producido claramente hasta entonces. J. Stewart, tras citar varios casos de sentencias sosteniendo leyes de intervención económica por aplicación del *test* de mera racionalidad, añadió: «Es cierto que los casos citados, y muchos otros, que son reflejos de ese *test* en la aplicación de la cláusula de igualdad, son ejemplos de regulación estatal de carácter comercial e industrial. Por el contrario, la administración de los programas de asistencia pública está inexplicablemente unida con las necesidades más básicas de los seres humanos más pobres. Reconocemos esta dramática diferencia en la situación de hecho, pero no encontramos fundamento alguno para aplicar otro tipo de *test*.»

De nuevo fue J. Marshall el encargado de redactar el voto particular (183); no insistió en la «fundamentalidad» de los *welfare rights*, sino indirectamente, al acusar a la mayoría de igualar sin motivo alguno las regulaciones de carácter social con las económicas, indicando que «este caso, que afecta literalmente a los intereses vitales de una minoría sin poder político (184) —familias pobres sin cabeza que les traiga el pan al hogar (185)— cae muy lejos del área de la regulación económica, como el propio TS admite. ¿Por qué se aplica entonces el mismo estándar de constitucionalidad?».

Su ataque más fuerte reside en la aplicación más estricta del *test* de la racionalidad: ningún interés estatal favorece el fin de la ley. En una palabra, J. Marshall aplicó el *test* de la racionalidad, «con mordiente (186)» que ha sido la vía más usual en la constitucionalización de los *welfare rights* como veremos a continuación.

por la fijación de mínimos en los distintos programas sino incluso por su interrelación (atribución por algún Estado de más dinero del fondo global federal a unos programas en perjuicio de otros: véase *Jefferson v. Hackney*, 406 US 535 (1972). En el caso concreto de los mínimos del programa AFDC algunos Estados proveen que todas las familias recibirán prestaciones pecuniarias suficiente para cubrir todo el estándar de necesidad; otros legislaron que cada familia recibiría dinero para proveer a un porcentaje de ese estándar; otros proveían con el pago del total de estándar a la mayoría de las familias pero imponían un límite máximo al importe total que podía percibir cada familia. A este último grupo pertenecía el esquema adoptado por Maryland.

(183) Al que se unió J. Brennan. J. Douglas formuló un voto particular basándose en el problema de la estricta legalidad. Tanto la sentencia de J. Stewart como la de J. Marshall enfocan primero el tema desde la legalidad y luego desde la constitucionalidad.

(184) Se trata, pues, de hacer a la clase «sospechosa» resaltando en ella las características de la nota de *Carolene*.

(185) J. Marshall insistirá en que son los menores de edad necesitados quienes en realidad se ven privados de los medios de subsistencia.

(186) J. Marshall siempre fue el promotor de dejar la dicotomía *strict-rational scrutiny* en favor de una *sliding scale* de valores constitucionales.

e) El control de mera racionalidad.

Se recordará que el control de racionalidad opera como un control de finalidad de la ley así como de los medios para lograr dicha finalidad (187).

En este campo, entonces, la constitucionalización de los *welfare rights* puede operar como asunción por el poder judicial de los fines de la legislación venciendo la tautología, que toda búsqueda de la finalidad de la ley supone (188), mediante la presuposición de que el legislativo pretendía otorgar beneficios con toda amplitud.

No es, pues, de extrañar que en este campo el examen de legalidad se confunda con el de constitucionalidad, ya que la finalidad presumida de la ley federal establecedora del programa opera como límite de la regulación inferior, estatal o federal (problema de legalidad de la legislación inferior) o como fin a que la clasificación tiene que responder (problema de igualdad-constitucionalidad).

Dandridge (189) hemos visto que presentaba ambos juntos (190). *King v. Smith* (191) puede ser otro ejemplo. En este caso, el TS anuló un esquema de desarrollo estatal del programa AFDC que excluía de las prestaciones a las familias con «sustituto de padre (192)». Pues bien, la mayoría, interpretando la finalidad de la Ley de Seguridad Social como la de cubrir situaciones de indigencia y no la de regular la moralidad e interpretando el término «padres» de la ley en sentido restringido, declaró ilegal una ley de Alabama. J. Douglas, en un voto concurrente, citando como precedente la validez anterior de otros reglamentos que intentaban asegurar que no hubiera una persona responsable que trajera dinero a la casa, admitió la legalidad de la ley, pero la acusó de inconstitucional por irracional ya que el medio no coincidía con el fin de la ley que era otro muy distinto del de «castigar a los hijos de madres inmorales» (193).

Pues bien, esta aplicación del *test* de la racionalidad mediante el control de la finalidad de la legislación ha dado lugar a frecuentes anulaciones de leyes. *United States Department of Agriculture v. Moreno* (194) es el caso prototípico al anular determinados requisitos del programa *Food Stamps* construyendo la finalidad de la ley como «el alivio del hambre y la mal nutrición entre los estamentos más indigentes de nuestra sociedad (195)». También *Weinberger v. Jiménez* (196) se basa en el *test* de la racionalidad.

(187) Véase mi trabajo cit *supra*, nota 10.

(188) *Idem*.

(189) 397 US 471 (1970).

(190) Véase *supra*, nota 183.

(191) 392 US 309 (1968).

(192) Excluía de los posibles perceptores a las familias cuando un hombre, casado o soltero: a) vivía en la casa con la madre natural o adoptiva del niño, cohabitando con ella; b) si la visitaba frecuentemente con ese fin, o c) si cohabitaba con la madre aunque no fuera en la casa. La *Social Security Act* permite la exclusión cuando el padre no está ausente continuamente de la casa.

(193) Aun reconociendo que en los orígenes de la ley la idea de compensación a las «buenas viudas» estuvo presente.

(194) 413 US 528 (1973).

(195) *Idem*, p. 529.

(196) 417 US 628 (1974).

Sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos, la aplicación del *test* de la racionalidad siguió las rutas de *Dandridge*, dando lugar al sostenimiento de la constitucionalidad de las leyes. *Fritz* (197), en el curso pasado, confirma esta línea.

A veces ha bastado pura y simplemente el interés del Estado en la salud financiera del sistema para justificar la racionalidad de una clasificación, como *Ohio Bureau of Employment Services v. Hodory* (198), donde se justificó así una norma de desarrollo estatal de la Ley de Seguridad Social que privaba de prestación de desempleo a los trabajadores que se hubieran quedado sin trabajo temporal o totalmente por causa de una huelga, aunque la huelga no tuviera nada que ver con el centro donde trabajaban (199). *Schweiker v. Wilson* (200), caso que ya conocemos (201), ha reafirmado recientemente la legitimidad del fin del Congreso consistente en salvaguardar los propios presupuestos.

f) Los *tests* intermedios de constitucionalidad.

Pese a que *Dandridge* negara a las prestaciones de seguridad social la categoría de interés fundamental y pese a que la indigencia no sea una clasificación sospechosa, cuando la denegación de estas prestaciones aparece relacionada con alguna de las características que generan, aun fuera de la Seguridad Social, el *test* intermedio, el TS no ha dudado ni un momento en ejercitarlo. El examen intermedio de constitucionalidad viene motivado por la presencia de algunos tipos de clase sospechosa (sexo, filiación y extranjería, típicamente) o por la existencia de una presunción legislativa *iuris et de iure* (202).

Pues bien, se da la paradoja de que la inmensa mayoría de los casos de discriminación por razones de sexo o filiación son casos de denegación de prestaciones sociales, de ahí que haya planteado el tema de si se anulan en cuanto tal discriminación sólo en cuanto tal discriminación *plus* el hecho de que lo que se deniega es un *welfare right*. De hecho, como veremos (203), dado que estos casos, sobre todo los de filiación, son a primera vista totalmente incongruentes unos con otros, se ha intentado buscar la línea que los une no en el sujeto afectado (hijo ilegítimo), sino en el carácter de la prestación.

Dado que los casos son casi innumerables, vamos a limitarnos a enumerarlos indicando resumidamente la doctrina que contienen (204).

(197) 49 USLW 4035 (1980).

(198) 45 USLW 4544, 4550 (1977).

(199) Un trabajador de altos hornos fue despedido por el cierre de dichos altos hornos por falta de suministros, falta motivada por una huelga nacional de mineros del carbón.

(200) 49 USLW 4207 (1981).

(201) Véase mi trabajo publicado en el núm. 3 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

(202) Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 10.

(203) Véase *infra*, apartado D:1.

(204) Un estudio más detallado se encuentra hoy en cualquier manual de Derecho Constitucional. Véanse, por ejemplo, GUNTHER, pp. 864-886 y 897-908; TRIBE, pp. 1057-1081; NOWAK, et al., pp. 601-618.

f:1. La discriminación por razón de sexo y los *welfare rights*

Los casos que implicaban la desigualdad en las prestaciones son los siguientes: *Reed v. Reed* (205), donde el TS declaró inconstitucional la menor puntuación de una aspirante a un empleo público por el hecho de ser mujer (206); *Frontiero v. Richardson* (207), donde el TS declaró inconstitucional la necesidad de que los miembros femeninos de las Fuerzas Armadas demostraran que sus maridos dependían de ellas (cosa que los miembros varones no necesitan hacer respecto de sus mujeres) para obtener determinadas prestaciones sanitarias y complementos familiares; *Geduldig v. Aiello* (208) declaró, sin embargo, constitucional la exclusión del seguro de incapacidad por embarazo y parto indicando que la exclusión «no se basaba en el sexo»; *Weinberger v. Wiesenfeld* (209) declaró inconstitucional parte de la Ley de Seguridad Social que exigía a los maridos supervivientes de las trabajadoras la prueba de dependencia, cosa que no exigía a las esposas cuando el que muere es el trabajador; *General Electric Co. v. Gilbert* (210) extendió *Geduldig* al plano puramente legal, ya que después de aquél, los tribunales inferiores empezaron a basar la anulación de desventajas por embarazo en el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, de mayor alcance teórico que la Constitución (211); *Califano v. Goldfan* (212) anuló parte del OASDI que decretaba que el viudo de una asegurada tenía que haber estado recibiendo al menos la mitad de su actual renta de la trabajadora que por muerte causa la pensión (213); *Califano v. Webster* (214) anuló un sistema de cálculo de la pensión de jubilación del OASDI que *podía* suponer menor pensión para la mujer (215); *Nashville Gas Co. v. Staly* (216), decisión que determinó que el embarazo-parto sí era discriminatorio si como consecuencia del mismo se perdía, además, la antigüedad a efectos de promoción de categoría, distinguiendo *Gilbert* en base a que aquí no se rehúsa dar a las mujeres un beneficio del que no pueden gozar los hombres, sino que se les impone una

(205) 404 US 71 (1971).

(206) Aunque no se refiere a prestaciones sociales lo he incluido por su relevancia en cuanto derecho social a la igualdad en el empleo.

(207) 411 US 677 (1973).

(208) 417 US 484 (1974).

(209) 420 US 636 (1975).

(210) 429 US 125 (1975).

(211) De todas formas el Congreso anuló a su vez *Gilbert* modificando dicho título VIII prohibiendo la discriminación por embarazo.

(212) 430 US 199 (1977).

(213) Este caso, al igual que *Weinberger v. Wiesenfeld*, *supra*, nota 209, parecen discriminación contra el marido superviviente. Sin embargo el TS, muy acertadamente, los admitió como discriminaciones contra la mujer funcionaria o trabajadora porque su empleo no generaba como quasi prestación a su trabajo un segundo tan amplio en cobertura de familiares como el del hombre trabajador.

(214) 430 US 313 (1977).

(215) Se basaba en que la pensión se calculaba sobre el salario medio, que a su vez se saca de la media de salarios más altos percibidos en un determinado número de años (desde 1950 hasta aquel en que el trabajador cumple sesenta y cinco o la trabajadora sesenta y dos). En resumen ello permitía a los trabajadores sacar algunos años (los más bajos de salario, lógicamente) para el cómputo de la media que, en último término, repercutía en la pensión.

(216) 434 US 136 (1977).

carga; *Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart* (217) al igual que el anterior en el contexto del título VII, determinó que la mayor mortalidad a edades más jóvenes de los hombres no autorizaba a crear un programa de jubilación que obligara a las mujeres trabajadoras a cotizar más porque iban a vivir más tiempo como jubiladas (218); *Personnel Administrat of Massachusetts v. Feeney* (219), donde el TS se negó a reconocer que hubiera discriminación, por falta de intención (220) en un programa que favorecía el empleo público de los veteranos de guerra, pese a que fueran sólo hombres en su inmensa mayoría; *Califano v. Westcott* (221), donde el TS declaró inconstitucional la estructura del AFDCUF porque sólo genera beneficios si el desempleado es el padre (y no la madre) de familia (222); *Wengler v. Druggist Mutual Ins. Co.* (223) declaró inconstitucional el sistema de indemnizaciones por accidentes de trabajo de Missouri porque sólo generaba pensión, en el caso de que la accidentada fuera la mujer trabajadora, si el marido probaba la dependencia o estaba incapacitado.

En absolutamente todos los casos de discriminación por razón de sexo relacionados con este tipo de prestaciones se ha admitido la inconstitucionalidad de la ley. No ocurre lo mismo cuando la discriminación está en relación con temas militares (224), penales (225) o de exenciones fiscales (226). El caso de los gastos de embarazo-parto, enormemente criticado por la inmensa mayoría de la doctrina (227), aparece quizás como la excepción que confirma la regla.

f:2. La filiación y los *welfare rights*.

Desde que el TS aplicó por primera vez un estándar de constitucionalidad más rígido tratándose de clasificaciones basadas en la filiación (228), ha

(217) 435 US 702 (1978).

(218) Este caso es esencial para el estudio de hasta qué punto pueden individualizarse datos estadísticos generales.

(219) 442 US 256 (1979).

(220) Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 10.

(221) 443 US 76 (1979).

(222) Véase mi trabajo. *Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en Norteamérica* en esta REVISTA, núm. 5.

(223) 446 US (1980).

(224) Véase *Rosker v. Goldberg*, 101 S Ct 2646 (1981).

(225) Véase *Michael M. v. Superior Court*, 101 S Ct 1200 (1981) donde el TS sostuvo una ley penal de California que penalizaba a los varones (y no a la mujeres) por cohabitación con una menor de dieciocho años.

(226) Véase *Kahn v. Shevin*, 416 US 351 (1974), donde el TS mantuvo la validez de una exención fiscal para las viudas.

(227) Véase la acusación de «ceguera judicial» hecha por TRIBE: *Op. cit.*, pp. 1072-73. Efectivamente, quizás la única explicación razonable sea la expuesta por J. Rehnquist en *Gilbert* de que el embarazo se distingue de las restantes «enfermedades» por su voluntariedad, pero el plan también cubría «enfermedades voluntarias» de los hombres como la vasectomía, lo cual hace la decisión pura y simplemente absurda. En general, sobre una comparación entre los riesgos cubiertos por el plan de California, véase BARTLETT: *Pregnancy and the Constitution: The Uniqueness Trap*, 62 Cal L Rev 1532, 1561-63 (1964).

(228) *Levy v. Louisiana*, 191 US 68 (1967). Sin embargo, el TS nunca ha hablado expresamente de la filiación legítima como categoría sospechosa.

seguido una línea totalmente irregular (229). Limitándonos a los casos relativos a las prestaciones sociales, la línea no ha sido tampoco nada clara.

Weber v. Aetna Casualty and Surety Co. (230) declaró inconstitucional una ley de Louisiana de indemnización por accidentes de trabajo que excluía de los posibles perceptores a los ilegítimos no reconocidos (231).

En ese mismo año de 1972 el TS afirmó sin opinión dos sentencias de tribunales inferiores que anularon disposiciones de la Ley de Seguridad Social, que permitían a los hijos ilegítimos ser beneficiarios de prestaciones sólo si los hijos legítimos no se cualificaban para percibirlos (232).

Finalmente, en *New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill* (233), el TS anuló él mismo parte del programa AFDC-UF, que exigía que la familia perceptora estuviera formada por personas casadas y con hijos legítimos o adoptivos. Siendo la finalidad de la ley la ayuda a niños necesitados, la situación de los padres era totalmente accidental (234).

Sin embargo, en 1976, el TS dio marcha atrás. En *Mathews v. Lucas* (235) admitió la validez de las prestaciones por supervivencia de la Ley de Seguridad Social en favor de los hijos, siempre que éstos dependieran del padre fallecido. Se presumía que dependían de él en alguna de las siguientes circunstancias: si son legítimos, si vivían con el trabajador o tenían su soporte económico, si son sucesores abintestato o si fueron reconocidos voluntaria o judicialmente. Los hijos ilegítimos estaban, por tanto, en situación de desventaja respecto de los legítimos, quienes, en todo caso, recibían la prestación. *Jiménez* fue distinguido en base a que mientras en éste algunos hijos quedaban en todo caso excluidos, en *Lucas* siempre podían demostrar la dependencia.

f:3. La extranjería y los *welfare rights*.

La consideración de la extranjería como clase sospechosa es obra del Tribunal Burger. Su categorización como tal se produjo precisamente en un caso de denegación estatal de *welfare right*. En *Graham v. Richardson* (236), el TS dijo pura y simplemente que los Estados no podían denegar beneficios sociales a los extranjeros, otorgándoles la categoría de minoría aislada (237),

(229) Véase el intento de distinción de *Trimble v. Gordon*. 430 US 762 (1977), sólo un año más tarde, por J. Powell en *Lalli v. Lalli*, 439 US 259 (1978). Realmente los casos eran indistinguibles.

(230) 406 US 164 (1972).

(231) Un año antes se había permitido lo mismo, pero no con compensaciones por accidentes de trabajadores, sino con las legítimas sucesorias. Véase *Labine v. Vincent*, 401 US 532 (1971). La diferencia parecía por tanto residir en la distinta naturaleza de los beneficios. *Levi*, *supra* nota 229; sin embargo, había prohibido la discriminación en la indemnización por muerte como régimen general de responsabilidad civil.

(232) Véase *Davis v. Richardson*, 342 F Supp 588, *affirmed* 409 US 1069 (1972) y *Grifrin v. Richardson*, 346 F Supp 1226, *affirmed* 409 US 1069 (1972).

(233) 411 US 619 (1973). *Per curiam*.

(234) Recuérdese ahora el voto particular de J. Douglas en *King v. Smith*, 392 US 309 (1968) *supra* notas 191 y ss., y el texto que las acompaña.

(235) 427 US 495 (1976).

(236) 403 US 365 (1971).

(237) Citando la célebre nota 4 de *Carolene*.

declarando que una vez que el gobierno federal indicaba las condiciones de entrada, los Estados no podían imponer otras y que los extranjeros pagaban impuestos y podían ser obligados a cumplir el servicio militar como los nacionales. El segundo de los aspectos es el que ha venido realmente a resaltar en casos posteriores (238) ya que, en *Mathews v. Diaz* (239), admitió la constitucionalidad del condicionamiento, por el Congreso, en la percepción de Medicare, a la admisión para residir continuamente o a la residencia continua en los Estados Unidos durante cinco años como mínimo.

f:4. La teoría de las Presunciones *iuris et de iure* y los *welfare rights*.

Como Tribe ha puesto de relieve (240) esta teoría (241) ha venido a suponer en la práctica un tipo intermedio de examen de constitucionalidad. El conglomerado de casos enjuiciados bajo esta doctrina es de lo más variado. Uno de ellos, sin embargo, afecta de plano al campo de las prestaciones sociales. En *United States Department of Agriculture v. Murry* (242), el TS anuló un artículo de la *Food Stamps Act* de 1964 que «creaba la presunción de que ... un hogar (243) no está necesitado y tiene acceso a una nutrición adecuada» cuando cualquier miembro de ese hogar, menor de dieciocho años, ha sido registrado como dependiente a efectos tributarios en otro hogar no elegible para *Food Stamps*. Para el TS, negar a los individuos del primer hogar la posibilidad de recibir ayuda federal, sin darles la oportunidad de probar realmente su estado de necesidad, es una presunción que ataca el *due process*.

De nuevo el TS pareció dar marcha atrás.

En *Weinberger v. Salfi* (244), el caso que dio al traste con la doctrina, mantuvo la validez de parte de la Ley de Seguridad Social que excluía de los posibles beneficiarios de las prestaciones de supervivencia a la mujer y/o hijos cuando su relación con el trabajador tuviera menos de nueve meses a contar hacia atrás desde el momento de la muerte. Haciendo auténticos esfuerzos de distinción con los casos anteriores, y entre ellos especialmente con *Murry* (245), el TS aplicó el test de mera racionalidad dando total deferencia al Congreso en su indicación de las condiciones de las que hace depender los fondos provenientes del Tesoro Público. La creencia de que esas situaciones suponen fraude es, para el TS, perfectamente racional. De todas formas destaca el paralelo de las prestaciones examinadas en *Murry* y *Salfi* con el de las examinadas en *Goldberg* y en *Eldridge* (246).

(238) Es decir, la consideración de que el régimen de extranjería es competencia federal y no estatal. Véase nota. *The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection*. 31 Stan L Rev. 1069 (1979).

(239) 426 US 67 (1976).

(240) Véase TRIBE: *Op. cit.*, pp. 1092-1098.

(241) Véase mi trabajo cit. *supra* nota 10.

(242) 413 US 508 (1973).

(243) *Household* es la unidad familiar de cómputo para el programa *food stamps*.

(244) 422 US 749 (1975).

(245) Véase TRIBE: *Op. cit.*, pp. 1095-1097, notas 25-28.

(246) Véase *supra* notas 161 y 171.

g) Las incongruencias de su combinación con los supuestos de examen estricto de constitucionalidad.

Dadas las líneas jurisprudenciales hasta ahora examinadas, parecería que cuando las prestaciones sociales se combinen con un interés fundamental o una categoría sospechosa (raza) de los que generan examen estricto de constitucionalidad de una ley, las posibilidades de que dicha ley fuera considerada constitucional serían mínimas.

Y, sin embargo, ha ocurrido todo lo contrario. Sólo la combinación de estas prestaciones con el derecho al libre movimiento interestatal y con el derecho a la libertad religiosa han producido la anulación de las normas, pero su combinación con la raza, el matrimonio como derecho fundamental, el aborto y el acceso a la justicia como interés fundamental han motivado la apreciación de su constitucionalidad.

Shapiro v. Thompson (247), ya examinado (248), es el típico ejemplo de lo primero.

Los casos relativos a la libertad religiosa son quizás más chocantes. El primero de ellos fue *Sherbert v. Verner* (249). Una miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día fue despedida por no querer trabajar los sábados, no siendo capaz de encontrar otro trabajo por idéntico motivo, de forma que tampoco recibió prestación de desempleo porque el esquema de Carolina del Sur excluía de los beneficiarios a los trabajadores que, sin causa justa, rehusaban un nuevo trabajo adecuado. En una sentencia claramente en conflicto con la jurisprudencia relativa a la cláusula de aconfesionalidad del Estado (250), el TS declaró que si Carolina del Sur permitía la excepción del rechazo de trabajo en los domingos (251), el hacer depender el seguro de desempleo del rechazo a las creencias religiosas de los adventistas era inconstitucional. *Sherbert* fue siempre contemplado como la excepción curiosa. Sin embargo, el 6 de abril de 1981, el TS volvió a insistir en el tema declarando, en *Thomas v. Indiana Employment Security Division Review Board* (252), que el autodespido por objeción de conciencia de carácter religioso contra la fabricación de armamento no puede dar lugar a la exclusión del seguro de desempleo (253).

Sin embargo, la combinación del factor prestación social con la posible discriminación racial no ha dado lugar, al contrario de lo que ocurre cuando se combinan raza y educación (254) o, por supuesto, cuando se combinan

(247) 394 US 618 (1969).

(248) Véase *supra* texto que acompaña a la nota 44.

(249) 374 US 398 (1963).

(250) Véase el acertado voto concurrente de J. Stewart.

(251) Véase la línea jurisprudencial anterior salvaguardando las leyes de calendarios laborales y comerciales contra los que por religión alegaban no poder trabajar en sábado. *Mc Gowan v. Maryland*, 366 US 420 (1961) y *Braunfeld v. Brown*, 366 US 599 (1961).

(252) 49 USLW 4341 (1981).

(253) En este caso ya todo el TS ha reconocido abiertamente el conflicto entre las dos cláusulas constitucionales religiosas por lo que parte del argumento se limitaba a citar *Sherbert*. Véase 49 USLW 4341, 4344-45 (1981).

(254) Véase *Brown I* 347 US 483 (1954).

raza-empleo (255), por el recurso del TS a la necesidad de demostrar la intención discriminatoria. *Jefferson v. Hackney* (256) representa el típico ejemplo.

Cuando el matrimonio como derecho fundamental (257) se ve envuelto, el TS, de nuevo, ha sido contradictorio. *Zablocki v. Redhail* (258), por ejemplo, declaró inconstitucional una ley de Wisconsin que obligaba a obtener licencia matrimonial judicial a todos aquellos padres privados de la patria potestad de algún hijo, pero obligados, por orden judicial, a soportarlos económicamente. La licencia, además, sólo podía concederse si el padre había cumplido esa obligación y si los hijos, a juicio del tribunal, probablemente no iban a convertirse en «cargas públicas». La sentencia es típica por pluralista. Sólo J. Stevens concurrió indicando que se trataba de un caso claro de discriminación deliberada contra los pobres. J. Stewart lo consideró un caso de *substantive due process*. De todas formas, la sentencia de J. Marshall recibió el apoyo de, al menos, cuatro de sus compañeros (259) y su fundamento se basa en la cláusula de igualdad considerando el matrimonio un interés fundamental (260). Poco antes, sin embargo, el TS había admitido la constitucionalidad de un precepto de la Ley de Seguridad Social que hacía cesar la prestación a menores incapacitados si se casaban con alguien no beneficiario, aunque este cónyuge fuera incapaz (261). Ni qué decir tiene que la diferencia alegada por la mayoría residía en el grado de carga directa (*Zablocki*) o indirecta (*Jobst*) de la norma enjuiciada, pese a que otros miembros del TS (262) y la casi totalidad de los comentaristas (263) juzguen ambos casos como totalmente inconsistentes uno con otro.

Si la conjunción matrimonio-prestación social ofrece dudas, la conjunción aborto-prestación está muy clara: la no financiación en el programa Medicaid de los gastos médicos, tanto de los no médicamente (*Maher*) como de los médicamente necesarios (*McRae*). En estos casos el tema se enfocó frontalmente: el ejercicio de un derecho no obliga al Estado a remover las trabas socioeconómicas que pueden impedir a alguien dicho ejercicio. Cuando se trata de remover obstáculos socioeconómicos el *test* a aplicar, si no está en juego una clasificación sospechosa o un interés fundamental (264), es el de mera racionalidad.

(255) Véase mi trabajo cit. *supra* nota 10.

(256) 406 US 535 (1972). Véase *supra* nota 182.

(257) Como derecho de *substantive due process*.

(258) 434 US 374 (1978).

(259) C. J. Burger y J. J. Brennan, White y Blackmun.

(260) J. J. Powell y Stevens se negaron a declarar al matrimonio «fundamental» por miedo a que ello pusiera en duda la constitucionalidad de muchos de los clásicos impedimentos legales.

(261) *Califano v. Jobst*, 434 US 47 (1977).

(262) J. Stevens en su opinión en *Zablocki*.

(263) Véase, especialmente, ELY: *Foreword: On Discovering Fundamental Values*, 92 Harv L Rev. 5, 11-12 (1978).

(264) Véase *Maher v. Roe*, 97 S Ct 2376 (1977) y *Harris v. Ma Rae*, 448 US (1980). Appleton ha hecho de estos casos el argumento más fuerte frente a los que pretendían que se había producido la constitucionalización de los *welfare rights*. Véase APPLETON: *Op. cit.*, *supra* nota 8, pp. 724-729.

Finalmente, tampoco parece que la conjunción del acceso a la justicia, como interés fundamental (265), con las prestaciones sociales genere un tipo estricto de revisión de la constitucionalidad de la norma, pues en *Ortwein v. Schwab* (266), el TS apreció la constitucionalidad de la tasa de 25 dólares impuesta en Oregón a las demandas contencioso-administrativas revisoras de actos denegatorios de prestaciones sociales. Para los cinco jueces que formaron la mayoría, el interés consistente en la percepción de prestaciones sociales (pensiones de vejez en este caso) «es de una importancia constitucional bastante menor que el interés defendido en *Boddie* (divorcio) (267)».

h) El federalismo, la inmunidad de jurisdicción y la separación de poderes en la ordenación del gasto como principios sustantivos.

Una de las mayores dificultades planteadas por las prestaciones de seguridad social es, como vimos (268), la de su caracterización como privilegio. Modernamente se sigue diciendo por el TS que el Estado es soberano en la ordenación de los gastos de la seguridad social, no admitiéndose la indemnización por su privación (269), ni la petrificación de las prestaciones en un momento dado por entender que su privación puede ser inconstitucional (270).

Sin embargo, además de ello, el TS, en los últimos años, ha ampliado esa concepción llegando a hablar de que «existe una presunción de constitucionalidad de la legislación social, donde el reparto de beneficios escasos de acuerdo con criterios complejos requiere la fijación de líneas dolorosas, pero inevitables (271)». Aparece de nuevo la visión institucional que tanto peso tuvo en *San Antonio* en el campo de la educación. Este institucionalismo está igualmente ligado a concepciones sustantivas del principio federal: la racionalización *a posteriori* de la finalidad de la ley como defensora de competencias estatales ha primado, en algunos casos concretos, sobre la racionalización consistente en hallar en la ley la finalidad protectora de indigentes (272). Ya hemos expuesto en otro lugar cómo el costo económico es un factor difuso en la invalidación de una norma por inconstitucional (273); utilizando precisamente el ejemplo de la jurisprudencia en materia de prestaciones sociales (274). Ni qué decir tiene que son las nociones de la

(265) Véase texto que acompaña y sigue a la nota 15.

(266) 410 US 656 (1973). *Per curiam*.

(267) Esta es una de las sentencias que más magnifica la jurisprudencia de los valores.

(268) Véase texto que acompaña a las notas 176-180.

(269) *Idem*.

(270) Véase *infra* apartado D:3

(271) *Mathews v. De Castro*, 429 US 18, 185 (1976); *Schweiker v. Wilson*, 49 USLW 4207, 4213 (1981).

(272) Véase *Schweiker v. Wilson*, *supra* nota anterior, donde la clasificación se sostuvo al considerar legítimo el interés consistente en evitar gastar fondos federales de ayuda a individuos cuyo tratamiento y cuidados son provistos por unidades locales y estatales de gobierno. Esta finalidad de la ley era tan falsa, por racionalizada *a posteriori*, como la alegada por los que hicieron el voto particular.

(273) Véase mi trabajo en esta REVISTA, núm. 5.

(274) Véase *id*.

función judicial sustantiva-federalismo-separación de poderes (275) las que, a veces, motivan la no constitucionalización de los *welfare rights*.

Este recordatorio no tendría más interés sino fuera porque es en el ámbito de las prestaciones de carácter de seguro social donde el TS recientemente ha revivido con más fuerza el federalismo basado en la inmunidad de jurisdicción.

Efectivamente, la enmienda número 11 contiene una inmunidad general de los Estados en las demandas contra ellos por ciudadanos de otro Estado o de otra nación. Esta enmienda, que sólo limita la jurisdicción de los tribunales federales, no la de los estatales, ha sido objeto de un innumerable desarrollo jurisprudencial, constituyendo hoy en día, por sí sola, uno de los subgrupos de normas constitucionales más complejos (276). Por lo que ahora nos interesa lo importante es que un grupo considerable dentro de este subgrupo regula los supuestos en que puede entenderse que el Estado concreto «ha renunciado» a su inmunidad, o, si se prefiere, hasta qué punto el Congreso exige en las leyes-marco que constituyen los programas federales la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por los Estados. Naturalmente, el Congreso suele callar, por lo que el tema es uno típico de la interpretación de la voluntad del legislador o, si se prefiere, de la finalidad de la ley. Así pues, mientras el TS ha encontrado como necesariamente implícita la renuncia a la inmunidad en el ejercicio del comercio interestatal mediante la operación por el Estado de una compañía de ferrocarriles (277) y ha sentenciado que el Congreso puede, en el desarrollo de la sección 5 de la enmienda número 14, derogar la inmunidad de la enmienda número 11 (278), por el contrario, ha entendido que tal privación de inmunidad no se produjo por la simple extensión de la *Fair Labor Standards Act* a los hospitales y escuelas estatales (279) ni cabe entenderla producida en materia de pagos por prestaciones debidas por la seguridad social (280).

Si *Employees* es justificable por estar relacionado con las funciones gubernamentales o servicios públicos básicos (281), *Edelman v. Jordan* (282) tiene un fundamento típicamente institucional y no derecho sustantivo. Efectivamente, nada hay en contra de las demandas contra un Estado por incumplimiento de una ley-marco federal, como lo es el programa AABD. Lo que sí parece limitar la enmienda número 11 son las demandas concretas

(275) Véase mi trabajo de próxima publicación en el Libro Homenaje al profesor Jaime Guasp.

(276) Véase, en general, JACOBS: *The eleventh amendment and sovereign immunity* (1972). Véase igualmente un resumen sistemático de estas normas en NOWAK et al., pp. 50-53.

(277) *Parden v. Terminal Railway*, 377 US 184 (1964).

(278) *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 US 445 (1976).

(279) *Employees v. Missouri Department of Public Health & Welfare*, 411 US 279 (1973). La simple extensión del ámbito de una ley era lo que ocurría en *Fitzpatrick*, *supra* nota anterior, por lo que no era el motivo, sino la cláusula habilitante que en la *Fair Labor Standards Act* era la cláusula de comercio. Conviene recordar que esta ley sería la derogada luego inconstitucional en *National League of Cities*.

(280) *Edelman v. Jordan*, 415 US 651 (1974).

(281) Véase *supra* apartado C:1.

(282) Véase nota 280.

de deudas pecuniarias retroactivas de prestaciones de la seguridad social, ya que la simple *in junction* de su pago *futuro* en las mismas condiciones en las que el Estado lo negaba, no se ve alcanzada por la inmunidad; en una palabra, la autonomía financiera de los Estados (283) prevalece sobre el plan de seguridad social que el Estado se comprometió a ejecutar. En palabras de J. Rehnquist, «cuando se trata de la excepción soberana frente a toda interferencia judicial en el área vital de la administración financiera, debe existir una clarísima intención del Estado de someter sus conflictos financieros a otros tribunales distintos de los de su propia creación. El mero hecho de la participación estatal en un programa a través del cual el gobierno federal provee asistencia para la operación por el Estado de un sistema de asistencia pública, no basta para entender implícito el consentimiento del Estado de ser demandado en los tribunales federales».

Sólo, pues, cuando el Congreso indica expresamente su voluntad de desarrollo de la enmienda número 14, lo que sólo ha hecho con los derechos sociales en el área del empleo (284), la inmunidad basada en la autonomía financiera estatal cede el paso a aquéllos.

D. *La interpretación de la jurisprudencia*

El repaso de la jurisprudencia pone de manifiesto no sólo una división del TS en el enfoque general de los *welfare rights*, división que hace que, de vez en cuando, salgan a relucir su quasi-constitucionalización, sino también una contradicción aparentemente obvia en muchos casos.

Frente a quienes defienden que se ha producido ya la constitucionalización de los *welfare rights* (285) o que al menos a principios de la década de los setenta eran un valor fundamental (286), hay que recordar, con Appleton, que el TS se ha pronunciado expresamente en contra y que, por tanto, toda «constitucionalización» de los *welfare rights* constituye una especie de psicoanálisis del TS o un desciframiento de códigos secretos que, en realidad, pueden no ser tales. En una palabra, «es estimulante, pero irreal» (287).

Appleton no está sola entre los que opinan que ni los textos legales ni los precedentes judiciales corroboran la existencia de los imaginarios *welfare rights* constitucionales (288).

¿Hasta qué punto uno y otro son verdad? ¿Cuáles son las vías de «constitucionalización» para los que afirman que esto ya se ha producido?

(283) Este principio ha sido igualmente el que ha motivado el límite del alcance de la Sección 1983 a los Estados en *Quern v. Jordan*, 440 US 332 (1979).

(284) Título VII de la *Civil Rights Act Fitzpatrick* examinaba precisamente su extensión en 1972 a los empresarios «gubernamentales o locales».

(285) Véase MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 62.

(286) Véase TRIBE: *Op. cit.*, pp. 313 y ss.

(287), APPLETON: *Op. cit.*, *supra* nota 8, p. 719.

(288) Véase, en el mismo sentido, POSWER: *Economic Analysis of Law* (2.^a ed., 1977), pp. 503-504.

D:1. *Las hipotéticas fuentes constitucionalizadoras*

Como el profesor Bork ha puesto de relieve, «ni el análisis del texto ni el de la historia y estructura de la Constitución» (289) dan pie para que los *welfare rights* puedan considerarse, ahora o en el futuro, fundamentales.

El propio TS se ha enfrentado a veces abiertamente con el tema de las fuentes constitucionales: J. Stewart en *Dandridge* señaló que «no encontraba fundamento alguno para aplicar otro tipo de *test* (distinto del de mera racionalidad)» (290); J. Powell en *San Antonio* es igualmente explícito en el tema (291); *Nisbet*, en su *slogan* acerca de la inhabilidad de la Constitución para curar toda enfermedad social o económica (292), resume igualmente esta carencia de fuentes según el TS.

Sin embargo, tanto desde el propio TS, mayoría y, por supuesto, disidentes, como desde la doctrina, se ha criticado precisamente esa afirmación de la inexistencia de fuentes constitucionales adecuadas.

En primer lugar, tanto la cláusula de igualdad como la *due process* ofrecen más que suficiente base textual para la constitucionalización de estos derechos.

Respecto de la primera, el propio TS pareció reconocerlo en los primeros casos cuando se constitucionalizaron los intereses consistentes en el libre movimiento, el acceso a la justicia y el derecho de voto. Pese a alegaciones como la de J. Stewart (293) en el sentido de que la cláusula no ha dado lugar a la constitucionalización de derechos sustantivos, hoy en día lo contrario es la realidad universalmente reconocida (294).

Igualmente podría haberse elevado la indigencia a la categoría de clase sospechosa. Sin embargo, la dificultad con este planteamiento reside en que admitir su «categorización» supondría admitir la existencia de discriminación *de facto* haciendo la cláusula prácticamente inaplicable. Sólo las discriminaciones *de iure* vendrían en la realidad a ser reconocidas porque sólo en estos casos la motivación inherente en el concepto de «sospechosa» (minoría apartada y dañada por los prejuicios de la mayoría) puede coincidir con los indigentes como clase. De hecho, los casos de discriminación *de iure* serían poquísimos ya que, como señaló hace tiempo Michelman, toda ley discriminatoria por razones de condición económica aparentemente y *de iure* es normalmente neutra: nunca hay discriminación *de iure* porque prácticamente todos pueden satisfacer la necesidad o ejercitar el derecho pagando el precio

(289) BORK: *Op. cit.*, *supra* nota 4, p. 695.

(290) Véase texto que precede a la nota 183.

(291) Véase texto entre las notas 152 y 153.

(292) Véase texto que acompaña y sigue a la nota 85.

(293) «Al contrario que otros preceptos constitucionales, la cláusula igualdad no confiere derechos ni crea libertades sustantivos» (Voto concurrente de J. Stewart en *San Antonio*).

(294) Véase los comentarios dedicados a la jurisprudencia de los valores en mi libro, de próxima publicación, *La interpretación constitucional*.

del mercado (295). Es la situación fáctica la que contradice esa neutralidad. Por tanto, el campo de los *welfare rights* como intereses constitucionales quedaría reducido al de la discriminación patente de la ley negando servicios (beneficios o derechos) a grupos de ciudadanos *por* su *status* económico. Naturalmente, muy pocos casos surgirían bajo este manto. Además, por otra parte, siempre estuvo dispuesto a anular estas leyes el TS basándose en otras cláusulas. *Edwards California* (296) constituye el caso típico. La Ley de California tipificaba como falta la introducción en el estado de cualquier indigente a sabiendas de que lo era, cuando dicho indigente no fuera residente del Estado. La ley era un ejemplo típico de discriminación *de iure* y así lo hizo constar el voto concurrente de J. Jackson, pero el TS prefirió anularla por infringir la cláusula de comercio. *Zablocki* (297) puede considerarse otro caso, pero sólo J. Stevens lo apreció como tal. Ni siquiera un caso tan patente como *James v. Valtierra* (298) fue admitido por el TS como discriminación *de iure*.

Por otra parte, cuando la discriminación lo es *de iure*, el tema siempre puede reconducirse a la cláusula de *due process*, como ha pasado con el acceso a la justicia, recortando todas las posibilidades de estudios empíricos atestiguadores de la desigualdad (299) y limitando la eficacia mucho más general de la cláusula de igualdad, en cuanto a situaciones fácticas subsumibles en aras de la más individualizada justicia del caso concreto que conlleva la aplicación de la cláusula de *due process* (300).

Por otra parte, resulta obvio que el TS ha rechazado repetidamente la categorización de «los pobres» como clase sospechosa por lo que todo intento actual de constitucionalizar los *welfare rights* por esta vía sería prácticamente inútil. Muy pocos (301), por tanto, se atreven a formular abiertamente la propuesta de la categorización de la condición económica como clase sospechosa.

Otro tanto puede decirse de los intentos de crear derechos sustantivos a través de la cláusula de *due process*. No hay que olvidar que el origen del *substantive due process* se debe precisamente a la constitucionalización de la libertad de ejercicio de la profesión frente a los monopolios estatales (302). Tushnet defendió abiertamente esta idea sin mucho éxito (303). Sin embargo, qué duda cabe de que manifestaciones concretas del *due process* afloran de vez en cuando en la jurisprudencia. Ya dijimos en otro lado que el TS, a veces, huyendo de *Lochner*, utiliza otras cláusulas para «constitucionalizar»

(295) MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 13, p. 12.

(296) 314 US 160 (1941).

(297) Véase *supra* apartado g).

(298) Véase *supra* apartado C:2.

(299) Véase *supra* apartado B:1.

(300) Compárese *Williams v. Illinois*, 399 US 235 (1970) con *Griffin v. Illinois*, 351 US 12 (1956) en el campo del acceso a la justicia.

(301) Prácticamente sólo Tribe y Michelman.

(302) Véase *supra* nota 132.

(303) Véase TUSHNET: *Op. cit.*, *supra* nota 12.

derechos que los tribunales estatales, que no giraron de rumbo en 1937, seguían considerando como *substantive due process*. La inclusión de la libertad comercial de expresión en el área de la primera enmienda tiene precisamente ese carácter (304). Pues bien, uno de los derechos fundamentales básicos de la citada inclusión es el hecho de que las prohibiciones estatales de publicación de ofertas comerciales pueda afectar precisamente al grupo social que más necesita conocerlas. Tanto la oferta de servicios legales (305) como la de fármacos (306), los dos anuncios comerciales cuya prohibición se juzgó inconstitucional por el TS en primer lugar, tenían la característica de que son servicios de los que «los pobres» pueden verse especialmente afectados si son privados de los mismos. Este «derecho a la información de dónde obtener productos quasi-esenciales más baratos» no pasó inadvertido ni al TS (307) ni a la doctrina (308).

Con ello quiero indicar que nociones jurídico-morales ínsitas en el mundo norteamericano, que recibieron su constitucionalización en la era del *substantive due process* y que han seguido siendo conservadas en los tribunales estatales, de vez en cuando pueden reflorar, constitucionalizando aspectos muy sectoriales de los *welfare rights*. Hoy por hoy, sin embargo, no es más que una posibilidad prácticamente (309).

De todas formas, no hay que olvidar que el aspecto *libertad (versus prestación)* de algunos de estos derechos sí que ha sido reconocido abiertamente como *substantive due process*. El caso de la educación (310) es paradigmático. Quizás por ello una mayoría del TS se vea inclinada a aceptar la versión de la educación como un *minimum* de servicio a prestar como un derecho inherente en el *substantive due process* (311).

De todas formas, los casos de utilización de otras cláusulas para reconocer *welfare rights* son totalmente excepcionales. Tal ocurre por ejemplo con la libertad de asociación de la primera enmienda. Mientras el TS permitió a lo largo de la década de los sesenta las asociaciones para la defensa legal de grupos de indigentes (312), dado que al fin y al cabo era el interés de acceso a la justicia el afectado, no ha ocurrido lo mismo cuando han salido a relucir otros intereses como el de las asociaciones para la obtención de servicios médicos de mejor calidad pero a precios más bajos. Efectivamente, en *Garcia v. Texas State Board of Medical Examiners* (313), el TS admitió la validez de una ley de Texas que prohibía esas asociaciones por falta de licencia

(304) Véase *Op. cit.*, supra nota 295.

(305) Véase *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 US 748 (1976).

(306) Véase *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350 (1977).

(307) Véase especialmente la opinión mayoritaria de J. Blackmun.

(308) Véase HOWARD: *Op. cit.*, infra nota 413.

(309) Véase *Op. cit.*, nota 295.

(310) Véase mi trabajo *cit. supra* nota 147.

(311) Así lo ha interpretado TUSHNET: *Op. cit.*, supra nota 12.

(312) Véase *NAACP v. Button*, 371 US 415 (1963), que fue el primero. Véase un comentario en TRIBE: *Op. cit.*, pp. 1112-13.

(313) 421 US 995, *affirmed mem.* 384 F Supp 434 (W D Tex., 1974).

profesional de los órganos directivos, órganos obviamente de carácter administrativo y no médico, aunque sólo se tratara de una afirmación de una sentencia de un tribunal de distrito.

Pero reconducir a la cláusula de igualdad, a la de *substantive due process* o incluso a la de libertad de expresión o asociación, estos *elfare rights* no solucionan el tema, sino que sólo encuadran el marco donde las auténticas fuentes constitucionales van a venir a operar: historia, interacción de poderes constitucionales, consensus, hechos determinantes, filosofía moral, razón, ... e incluso la teoría procedimental de Ely han sido recogidas como posibles fuentes para operar la citada constitucionalización.

Naturalmente, al hablar de historia me refiero a la historia general norteamericana, cuyo paso en 1937 hacia el llamado Estado positivo, legitimado por el TS (314), en un proceso en el que, en palabras de Corwin, «el *due process* pasó de ser una cláusula limitadora del poder legislativo a ser un estímulo real de la acción legislativa de carácter nivelador (315)», es considerado como suficiente para otorgar el carácter de fundamentales a los *welfare rights*. Quizás por ello la única diferencia entre la jurisprudencia de 1937 en adelante y la que actualmente sería constitucionalización de los *welfare rights* no reside en los valores en los que éstos se apoyan (316), sino en los problemas institucionales que se plantean cuando del «no-hacer» se pasa al «mandato de hacer» en el enjuiciamiento constitucional (317). Para Miller, por ejemplo, lo que Pekelis denominara en 1950 la *Jurisprudence of Welfare* (318) comenzó hace mucho tiempo. Congreso y TS dieron el contenido del Estado positivo a la Constitución, «fundamentalizando» así tendencias al menos hasta 1981 irreversibles.

Como dice Michelman, «todas las prácticas e instituciones públicas (desde 1937), incluyendo las tradiciones constitucionales y otras expresiones oficiales y populares de metas e ideales, contribuyen a manifestar los valores morales (en pro de los *welfare rights*) de la sociedad norteamericana en su conjunto» (319).

Lo que para unos es historia general, es para otros consensus o simple expresión de valores sustantivos fundamentales. Si la igualdad no puede decirse que sea un valor consensuado en la sociedad norteamericana, grandes voces se han levantado, por el contrario, en pro de la adecuada elevación de rango del *mínimo* de servicios básicos que constituyen los *welfare rights*.

(314) Véase MILLER: *The Supreme Court and american capitalism*, cap. 3 (1968).

(315) CORWIN: *Liberty against government*, p. 161 (1949).

(316) Hace tiempo que se sugirió, por Arthur S. Miller por ejemplo, que el giro de 1937 simplemente sustituyó a Spencer por Thomas Hill Green. Véase MILLER: *An Affirmative Thrust to Due Process of Law?*, 30 Geo Wash L. Rev. 399 (1962).

(317) Véase Miller: *Toward a Concept of Constitutional Duty*, S Ct Rev. 199 (1968).

(318) PEKELIS: *The Case for a Jurisprudence of Welfare*, en *Law and social action*, p. 1 (1950).

(319) MICHELMAN: *Op. cit.*, supra nota 6, p. 1004 (1973), donde recoge en nota a pie de página varios preámbulos de leyes típicas del *welfare state*.

Fue en 1968 (320) el profesor Michelman quien dio un giro insospechado a la cláusula de igualdad, giro que ha tenido su influencia no sólo en los tribunales estatales (321), sino igualmente en muchos sectores doctrinales norteamericanos.

Para Michelman, la aplicación estricta del principio de igualdad es «en-démicamente problemática» (322). El concepto de igualdad llevado a sus últimas consecuencias (discriminación *de facto*) supondría, «poco más o menos, la creación de un mercado... o el rechazo de la liberación de determinados sujetos de las vicisitudes de la fijación de precios en un mercado libre... Y el riesgo de estar expuesto a un mercado... no se considera objetable en nuestra sociedad. (Por el contrario) normalmente consideramos que el requerir de cada consumidor el pago del precio total del mercado de lo que consume es, a la vez, lo más justo y lo más eficaz» (323).

Si este presupuesto se da por básico, lo que indudablemente ocurre en el ámbito norteamericano, sólo pueden contemplarse excepciones a este sistema. La idea de igualdad no refleja esa excepcionalidad, sino que su dinámica potencialmente expansiva puede llevar a la desaparición como principio judicial al no proporcionar la respuesta al cuánto de igualdad. Por el contrario, la idea de un mínimo de protección, a base de señalar los servicios que se consideran básicos, sí tiene carácter excepcional dentro del conjunto del sistema. Ese mínimo sería encuadrable dentro del principio de igualdad, ya que la satisfacción de esos intereses básicos, en último término, favorece dicha igualdad (324); pero no coincide con él. Hay una serie de supuestos donde ambos conceptos coinciden, el área actual de aplicación de la cláusula de igualdad, salvo cuando no hay interés fundamental (sino mero *test* de racionalidad) o cuando la clasificación es *de iure* y tan sospechosa que no necesita afectar a ningún interés fundamental. Pero en el resto los enfoques son totalmente distintos.

Ni qué decir tiene que este concepto de mínimo, aparte de que parece haber sido admitido por el TS en algunos casos concretos, como en el de la educación (325), explica con cierta coherencia aparentes contradicciones en muchas líneas jurisprudenciales.

En primer lugar, explica la diferencia de tratamiento entre distintas prestaciones de la seguridad social; en concreto, entre los programas que se basan en una pura situación de indigencia, como el AFDC y los que se basan en otras situaciones fácticas que no presuponen posiciones económicas deses- peradas (326), igualmente, ha servido para justificar el distinto tratamiento

(320) Véase MICHELMAN: *Op. cit.*, supra nota 13.

(321) Véase, por ejemplo, su cita literal en *Serrano v. Priest*, 5 Cal 3d, p. 603 nota 19, 487 P 2d, pp. 1254-55, nota 19 (el caso equivalente a *San Antonio* pero en California).

(322) MICHELMAN: *Op. cit.*, supra nota 13, p. 27.

(323) *Idem*, pp. 27-28.

(324) *Idem*, p. 18.

(325) Véase supra apartado C:4, *in fine*.

(326) Véase supra nota 246.

en el caso de filiación ilegítima, ya que como C. J. Burger dijo en *Lucas* (327), mientras en *Jiménez*, cuando se anuló una ley que distinguió entre ilegítimos, la ley no permitía probar la dependencia, esa no era la situación en *Lucas*, donde la discriminación consistía en imponer la carga de la prueba, no la imposibilidad directa de recepción de la prestación (328). Esta explicación resulta «poco convincente» (329) porque en otros ámbitos donde lo que se exigía era la prueba de dependencia la ley se ha anulado también por discriminar en la imposición de cargas (330) y porque, si se compara con otros casos de filiación, singularmente con *Cahill* (331), la dependencia no es factor determinante, sino la naturaleza del programa, prestación por supervivencia en *Lucas versus AFDC en Cahill*.

Se ha sugerido que es la naturaleza del programa de nuevo lo que distingue *Murry de Salfi* (332) (*Food Stamps versus prestaciones por supervivencia*) en vez de una revisión de la doctrina de las presunciones *iusuris et de iure*; que es la situación de desempleo en vez de la libertad religiosa lo que motiva casos como *Sherbert y Thomas* (333); que el resultado de la aplicación del *test* de la racionalidad se basa en que últimamente se supone que los demandantes como en *Schweiker* (334) están al amparo de otras instituciones públicas; e incluso que la única forma de hacer coherentes casos como *Moreno y Belle Terre* (335) reside no en fijarse en el elemento del vínculo familiar de los que viven en determinada zona urbana, sino en fijarse en el hecho de la situación económica de ambos tipos de demandantes (trabajador rural pobre *versus* estudiantes, quienes no lo son necesariamente).

Pese a estas «explicaciones» (336) es dudoso que en realidad lo que estemos contemplando no sea un descenso de los valores sociales que decisiones como *Murry, Moreno, Goldberg o Jiménez* enmarcan, descenso comenzado a mediados de los años setenta.

Sin embargo, es cierto que la teoría del mínimo prestacional ha tenido más acogida que la de la igualdad abstracta. La creciente relevancia constitucional que han adquirido fenómenos administrativos como son los procedimientos de suspensión-cesación de servicios básicos (337) está en esta línea. Por otra parte, al contrario que en *Lindsey* (338), el TS ha anulado esquemas regulatorios de arrendamientos urbanos paralelos al examinado en aquel caso, pero aplicables a zonas de viviendas sociales en las que los arrendata-

(327) 427 US 495 (1976).

(328) Véase *supra* apartado F:2, *in fine*.

(329) TRIBE: *Op. cit.*, p. 1059, nota 17.

(330) Véanse *supra* todos los casos de discriminación por razón de sexo.

(331) Véase *supra* texto que acompaña a las notas 233 y 234.

(332) Véase *supra* texto que acompaña a las notas 240 y ss. °

(333) Véase *supra* apartado C:5 g).

(334) Véase *supra* apartado C:5 e).

(335) Véase *supra* apartado C:5 e).

(336) Véase un resumen de estas explicaciones en MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 6 (1979) apéndices A y B.

(337) Véase *supra* apartado C:1.

(338) Véase *supra* apartado C:2, *in fine*.

rios las recibieron previa demostración de su situación de indigencia, aunque el TS sostuvo el fallo sólo con fundamentos de carácter legal o reglamentario, pero no constitucional (339).

Michelman ha sugerido, por tanto, que tanto *Dandridge* (340) como *Lindsey* son casos en que no está en juego un mínimo prestacional, sino una fijación de niveles de igualdad por encima de ese mínimo que es lo que los tribunales rechazan (341).

A nivel doctrinal, Tribe también ha aceptado plenamente la teoría del mínimo prestacional como valor fundamental de rango constitucional (342) y a nivel práctico los tribunales federales inferiores, al menos en materia educativa (343), también.

Sin embargo, los *dicta obiter*, o no tan *obiter*, del TS también parecen a veces negar ese mínimo. *Lindsey* es muy claro al respecto: la Constitución no cura enfermedades socioeconómicas.

Desde otro punto de vista, distinto, pero no por ello menos original, Clune ha resaltado otro tipo de consenso, más acorde con los valores constitucionales norteamericanos, que servirían de hilo conductor en esta jurisprudencia aparentemente contradictoria. Para Clune, el TS tiene al menos claro un valor: *el de la escapada de los círculos de pobreza*. Este es el valor consensuado de rango constitucional. No se trata, como en Michelman, de la existencia legítima de mercados, sino de «la afirmación del principio ético tradicional en Norteamérica de que la desigualdad puede tolerarse siempre que haya movilidad económica y social» (344). No es la ausencia de prestaciones mínimas en cuanto tales lo que puede motivar la inconstitucionalidad, sino en cuanto su denegación no favorece la movilidad geográfica, como en *Shapiro y Maricopa* (345) o incluso, si se quiere, *Edwards v. California* (346) o social, como en el mínimo educativo. Clune, por tanto, lo que hace es especificar conforme a ese criterio de movilidad los mínimos que Michelman construye en abstracto.

El *consensus* no es la única fuente que se ha aducido como vía de constitucionalización de los *welfare rights*. El mismo Michelman ha propuesto recurrir a la racionalidad, como maximación de beneficios sociales con el menor costo, y su contestación por Bennett (347). También ha sido Michelman el que ha defendido abiertamente el valor normativo constitucional de la filosofía moral. Al igual que con Stuart Mill en el campo de los llamados *autonomy cases* (348), lo que abiertamente se propone es la constitucionalización

(339) Véase *Thorpe v. Housing Authority*, 393 US 268 (1969).

(340) Véase *supra* apartado C:5 d).

(341) MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 6, p. 688 (1979).

(342) Véase TRIBE: *Op. cit.*, pp. 1135-36.

(343) Véase *supra* apartado C:4.

(344) CLUNE: *Op. cit.*, *supra* nota 29, p. 334.

(345) Véase *supra* apartado B:3.

(346) Véase *supra* nota 297 y el texto que la acompaña.

(347) Véase mi obra *cit supra* nota 295.

(348) Véase *idem*.

zación de la filosofía del derecho de Rawls (349) o, simplemente, de argumentos filosófico-jurídicos paralelos a los de Rawls como pueda ser por ejemplo la construcción de Grey (350).

Para los escépticos acerca de este tipo de fuentes constitucionales (351), quizás convenga recordar que forma parte de la tradición norteamericana la llamada *sociological jurisprudence* que predica la exacta correlación entre las normas, o subnormas constitucionales, y la realidad fáctica sobre la que se aplica. Cuando la misma mayoría del TS que ha negado rango constitucional a los *welfare rights* admite que exista una diferencia de envergadura entre lo que a grandes rasgos constituye la legislación propiamente económica y la legislación social, la semilla para la aplicación de distintos niveles de examen de la constitucionalidad está sembrada. En *Dandridge* este hecho salió a relucir aunque ello no motivara la aplicación del *test* más estricto de constitucionalidad (352) como predicaba J. Marshall cuyo enfoque más preciso a la hora de calibrar los intereses que toda norma legaliza quizás esté más cerca de la realidad.

El último gran intento reciente de constitucionalizar los *welfare rights* proviene igualmente de Michelman. Su enfoque ahora no reside en los valores sustantivos o filosófico-jurídicos en que los *welfare rights* se basan, sino en los valores «procedimentales». Lo que Michelman ha propuesto en último término no es ni más ni menos que la aplicación de la metodología de Ely. Efectivamente, para Michelman, los *welfare rights* tienen una conexión absoluta con la participación democrática, sobre todo la educación, y su privación suele responder por excelencia a esquemas de prejuicios mayoritarios que hacen de los indigentes en general la minoría (discreta e insular) típicamente perjudicada por la legislación mayoritaria. En una palabra, la nota 4 a pie de página de *Carolene* no podía haber dado con un supuesto de aplicación más típico (353). La comparación entre los *autonomy rights* constitucionalizados recientemente por el Tribunal Burger y los *welfare rights*, dejados de constitucionalizar, al menos oficialmente, le da obviamente la razón. Pero, como sabemos, tampoco Ely ha sido aceptado por el TS, sino parcialmente. Su versión de la Constitución dista bastante de ser realidad en el mundo jurídico norteamericano.

De todas formas, el esfuerzo de Michelman demuestra que el problema no es enteramente uno de fuentes normativas, sino que la naturaleza de la justicia constitucional, sus límites institucionales, pesan a veces tanto como los sustantivos.

(349) Véase MICHELMAN: *Op. cit.*, supra nota 6 (1973).

(350) Véase GREY: *Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice*, 28 Stan L Rev. 877 (1976).

(351) Véase, por ejemplo, BORK: *Op. cit.*, supra nota 4.

(352) Véase supra apartado C:5 d).

(353) Véase MICHELMAN: *Op. cit.*, supra nota 6, pp. 677-79 (1979).

D:2. *Los problemas institucionales*

Constantemente, a lo largo de la exposición de las líneas jurisprudenciales, se han ido poniendo de relieve dos tipos de dificultades básicas a los que la constitucionalización de los *welfare rights* se enfrenta: la atribución de créditos presupuestarios y los problemas de administración de las prestaciones en el caso de que los tribunales decidieran meterse a fondo en el tema.

a) *¿Cómo administrar los welfare rights?*

Todo el campo de los *welfare rights* es uno de los típicos cuyo reconocimiento no genera para el Estado un «no-hacer», sino «una obligación positiva de hacer», un típico derecho prestacional.

El reconocimiento de los mismos implicaría, por tanto, para los tribunales, el meterse de lleno en competencias tradicionalmente estatales o locales (federalismo), legislativas o ejecutivas (separación de poderes-función judicial sustantiva); en una palabra, el eterno tema de la existencia de *manageable standards* y de *remedies* apropiados.

Pues bien, ni siquiera en el campo de la educación, donde se tiene al menos veinticinco años de experiencia en la desegregación de escuelas (354), ha sido el TS capaz de vencer la inercia (355).

En realidad hace tiempo que este resultado se había vaticinado. Ya en 1972 se desató uno de los más fuertes ataques contra la idea de la utilización de la Constitución, y en concreto del poder judicial, en la persecución de la redistribución de la renta nacional.

Efectivamente, en dicho año, el profesor Winter vino resumidamente a decir «que la noción de *welfare rights* constitucionales es errónea porque no existen estándares de enjuiciamiento para determinar cuándo se satisfacen los supuestos derechos, y los tribunales, en ausencia de esos estándares, no pueden definir ni aplicar esos derechos, salvo que usurpen abiertamente funciones ejecutivas y legislativas» (356).

Winter basa su afirmación en el tipo de decisiones que los tribunales tendrían que tomar, decisiones que harían parecer a los planes de redistribución de distritos electorales «un juego de niños» (357). Dejando aparte las decisiones más generales, como la determinación del grupo a favorecer y la de los servicios, y su nivel a satisfacer, para lo cual la competencia o habilidad judicial es más que dudosa, el problema de la fijación del cuánto a satisfacer, sin que ello provoque el fenómeno de la reversión (que la actuación oficial suprima los incentivos del total del sistema motivando de nuevo que los pobres sean más pobres), es un fenómeno que sólo el proceso democrático puede solucionar.

(354) *Brown I.*, 347 US 483 (1954).

(355) Véase *supra* apartado C:4.

(356) El resumen de Winter es del propio MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 6, p. 659 (1979).

(357) WINTER: *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, 1972 S Ct Rev. 41, 100.

Incluso una aplicación sectorial de la teoría de los servicios mínimos obligaría a los órganos judiciales a hacerse con una información que no poseen y a dotar a las sentencias de una flexibilidad (para corregir disfunciones) que por esencia no constituye la labor de enjuiciamiento, sino la labor legislativo-ejecutiva. Utilizando el ejemplo de las redistribuciones territoriales, Winter resalta que, al fin y al cabo, éstas se basaron en una subnorma constitucional (un hombre, un voto) suficientemente general y, a la vez, permisiva de pocas variantes (no discrecional según los casos que llegaran a los tribunales). Un sistema judicial de fijación de mínimos prestacionales ofrece infinitamente más alternativas y, por tanto, supone decisiones legislativo-administrativas por esencia.

Frente a este tipo de crítica, los promotores de la constitucionalidad abierta de los *welfare rights* afirman, por un lado, que la constitucionalización de esos derechos no implica necesariamente órdenes judiciales de actuación, sino simplemente su reconocimiento como principio interpretativo (358); por otro, afirman que la pretendida complejidad no lo es tal o, al menos, que los jueces están perfectamente capacitados para tomar este tipo de decisiones. Pueden limitarse a anular esquemas legislativos ordenando la presentación de otros nuevos al legislativo (359) o pueden basarse en expertos como en otras muchas áreas recientemente judicializadas (360). La formulación de posibles planes alternativos al de la imposición local para la financiación de la educación, por ejemplo, ha sido infinita (361). Por ello, acusan simplemente a los defensores de la incapacidad institucional judicial de querer lisa y llanamente salvaguardar prerrogativas a los niveles locales o estatales legislativos de decisión, *principios de subsidiariedad* (362) y *federal*, que son sustantivos y no institucionales. Para los favorecedores de su constitucionalización sería un problema de búsqueda de *remedies* adecuados pura y simplemente.

b) ¿Ordenar los créditos presupuestarios?

Las sentencias pueden implicar el desembolso de grandes cantidades de dinero en forma de créditos para vivienda, educación, prestaciones de seguridad social ... etc., etc. Como dice Bennett, «la doble condición de los casos constitucionales de *welfare rights*, en los que están implicadas cuestiones de discriminación y libertad personal, pero en los que realmente lo que está en juego es el dinero, plantean una problemática especial, pues cuando el

(358) Véase *infra* apartado c).

(359) Fue lo que hizo el Tribunal Supremo de California en *Serrano v. Priest*. Véase KARST: *Op. cit.*, *supra* nota 142, p. 754.

(360) Véase mi trabajo cit. *supra* nota 275.

(361) Véase, por ejemplo, la bibliografía citada en KARST: *Op. cit.*, *supra* nota 142.

(362) El principio de subsidiariedad, terminología que procede de COONS, CLUNE & SUGARMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 140 y de los mismos autores. *Educational Opportunity: A Workable Constitutional Test for State Financial Structures*, 57 Cal L Rev. 305, 318 y ss (1969). Equivale a nuestro principio de autonomía local, pero sin su fuerza, pues el *home rule* es un principio estatal y no federal, dependiendo de lo que dispongan las constituciones estatales.

segundo de los temas asoma la cabeza, los tribunales tienden a colocarse al lado de otros poderes públicos» (363).

Efectivamente, la deferencia al legislativo de los poderes distribuidores del gasto público es un principio que admite muy pocas excepciones. Por ello el ataque principal a la constitucionalización de los *welfare rights* se basa en este principio elemental (364).

Existen dos formas de sacudirse de encima este tipo de argumentos. En primer lugar, está la posición rígida, puramente formalista, que indica que en este campo las sentencias judiciales no tienen por qué ser diferentes al resto de las áreas de enjuiciamiento judicial. No sólo hay precedentes recientes, como son los casos de la llamada *institutional litigation* (365), sino que, en último término, la sentencia no difiere del mandato judicial de indemnización de daños y perjuicios (366).

En segundo lugar, qué duda cabe de que el TS es consciente de este problema. Por ello adopta una postura más suave tanto cuando opera a favor del legislativo, configurando una presunción de constitucionalidad (367), como cuando hace caso omiso, indicando que es un factor que no tiene en cuenta en un caso determinado (368). En una palabra, las consideraciones de política económica forman parte realmente de los fundamentos de la sentencia (369). Sin embargo, conviene recordar que siempre han reconducido estas nociones de oportunidad a principios jurídicos y, en concreto y, sobre todo, al principio de la necesidad del control parlamentario de la disposición del gasto público.

c) ¿Imposición de deberes (*versus* derechos) constitucionales?

Tanto la objeción de la falta de estándares como la del manejo de créditos presupuestarios se basan últimamente en la oposición a los tribunales como artífices del cambio constitucional, imponiendo no sólo límites («no-hacer»), sino obligaciones («de hacer») a los restantes órganos constitucionales y poderes públicos en general. Sin embargo, últimamente, a nivel técnico, el abanico de *remedies* y *writs* de los tribunales federales ofrece todas las variantes posibles para llevar a cabo ese mandato. Desde los primeros años del Tribunal Warren se ha admitido como legítima en abstracto esa labor de los tribunales (370) aunque señalándose sus peligros (371). Son los constitucionalistas estrictos como Berger (372) los que niegan esta posibilidad de imposición de deberes como principio constitucional. Pero, lo que ahora

(363) BENNETT: *Liberty, Equality, and Welfare Reform*, 68 NWU L Rev. 74, 99 (1973).

(364) Véase FRUG: *Op. cit.*, *supra* nota 2.

(365) Véase mi trabajo cit. *supra* nota 295.

(366) MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 6, p. 1006 (1973).

(367) Véase mi trabajo cit. *supra* nota 295.

(368) Véase *Westcott*, en mi trabajo cit. *supra* nota 222.

(369) Véase mi trabajo en el número 4 de esta REVISTA.

(370) Véase *supra* notas 317 y ss. y el texto que las acompaña.

(371) Véase *id.*, y mi trabajo cit. *supra* nota 275.

(372) Véase BERGER: *Government by judiciary* (1977).

conviene resaltar, es que la constitucionalización de los *welfare rights* no tiene por qué implicar necesariamente la imposición directa de deberes, sino que existen formas mucho más sutiles de constitucionalización de intereses sin tener que colocar a los tribunales en primera fila. De nuevo ha sido Michelman quien ha formulado esta nueva versión de los derechos constitucionales que se parecen más a nuestros principios de política económico-social que a los derechos constitucionales clásicos del mundo anglosajón donde se está acostumbrando a un todo o nada en la formulación de intereses constitucionales. Appleton ha barruntado que estamos ante un «nuevo concepto de los derechos constitucionales» (373), pero ella, junto con Dworkin, quien distingue entre derechos e intereses constitucionales (374) son los únicos que parecen haberse dado cuenta de este giro en el constitucionalismo norteamericano. También Tribe, por otro lado, parece haber asumido esta idea en su estructuralismo (375).

D.3. *La constitucionalización de los «welfare rights» sin la creación judicial de la prestación*

De las distintas fórmulas creadas para salvaguardar a nivel constitucional los *welfare rights* sin implicar una disfunción judicial de carácter institucional, la primera consiste en dejar la iniciativa a los cuerpos legislativos para bloquear el *statu quo* producido por la legislación; la segunda consiste en la judicialización de controles a través del *procedural due process* y la tercera en la utilización de la técnica de la interpretación de la finalidad de la ley para «presuponer» motivos concordados con los *welfare rights*.

Sólo la primera y la tercera han sido de algún modo apuntadas por la doctrina actual, teniendo ambas base jurisprudencial más que suficiente. La segunda es, de hecho, ya actualidad, aunque su mecanismo de operatividad no constituye sino sólo muy indirectamente una constitucionalización.

a) La petrificación de los derechos de rango meramente legal.

La primera forma de constitucionalizar los *welfare rights* sin que ello plantee el tema de los tribunales como motores frente a la inacción de otros órganos constitucionales, ni el de las fuentes, consiste en evitar por vía judicial la derogación de las leyes que crearon y regularon las prestaciones o los servicios.

Ello puede basarse en dos tipos de argumentaciones totalmente distintas. La primera de ellas no petrificaría totalmente el *statu quo*, pero lo sometería al gravamen de indemnizar el recorte de las prestaciones. La segunda es mucho más tajante, pues afirmaría la inamovilidad absoluta de esas prestaciones.

(373) APPLETON: *Op. cit.*, supra nota 8, p. 724.

(374) DWORKIN: *Taking rights seriously*, pp. 90-93 (1977).

(375) Véase TRIBE: *American constitutional law* (1978).

a:1. La «nueva propiedad» de Reich.

Frente al enfoque clásico de la doctrina al tratar el tema de la privación de prestaciones, el calificarlas como derecho o privilegio (376), Reich propuso, en 1964, aceptar definitivamente un nuevo concepto de propiedad (377): el Estado intervencionista genera expectativas patrimoniales, muchas veces basadas en una reciprocidad por los sistemas de cotización específica para determinadas prestaciones, expectativas que en la actualidad se parecen más a la propiedad privada de un cierto crédito frente a una compañía de seguros que a un beneficio público discrecional. De hecho, incluso el trasvase histórico de funciones, de las compañías privadas al Estado, permite calificarlas de auténtico derecho. En una palabra, así como de un concepto feudal de la propiedad basado en parte en poderes sociales más que en el valor de mercado se pasó al concepto liberal, de éste se ha pasado a un concepto de patrimonio basado en prestaciones estatales (Reich utiliza la terminología de *state largess*) cuya revocación «si se hace necesaria, por motivos no achacables al beneficiario individual, sino por motivos legítimos de utilidad pública, quizás sea apropiado requerir su pago o justa indemnización» (378).

Al año siguiente desarrolló todavía más el tema (379), llegando a afirmar que las expectativas creadas por el intervencionismo del Estado del bienestar le han autoobligado a crear un mínimo prestacional hasta la fecha no constitucionalizado por desconexión con la realidad.

Mientras en este segundo aspecto coincide con la teoría del mínimo, en el primero hay aspectos realmente novedosos. Independientemente del impacto de Reich en el TS en el campo del *procedural due process* (380), su propuesta destaca por la reconducción al esquema expropiatorio del nuevo concepto de propiedad.

En este terreno, sin embargo, el TS no ha cedido ni un ápice: el legislativo tiene total potestad a la hora de modificar las prestaciones de la seguridad social. Todo intento de asimilación de los esquemas prestacionales con la propiedad privada es falso. Tanto *Hisquierdo* (381) como *Fritz* (382) se han ocupado muy recientemente de destacar la distinta naturaleza de las prestaciones públicas frente a los contratos privados de seguros.

a:2. El alcance de la *state action*.

Uno de los casos más curiosos de la década de los sesenta fue *Reitman v. Mulkey* (383). No vamos a recoger ahora ni las circunstancias fácticas ni la

(376) Véase *supra* apartado C:5 c).

(377) REICH: *The New Property*, 73 Yale L J 733 (1964).

(378) *Idem*, p. 787.

(379) REICH: *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 74 Yale L J 1245 (1965).

(380) Véase la adopción de su terminología por el TS en *Godberg v. Kelly*, 397 US 254, 262 nota 8 (1970).

(381) Véase *supra* nota 178 y el texto que la acompaña.

(382) Véase mi trabajo en el número 4 de esta REVISTA.

(383) 387 US 369 (1967).

doctrina sentada en el caso, aunque recomendamos al lector su breve lectura (384). *Reitman* permitió distinguir la simple operación neutral de derogar leyes de la acción de contenido sustantivo que fue considerada como actuación pública para aplicar la cláusula de igualdad. El caso fue criticado incluso por aquellos que confesaban públicamente su acuerdo con el resultado (385), pero lo que ahora nos interesa es su conexión con los *welfare rights*. De nuevo ha sido Michelman quien ha indicado que uno de los métodos de constitucionalizar los *welfare rights* consiste en dejar que el legislativo promulgue programas dirigidos a la satisfacción de necesidades básicas (salvando así las operaciones que podrían formularse a la creatividad judicial directa) para dejar luego al poder judicial su interpretación y mantenimiento. Para Michelmen, *Reitman* refleja claramente «un deber constitucional de no discriminación al que los tribunales no pudieron dar el impulso inicial porque no tenían forma de fijar las cuestiones relativas a la atribución de competencia ejecutiva, procedimiento administrativo, poder sancionatorio ... etc. La ley promulgada reflejaba esas variantes y su derogación ... un motivo o una finalidad de la ley claramente inconstitucional» (386). Lo mismo podrían hacer los tribunales con la derogación de leyes que establecieran *welfare rights*. Declarando ciertos motivos o fines de las leyes ilegítimos se podría proceder a constitucionalizar estos derechos prestacionales.

Aunque la técnica de la fijación judicial de los motivos y finalidades de las leyes ha tenido su aplicación en este campo (387), nunca ha llegado el TS hasta este extremo. De nuevo pueden citarse los mismos casos recientes de *Hisquierdo* y *Fritz* (388). Ni qué decir tiene que el presupuesto del ejercicio 1980-1981, con las reformas del presidente Reagan, dejarían igualmente todo esto muy claro. Por otra parte, si hay algo en los fundamentos de *Reitman*, es precisamente que el TS eludió conscientemente el decidir que no se podían derogar las leyes antidiscriminatorias. Todo el caso se basa en que la constitucionalización de la proposición 14 era «algo más que una mera derogación» (389).

b) El *procedural due process* como vehículo de la constitucionalización de los *welfare rights*.

Donde más influencia vino a tener la tesis de Reich fue en el campo de las garantías que rodean a las privaciones de la «nueva propiedad». En esta área, el Tribunal Burger ha llevado a cabo una «auténtica revolución» (390),

(384) Véase mi obra cit. *supra* nota 295.

(385) Por ejemplo, C. BLACK: *Foreword: «State Action», Equal Protection, and Californis's Proposition 14*, 81 Harv L Rev. 69 (1967).

(386) MICHELMAN: *Op. cit.*, *supra* nota 6, pp 1013-14, nota 149 (1973).

(387) Véase mi trabajo cit. *supra* nota 10.

(388) Véase *supra* notas 382-83 y el texto que las acompaña.

(389) KARST & HOROWITZ: *Reitman v. Mulkey: A telephase of Substantive Equal Protection*, 1967 S Ct Rev. 39, 45.

(390) GUNTHER: *Op. cit.*, p. 647.

aunque algo recortada en los últimos años (391). Sin embargo, el *procedural due process* no garantiza en sí mismo absolutamente nada. Simplemente retrotrae los procedimientos administrativos para la incorporación de la motivación y de la audiencia a los mecanismos de privación o modificación de prestaciones. No afecta en sí mismo a los derechos sustantivos a dichas prestaciones.

Ni qué decir tiene que esta visión es demasiado estrecha. El *procedural due process*, al garantizar unos procedimientos justos, garantiza las motivaciones sustantivas, pues, al constar en el expediente, se sujetan a un control judicial mucho más estricto, tanto reglamentario como legal o incluso constitucional, independientemente del hecho de que la prolongación del procedimiento aumenta el tiempo en que se continúa cumpliendo el servicio o realizando la prestación y del hecho de que el «ser oído» a veces es más importante que el resultado.

En cuanto a esto último, tengamos por ejemplo, *O'Bannon v. Town Court Nursing Center* (392), donde el TS sostuvo que los residentes de un asilo para ancianos no tienen derecho de audiencia en un expediente de revocación de la decisión de proveer al centro con fondos públicos, pese a que la revocación supusiera el traslado (incluso con «efectos inmediatamente adversos») de ancianos. Independientemente de la cuestión de si su interés era suficientemente relevante a efectos sustantivos (393), ¿qué duda cabe de que su audiencia en el procedimiento no sólo era cuestión de justicia procedimental o administrativa, sino igualmente de que podían haber influido sustantivamente el proceso de toma de decisión!

En cuanto a lo primero, el sistema de enjuiciamiento de qué sea lo que constituye «propiedad» o «libertad» a efectos de atribuir necesariamente o no la motivación y la audiencia a los procedimientos de privación, hace que inevitablemente se juzgue en cierta manera el fondo. Dado que no hay un procedimiento administrativo uniforme y general, el TS aplica las reglas básicas de ese procedimiento (motivación y audiencia) a las decisiones que afectan a intereses sustantivos de relevancia suficiente (¿intereses constitucionales?). El juicio acerca de la relevancia se convierte así inevitablemente en un juicio sobre el fondo. Como dice Ely, «parece ser, sabes, que el que (el interés afirmado) sea o no un interés (con relevancia constitucional a efectos de la aplicación del *due process*) depende de si tienes o no derecho a ese primer interés; lo que quiere decir que el TS tiene que decidir si tienes derecho a él antes de decidir si tienes derecho a ser oído si tienes derecho a él» (394). Este juego de palabras trata de describir un fenómeno real. Sólo los que tienen un auténtico derecho al empleo y no los que tienen un contrato

(391) Véase *supra* notas 382, 383 y el texto que las acompaña.

(392) 447 US (1980).

(393) *O' Bannon* es desde luego uno de los casos típicos de la reacción del Tribunal Burger contra la jurisprudencia de Warren.

(394) Ely: *Democracy and distrust*, p 182 (1980).

temporal no automáticamente renovable (395) tienen un interés suficiente para ser oídos, luego se está decidiendo antes la cuestión de quién tiene derecho al empleo de la de quién tiene derecho a ser oído acerca de si se tiene o no derecho al empleo.

Sin embargo, ello no pasa siempre, sino sólo en los casos en que de lo que se priva a alguien es de algo cuya calificación de simple expectativa o de auténtico interés es borrosa. Si cogemos, por el contrario, el caso típico, *Goldberg* (396), el prescribir como obligatoria la motivación y la audiencia para privar de prestaciones del programa AFDC no prejuzga que se tenga efectivamente derecho a la prestación o si cogemos *Memphis* (397) tampoco quiere decirse que se tenga derecho a los servicios de agua, gas y electricidad sin su pago. La acción del *procedural due process* es aquí más débil: A) Garantiza la justicia procedimental administrativa, que ya es un valor en sí mismo, operándose una forma muy tenue de «constitucionalización». B) Facilita la probable revisión judicial contencioso-administrativa de los motivos alegados por el órgano que suspende la prestación o el servicio y el control por tercero de los hechos determinantes, garantía ya mucho más sustantiva, y C) Cohibe la suspensión o prestación de derechos motivadas inconstitucionalmente, precisamente por miedo al control de los motivos.

Tengamos, por ejemplo, en el ámbito académico del derecho a la educación *University of Missouri Board of Curators v. Horowitz* (398), donde se «despidió» de una Facultad de Medicina a una estudiante cuyas calificaciones superaban los mínimos, pero cuya conducta (trato con enfermos y profesores) y forma de vestir «no concordaba» con las expectativas sociales ante un profesional de la Medicina. El único tema que se planteaba era el de si el procedimiento empleado era suficiente (399). En este caso la solución que se diera al tema procedimental tenía una doble vertiente más sustantiva. Por un lado, la apreciación de ese procedimiento como suficiente dejaba a la Universidad un campo de decisión intraacadémico, paralelo al de la libertad de cátedra o de enseñanza, que tiene enorme relevancia sustantiva y, por otro lado, indirectamente se estaba juzgando la «no convencionalidad de su modo de vida en relación con la profesión médica» (400), juicio sobre el fondo, «a lo Ely», que, de haberlo considerado los *curators* de la Universidad inconstitucional, les habría inhibido.

Esta ligazón entre derechos sustantivos y procedimentales llega al culmen, como acertadamente han observado Nowak, rotunda, y Young, con la

(395) Véase *supra* apartado C:3.

(396) Véase *supra* apartado C:5 b).

(397) Véase *supra* notas 65 y ss., y el texto que las acompaña.

(398) 435 US 78 (1978).

(399) Véase un resumen de este procedimiento (avisos, observación por siete médicos, discusiones con el decano, etc.) en *TRIBE: Supplement*, p. 53 (1979), aparte, naturalmente, de la propia sentencia, donde se detallan.

(400) Así opina igualmente el profesor A. E. Dick Howard (conversación personal).

teoría de las presunciones *iuris et de iure* (401). Los casos prototípicos son *La Fleur* (402) y *Turner v. Department of Employment* (403). El TS declaró inconstitucional en el primero de ellos un reglamento de un distrito escolar que hacía obligatoria para las profesoras la suspensión laboral, sin salario, durante el embarazo y en el segundo una ley estatal que negaba a las trabajadoras embarazadas la prestación de desempleo durante doce semanas antes y seis después del parto. De hecho, el embarazo en cuanto tal no es condición sospechosa como el sexo (404). Sin embargo, utilizando la técnica de la inconstitucionalidad de las presunciones legislativas *iuris et de iure* el TS consideró que el no dejar de mostrar a las trabajadoras su habilidad para continuar trabajando durante ese periodo iba en contra del *due process*. La falta de posibilidad de individualizar en un expediente concreto fue utilizada obviamente como pretexto (405) para condenar posibles motivos sustantivos inconstitucionales (406). Fondo y forma aparecen ahora, sí, inextrínsecamente unidos.

c) Los *welfare rights* como meros principios interpretativos.

Sin embargo, la gran técnica que ha utilizado el TS para la constitucionalización de ciertos *welfare rights* ha sido la de la interpretación de la finalidad de la norma enjuiciada como concorde con posiciones favorables a la extensión de dichos *welfare rights*. Esta técnica, primero, ha permitido la anulación de leyes denegatorias de algunas prestaciones sociales (*Moreno, Jiménez*) operando tanto a nivel legal como constitucional, gozando cada vez más de un cierto consenso judicial, pues, como mínimo, siempre ha reunido tres jueces disidentes; y, segundo, ha permitido al TS favorecer la extensión en vez de la limitación de las prestaciones.

No queremos a estas alturas cansar a un lector repitiendo jurisprudencia que ha salido a relucir a lo largo de este trabajo y de otros anteriores. Tanto cuando tratamos el tema de la extensión *versus* invalidación como alternativa que necesariamente viene provocada por la anulación de leyes en virtud de la aplicación del principio de igualdad, al estudiar los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad (407), como cuando estudiamos la auténtica operatividad del llamado *test* de la racionalidad o de la discriminación razonable cuando estudiamos la razón como fuente constitucional (408), se

(401) NOWAK et al.: *Op. cit.*, pp. 497-98, son los únicos que clasifican esa doctrina dentro del *due process* y no como variante de la cláusula de igualdad, que es lo normal.

(402) 414 US 632 (1974).

(403) 423 US 44 (1975). *Per curiam*.

(404) Véase *supra* apartado f.1.

(405) En el mismo sentido véase TRIBE: *Op. cit.*, pp. 1084-85.

(406) En el caso concreto de *La Fleur* el TS incluso especuló irónicamente con los posibles motivos (que los alumnos no hicieran sonrojarse a las profesoras embarazadas a la vez que evitar que el sexo se les subiera a la cabeza) que de haber sido alegados habrían hecho de la norma una totalmente irracional por desacoplamiento de medios y fines.

(407) Véase mi trabajo en el número 5 de esta REVISTA.

(408) Véase mi trabajo *cit. supra* nota 10.

puso muy claramente de relieve cómo no era nada difícil reconducir la finalidad de una ley que otorga prestaciones a la de la máxima cobertura posible que normalmente suele figurar en todos los preámbulos de dichas leyes. Los *welfare rights* no serían así un derecho entendido como tal, que obligara al Estado a prestarlos, sino que se quedarían simplemente en este rango interpretativo justificando el aumento o la ampliación del ámbito de aplicación de leyes prestacionales que excluyen a personas o colectivos determinados. La distinción de Dworkin entre normas y principios se basa precisamente en este dato. Las normas imponen automáticamente un deber y, por consiguiente, otorgan un derecho; los principios, *prima facie*, no establecen mandatos jurídicos en forma de obligación o de derecho, sino que ayudan a dar funcionalidad a otra norma preexistente y distinta del principio mismo que se intenta aplicar (409). El método estructural de Tribe se basa precisamente también en esta distinción, para lo cual bástenos recordar ahora su ejemplo de cómo la teoría de la delegación puede funcionar como límite tajante a la constitucionalidad de determinadas leyes o como principio interpretativo de si dichas leyes pueden o no ser consideradas inconstitucionales en virtud de otros aspectos a los que la teoría de la delegación ayuda a funcionalizar (410).

Resulta, pues, indudable que, por lo menos a nivel de principio y por otros mecanismos más débiles que su reconocimiento como derecho, ha habido una cierta constitucionalización de los *welfare rights* y, lo que queda todavía más claro, puede producirse ésta sin gran distorsión en los límites inherentes en la propia naturaleza de la justicia constitucional. También resulta bastante claro que la tendencia del Tribunal Warren en sus últimos años era mucho más fuerte. Lo que parecía que iba a llegar era la constitucionalización como auténtico derecho, bien por la vía del mínimo, bien por otras. No es, pues, de extrañar que si se habla hoy en día de constitucionalización de los *welfare rights* en Norteamérica haya quien niegue tajantemente que dicha constitucionalización se ha producido (411) o quien indique que pese a haber estado constitucionalizados, la decadencia de dichos derechos ha sido prácticamente total (412), a la vez que tampoco debe sonar a raro que haya constitucionalistas norteamericanos que reconozcan actualmente que dicha constitucionalización si se ha operado (413).

(409) Véase mi trabajo *cit. supra* nota 295.

(410) Véase *id.*

(411) Véase, en este sentido, aparte de los ya citados anteriormente, KRISLOV: *The OEO Lawyers Fail to Constitutionalize Right to Welfare: A Study in the Uses and Limits of the Judicial Process*, 58 *Minn L Rev.* 211 (1973).

(412) Véase, en general, MENDELSON: *From Warren to Burger: The Rise and Decline of Substantive Equal Protection*, 66 *Am Pol Sci Rev.* 1226 (1972), y, en el mismo sentido, HOWARD: *The Burger Court: A Judicial Noneis the Enigma Variations*, 43 *L & Cont Prob* 7, 11 (1980).

(413) Véase nota 6 *supra*.