

Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU

Joaquín Brage Camazano

*Doutor Europeo en Derecho (UCM), Departamento de Derecho
Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.*

SUMARIO: 1 La relevancia de la doctrina y la jurisprudencia de los *civil rights* en los EEUU entre nosotros y la falta de estudios de teoría general; 2 ¿Es posible construir una cierta teoría general de los *civil rights* en los EEUU?; 3 Concepto y clasificación de los derechos fundamentales en los EEUU; 4 La titularidad de los derechos fundamentales; 5 Los destinatarios de los derechos fundamentales; 6 El método de examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales y sus límites en la jurisprudencia de la corte suprema de los EEUU.

1 LA RELEVANCIA DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS CIVIL RIGHTS EN LOS EEUU ENTRE NOSOTROS Y LA FALTA DE ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL

Frente a la especial atención que se presta entre nosotros a la doctrina y jurisprudencia alemanas, pese a que en la mayoría de los casos no se manejan fuentes directas en alemán, la atención prestada a la jurisprudencia norteamericana es comparativamente escasa y ello a pesar de la indiscutible importancia de la misma, especialmente en el campo de los derechos fundamentales. Una parte de la explicación de lo anterior puede residir en el indudable hecho de que en los EEUU, por la propia mentalidad (jurídica, también) americana, no abundan – o, simplemente, no existen – las sesudas y sistemáticas construcciones propias de la doctrina alemana y a que se tiende en general en la doctrina europea continental, algo que facilitaría al lector o investigador foráneo el acercamiento a una jurisprudencia tan apegada al caso concreto y tan copiosa y evolutiva como la del Tribunal Supremo norteamericano.

Desde luego, lo que está fuera de toda duda es que la jurisprudencia norteamericana presenta una riqueza y grado de desarrollo *pragmático* digno de estudio y que, sea como sea, merece unas referencias más amplias de las que, en general, se hacen a la misma a la hora de estudiar las cuestiones

relativas a los derechos fundamentales entre nosotros. Y por otro lado, tampoco es posible desconocer que, en buena medida, algunas de las construcciones de la doctrina y la jurisprudencia germanas sobre los derechos fundamentales, si se rastrea bien su origen, no son más que, por así decirlo, “racionalizaciones” – por supuesto que debidamente desarrolladas y adaptadas a las específicas peculiaridades y categorías propias del Derecho continental y del propio ordenamiento – de criterios tomados de la jurisprudencia norteamericana o, al menos, inspiradas en esta última en cierta medida, por más que luego se les dé un perfil más abstracto, generalizable y técnico.

Es, desde luego, cierto, por otra parte, que la aproximación a la jurisprudencia americana presupone para el investigador extranjero no pocas dificultades derivadas, entre otras circunstancias, del hecho de tratarse el americano de un ordenamiento perteneciente a otra familia jurídica, como es el *common law*; a consecuencia también de la amplitud, complejidad y riqueza de la jurisprudencia norteamericana; así como a resultas de los modos de razonamiento y resolución de las controversias jurídicas bien diversos de los usuales entre nosotros. Sin embargo, precisamente por la riqueza que esa jurisprudencia presenta y por su larga y acreditada tradición y por la utilidad que la misma puede tener para solucionar algunos de los problemas que se nos plantean en materia de derechos fundamentales, o pueden llegar a plantearse, podría ser conveniente que en nuestra doctrina se prestase una mayor atención a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU en materia de *civil rights*. No debe olvidarse que en el seno del propio TC, se le ha reprochado alguna vez a la mayoría precisamente el empleo *indiscriminado y tácito* del Derecho comparado norteamericano.¹

2 ¿ES POSIBLE CONSTRUIR UNA CIERTA TEORÍA GENERAL DE LOS CIVIL RIGHTS EN LOS EEUU?

Una cuestión que se plantea inmediatamente es la de si es posible construir una cierta teoría general de los derechos fundamentales en los EEUU. Y a la vista tanto de la extraordinaria casuística jurisprudencial como de la ausencia de toda teoría general en el tratamiento constitucional en sede doctrinal de los derechos fundamentales, la respuesta habría de ser, aparentemente, negativa. Sin embargo, no es menos patente a primera vista que, para navegar en el maremágnum que constituye la jurisprudencia

1 Así, voto particular del Magistrado Sr. Cruz Villalón a la STC 81/1998, con relación a la conocida como “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (“fruit of the poisonous tree doctrine”) o del *efecto reflejo* (admisibilidad de una prueba lícita derivada de otra ilícita) y su importante matización, en la línea de la jurisprudencia norteamericana, a partir de la artificiosa construcción de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad”: “debe recordarse que a partir de aquí hemos abandonado el terreno del artículo 10.2 CE [...] *El punto de referencia implícito pasan a ser ahora los Estados Unidos*, es decir, el del simple Derecho comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo, subsiguientemente muy matizadas” (teorías de la fuente independiente, o del descubrimiento inevitable y de la fuente hipotéticamente independiente etc.).

del TS norteamericano, resulta conveniente o altamente recomendable, al menos para quien no esté muy familiarizado ya con la jurisprudencia norteamericana – como es, desde luego, el caso de quien esto escribe y, en general, las personas ajenas a ese sistema jurídico –: a) por un lado, dejarse guiar por uno de los múltiples e indispensables *Casebooks* o antologías jurisprudenciales existentes en el mercado, que son recopilaciones de las más importantes sentencias de la Corte Suprema en el campo de los derechos y libertades civiles; y b) por otro lado, contar con una cierta sistematización o teoría general de toda esa jurisprudencia.

Debe, desde luego, reconocerse que esto último no es muy acorde con la mentalidad jurídica norteamericana ni de los países de *common law*, pues, como señala uno de los autores de Europa continental que más en profundidad ha estudiado y conoce el Derecho constitucional de los EEUU,² hablar de una “teoría general de los derechos fundamentales” en dicho país es algo bastante inusitado. Y ello, por mencionar sólo algunas razones, tanto por la falta de sistemática y de regulaciones generales en este campo de la Constitución como, sobre todo, por la mentalidad casuístico-pragmática anglosajona, que atiende al caso concreto y que sólo muy limitadamente admite abstracciones y generalizaciones como las que son propias entre nosotros: el *common law* parte, más bien, de un método casuístico en que el verdadero Derecho viene constituido por reglas desarrolladas para un caso determinado o para grupos determinados de casos y, en él, la regla jurídica específica precede al principio abstracto, aparte el hecho de que toda “Parte General”, como dice Brugger, presupone “un grado relativamente elevado de sistematización y coherencia interna que es ajeno al pensamiento jurídico (norte)americano”.³ Como ha dicho la Corte Suprema, “generalizations do not decide concrete cases” y es por ello que no pueden encontrarse demasiadas generalizaciones en la doctrina ni jurisprudencia norteamericanas, pues ello es algo enteramente ajeno a su propia mentalidad jurídica.

Con todo, y aun a riesgo de “desnaturalizar” en cierta medida el Derecho norteamericano con este enfoque, creemos con Brugger, que es el autor que ha realizado el más serio intento de construcción de una cierta teoría o “Parte general” de los derechos fundamentales en los EEUU, que dicha teoría es posible, siempre que se reconozca lo anteriormente expuesto y, en consecuencia, no se sobrevalore dicha teoría general, que sólo puede ser una aproximación a los aspectos más generales comunes a los derechos fundamentales en los EEUU en la interpretación de su Corte Suprema: una sistematización aproximada, en suma. En realidad, toda teoría general es sólo eso, pero también nada menos que eso. En el caso de los EEUU, sin

2 Winfried Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, Beck, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, München, 1993, p. 83.

3 Winfried Brugger, *Einführung*, cit., p. 83.

embargo, las cautelas para no convertir en axioma inderogable lo que es sólo una pauta general han de extremarse y, en especial, no puede desconocerse ni prescindirse, en modo alguno, de la metodología esencialmente casuística con que hay que abordar todas las cuestiones relativas a los derechos fundamentales en los EEUU, mucho más acentuadamente que en España, desde luego, y ello pese a que la judicialización de nuestro Derecho constitucional nos haya aproximado al sistema norteamericano en cierto modo.

Pero, aun con estas matizaciones, no ofrece dudas la utilidad y hasta necesidad de formular también entre nosotros una cierta teoría (o sistematización, si se prefiere) general sobre los derechos fundamentales en los EEUU en la praxis jurisprudencial del TS y ello aunque sólo fuera con la pedagógica finalidad de posibilitar, o facilitar, al investigador foráneo una aproximación racional, sobre la base de una cierta sistematización general, a los derechos fundamentales en el Derecho norteamericano sin perder la perspectiva, como dice Brugger, en los innumerables casos resueltos por la jurisprudencia.⁴

Estamos convencidos de que ello no sólo es posible, sino altamente necesario entre nosotros, aunque sólo sea con una finalidad orientativa para un estudio más a fondo y más detallado de tipos de casos o de derechos fundamentales específicos o con una finalidad pedagógica respecto de los aspectos más generales de los derechos fundamentales en los EEUU, máxime cuando este tipo de generalizaciones no se encontrarán, por su propia concepción del Derecho, en las publicaciones científicas y los manuales norteamericanos y es algo que, a diferencia de lo que ocurre especialmente en Alemania, no se ha hecho hasta ahora entre nosotros. Precisamente por lo que acaba de decirse, la siguiente exposición la realizaremos de la mano de algunos de los estudios teórico-generales que, sobre los derechos fundamentales en los EEUU, se han realizado en la doctrina alemana (y no, curiosamente, en la propia doctrina norteamericana!), que resulta, por ello, un punto de referencia indispensable para cualquier sistematización general en este campo que pretenda ir más allá de la exposición de grupos de casos y sin cuyo apoyo, en ningún caso, y es preciso reconocerlo aquí ya, hubiera sido posible este trabajo, al que ha proporcionado la base necesaria.

3 CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS EEUU

En primer lugar, en lo que se refiere al concepto de derechos fundamentales, debe decirse que en EEUU tal terminología no se utiliza con el sentido que le da un lector español o alemán, sino que el término genérico

⁴ Winfried Brugger, *Einführung*, cit., p. 83-84.

que comprendería a nuestros “derechos fundamentales” sería el de “constitutional rights and liberties” o “civil rights and liberties” o expresiones similares, pudiendo tener tales derechos una base textual expresa en la Constitución o bien deducirse tácitamente por los tribunales de las cláusulas constitucionales generales. Precisamente la terminología de “fundamental rights” se reserva en el Derecho norteamericano para estos derechos civiles no textuales. No obstante, convencionalmente, una vez hecha la anterior precisión, aquí designaremos al conjunto de todos los derechos *básicos* o de especial importancia reconocidos a la persona o al ciudadano como “derechos fundamentales”, si bien debe precisarse que en la doctrina y jurisprudencia norteamericana no existe una categoría tan claramente definida – en su protección procesal y garantías específicas, en su criterio determinante de la fundamentalidad y en su utilización frecuente, sistemática y homogénea – como sería la nuestra de los derechos fundamentales, algo que no debe nunca perderse de vista,⁵ como tampoco debe olvidarse la protección integral de la libertad *constitucionalmente garantizada* en los EEUU por virtud de la Enmienda IX: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

Por otro lado, debe recordarse que a lo largo de su historia el TS norteamericano sólo recientemente ha comenzado a proteger los derechos fundamentales más allá de los tradicionales derechos económicos, especialmente la propiedad privada. Esta tendencia puede decirse que tiene su origen en una nota a pie de página del voto del Juez Stone en *United States v. Carolene Products*⁶ (1938), expresando la “opinión of the Court”, donde se propugna que una ley afectante a los derechos civiles “is to be subjected to more exacting judicial scrutiny”, “a correspondingly more searching judicial inquiry”, si bien una tendencia a la protección de tales derechos puede apreciarse ya en *Meyer v. Nebraska*⁷(1923) o *Pierce v. Society of Sisters*⁸ (1925). Luego esta doctrina tendría una acogida más o menos débil en la jurisprudencia posterior, en la que se operaría una expansión considerable de la

5 Como dice Nancy C. Johnson, la utilización de la terminología de “derechos fundamentales” para estudiar el Derecho norteamericano, ciñéndola a un determinado grupo de derechos fundamentales, resulta ser más bien algo arbitrario y antinatural, a la par que conduce, en realidad, a reducir el ámbito, bastante mayor que en los países europeos continentales, de protección jurídico-constitucional de la libertad personal. Véase, Nancy C. Johnson, “Vereinigete Staaten von Amerika”, capítulo XII de Eberhard Grabitz (coord.), *Grundrechte in Europa und USA*, Tomo I (*Strukturen nationaler Systeme*), Schriftenreihe Europa Forschung (tomo X), N.P. Engel, Kehl y otras, 1986, p. 890.

6 *United States v. Carolene Products* 304 U.S. 144 (1938).

7 *Meyer v. Nebraska* 262 U.S. 390, 399 (1923): McReynolds, expresando la opinión del Tribunal, manifestó que la cláusula del proceso debido de la XIV Enmienda protegía el derecho del individuo “to contract, to engage in [...] common occupations, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy privileges, essential to the orderly pursuit of happiness by free men”. Aunque esta doctrina quedase oscurecida cuatro décadas, fue luego en los años sesenta del pasado siglo un importante precedente para un derecho constitucional de privacidad.

8 *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925).

protección de los *civil rights* de libertad (muchas veces sólo implícitos en el texto de la Constitución), no puramente económicos. Así, ya en *Skinner v. Oklahoma* (1942),⁹ los jueces coincidirían en que en el campo de los derechos civiles no era apropiado aplicar la presunción de constitucionalidad que prevalecía en casos relativos a las libertades económicas y allí diría el Juez Douglas, expresando la opinión del Tribunal: “This case touches a sensitive and important area of human rights. Oklahoma deprives certain individuals of a right which is basic to the perpetuation of a race: the right to have offspring” y, en casos de este tipo relativos a “one of the basic civil rights of man”, el TS debe llevar a cabo un “strict scrutiny” (frente al *ordinary o minimum scrutiny*). Y así, en *Korematsu v. United States* (1944), respecto a la igualdad, dirá el Justice Black, expresando la opinión de la Corte y en un famoso aserto, que “all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect” y están sujetas al “most rigid scrutiny”.¹⁰

Por lo que se refiere a una posible clasificación de los derechos fundamentales en los EEUU, y aunque toda categorización al respecto es discutible y se presta a quedar anticuada, hace ya algunos años Nancy C. Johnson propuso una clasificación que distinguía entre los derechos fundamentales reconocidos en el propio texto de la Constitución, los que se derivan de la Constitución o de la estructura federal, el derecho “sin fuente” a la esfera privada, las prestaciones sociales que resultan de la protección de derechos fundamentales y los privilegios de los parlamentarios¹¹ y, por otro lado, también distinguía, en atención a las fuentes de tales derechos entre: 1. *Derecho escrito*: A) Derecho nacional: a) Derecho constitucional (*privileges and immunities clause*, la cláusula de apertura de la novena enmienda, igualdad ante la ley, proceso debido); b) Derecho ordinario; c) otras normas; d) garantías regionales de derechos fundamentales; B) Derecho internacional (puede llegar a tener una importancia que hasta ahora no tiene); 2. *Derecho no escrito*: a) principios generales y Derecho natural; b) Derecho consuetudinario nacional; c) Derecho consuetudinario internacional; 3. *Derecho judicial*: a) “Incorporation of the Bill of Rights”; b) derechos derivados del carácter federal o del principio democrático, tales como la libertad nacional de movimientos y la protección de las posibilidades de hecho de participar en el proceso democrático de formación de la voluntad popular; c) derechos sin fuente (“non-source rights”), vinculados sobre todo a las relaciones familiares, que se consideran por el TS tan esenciales y de tal valor que no estarían básicamente a disposición del legislador.¹²

9 *Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 535 (1942).

10 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944). Curiosamente, éste fue prácticamente el único caso en que una ley ha pasado ese “rigid scrutiny”.

11 Nancy C. Johnson, “Vereinigete”, cit., p. 911 ss.

12 *Ibidem*, p. 895-911.

Y según su ámbito de vigencia, proponía esta autora el siguiente esquema: 1. *Ámbito territorial de vigencia*: a) Reservas indias; b) Puerto Rico; c) Guam, Virgin Islands y Samoa americana; d) Micronesia; 2. *Ámbito personal de vigencia*: A) Personas físicas: a) nacionales; b) extranjeras; c) apátridas; B) Personas jurídicas: a) nacionales: de Derecho público y de Derecho privado; b) extranjeras; C) Asociaciones de otro tipo; 3. *Mayoría y minoría de edad respecto de los derechos fundamentales y capacidad para los mismos*.¹³

4 LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo que se refiere a la titularidad de los derechos fundamentales, hay que distinguir *grosso modo* entre personas naturales y personas jurídicas. En cuanto a las primeras, hay ciertos derechos que se reconocen – bien expresa, bien tácitamente (por ejemplo, Primera Enmienda) – a toda persona (“persons”, “people”), al menos en potencia (“accused”), mientras que otros aparecen restringidos sólo a los “ciudadanos” (para el concepto de ciudadano, Enmienda XIV, sección 1ª, de la Constitución: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside”). Los primeros protegen a toda persona – y, según el TS, no lo es el feto –, incluyendo a los extranjeros, siempre que estén en situación legal en el país¹⁴ (garantías procesales penales de las enmiendas IV a VIII, las cláusulas del debido proceso y de la protección igual de las enmiendas V y XIV y la propiedad y la libertad contractual de la Enmienda V y artículo I, sección 10ª, cláusula 1ª). En cuanto a las personas jurídico-privadas, pueden apoyarse en derechos fundamentales en tanto que se trate de derechos que no sean personalísimos (como lo es el sufragio, por ejemplo):¹⁵ libertad de expresión y de prensa, la prohibición de la pena reduplicada, protección frente a registros domiciliarios y secuestros, derechos económicos como la propiedad, garantías del debido proceso y la protección igual.

5 LOS DESTINATARIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹⁶

En primer lugar, se plantea la cuestión de si sólo la Federación o también los Estados son destinatarios de la garantía constitucional de los dere-

13 *Ibidem*, p. 918 ss.

14 Véase, no obstante, *Pylar v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982): protección de la cláusula de trato igual a niños extranjeros indocumentados en cuanto a su educación (derecho no fundamental).

15 Winfried Brugger, *Einführung*, cit., p. 85 ss. y Nancy C. Johnson, “Vereinigte”, cit., p. 922 ss.

16 En lo que se refiere a los destinatarios de los derechos fundamentales en EEUU (y su eventual eficacia horizontal o *Drittwirkung*), el tema ha sido tratado recientemente, en nuestra literatura científica, por Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw Hill, Madrid, 1997, *in toto*; véase, también, más recientemente, *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 121 S. Ct. 924 (2001) y los votos particulares disidentes allí formulados; y Mark Tushnet, “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, volume 1, number 1, 2003, p. 79 ss.

chos fundamentales y, a la vista del conocido como “debate de la incorporación” en torno a la Enmienda XIV, la respuesta ha de ser que también los Estados están vinculados por los derechos fundamentales, pues la jurisprudencia moderna ha venido a equiparar a estos efectos prácticamente el nivel federal y el estatal.

En lo que se refiere a la vinculación frente a particulares o sólo frente al Estado (aquí entendido como Estado global, comprensivo de la Federación y los Estados federados), la jurisprudencia del TS, generalmente aceptada, considera que la protección de los derechos fundamentales se dirige sólo frente a la “state action”, algo que está “well established” y es “easily stated”, si bien la cuestión de si una determinada actuación es “private” o “state action” “frequently admits of no easy answer”. Para ello, será preciso determinar “whether there is a sufficiently close nexus between the State and the challenged action of the regulated entity so that the action of the alter may be fairly treated as that of the State itself. The true nature of the State’s involvement may not be immediately obvious, and detailed inquiry may be required in order to determine whether the test is met”.¹⁷ La determinación de si existe ese “nexo suficientemente estrecho” permite otorgar protección frente a supuestos de mixtura de actuación pública y actuación privada o proximidad de ésta a una actuación pública en sentido estricto al tiempo que marca un parámetro lo bastante flexible como para que las distintas sensibilidades del TS a lo largo del tiempo, en función de múltiples factores, puedan llevar a cabo una interpretación más o menos amplia (período *Warren*) o estrecha (períodos *Burger* y *Rehnquist*, hasta hoy) de lo que se entiende por “state action”.¹⁸

Así, por ejemplo, en 1961 el TS consideró que había *state action* en la negativa de un restaurante privado a servir a personas afroamericanas sobre la sola base de que el mismo estaba ubicado en una finca que le había sido arrendada por una instalación de aparcamiento público (*Burton v. Wilmington Parking Authority*, resuelto por la *Corte Warren*); o en 1963 respecto de un restaurante privado que había sido animado a discriminar por dos funcionarios locales (*Lombard v. Louisiana*, resuelto por la *Corte Warren*); o en 1964 respecto de un parque de atracciones que ejecutó su prohibición de entrada a afroamericanos empleando un sheriff fuera de servicio pero

17 *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S., 345, 349 ss. (1974).

18 Téngase en cuenta que la Corte Warren generó, con su jurisprudencia igualitaria respecto de las personas de raza negra, una fuerte resistencia, asumida por el candidato Richard Nixon a la presidencia del país, quien luego, tras ganar las elecciones presidenciales, eligió a los jueces Burger (1969) y Rehnquist (1972) (también a Blackmun en 1970 y a Powell en 1972) para la Corte Suprema. No obstante, debe decirse que esa interpretación restrictiva de la “state action” por la jurisprudencia de las últimas décadas ha conocido una excepción respecto de la recusación discrecional por motivos raciales de jurados durante el proceso de selección de los mismos, ámbito en que, como nos dice O’Brien, “la Corte Rehnquist ha hecho cumplir enérgicamente la doctrina de la ‘state action’” [*Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400 (1991), *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614 (1991) y *Georgia v. McCollum*, 505 U.S. 42 (1992)]. Véase, al respecto, David M. O’Brien, *Constitutional Law and Politics*, volumen 2 (*Civil Rights and Civil Liberties*), W. W. Norton, Nueva York, 2003, p. 1329 ss.

vestido con su respectivo uniforme (*Griffin v. Maryland*, resuelto por la Corte Warren); pero no hay, en cambio, *state action* en la concesión de una licencia de venta de alcohol por parte de las autoridades respecto de la discriminación ejercitada por los propietarios de un club que no admitía el ingreso de personas de raza negra al no haber “ninguna prueba del propósito de fomentar o estimular la discriminación racial” (*Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 1972, asunto resuelto ya por la *Corte Burger*).

Con todo, la determinación de lo que es “state action” y lo que es una actividad puramente privada es, desde luego, una tarea harto compleja, hasta el punto de que una autorizada voz, la de Charles Black, ha dicho, no sin cierta ironía, que “‘state action’ [is] a term of art in our constitutional law”¹⁹. Así se entiende que la propia Corte Suprema no haya podido menos que reconocerlo: “What is ‘private’ action and what is ‘state’ action is not always easy to determine. See *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715. Conduct that is formally ‘private’ may become so entwined with governmental policies or so impregnated with a governmental character as to become subject to the constitutional limitations placed upon state action”.

Tampoco se encuentran en la doctrina norteamericana, ni menos en su jurisprudencia, criterios generales claros de cuándo puede entenderse que hay “state action” y cuándo no. Una vez más, ha sido Brugger quien ha realizado el más serio intento de sistematización al respecto y considera que de la jurisprudencia de la Corte Suprema se deduce que hay una mezcla suficiente de acción estatal y privada para considerar que hay “state action” en dos grupos de casos especialmente:

- a) por un lado, los casos en que los particulares desempeñan, con aprobación del Estado, bien funciones públicas *in nature* o tareas que han sido tradicional y exclusivamente llevadas a cabo por poderes públicos²⁰ (*public functions doctrine*);²¹

19 Charles Black, “State Action”, en Kenneth L. Karst (ed.), *Civil Rights and Equality*, Macmillan, Nueva York, 1989, p. 44.

20 La teoría de la función pública podía entender que había una función pública cuando: a) había una relación con el público; b) era de importancia para la opinión pública; c) tenía en el nivel estatal una contraparte paragonable; o d) tenía un carácter equiparable a la soberanía. Y dado que estos cuatro diversos puntos de vista, que en gran parte se superponen, han encontrado eco en la jurisprudencia, pero, por diversas razones, podían dar lugar a una dinámica expansiva que acabara por considerar como *state action* gran parte de la actividad privada, y ello se ha considerado poco conveniente por muchos, lo cierto es que la jurisprudencia más reciente ha abandonado crecientemente su exégesis anterior y en el fondo ha vuelto a los casos iniciales de la delegación oficial de poder estatal de la *company town* (véase nota siguiente). Los criterios delimitadores de la nueva jurisprudencia se refieren en especial a dos puntos o aspectos: sólo hay *state action* en el sentido de la teoría de la función pública cuando un particular lleva a cabo, con consentimiento estatal, tareas que *tradicional y exclusivamente* han sido llevadas a cabo por el poder público. Seguimos aquí a Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgesgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1987, p. 33-34, quien señala, no obstante, que también al respecto sigue habiendo cuestiones dudosas y contradicciones.

21 Aquí se comprenderían dos supuestos: a) las elecciones primarias, y en especial con relación a los llamados *white primary cases* (elecciones primarias entre blancos en que se excluía la participación de

- b) por otro lado, y aquí es donde se mueve sobre todo la jurisprudencia más reciente, deben mencionarse aquellos otros casos en que la actuación privada aparece apoyada por órganos del Estado o estrechamente vinculada de forma suficiente a actuación estatal, lo que ocurriría cuando “se ha considerado que el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, ha resultado implicado” en la conducta privada en una medida significativa, si bien el TS precisa que “sólo mediante la criba de los hechos y la ponderación de las circunstancias puede atribuírsele su verdadera significación a la implicación no-obvia del Estado en la conducta privada”, ya que “establecer y aplicar una fórmula precisa para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado conforme a la cláusula de la protección igual es una ‘tarea imposible’ que ‘este Tribunal no ha intentado nunca’”. En definitiva, el TS reconoce la imposibilidad de hallar una fórmula fija en abstracto para determinar cuando existe *state action* por conexión con el Estado o apoyo de los titulares del poder público y procede orientado por grupos de casos. Como señala Bilbao Ubillos, “la complicidad del Estado puede adoptar diversas formas y grados. La escala iría desde la participación más intensa y evidente, la compulsión o constricción por parte del Estado, hasta la simple tolerancia o aquiescencia, pasando por una amplia gama de contactos, conexiones, medidas de apoyo o fomento, intervenciones legislativas o judiciales etc. La tarea del juzgador será precisamente rastrear y descubrir en la conducta le-

personas de raza negra como votantes o candidatos, con un virtual efecto discriminatorio), se considera que los partidos políticos, asociaciones o clubs que forman parte de la estructura de los partidos que intervienen en dichas elecciones primarias asumen una función pública por naturaleza (*in nature*): “where a State delegates an aspect of the elective process to private groups, they become subject to the same restraints as the State” [*Evans v. Newton* 382 U.S. 296, 299 (1966) por referencia a *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461]; b) los supuestos de actuación funcionalmente equivalente a la de instituciones públicas, siendo aquí clásico el caso *Marsh v. Alabama* 326 U.S. 501 (1946), relativo a las ciudades de propiedad y gestión privada (*company towns*): “Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. Cf. *Republic Aviation Corp. v. N.L.R.B.*, 324 U.S. 793, 65 S.Ct. 982, 985, 987, note 8, 157 A.L.R. 1081. Thus, the owners of privately held bridges, ferries, turnpikes and railroads may not operate them as freely as a farmer does his farm. Since these facilities are built and operated primarily to benefit the public and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation” (p. 506; cursiva nuestra); para centros comerciales, véase *Pruneyard Shopping Center v. Robbins* 447 U.S. 74 (1980); ; para un parque gestionado por particulares para ser disfrutado sólo por blancos, *Evans v. Newton* 382 U.S. 296 (1966): “The service rendered even by a private park of this character is *municipal in nature*. It is open to every white person, there being no selective element other than race. Golf [382 U.S. 296, 302] clubs, social centers, luncheon clubs, schools [...] and other like organizations in the private sector are often racially oriented. A park, on the other hand, is more like a fire department or police department that traditionally serves the community. Mass recreation through the use of parks is plainly in the public domain, *Watson v. Memphis*, 373 U.S. 526; and state courts that aid private parties to perform that public function on a segregated basis implicate the State in conduct proscribed by the Fourteenth Amendment. Like the streets of the company town in *Marsh v. Alabama* [...] the elective process of *Terry v. Adams* [...] and the transit system of *Public Utilities Comm’n v. Pollak* [...] the predominant character and purpose of this park are municipal”.

siva de un derecho constitucional esos incidios de complicidad, activa o pasiva, de un poder público. Y demostrar, además, que esa complicidad con el presunto infractor es significativa". Aquí distingue Bilbao, básicamente, cinco grupos de casos: a) los supuestos referidos a disposiciones contractuales por las que el propietario de un inmueble se compromete a no venderlo o alquilarlo a personas de color o que pertenezcan a otras minorías raciales (*racially restrictive covenants*);²² b) supuestos en que hay una asociación o interdependencia entre el Estado y el actor privado (por ejemplo, restaurante inserto en un aparcamiento propiedad del Estado que niega el servicio a un ciudadano negro²³ o actuaciones de una entidad en cuyos órganos de dirección hay representantes designados por poderes públicos;)²⁴ c) supuestos en que el Estado resulta implicado por medio de estímulos o ayudas que favorecen (*encourage*) la acción privada,²⁵ como la financiación pública (sustancial) de una cierta actividad privada²⁶ o la simple autorización normativa a las compañías ferroviarias de practicar pruebas de alcoholemia o detección de drogas a sus empleados que incumpliesen determinadas reglas de seguridad,²⁷ si bien la jurisprudencia parece exigir que la implicación del Estado no sea genérica respecto de esa actividad privada, sino específica respecto de la conducta lesiva de derechos constitucionales;²⁸ d) las

- 22 *Buchanan v. Warley* 245 U.S. 60 (1917), declarando inconstitucional una ordenanza municipal que prohibía que personas de una raza, blancos o negros, ocupasen una vivienda en un bloque o zona habitada mayoritariamente por personas de la otra raza; *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948), revisando la doctrina tradicional desde *Corrigan v. Buckley* 271 U.S. 323 (1926), concluye que desde el momento en que un tribunal (estatal) interviene para dar ejecución a un *racially restrictive covenant* hay ya *state action*, ya que, a diferencia de los casos en que el convenio se cumple voluntariamente por las partes y no se provoca la intervención judicial, cuando no es así y un tribunal convalida una cláusula contractual discriminatoria, amparando a quien la alega, resulta "claro que si no es por la activa intervención de los tribunales, con el respaldo del poder estatal, los demandantes habrían podido ocupar libremente las propiedades en cuestión, sin restricciones. No son casos, como se ha sugerido, en los que los Estados se abstienen simplemente de intervenir [...] Antes bien, son casos en los que los Estados han puesto a disposición de esos individuos todo el poder coercitivo del Estado". No obstante, el TS, si no ha abandonado esta doctrina, sí que ha hecho, en el mejor de los casos, una lectura restrictiva de la misma: véase, respecto a un convenio colectivo que legitimaba el despido por pertenencia del trabajador al partido comunista, *Black v. Cutter Laboratories* 351 U.S. 292 (1956) y, respecto a ciertas disposiciones testamentarias discriminatorias, *Evans v. Abney* 396 U.S. 435 (1970), pero también véanse *Edmonson v. Leesville Concrete Co.* 500 U.S. 614 (1991: respecto al desahucio discriminatorio) y *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982: boicot racial) y *Bell v. Maryland* 378 U.S. 226 (1964: sentada de protesta de personas de raza negra en una propiedad privada supuestamente allanada con tal conducta).
- 23 *Burton v. Wilmington Parking Authority* 365 U.S. 715 (1961).
- 24 *Pennsylvania v. Board of Trusts* 353 U.S. 230 (1957).
- 25 *Reitman v. Mulkey* 387 U.S. 369 (1967: es "acción estatal" la reforma constitucional que da cobertura a la negativa de un particular a vender o alquilar a una persona, incluso por razón de la raza de la contraparte).
- 26 *Norwood v. Harrison* 413 U.S. 455 (1973), *Runyon v. McCrary* 427 U.S. 160 (1976).
- 27 *Skinner v. Railway Labor Executives' Association* 489 U.S. 602 (1989).
- 28 *Blum v. Yaretsky* 457 U.S. 991 (1982).

omisiones estatales que suponen una autorización tácita de la conducta privada,²⁹ incluso la mera tolerancia estatal de una costumbre, siempre que ésta tenga fuerza de ley.³⁰

A partir de un estudio de la amplia jurisprudencia sobre este extremo, Brugger³¹ descubre ciertos criterios ponderativos empleados por el TS para aceptar o denegar la existencia de *state action* y que serían los siguientes:

1. La *tolerancia o aceptación estatal* de actos de particulares lesivos de derechos fundamentales (por ejemplo, discriminatorios) no representa “state action”, con lo cual hay un rechazo de la equiparación del actuar positivo y la omisión³² y así ocurre incluso cuando ello se basa en el poder del Estado para prohibir la conducta en cuestión del particular (por ejemplo, racista);
2. El hecho de que sean particulares los que lleven a cabo prestaciones universales tradicionalmente estatales como bomberos, policía, agua y electricidad no basta tampoco para considerar que hay “state action”.³³ El TS no incluye aquí, no obstante, los supuestos de respaldo especial y no necesariamente estatal (incluidas desgravaciones fiscales) y así, respecto al préstamo sin coste de libros escolares a todas las escuelas públicas y privadas, el TS lo ha prohibido respecto de las escuelas privadas racistas: “A State may not grant the type of tangible financial aid here involved if that aid has a significant tendency to facilitate, reinforce, and support private discrimination”;³⁴
3. Tampoco basta con que exista una regulación parcial de la conducta de los particulares por medio de normas estatales para considerar que hay *state action*, ni siquiera cuando esa regulación, como ocurre respecto de los servicios “públicos” gestionados privadamente (agua, electricidad, gas), es densa.³⁵ La concesión de una licencia estatal para la venta de alcohol a un tabernero privado que, seguidamente, prohíbe la entrada a su local de personas de raza negra no es *state action*, si bien ello puede variar en tanto los restauran-

29 *Truax v. Corrigan* 257 U.S. 312 (1921)

30 Así se deduciría de *Adickes v. SH Crees & Co* 398 U.S. 144 (1970).

31 Winfried Brugger, *Grundrechte ...*, cit., p. 35 ss. e íd., *Einführung ...*, cit., p. 89-90.

32 Véase *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989): no hay “state action” si las autoridades públicas no intervienen ante el conocimiento de que un padre maltrata a su hijo. Sí la hay, no obstante, cuando está el menor bajo la tutela o cuidado estatal: *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

33 Véase *Moose Lodge v. Irvis*, 407 U.S. 163, 173 (1972); *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830 (1982). La cosa es distinta cuando se trata de empresas estatales: *Memphis Light, Gas and Water División v. Craft*, 436 U.S. 1 (1978).

34 *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455, 466 (1973).

35 *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974), 350 ss. (1974).

tes escaseen y exista por tanto una situación de monopolio.³⁶ En estos casos, como también en todos los demás, debe realizarse una investigación *in casu* con arreglo a los criterios que se pasan a enumerar:

4. Más bien, es necesario que en el caso concreto: a) la autoridad pública coloque su poder, su propiedad o su prestigio detrás de la actuación de los particulares contraria a los derechos fundamentales y apoye a ésta; o b) que exista una relación simbiótica o asociativa entre los particulares y la actuación estatal.³⁷ Debe existir, por tanto, una facilitación, promoción, autorización o coerción probadas por parte del Estado de un acto privado discriminatorio para que quepa sostener que ha habido *state action*.
5. Por último, no cabe considerar apoyo estatal a un acto privado lesivo de derechos fundamentales la inexistencia de un recurso, pero sí lo es que un convenio privado discriminatorio deba ser ejecutado judicialmente,³⁸ si bien de ello no debe derivarse que haya *state action* en toda hipótesis en que una resolución judicial posibilite un actuar discriminatorio de particulares, pues no será así cuando la conexión del tribunal con el acto privado en cuestión sea demasiado débil e inespecífica, ya que, en tal caso, ello “does not sufficiently implicate the State” “in any realistic sense” (as) “a partner or even a joint venturer”.³⁹

A todo lo anterior debe añadirse que, según ha destacado Bilbao Ubillos entre nosotros, en la praxis jurisprudencial se observa “una cierta confusión” entre la justificación a partir de la naturaleza pública o funcional o virtualmente pública de la actividad en cuestión (conforme a la teoría de la función pública) y las referencias simultaneas que se encuentran frecuentemente a la existencia de una delegación formal o tácita por parte de los poderes públicos de un poder inequívocamente público y, con ello, de la perspectiva de la implicación del Estado en la actividad privada; y a la inversa, en las sentencias basadas en la conexión con el aparato estatal para apreciar que ha habido “state action”, en algunos casos “es posible también un enfoque centrado en el ejercicio de una actividad material o sustancialmente estatal”. Así pues, concluye Bilbao, “lo que ocurre, en realidad, es que las dos modalidades de la doctrina de la *state action*, perfecta-

36 Véase *Moose Lodge v. Irvis*, 407 U.S. 163, 173 (1972) y los votos particulares (p. 179 ss. y 184 ss.).

37 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 725 (1961); *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 177 (1972); *National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian*, 488 U.S. 179, 191 ss. (1988).

38 Crítico con ello, Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en Lawrence M. Friedman y Harry Schreiber (eds.), *American Law and Constitutional Order. Historical perspectives*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1978, p. 417.

39 *Moose Lodge v. Irvis*, 407 U.S. 163, 177 (1972).

mente deslindables en teoría, aparecen en muchas decisiones entremezcladas".⁴⁰

Ello, en realidad, no es más que una faceta de la praxis jurisprudencial enormemente flexible, pragmática y vinculada al caso particular que caracteriza a la doctrina de la *state action* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, como Brugger ha destacado. El TS, dice este autor, no se pregunta por el peso, en el conjunto de la comunidad, del valor que subyace a un derecho fundamental, sino que investiga, apegado al caso concreto, el grado de anudamiento de la conducta privada y la estatal, si bien con tal proceder no puede el Tribunal evitar llevar a cabo decisiones sobre el peso y la valoración de las pretensiones en juego.⁴¹ En definitiva, existe siempre una ponderación equilibradora, bien que muy apegada al caso concreto y dependiente en gran medida de la sensibilidad de la Corte en cada momento histórico, por lo que toda generalización, en especial a lo largo del tiempo, se presenta especialmente problemática en este campo. No sorprende que Bilbao remate su penetrante estudio reconociendo que "no hemos avanzado mucho en el esclarecimiento de lo que verdaderamente significa esta corriente jurisprudencial, de las premisas de las que parte, de sus límites y de su lógica interna, si es que la hay. La incertidumbre seguirá siendo la nota dominante mientras la Corte no clarifique su posición".⁴²

6 EL MÉTODO DE EXAMEN DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS Y SUS LÍMITES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS EEUU

En lo que se refiere a la cuestión capital del *método de examen* de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, es sabido que en la doctrina alemana se distinguen tres fases de análisis *escalonado*: a) ámbito normativo o de protección o "tipo" del derecho fundamental (vida, domicilio etc.); b) intervención en el derecho fundamental; c) justificación de tal intervención. Pues bien, este esquema no es aplicado por la jurisprudencia norteamericana como tal ni menos por la doctrina, pero es posible reconstruir la jurisprudencia norteamericana y distinguir tres fases de análisis más o menos análogas a las propias del Derecho germánico y, más difusamente, también utilizadas en el Derecho español. Pero debe subrayarse que su uso, así como el de parámetros generales de examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, tal y como destaca Brugger, es puramente como estándar heurístico que siempre hay que revisar respecto de los distintos

40 Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 75.

41 Winfried Brugger, *Grundrechte*, cit., p. 36 ss.

42 Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 160. Sobre algunos planteamientos críticos respecto de esta jurisprudencia, véanse p. 161 ss. de dicho libro.

grupos de casos de que se trate, ya que la jurisprudencia norteamericana no utiliza estos criterios tan generales en sí, sino parámetros de control específicos de un derecho fundamental o de grupos de derechos fundamentales.⁴³ Pero, una vez aclarado esto, pueden distinguirse en el examen de una cuestión relativa a los derechos fundamentales, tres fases principales:

- a) una primera se referiría a la fijación del ámbito normativo, ámbito de protección o “tipo” del “civil right” de que se trate. Como señala Brugger, el TS utiliza y la doctrina discute varias perspectivas hermenéuticas posibles a estos efectos. La definición del ámbito de protección (inicial) del derecho fundamental puede apoyarse en (1) el análisis lingüístico de un concepto, (2) en las ideas e intenciones históricas de los padres de la Constitución y, en tanto sea posible, (3) en la relación o conexión sistemática del precepto constitucional. Si el proceso hermenéutico para la fijación del ámbito normativo o “tipo iusfundamental” se limita a estas tres fuentes, estaremos ante una interpretación “interpretativista” o exegética. Pero para ello pueden ser también decisivos (4) determinados valores materiales como el bien común, la justicia, la libertad, la igualdad, el consenso o la tradición, valores que reposan en determinadas concepciones axiológicas materiales y llevan a una interpretación “sustancial”, o bien los valores tenidos en cuenta pueden ser otros de carácter procedimental como el principio democrático o representativo, que llevarían a una interpretación “procedimental”. Junto a lo anterior, y entre otros factores, también pueden jugar un papel: (5) las valoraciones de la eficiencia (costes y aplicabilidad de una norma, por ejemplo); y (6) los prejuicios del tribunal.⁴⁴
- b) En una segunda fase, debería examinarse si ha habido una intervención en el derecho fundamental y, sobre todo, qué intensidad presenta dicha intervención. Para ello ha de atenderse ya a la literalidad de la Constitución, cuyas previsiones van desde “impair” (*the Obligation of Contracts*: artículo 1º, sección 10ª, cláusula 1ª) o “abridge” (*freedom of speech; privileges and immunities; right to vote*: enmiendas I; XIV, sección 1ª; XV, sección 1ª) hasta “deprive” (*life, liberty, or property*: enmienda 14, sección 1), “prohibit” (*exercise of religion*: enmienda 1ª), “take” (*private property*: enmienda V), “deny” (*equal protection of the laws; right to vote*: enmienda XIV, sección 1ª; XV, sección 1ª) e “inflict” (*cruel and unusual punishment*: enmienda VIII). Pero esta terminología sólo marginalmente puede ser de utilidad, siendo lo decisivo la

43 Winfried Brugger, *Einführung*, cit., p. 90.

44 Winfried Brugger, *Grundrechte*, cit., p. 39-40.

diferenciación dogmática a partir de una valoración jurídico-constitucional de los intereses públicos y privados concurrentes. El texto constitucional deja abierto qué papel juega la intención de intervenir y en qué momento debe ello examinarse, sin que exista una línea clara en la jurisprudencia, que atiende más bien a grupos de casos, perteneciendo a las más discutidas cuestiones dogmáticas la determinación de la relevancia constitucional de una intención “mala” (por ejemplo, discriminatoria), puesto que una regulación subjetivamente “sospechosa” siempre puede ser todavía justificada por razones objetivas ligadas al bien común y la investigación de los motivos legislativos es una de las tareas más complejas del control constitucional.⁴⁵

- c) En una tercera fase, debe examinarse si la intervención en el derecho fundamental aparece constitucionalmente justificada. En primer lugar, debe determinarse si la ley se basa en un interés estatal perentorio y legítimo⁴⁶ [*Shapiro v. Thomson*, 394 U.S. 618, 634 (1969)] y, a falta de toda sistemática constitucional de las restricciones, una intervención puede justificarse, bien a partir del “police power” (que comprende las regulaciones legislativas y administrativas relativas a la seguridad, salud, bienestar y moral de la población y no se limita ni a actos particulares ni a la defensa de un peligro) o, si se trata de regulaciones nacionales, a partir de las disposiciones competenciales (las competencias de la Federación son limitadas, pero el TS reconoce amplias competencias implícitas). No obstante, la determinación del fin de la ley y si puede el TS cuestionarse el fin fijado expresamente por la ley para determinar el verdadero fin de la misma son cuestiones abiertas.

En segundo lugar, el mandato legal tiene que estar en relación, de un modo claro y racionalmente reconocible, con el objetivo estatal o finalidad de la ley [*NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 433, 438 (1963)]. Y en tercer lugar, las medidas previstas y adoptadas han de acreditarse como la forma más suave de restricción de derechos fundamentales para el logro del fin legal o interés estatal [*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963)].⁴⁷ Aquí la cuestión que se plantea es la de qué peso ha de tener un aspecto del bien común para justificar constitucionalmente una restricción de un derecho fundamental

45 Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 40-41.

46 Nancy C. Johnson, “Vereinigte”, cit., p. 941.

47 Nancy C. Johnson, “Vereinigte”, cit., p. 941-942. El control se reduce considerablemente cuando se trata de derechos económicos, bastando con que la regulación estatal conlleve una elección de un medio que presente una relación fáctica y adecuada con el objetivo estatal pretendido [*Nebbia v. N.Y.*, 291 U.S. 502 (1934)]. Cuando se trata de una colisión de derechos fundamentales, el TS resuelve mediante una compleja y casuística ponderación que difícilmente se presta a generalizaciones, si bien es de destacar que el TS tenderá a legitimar menos las restricciones a los derechos fundamentales de la Primera Enmienda o cuanto mayor sea la relación de determinados derechos constitucionales con los derechos de la Primera Enmienda de la Constitución.

y es posible diferenciar en la jurisprudencia, según cual sea el derecho fundamental o grupo de derechos fundamentales afectados por la restricción, tres tipos de intereses públicos que han de concurrir: a) un interés público apremiante (*compelling*), excepcional; b) un interés público importante, sustancial (*substantial*); c) un interés público básicamente sustentable, racional o legítimo (*rational, legitimate*). Y en cuanto a la intensidad de control por el TS, éste distingue entre: a) el *strict scrutiny test*, que se aplica, en especial, cuando existen injerencias o intervenciones en los derechos fundamentales expresos en la Constitución u otros derechos básicos desarrollados por la jurisprudencia (*preferred rights* o *preferred freedoms*) o cuando la legislación emplea clasificaciones “sospechosas” con relación a la *equal protection-clause* y que exige que el interés público que se busca proteger sea un interés importante, apremiante y que el medio elegido sea necesario y adecuado; b) el *rational basis test* se aplica, en general, en todos los demás casos (intereses ligados a libertades innominadas que no se consideran por el TS como libertades básicas equiparables a los derechos fundamentales o cuando, respecto de la igualdad, se utilizan clasificaciones de las no sospechosas),⁴⁸ y basta con que el legislador pretenda realizar básicamente cualquier interés legítimo del bien común y el medio elegido sea posiblemente apto para lograrlo; pero, c) en algunos casos, se aplica un estándar de examen intermedio (*intermediate level of scrutiny*): el interés público a realizar debe ser considerable, pero no sobresalientemente importante y además el medio elegido debe encerrar algo más que simplemente la posibilidad de estimular el interés común pero sin que se examine estrictamente la adecuación o necesidad. Debe también decirse, por último, que algunos jueces han reclamado un flexible *sliding scale test*, conforme al cual el peso necesario del interés público y la severidad de la relación medio/fin debería determinarse según la intensidad de la intervención del acto estatal y la fundamentalidad del interés protegido por el derecho fundamental afectado, lo que llevaría a una maximización del control constitucional y a una correlativa minimización de la previsibilidad de las decisiones del TS.⁴⁹

No obstante, con independencia del peso de intereses legítimos del bien común, algunos fines regulatorios se consideran como *prima facie* inconstitucionales: a) si el Estado no puede dar ninguna razón legítima para una restricción de un derecho fundamental, si simplemente quiere perjudi-

48 No obstante, cuando se trataba de enjuiciar la constitucionalidad de una ley estatal que denegaba financiación a distritos escolares para la educación de niños “ilegales” en los EEUU, la mayoría del TS, aun considerando que los extranjeros indocumentados no son una clase sospechosa al venir causada su situación de ilegalidad por su propia actuación y la educación no es un derecho fundamental, decidió aplicar un *heightened scrutiny* a la vista de la importancia especial y duradera de la educación con relación a otros beneficios de bienestar social y dado que los niños indocumentados no eran responsables de dicha situación de ilegalidad, exigiendo así a dicha política que persiguiera un “substantial governmental interest”, lo que a la postre se concluyó que no era el caso. *Pyle v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

49 Winfried Brugger, *Einführung*, cit., p. 91-92.

car a un titular o a un grupo de titulares de derechos fundamentales en sí mismos, estamos ante una regulación arbitraria; b) las regulaciones que se dirigen directa o indirectamente a la opresión del ejercicio de los derechos fundamentales son igualmente ilegítimas.⁵⁰

Por otro lado, si bien en ocasiones el examen de la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales se refiere al medio en sí mismo elegido, en otras se refiere al nexo entre el medio elegido y el fin perseguido, pudiendo aquí distinguirse tres parámetros de examen diferentes que con frecuencia, pero no siempre, están en paralelo con los tres tipos de intereses estatales que pueden justificar restricciones a los derechos fundamentales a que antes se hizo referencia. El nexo entre el medio y el fin ha de ser: a) estrecho, casi absoluto (*close fit*); b) directo, sustancial; o c) *loose, rational*. Según el parámetro estricto para intervenciones en los derechos fundamentales u otros derechos básicos debe existir tanto un interés apremiante como también una relación estrecha probada entre el medio y el fin, siendo el resultado práctico de la aplicación de este teste, en la mayoría de los casos, la inconstitucionalidad de la regulación estatal. En los restantes casos, aparte ahora de las hipótesis de escrutinio “intermedio”, basta con que el Estado persiga un interés comunitario básicamente defendible y el medio elegido no sea totalmente irracional, lo que conlleva un margen de juego casi ilimitado para el poder público en el ámbito de la legislación económica y social. De este modo, en la mayor parte de los casos (aunque no en todos, obviamente), con la decisión metodológica sobre la aplicación bien del *strict scrutiny*, bien del *rational basis test* se está ya prejuzgando el resultado material del examen sobre los derechos fundamentales.

Los principios de examen de la relación medio a fin en este ámbito no contienen ningún mandato idéntico al del principio de necesidad o intervención mínima como subprincipio de la proporcionalidad en la caracterización del TCFA y la doctrina alemana, luego asumida por nuestro TC y nuestra doctrina también, que exigiría elegir siempre para el logro de un determinado fin de interés público legítimo aquel medio que intervenga lo menos posible en el derecho fundamental *de entre los varios igualmente eficaces para lograr el fin* que estén disponibles, pero, como dice Brugger, a quien seguimos en esta exposición, tácitamente el *strict scrutiny test* se aproxima a este principio de necesidad e, incluso, respecto a la libertad de expresión, el TS ha tratado de modo expreso el principio de la intervención proporcional en algunos casos.

50 Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 41-42.