

LA ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS EN 2000

MARCOS CRIADO Y ANTONIO DE CABO
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

SUMARIO

- I. La teoría de la Reforma Constitucional de hecho
- II. Tendencias en las propuestas doctrinales de reforma de la Administración.
- III. La reforma del *Welfare State*.
- IV. La nueva «Era Loechner».
- V. La doctrina sobre los derechos. La situación de las minorías.

La presente revisión de la doctrina norteamericana en el año 2000 se estructura en torno al que, consideramos, ha sido su debate más importante: el referido a cómo el proceso de reforma constitucional *de hecho*, impulsado por la ola neoliberal que afecta a la Administración pública, y en especial al *Welfare State*¹, afecta negativamente a los derechos constitucionalmente reconocidos a los ciudada-

1. Durante todo el trabajo preferimos la expresión inglesa a cualquier intento de traducción en castellano, y ello porque la traducción más literal, "Estado del Bienestar", es más una categoría política y sociológica que jurídica, mientras que su categoría equivalente en castellano, "Estado Social", tiene connotaciones constitucionales y de definición general del sistema mucho más profundas que las encerradas por la expresión inglesa. Así, en tanto que la caracterización como "social" del Estado en Europa, hace referencia a un nuevo pacto constituyente entre Capital y Trabajo, que confiere contenidos inéditos a los caracteres "democrático" y "de derecho" predicados del Estado en las Constituciones de la segunda posguerra, en E.E.U.U. el *Welfare State* alude a la especial configuración de una parte de la Administración pública, dedicada a subsidiar situaciones penosas de los ciudadanos provocadas por la falta de recursos, sin que ello caracterice al Estado en su definición constitucional.

2. Marcos CRIADO y Antonio DE CABO, "La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, p. 266-271.

UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1.º semestre 2001, pp. 323-340.

nos. Conviene advertir, con todo, que el número de artículos relativos a la materia constitucional en las revistas especializadas estadounidenses no deja de multiplicarse, lo que complica esta tarea y la convierte, inevitablemente, en culpable de una considerable arbitrariedad.

I. LA TEORÍA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE HECHO

Si en la entrega anterior traíamos a estas páginas el debate doctrinal provocado por la publicación del libro de Bruce Ackerman *We the people: Transformations*², en ésta no podemos dejar de hacer referencia, en la misma línea teórica, al artículo del profesor David A. Strauss, sobre la irrelevancia de las enmiendas constitucionales. Bruce Ackerman, como se vio, defiende que las más profundas transformaciones de la Constitución norteamericana a lo largo de su historia, no se han producido a través del proceso de reforma regulado en su art. V, sino mediante un proceso distinto, en el que la legitimación electoral de los reformistas sirvió para superar el veto de los Estados y para obtener la permisividad del Tribunal Supremo para con las reformas, muchas veces de tipo legislativo o jurisprudencial, y no formalmente constitucional.

David Strauss va mucho más allá y afirma que el proceso de enmienda constitucional es irrelevante en el contexto de una democracia liberal madura, y que las enmiendas formales no son sino incidentales al proceso principal de reforma constitucional³. Es más, llega a afirmar que, exceptuando las enmiendas adoptadas casi inmediatamente después de la aprobación de la Constitución, el sistema político y social estadounidense sería exactamente igual hoy en día aunque el art. V nunca hubiese sido adoptado, ya que, en dicho sistema, los cambios constitucionales ocurren sin necesidad de enmiendas, y las enmiendas que se han producido son, en términos generales, innecesarias o inefectivas⁴.

La consideración que está detrás de estas consideraciones, no es ajena a los constitucionalistas europeos: debe distinguirse entre lo que el autor llama constitución con minúscula –la constitución en la práctica– y el documento escrito, la Constitución con “c” mayúscula⁵. Esta rehabilitación de un concepto material de constitución se hace, sin embargo, de forma acrítica y un tanto acientífica⁶.

3. David A. STRAUSS, “The Irrelevance of Constitutional Amendments”, 104 *Harvard Law Review*, (2001), pp. 1460 y 1461.

4. *Ibid.*, p. 1459 y 1468.

5. *Ibidem*

6. David Strauss no se para a definir detalladamente el concepto de “constitución” (con “c” minúscula), pero de la lectura del trabajo se desprende que bajo el mismo parecen caber tanto la voluntad normativa de las fuerzas sociales y el comportamiento de las Instituciones reguladas por la Constitución (con “C” mayúscula), como la mera actitud desafiante de ciertos grupos sociales empeñados en transformar la Constitución, como la de los sufragistas (pp. 1499-1501), o la de las mujeres que, habiéndose incorporado al mundo del trabajo, han conseguido condiciones de empleo cada vez más igualitarias respecto del varón, aunque la *Equal Rights Amendment* nunca fuese aprobada (pp. 1476-1478). Estas actitudes y comportamientos significan un cambio constitucional cuando afectan al reparto de poder entre el gobierno federal y los Estados, entre los poderes del gobierno federal, al alcance de los

Son muchas las críticas que podrían esbozarse contra un concepto tan vago de constitución en sentido material, aunque nos limitaremos a una sola de ellas que pone de manifiesto una contradicción de orden interno, en relación con el desprecio hacia la reforma de la Constitución como instituto de garantía. El profesor Strauss constata que, en los Estados Unidos, la reforma constitucional no ha sido un instrumento de cambio social, sino que va a remolque de éste, y desde esta constatación histórica elabora una teoría para el futuro, una teoría en la que las fuentes del derecho se determinan según los conceptos de la sociología jurídica. En una democracia liberal madura no es necesario reformar formalmente la Constitución, porque existen mecanismos de confianza mutua en las Instituciones; ello explica porqué, cuando una sociedad ha cambiado tanto como para producir un amplia mayoría capaz de reformar formalmente la Constitución, ésta sea innecesaria⁷. Sin embargo, estos mecanismos de mutua confianza que según Strauss caracterizan una sociedad madura, son, precisamente, los mecanismos constitucionales de garantía, instrumentos que serían inoperantes de darse las reformas constitucionales de hecho sin sanción formal, como pretende el autor. No se confía en las Instituciones de manera ciega, sino porque el Derecho habilita los mecanismos para que esa confianza pueda darse. Esa confianza consiste en la seguridad de que los derechos del ciudadano y las reglas básicas de funcionamiento democrático están sancionadas por un texto normativo al que se somete el resto del Ordenamiento. Que la reforma del texto constitucional sea una cuestión de hecho, en el sentido de que, producido el consenso social necesario, ésta se va a producir a pesar de las trabas que la rigidez constitucional pueda poner, no quiere decir que no se deba sancionar jurídicamente la reforma a nivel constitucional. Esta sanción, conforme a un proceso jurídicamente reglado, sirve para que se manifieste a las claras el consenso reformista, para que se asegure el derecho a oponerse de las minorías no reformistas y para que el nuevo orden tenga, al menos, la misma garantía que tuvo el antiguo, de manera que los mecanismos de mutua confianza, de "madurez" de una sociedad, sean lo más extensos posibles. Es éste un valor jurídico de la reforma constitucional, y no meramente "simbólico" como pretende el autor⁸: sólo así la Constitución puede ser ley del más débil, sobre la que no puede decidir la mayoría de la clase media.

En todo caso, cabe preguntarse el porqué de esta nueva preocupación de la doctrina norteamericana por la reforma constitucional; y cabe preguntárselo sobre todo ahora que, la extensión de los derechos constitucionales a toda la población estadounidense es un fenómeno reciente y que, después de continuas redefiniciones jurisprudenciales del valor de la *judicial review* respecto de la acción administrativa, parecía haberse encontrado un cierto equilibrio a través de la doctrina *Chevron*⁹.

derechos contra la acción gubernamental, o a las reglas básicas de la democracia representativa (p. 1469), aunque nada se dice sobre cuáles son los criterios empíricos generales para detectar que el cambio se ha producido.

7. *Ibid.*, p. 1462 y 1463.

8. *Ibid.*, p. 1467.

9. Sobre esta doctrina y sus implicaciones cfr. Marcos CRIADO y Antonio DE CABO, "Actualidad Constitucional en Estados Unidos en 1997", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1 (1998), pp. 241-243.

La respuesta a los interrogantes planteados es compleja. En nuestra opinión, son los problemas de definición de la organización administrativa los que, al repercutir sobre la situación legal y vital de ciertos sujetos, han reabierto el debate sobre cómo se reforma la Constitución de los Estados Unidos. No existiendo un modelo constitucional de Administración pública, en principio, la reforma de la misma no tendría implicaciones constitucionales. Pero si, como se desprende de los análisis de Bruce Ackerman y David Strauss, la Constitución norteamericana se ha reformado a lo largo de la historia sin la sanción del procedimiento del art. V, la reforma de la Administración que hoy se está llevando a cabo puede también significar un cambio constitucional¹⁰. Para constatar que se está produciendo un cambio relevante, nos referiremos a aquellos trabajos en los que se indica que, en las reformas administrativas puestas en marcha, se da una desconsideración del interés público y de los niveles de satisfacción del ciudadano que se habían alcanzado previamente. Para probar que ese cambio relevante tiene un alcance constitucional, renunciamos a utilizar el concepto de "constitución" que trasciende el texto escrito, propuesto por David Strauss, y trataremos de demostrar que la reforma administrativa repercute negativamente sobre los derechos positivamente reconocidos al ciudadano en la Constitución. En todo caso, no puede ignorarse que estas tendencias *desformalizadoras* en la interpretación de la reforma constitucional resultan, además de políticamente convenientes a los fines liberalizadores de las últimas administraciones, en línea con otros fenómenos europeos y americanos típicos del derecho postmoderno, como *il diritto mite*, el *soft law*, el derecho reflexivo, etc.

II. TENDENCIAS EN LAS PROPUESTAS DOCTRINALES DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN

Si en la entrega anterior constatábamos una reducción en el número de artículos dedicados a la Administración pública, en el año analizado es uno de los temas recurrentes¹¹. Como se trata de cuestiones profusamente tratadas en las dos primeras entregas, en este apartado nos limitaremos a exponer de forma general las propuestas doctrinales en materia de reforma administrativa¹², para mejor ubicar las consideraciones que seguirán sobre la reforma del *Welfare State*.

10. Sobre todo cuando la creación de la Administración norteamericana es considerada como una reforma de la Constitución. Cfr. David A. Strauss, op. cit., pp. 1463.

11. Ejemplo de esta preocupación es la publicación de un informe sobre las más urgentes reformas administrativas a juicio de la American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, destinado al Presidente electo: *Twenty-First Century Governance: Improving the Federal Administrative Process*, 52 *Administrative Law Review* (2000) pp. 1099-1110.

12. Todd A. RAKOFF, "The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation", 52 *Administrative Law Review* (2000) p. 159. Las leyes japonesas y de Corea del Sur contienen métodos informales de adopción de actos administrativos, como, por ejemplo, la categoría legal de *Guidance* (Japan Administrative Procedura Act, n. 88 de 1993, art. 32-36; Administrative Procedures Act [Corea], n. 5421 de 1996, art. 48-51; sobre la ley japonesa, cfr. el artículo de Takehisa NAKAGAWA en la revista citada). Esta categoría entra en la Ley administrativa norteamericana el 18 de octubre de 1997, cuando la United States Food and Drug Administration (FDA) aprueba un documento

En la era de la globalización, se registra una mucho mayor movilidad del Capital que del Trabajo, impedida esta última por las restricciones a la inmigración. En esta situación, se reclama una reducción del papel del Gobierno al de regulador de la economía, según un modelo informal de acción administrativa que permitiría una cada vez mayor uniformización a nivel planetario de la regulación administrativa como ley débil, según los deseos de las grandes firmas financieras¹³. La participación directa de éstas en la regulación emanada de la Administración, se teoriza según los principios del *Mixed Administration Regime*, que pretende una reorientación de la Ley administrativa para que en ella quepan los complicados acuerdos entre público y privado que caracterizan la acción administrativa contemporánea¹⁴.

Esta reconcepción del *Regulatory Space* como participación de los sujetos privados en la regulación administrativa, se completa con el llamado *Third Party Government*¹⁵. Según esta teoría, la respuesta a la cuestión de cómo seguir sir-

titulado "Good Guidance Practices that set forth the agency's policies and procedures for the development, issuance, and use of guidance documents" [62 Fed. Reg. 8961 (1997)] que fue ratificado por el Congreso en la FDA Modernization Act [21 U.S.C. § 360 bbb-1 (Sup. III 1997)]. Sobre estos procedimientos informales, concretamente, sobre "guidance documents, enforcement guidelines, and opinion letters", se ha pronunciado el Tribunal Supremo en el 2000 en *Christensen v. Harris County* (120 S. Ct. 1655 (2000)), estableciendo el nivel de deferencia que merecen, no el de la doctrina *Chevron*, sino el de *Skidmore v. Swift & Co.* [323 U.S. 134 (1944)] [constituye "guidance" no "authority"]. Con todo, la doctrina ha señalado que el estatuto de estas formas de actuación administrativa sigue siendo ambiguo en cuanto a la deferencia judicial, al no haber enfrentado el Tribunal la compatibilidad de *Christensen* con el reciente *Auer v. Robbins* [519 U.S. 452 (1997)], extremadamente deferente. La distinción establecida entre "regulaciones ambiguas y no ambiguas" deja las cosas prácticamente sin decidir. Véase, "The Supreme Court 1999 Term - Leading Cases", *Harvard Law Review*, 114 (2000), pp. 369-379.

13. Ejemplo claro de esta tendencia sería *Geier v. American Honda Motor Co.* (120 S. Ct. 1913 (2000)), vid. *infra*.

14. Cfr. Jody FREEMAN, "Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law", 52 *Administrative Law Review*, 2000, pp. 813 ss. Estos acuerdos se engloban bajo la vaga categoría de *Privatization*, que alude a fenómenos tan distintos como la venta de recursos públicos, la desregulación, la contratación externa para la provisión de bienes y servicios públicos (analizada en el artículo citado, pp. 821-825), la delegación directa e indirecta de competencias administrativas a través del fenómeno de la normalización (pp. 826-831), la autorregulación, sea en su forma voluntaria (pp. 831-834), como es el caso de la *Chemical Industry's Responsible Care Program*, sea en su forma obligatoria (pp. 834-835), como es el caso del *California Cooperative Compliance Program*, así como la coparticipación ente público y privado en la aplicación y control de la normativa (pp. 835-838), como es el caso de la *Storm Water Regulations for Industry*. El autor propone que las normas que regulan la Administración tomen conciencia de esta realidad de la *Privatization*, y no se funcione, como hasta ahora, a través de la sustitución jurisprudencial de la *non-Delegation Doctrine* por una, todavía incipiente, doctrina de la delegación de poderes del Congreso a las agencias, que todavía prohíbe la delegación a grupos privados, aunque de hecho se esté produciendo. (cfr. *Industrial Union Dep't v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 687-88 [1980]). De esta toma de conciencia debe surgir una ley administrativa que institucionalice la Administración Mixta (pp. 838-858).

15. Un análisis interesante de este fenómeno puede encontrarse en Lester M. SALAMON, *Partners in Public Service: Government-Non Profit Relations in Modern Welfare State*, Baltimore, Md., John Hopkins University Press, 1995; una amplia documentación sobre la privatización de servicios públicos, analizando sus repercusiones respecto del control público de la actividad puede verse en el informe de la General Accounting Office, *Social Service Privatization: Expansion Poses Challenges in Ensuring Accountability for Program Results*, Washington, U.S. Govt. Print. Off., 1997.

viendo al interés público en los niveles ya alcanzados sin llegar al *Big Government* que se pretende evitar, es el contrato externo, como una suerte de reinención del principio de racionalidad weberiano según los conceptos de público y privado y sus interrelaciones existentes hoy en día¹⁶. En este sentido, que la Administración se sirviera de los particulares para la prestación de servicios, según un patrón de soberanía difusa, no es, para Daniel Guttman, sino una evolución lógica del sistema administrativo surgido en la Segunda Guerra Mundial, en donde el elemento que hay que tener en cuenta no es ya la financiación de la Administración, sino el grado de eficiencia en la satisfacción del interés público constitucionalmente requerido, sin que ello signifique unos costes mayores para el contribuyente.

Es curioso que lo que preocupa a los autores es la adaptación del modelo de administración emergente al cumplimiento del interés público, sin plantearse si la incorporación de las técnicas del sector empresarial a la gestión de la cosa pública es o no incompatible con el servicio a ese interés general. Se limitan a proponer formas de control público y de participación de los sujetos privados¹⁷, como sí del correcto funcionamiento de estos dos elementos fuera a producirse *per se* una adecuada satisfacción del interés público y de los derechos de los beneficiarios de las políticas sociales. Nadie demuestra que esto sea así, porque nadie se plantea siquiera la posibilidad de que no lo sea. Por otra parte, es de temer que lo se presenta como una participación del sector privado en la regulación administrativa, acabe en regulación del sector público por parte del privado, como algunas experiencias nacionales señalan¹⁸.

16. Daniel GUTTMAN, "Public Purpose and Private Service: The 20th Century Culture of Contracting Out and the Evolving Law of Diffused Sovereignty", 52 *Administrative Law Review* (2000) pp. 859-926.

17. Junto a los autores anteriormente citados, hay que incluir en esta línea el artículo de Matthew DILLER, "The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion and Entrepreneurial Government", 75 *New York University Law Review* (2000) pp. 1125, 1127 y *passim*. El argumento de economistas y políticos para justificar la *Privatization* a nivel teórico suele ser que el control privado provocará un aumento de la eficiencia, y que el mercado y las formas de control empresarial generan formas de responsabilidad más directa que las que se daban en las agencias públicas. Frente a ello cfr. las consideraciones de Joel F. HANDLER, *Down From Bureaucracy: The Ambiguity of Privatization and Empowerment*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1996.

18. En este sentido se pronuncia la relación presentada por Colin Scott a la International Law and Society Conference, *Accountability in the Regulatory State*, celebrada en Snowmass en Junio de 1998, donde describe cómo ante fenómenos desreguladores, como el que se dio en la industria británica de las telecomunicaciones, un sujeto privado como la British Telecom, se convierte en el regulador de facto. La misma línea ya había sido mantenida por el autor en su libro *Corporate control and accountability: changing structures and the dynamics of regulation*, Oxford, Clarendon Press, 1993. La participación privada no sólo obligaría a cambiar la regulación de la capacidad normativa de las agencias, sino también a replantearse el papel de la *judicial review*; y es que, para conocer en qué casos sería de aplicación a los acuerdos público-privado, no parece la más adecuada una doctrina de deferencia judicial hacia las decisiones de las agencias, como la doctrina *Chevron* (Jody FREEMAN, *op. cit.*, pp. 826 ss).

III. LA REFORMA DEL *WELFARE STATE*

El paso de una Administración dirigida a la protección de la fuerza de trabajo, a otra dirigida al fomento de las inversiones de capital, se describe, de manera general, según los términos anteriormente expuestos. En este apartado, analizaremos la repercusión que este cambio ha tenido en la regulación del *Welfare State*.

Esta repercusión se produce en un doble ámbito: de un lado, el fomento de la inversión no sólo se produce mediante la desregulación y la participación de las empresas en el diseño de las normas administrativas que les son de aplicación, sino también privilegiando el régimen fiscal de la inversión en un mercado mundial de libre competencia entre estados, lo que está reduciendo las formas de financiación del *Welfare*¹⁹. De otro lado, en el modelo emergente, la introducción de criterios de gestión empresarial en la regulación administrativa hace que las elecciones de la Administración se produzcan según sistemas de incentivos a los funcionarios y de evaluación de resultados, y no ya conforme a normas en sentido formal. Desde la aprobación de la Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act (PRWORA) en 1996, el objetivo declarado de la reforma ha sido la reducción del *Welfare*, lo que se ha producido, y en no poca medida²⁰.

Sin embargo, el cambio más significativo no se está produciendo en la Administración federal, sino en los niveles estatal y local. Este cambio consiste en la concesión de una enorme discrecionalidad a los funcionarios de los niveles inferiores del *Welfare* – los que tratan directamente con los beneficiarios–, discrecionalidad que se acompaña de cursos de formación y órdenes concretas sobre el objetivo de su función, que es, como ya se ha apuntado, la reducción de los beneficiarios de las prestaciones sociales²¹. Este cambio es de enorme importancia, porque supone el fin del paradigma cultural y organizativo que desde los años 60 ha dominado la administración del *Welfare*, y actúa en el nivel más eficaz para conseguirlo: sobre la concepción que los funcionarios tienen del objetivo de su trabajo.

19. Para una perspectiva global de esta problemática, cfr. Reuven S. AVI-YONAH, "Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State", 115 *Harvard Law Review* (2000) pp. 1573-1676.

20. A nivel federal, el número de beneficiarios de la Aid To Families with Dependent Children (AFCD), y del programa que la sucedió, el Temporary Assistance To Needy Families (TANF), se redujo en un 42% entre 1993 y 1998 [Associated Press, *See the Dro in the Rolls* (1 de Septiembre de 1998)]. A pesar del ciclo económico favorable, se ha producido un aumento del 26% en el número de niños de familias con ingresos inferiores al 50% del nivel de la pobreza; la quinta parte más pobre de las madres solteras ha sufrido una disminución media anual en sus ayudas de 577 dólares entre 1995 y 1997, lo que significa una caída del 6,7%; por último, en 1999 un tercio de los beneficiarios de ayudas han tenido que introducir recortes en sus comidas, y más de un tercio pusieron de manifiesto que en algún momento del año anterior tuvieron problemas para afrontar los gastos de mantenimiento de la casa (cfr. Matthew DILLER, *op. cit.*, notas 4, 5 y 6).

21. Desde julio de 1995, un 88% de los Condados estadounidenses han aprobado cambios en el sentido indicado en el texto, tanto en la estructura organizativa como en las funciones de las oficinas del *Welfare* (cfr. "Local Welfare Reform: Organizational Structure, Services and Devolution of Authority", Washington D.C., American Pu. Human Servs. Ass'n, vol. 1, núms. 6 y 7, 1999).

Durante el *New Deal*, el paradigma de la política social norteamericana fue el *Social Work Model*²². La concesión de los beneficios de la Aid To Families with Dependent Children (AFCD), se dejaba en manos de los trabajadores sociales y se entendía que la ayuda a las familias era una consecuencia de la política de protección de la infancia. Desde esta perspectiva, el asistente social trabajaba con las madres para que las condiciones materiales, psicológicas y morales de crecimiento de los niños fuesen las más adecuadas y cada familia era vista como un caso único cuya idoneidad para ser sujeto de ayudas públicas era determinada por el asistente social con un enorme grado de discrecionalidad. A principios de los años 70, el paradigma se cambió por el *Legal-Bureaucratic Model*²³. Las causas del cambio fueron de diverso tipo: por una parte, el aumento del campo de acción del *Welfare* hacía cada vez más difícil y costoso mantener un sistema basado en la apreciación individualizada de cada caso, a lo que las agencias respondieron separando el pago de subsidios de la prestación de servicios y de la asistencia social. Un sistema de normas uniformes hacía más predecibles y controlables unos gastos que no dejaban de crecer. Por otro lado, se demostró que los Estados utilizaban normas vaguísimas para la elección de los beneficiarios, de forma que las familias negras eran sistemáticamente excluidas²⁴ de las prestaciones y que las concesiones especiales por parte de los asistentes no se sujetaban a ninguna norma fija, sino que dependían de la mejor o peor relación que el asistente tuviera con la familia en cuestión²⁵. iniciándose un proceso de ataque político desde posiciones liberales al modelo anterior. Por último, el Tribunal Supremo en *King v. Smith* recuperó la ley federal para invalidar una normativa estatal, y concluyó que la sugerencia de la Social Security Act de que debían pagarse subsidios a todos los individuos que cumplieran sus requisitos, significaba que dicho cumplimiento daba carta de naturaleza a un derecho legalmente exigible²⁶ y protegido por la *Due Process Clause* como parte del patrimonio del sujeto²⁷, rechazando así que el juicio profesional de los asistentes sociales debiera dirigir el sistema.

El nuevo modelo acentuó el centralismo frente al localismo del modelo anterior, el gobierno federal tomó parte activa en la definición de normas sustantivas y procedimentales, y la política social se concibió como un orden legal jerarquizado, y no como la suma de juicios profesionales²⁸.

22. Matthew DILLER, *op. cit.*, pp. 1135-1137. La crítica clásica a este modelo puede encontrarse en Winifred BELL, *Aid to Dependent Children*, New York, Columbia University Press, 1965. En defensa de los caracteres de informalidad y descentralización de este modelo, puede leerse William H. SIMON, "Legality, Bureaucracy, and Class in Welfare System", 92 *Yale Law Journal* (1983) pp. 1198 ss.

23. Matthew DILLER, *op. cit.*, pp. 1137-1140.

24. Winifred BELL, *op. cit.*, pp. 181-186.

25. Martha F. DAVIS, *Brutal Need: Lawyers and the Welfare Rights Movement, 1960-1973*, New Haven, Yale University Press, 1993.

26. *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968). Las implicaciones de esta sentencia se analizan en R. Shep MELNICK, *Between the Lines: Interpreting Welfare Rights*, Washington D.C., Brookings Institution, 1994, pp. 32-165.

27. *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254 (1970).

28. Entre los defensores de este modelo: Edward V. Sparer, "The Role of the Welfare Client's Lawyer", 12 *UCLA Law Review* (1965) pp. 361 ss y Joel F. HANDLER y Ellen Jane Hollingsworth, *The "Deserving Poor": A Study of Welfare Administration*, Chicago, Markham, 1971.

Este sistema está condenado a desaparecer con la aprobación de la PRWORA, tanto en su carácter centralizado²⁹ como en la existencia de derechos a los subsidios sociales tutelables por los tribunales³⁰. Lo que se viene a hacer es dejar que sean los Estados quienes diseñen sus propios programas de prestaciones sociales, con lo que la reforma del *Welfare State* no está siendo uniforme. Sin embargo, sí pueden apuntarse algunas direcciones comunes de la reforma, una de las cuales es el retorno a la discrecionalidad en la toma de decisiones³¹, y la otra el endurecimiento de las medidas para tener acceso a los subsidios³². Esta discrecionalidad se da en los niveles más bajos de la Administración, aquéllos que tienen trato directo con los ciudadanos, y consisten en prácticas disuasorias del acceso a programas del *Welfare* (*Bureaucratic disentitlement*)³³, dentro de programas destinados a reducir radicalmente el número de nuevos beneficiarios de los planes sociales (*Diversion Programs*)³⁴. Las prácticas disuasorias no sólo se derivan de específicas disposiciones de la PRWORA, sino que se pretende que partan de la propia discrecionalidad del funcionario. Para ello, el *Department of Health and Human Services* (HHS) publicó en 1996 unos materiales de formación para funcionarios, titulados *Culture Change Training Strategy Report*, que debían servir de modelo a los de los Estados. En estos materiales se declara que “the reinvention of welfare requires a radical organizational culture change that shifts the focus of AFDC/JOBS from an entitlement to temporary assistance leading to work”³⁵. Este programa no enseña nuevas normas o procedimientos a los funcionarios, sino que se trata de un adoctrinamiento sobre cuál es el objetivo de su trabajo: convencer al solicitante de una ayuda pública de que busque un empleo porque no tiene derecho a ella.

La PRWORA se encarga de que los Estados adopten estas políticas formativas, dando incentivos financieros a los Estados que reduzcan su número de perceptores³⁶, mientras que los que los aumenten no podrán solicitar ayuda financiera adicional³⁷.

29. 42 U.S.C. § 617 (“No officer or employee of the Federal government may regulate the conduct of States under this part or enforce any provision of this part, except to the extent expressly provided in this part”). La PRWORA únicamente obliga a que los Estados pongan en marcha planes de protección de las familias necesitadas, pero no establece disposición alguna sobre quién debe estar recogido en estos planes (Id. § 602(a)(1)).

30. 42 U.S.C. § 601(b) (“This part shall not be interpreted to entitle any individual or family to assistance under any State program funded under this part”).

31. A la descripción de cada uno de los elementos que integran, en cada Estado, este proceso, se dirige el artículo de Matthew DILLER, *op. cit.*, pp. 1148-1186.

32. Cfr. 42 U.S.C. § 602(a)(1)(A)(ii), 607, 608(a)(7)

33. El término y la descripción de la práctica se encuentran en Michael LIPSKY, “Bureaucratic Disentitlement in Social Welfare Programs”, 58 *Social Services Review* (1984) pp. 3 ss.

34. Kathleen A. Maloy y otros, *A Description and Assessment of State Approaches to Diversion Programs and Activities Under Welfare Reform*, cap. 1, agosto 1998, <<http://www.aspe.hhs.gov/hsp/isp/diverzn/chptone.htm>>, donde anota cómo al menos 31 Estados han aprobado alguna forma de *diversion program*.

35. Administration for Children & Families, U.S. Dep’t of Health & Human Services, *Culture Change Training Strategy Project Report* (1196), 3-4.

36. 42 U.S.C.A. § 603.

37. Id. §603(b), 609(b)(10).

Este incentivo a la búsqueda de un trabajo antes que a la percepción de un subsidio, sirve para que el objetivo general de la reforma, la desmantelación del *Welfare*, se haga sin grandes costes sociales inmediatos; y ello porque, de un lado, se convence a los beneficiarios de que no tienen derecho a algo que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sí tienen (o tenían, vid *infra*); de otro, permite ir amortizando las prestaciones de quienes vayan accediendo a un trabajo, reduciendo así el sistema de prestaciones a unos niveles que se corresponden con los deseos gubernativos, pero no con la realidad social norteamericana.

IV. LA NUEVA "ERA LOECHNER"

La idea que late tras la reforma del *Welfare State* en el sentido apuntado, es que son los propios subsidios, concebidos como derechos, los que provocan la pobreza de sus perceptores, desincentivando con su paternalismo la búsqueda de un trabajo y el ascenso en la escala social³⁸. No cabe duda de que el subsidio a la pobreza no es remedio de la misma, para lo que haría falta la transformación de las estructuras que permiten la desigualdad económica. Pero el *Welfare State* estadounidense no pretende ser un programa de remoción de los obstáculos a la igualdad material de los ciudadanos, sino simplemente un Estado providencia. Es por ello que el desmantelamiento del *Welfare State* que se está poniendo en marcha, aunque logre incentivar la búsqueda de empleo por parte de los perceptores de subsidios, no supondrá un cambio a mejor en su situación social y económica, ya que las estructuras de la desigualdad permanecen inalteradas.

El principal obstáculo constitucional a la intervención del Estado en la economía, removiendo los obstáculos que impiden la igualdad material de los sujetos, es la interpretación de la llamada *Taking Clause* de la quinta enmienda³⁹. Esta disposición no ha sido interpretada en el sentido de que la expropiación sea siempre indemnizable, sino con alcances mucho más amplios.

En *Loechner v. New York*, como se sabe, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una Ley del Estado de Nueva York que establecía una jornada laboral máxima para los panaderos, por entender que atentaba contra su libertad contractual⁴⁰. A partir de esta sentencia se inauguró un periodo de cuarenta años, conocido como la "era *Loechner*", en que el Tribunal Supremo sistemáticamente invalidó las leyes estatales que intentaron poner remedio a las prácticas laborales abusivas y, en general, cualquier ley estatal que intentase regular la vida económica. Hoy en día, este mismo resultado se consigue a través de la *Taking Clause*, invalidando la legislación social en decisiones tan controvertidas como *Del Monte Dunes v. City of Monterey*⁴¹. Esta jurisprudencia tiene un respaldo doctrinal en las

38. Cfr. Robert C. ELLICKSON, "Taming Leviathan: Will the Centralizing Tide of the Twentieth Century Continue into the Twenty-First?", 74 Southern California Law Review (2001) pp. 101-118.

39. "... nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

40. 198 U. S. 45, 60-61 (1905).

41. Cfr. Phillip WEINBERG, "*Del Monte Dunes v. City of Monterey*: Will the Supreme Court Stretch the Takings Clause Beyond the Breaking Point?", 26 B. C. Envtl. Aff. L. Rev. (1999) pp. 315 ss.

posturas que defienden que, en virtud de la *Taking Clause*, cualquier política redistributiva de la riqueza, sería inconstitucional⁴².

Esta doctrina en su implicación federal se entiende porque muchas de las Constituciones de los Estados miembros contienen disposiciones sociales, concretos mandatos al legislador para que ponga en marcha leyes y políticas de protección del bienestar de los ciudadanos⁴³. Para evitar la actuación de estas políticas sociales se procede, de una parte, a descentralizar la gestión administrativa con el mandato específico de reducir al máximo las políticas sociales, y de otro, se impiden nuevas políticas sociales mediante una interpretación de la *Taking Clause* que permite al Tribunal Supremo revisar y anular la legislación y los actos de los Estados en aplicación de los mandatos de su propia Constitución⁴⁴.

Pero si de lo que se trata con esta doctrina es de convertir en absoluta la protección constitucional del derecho de propiedad, en él los tribunales también deberían incluir la provisión de prestaciones sociales⁴⁵. Como hemos visto más arriba, el Tribunal Supremo considera el *welfare* como una forma de propiedad protegida por la *Due Process Clause*⁴⁶. De esta manera, la tensión no se daría ya entre un derecho (de propiedad) y una función pública, sino entre dos contenidos de un mismo derecho, que armonizar de la manera más satisfactoria para los titulares de uno y otro. Igualmente, el Tribunal Supremo debería proteger el contenido, digamos "social", del derecho de propiedad frente a la regulación de la PRWORA, de los Estados y del nivel local que tienden a desconocerlo, y frente a los actos discrecionales de los funcionarios que impidan o desaconsejen su libre disfrute por parte de sus legítimos titulares. Unas y otros serían inconstitucionales, pues se despoja ilegítimamente a los ciudada-

42. Richard A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, donde se afirma: "I argue that the eminent domain clause and parallel clauses in the Constitution render constitutionally infirm or suspect, many of the heralded reforms and institutions of the twentieth century: zoning, rent control, workers' compensation laws, transfer payments, progressive taxation" (p. XI). Frente a esta teoría, se elevan las llamadas doctrinas comunitaristas, que defienden una función social de la propiedad; cfr. Amitai ETZIONI, *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda*, New York, Crown Publishers, 1993; y, para una selección de lecturas, ID (dir.), *The Essential Communitarian Reader*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield, 1998. Una traducción práctica de las teorías comunitaristas, y de la concepción de Rawls del bien común, se encuentra en Kevin J. QUINN, "Viewing Health Care as a Common Good: Looking Beyond Political Liberalism". 73 *Southern California Law Review* (2000) pp. 277-375.

43. Por ejemplo, la Constitución del Estado de Washington establece mandatos para dictar leyes de protección en el trabajo (art. II, § 35), para regular las corporaciones (art. XII, sección primera), la prestación de servicios y las obras públicas (art. XII, secciones 13, 18, 19 y 20), para la prohibición del trust y del monopolio (Art. XII, sección 21), para la propiedad pública de los espacios costeros (art. XVII, sección primera), prohibiendo que ciertos bienes del deudor puedan ser reclamados por el acreedor (art. XIX, § 1), y sobre la salud (art. XX, § 1).

44. Sobre la connotación federal de esta doctrina, cfr. Phillip A. TALMADGE, "The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The interaction of Police Power and Property Rights", 75 *Washington Law Review*, 2000, pp. 857-909.

45. Esta "nueva propiedad" estaría integrada por la asistencia pública y la Seguridad Social, conforme al modelo de Charles REICHL, "The New Property", 73 *Yale Law Journal*, 1964, pp. 733 ss.

46. Cfr. *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968) y *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254 (1970).

nos de su derecho de propiedad sin indemnización alguna, en contradicción con el texto de la quinta enmienda⁴⁷.

V. LA DOCTRINA SOBRE LOS DERECHOS. LA SITUACIÓN DE LAS MINORÍAS

Como se apuntaba antes, la construcción del Welfare State tiene una doble dimensión normativa e institucional. De un lado, depende de la existencia de ciertas instituciones destinadas a dar satisfacción a las necesidades materiales de la población, de otro, de la existencia de un marco normativo que determine los llamados a recibir dichas ayudas. Una parte considerable de este marco normativo se construyó en Estados Unidos en términos de Civil Rights, fundamentalmente, derechos de las minorías frente a la discriminación y derecho a acciones compensatorias frente a situaciones pasadas contrarias a la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, el desmantelamiento de las instituciones de welfare no puede hacerse, naturalmente, sin suprimir también el discurso de los derechos, en caso contrario, la crisis de legitimación del sistema podría llegar a ser intolerable. A esta tarea se está dedicando con impulso sin precedentes el Tribunal Supremo⁴⁸. “En los últimos cinco años, el Tribunal ha anulado leyes del Congreso en 24 ocasiones (...). En esa medida, el Tribunal Rehnquist es más “activista”⁴⁹ que ningún otro de nuestra historia, incluyendo al Tribunal Warren. Lo que es más, mientras que el Tribunal Warren solía respaldar las leyes sobre derechos civiles del Congreso, el Tribunal Rehnquist suele invalidarlas”⁵⁰. Para realizar esta misión, el Tribunal se

47. Sobre la irrelevancia constitucional de las políticas sociales de los Estados respecto de la *Taking Clause*, cfr. Phillip A. TALMADGE, *op. cit.*

48. Naturalmente, no en solitario. Hay que tener presente la considerable supresión “democrática” de derechos civiles para las minorías por vía referendaria, vid., a este respecto, Sylvia LAZOS VARGAS, “Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Vote on Minorities’ Democratic Citizenship”, 66 Ohio St. L.J. (1999).

49. Lo que acompaña con declaraciones del tipo: “The root of American governmental power” es el poder conferido “upon this Court”, en *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 865 (1992).

50. Akhil REED AMAR, “The Supreme Court 1999 Term. Foreword: The Document and the Doctrine”, 114 Harvard Law Review, (2000), pp. 84. Un elenco más o menos completo sería: *Kimel v. Fla. Bd. of Regents*, 120 S. Ct. 631, 637 (2000), *Coll. Sav. Bank v. Fla. Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd.*, 527 U.S. 666, 691 (1999) (se afirma que la Trademark Remedy Clarification Act no supuso una renuncia válida a la inmunidad estatal y que Florida no renunció constructivamente a ella al emprender el comercio interestatal); *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 532-536 (1997) (donde afirma que la Religious Freedom Restoration Act de 1993 invadió la inmunidad estatal, excediéndose de lo autorizado por la § 5 de la Decimocuarta Enmienda al modificar el significado que el Tribunal Supremo da a la Primera Enmienda); *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44, 47 (1996) (donde afirma que el Congreso no puede abrogar la inmunidad de soberanía estatal frente a litigios en tribunales federales derivados de la *Indian Commerce Clause*); *United States v. Lopez*, 514 U.S., 549, 567-68 (1995) (donde afirma que la *Gun-Free School Zones Act* excede de las facultades del Congreso según la *Commerce Clause*); *Garcia v. San Antonio Metro. Transit. Auth.*, 469 U.S. 528, 579 (1985) (donde afirma que la aplicación de la Fair Labor Standards Act a los empleados estatales viola la inmunidad de soberanía estatal).

51. Sobre las bases teóricas de esta política jurisprudencial, véase A. de Cabo y M. Criado, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999”, cit., p. 271 y ss.

está valiendo, básicamente, de dos estrategias: el nuevo federalismo⁵¹ y la reconsideración de la cláusula de igualdad⁵².

En *Kimel v. Florida Board of Regents*, 120 S. Ct. 631 (2000), por ejemplo, el Tribunal echaba por tierra las intenciones antidiscriminatorias de la Age Discrimination in Employment Act (ADEA)⁵³. La ADEA establece como ilegal tanto para particulares como para los estados la no contratación, despido o discriminación por razones de edad. Tres grupos de empleados estatales de Alabama y Florida reclamaron con base en esta norma indemnizaciones a sus estados. Los estados alegaron *sovereign immunity*, que fue apreciada para los recurrentes de Alabama y denegada para los de Florida. Las partes derrotadas acudieron a la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito. Éste consolidó los casos y estableció que la ADEA no suprimía la inmunidad derivada de la Undécima Enmienda. El Tribunal Supremo confirmó la decisión afirmando que la ADEA no venía cubierta por el § 5 de la Decimocuarta Enmienda. El Tribunal ha reiterado en esta ocasión el análisis iniciado con *Seminole Tribe v Florida* [517 U.S. 44 (1996)] y continuado en *Aleen v. Maine* [527 U.S. 706, 711 (1999)], *College Savings Banc v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expenses Board* [527 U.S. 666, 672 (1999)] y *Florida prepaid Postsecondary Education Expenses Board v. College Savings Bank* [527 U.S. 627, 634 (1999)]⁵⁴ según la cual el Congreso no puede suprimir la *sovereign immunity* de los Estados apoyándose en el Artículo I, salvo que haga uso de los poderes derivados del § 5 de la Decimocuarta Enmienda. Aplicando el test de "congruencia y proporcionalidad" de *City of Boerne v. Flores* (521 U.S. 507 (1997)) el Tribunal consideró que no existían pruebas de discriminación anterior y que, por tanto, la medida tenía carácter "profiláctico", lo que no ampara el citado § 5. Esta decisión ha extendido una duda considerable, a su vez, sobre la constitucionalidad de la Americans with Disabilities Act (ADA)⁵⁵ que podría convertirse en la próxima víctima social del federalismo⁵⁶.

Curiosamente, sin embargo, esta actitud pro-estatal y anti-federal cede cuando el resultado pudiera influir negativamente en los intereses de las grandes corporaciones, y favorecer a la parte más débil, en este caso, el consumidor. Así, en

52. Según la cual, las discriminaciones positivas en favor de las minorías (raciales o de otra índole) no serían permisibles en la medida en que estimulan los "estereotipos raciales" y la "balcanización social", como en los casos *Shaw (Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993))*, *Müller v. Johnson 515 U.S. 900 (1995)*, *Shaw v. Hunt, 517 U.S. 899 (1996)*. Efectivamente, el Tribunal Supremo parece estar retomando, increíblemente, su línea interpretativa de *The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)*, cuando afirmaba, tan sólo 20 años después de la abolición formal de la esclavitud, que "enough time has passed so that basic civil rights protections constituted unwarranted special treatment for African Americans who now had to learn to be "mere citizens" rather than special wards of the Court" (Kimberlé WILLIAMS CRENSHAW, "Symposium: Race and the law at the turn of the century – Opening remarks: reclaiming yesterday's future", 47 UCLA Law Review (2000), p. 1461.

53. 29 U.S.C. §§ 621-634 (1994 & Supp. IV 1998).

54. Véase el comentario a estas sentencias en A. de Cabo y M. Criado, "La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999", cit., p. 278 y ss.

55. 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (1994).

56. Véase un comentario crítico en Akhil REED AMAR, "The Supreme Court 1999 Term. Foreword: The Document and the Doctrine". Harvard Law Review, 114 (2000), pp. 114-118.

Geier v. American Honda Motor Co., 120 S. Ct. 1913 (2000), el Tribunal modificó su doctrina de la *Preemption* para permitir una regulación federal que excluía las reclamaciones de perjudicados estatales.

Alex Geier resultó herido en un accidente de tráfico, cuando colisionó contra un árbol al volante de su Honda Accord no dotado de airbag. Geier reclamó a Honda en el Tribunal de Distrito de Columbia, alegando que Honda había diseñado defectuosa y negligentemente su coche sin airbag. El Tribunal rechazó la reclamación, afirmando que la National Traffic and Motor Vehicle Safety Act [Pub. L. No. 89-563, 80 Stat 720 (1966) (codificada en 49 U.S.C. §§ 30101-30127 (1994))], había suprimido la reclamación por daños de derecho común estatal. El Federal Motor Vehicle Safety Standard (FMVSS) 208 [49 Fed. Reg. 28,962, 29,009 (July 17, 1984)] del Ministerio de Transportes, declaraba voluntarios los airbag para 1987. La reclamación de Geier supondría modificar dicho estándar y, por tanto, quedaba suprimida por la citada ley federal. El problema estribaba en que la propia ley parecía excluir explícitamente esta interpretación al establecer que el cumplimiento de los estándares federales “no eximirá de responsabilidad según el common law estatal”. Una vez en el Tribunal Supremo, éste estableció que aunque la ley no suprimía “expresamente” la reclamación de Geier, sí lo hacía implícitamente, en la medida en que dicha reclamación hubiera puesto en peligro el objetivo gubernamental de una “introducción progresiva” de los airbag para las fechas citadas. Lo que importa destacar es que, en este caso, el Tribunal parece haber dado la vuelta a su noción de federalismo abandonando la presunción de que, en ausencia de declaración expresa, la ley de los estados seguía en vigor⁵⁷. Ello, sin embargo, no es casual, hay que tener en cuenta que lo que está en juego en este caso es la viabilidad de una economía interestatal uniforme que no pueda ser alterada por reclamaciones estatales. El Tribunal se muestra más sensible, pues, a las necesidades de los agentes económicos que a los derechos de los posibles perjudicados para facilitar el comercio federal e internacional⁵⁸.

En relación con la cláusula de igualdad y las acciones afirmativas existe, efectivamente, un consenso bastante generalizado sobre el hecho de que el Tribunal Supremo se dispone a anular (en la línea de la proposición 209 californiana) cualquier consideración de raza en la adopción de decisiones en relación con la educación superior, dando por terminado así un régimen que el propio Tribunal impuso en *Regents of the University of California v. Bakke* [438 U.S. 265 (1978)] con base en un concepto más que dudoso de neutralidad⁵⁹, como ya ha hecho con la VAWA (vid *infra*).

57. Vid., Caleb NELSON, “Preemption”, 86 Va. L. Rev., 225 (2000), pp. 290-303; Viet D. DINH, “Reassessing the Law of Preemption”, 88 Geo. L.J. 2085 (2000), especialmente, pp. 2097-98.

58. En esta misma línea, *United States v. Locke* (120 S. Ct. 1135 (2000)).

59. Richard DELGADO y Jean STEFANCIC, “Home-Grown Racism: Colorado’s Historic Embrace –and Denial– of Equal Opportunity in Higher Education”, 70 U. Colo. L. Rev., 703 (1999); Randall KENNEDY, “Is Affirmative Action on the Way Out”, Commentary, marzo 1998, 35 y ss. En “Race-Sensitivity Admissions in Higher Education: Commentary on How the Supreme Court is Likely to Rule” (26 J. Blacks Higher Educ. 97 (1999-2000)) los cinco juristas entrevistados predijeron que el Tribunal reduciría o abandonaría la justificación de las acciones afirmativas en términos de “diversidad” en la primera ocasión que se le presentara.

Pues bien, frente a esta, digamos, ofensiva combinada de decisiones presidenciales sobre las agencias, decisiones judiciales sobre los derechos, decisiones democráticas directas y leyes del congreso contra la dimensión normativa del Welfare State, se ha levantado una vigorosa reacción doctrinal por parte de sus sectores más críticos y comprometidos. No existe prácticamente sector alguno de los “más débiles” que no haya recibido importante atención doctrinal. Repasaremos aquí algunos de ellos.

1. DISCAPACITADOS

Aviam Soifer, “The Dissability Term: Dignity, Deafult, and Negative Capability”, 47 *UCLA Law Review* (2000), pp. 1279-1331, representa la última y más vigorosa impugnación de las decisiones del Tribunal Supremo en relación con la ADA. Partiendo de los análisis doctrinales de Kenneth L. Karst⁶⁰, Soifer pasa revista a una serie de casos *Murphy v. United Parcel Service*, 119 S. Ct. 2133 (1999), *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 119 S. Ct. 2139 (1999), *Albertsons, Inc., v. Kirkingburg*, 119 S. Ct. 2162 (1999), *Olmstead v. Zimring*, 119 S. Ct. 2176 (1999), demostrando cómo en todos los casos, los intereses de los más débiles (los discapacitados) han cedido frente a los intereses de los estados, en aras del federalismo hasta el punto de que la recomendación final para la próxima celebración del aniversario de la célebre sentencia no puede ser más expresiva: “A year with no Supreme Court Term might be the best Marbury observance anyone can offer the nation”⁶¹. Otros enfoques similares aparecen en Mary Crossley, “The Dissability Kaleidoscope”, 74 *Notre Dame L. Review*, (1999), Ruth Colker, “The Americans with Disabilities Act: A windfall for defendants”, 34 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (1999), Michael A. Stein, “Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities”, 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* (2000), Amanda J. Wong, “Distinguishing Speculative and Substantial Risk in the Presymptomatic Job Applicant: Interpreting the Interpretation of the American with Disabilities Act Direct Threat Defense”, 47 *UCLA Law Review*, 4, (2000); Carlos A. Ball, “Autonomy, Justice, and Disability”, 47 *UCLA Law Review*, 3 (2000).

2. MINORÍAS RACIALES/ÉTNICAS

Quizá sea éste el campo en que se ha producido una actividad académica más intensa y, probablemente, uno de los que más necesitado se vea de ella. Por poner un solo ejemplo, la aprobación de la propuesta 209 en California ha supuesto el paso de 47 alumnos afroamericanos en el primer curso de derecho de la UCLA a sólo dos después de su aprobación. Probablemente por ello, la propia

60. Fundamentalmente, *Belonging to America: equal citizenship and the Constitution*, 1989; *id.*, *Law's promise, law's expression: visions of power in the politics of race, gender and religion*, 1993.

61. A. SOIFER, op. cit., p. 1331.

UCLA ha desarrollado una muy amplia actividad en este terreno, comenzando con el Simposio "Raza y derecho en el cambio de siglo" recogido en el vol 47, núm. 6 de la *UCLA Law Review*, pp. 1459-1842⁶², en el que se tratan asuntos tales como la interrelación entre las reclamaciones por razones de raza y por razones de orientación sexual, la historia de persecución y discriminación de los afroamericanos en California como base para las políticas afirmativas, el problema del llamado "colorism", es decir, la discriminación intrarracial por razones de tono de piel, las relaciones entre raza y comunitarismo, las estrategias de defensa de los derechos raciales nacionales e internacionales, etc.

Otro aspecto destacado de esta elaboración doctrinal es la presencia cada vez más intensa de una tendencia puramente "latina", expresada fundamentalmente en el movimiento "LatCrit" (Latina/o Critical Race Theory), cuyo principal exponente quizá sea Francisco Valdés pero ya con una considerable nómina de autores⁶³. En su último artículo, F. Valdés ("Race, ethnicity, and hispanismo in a triangular perspective: the "essential latina/o" and LatCrit theory", 47 *UCLA Law Review* (2000), pp. 305-351, realiza un vigoroso ataque al concepto de "hispanismo" e "hispanidad" como quintaesencia de lo latino ("essential Latina/o"), ya que "al evocar un conexión real pero con frecuencia exagerada con España y, por ende, con Europa, el Hispanismo" ha contribuido a difundir una ideología "Euroheteropatrinal"⁶⁴ incompatible con el proyecto emancipador LatCrit.

Otras contribuciones importantes han sido, John Tehranian, "Performing Whiteness: Naturalization Litigation and the Construction of Racial Identity in America", 109 *Yale Law Journal*, 4, pp. 817 y ss.; Ian F. Haney López, "Institutional Racism: Judicial Conduct and a New Theory of Racial Discrimination", 109 *Yale Law Journal*, 8, 2000, pp. 1717 y ss. que estudia las formas de discriminación racial practicadas por los tribunales de Los Ángeles.

62. Incluye los siguientes artículos: Kimberlé Williams CRENSHAW, "Opening Remarks: reclaiming yesterday's future"; Devon W. CARBADO, "Black rights, gay rights, civil rights"; Richard Delgado y Jean STENFANIC, "California's Racial History and Constitutional Rationales for Race-conscious Decision Making in Higher Education"; Rebecca Tsosie, "Sacred obligations: intercultural justice and the discourse of Treaty Rights"; Catherine M. Franke, "The uses of history in struggles for racial justice: colonizing the part and managing memory"; Neil GOTANDA, "Comparative radicalization: Racial profiling and the case of Wen Ho Lee"; Taunya Lovell BANKS, "Colorism: a darker shade of pale"; Sahron K. Hom y Eric K. YAMAMOTO, "Collective memory, history and social justice"; Richard T. Ford, "Race as culture? Why not?"; Leti VOLPP, "Righting Wrongs"; Cheryl L. Harris, "Closing Remarks: reimagining Community".

63. Reunidos virtualmente en www.laterit.org. Entre otras publicaciones recientes cabe destacar: Christina GÓMEZ, "The Continual Significance of Skin Color: An exploratory Study of Latinos in the Northeast", 22 *Hispanic J. Behav. Sci.* 94 (2000); Symposium: "Comparative Latinas/os: Identity, law and policy in LatCrit Theory", 53, *U. Miami L. Rev.* 575 (1999); Symposium: Rotating Centers, Expanding Frontiers: LatCrit theory and Marginal intersections, 33 *U.C. Davis L. Rev.* (2000). Experiencias semejantes son las recogidas en los diferentes números de la *Harvard Latino Law Review* desde 1993.

64. Francisco VALDÉS, "Unpacking Hetero-Patriarchy: tracking the conflation of sex, gender & sexual orientation to its origins", 8 *Yale J. L. & Human.* 161 (1996).

3. FEMINISMO

De la inabarcable producción norteamericana en materia de feminismo y, más en general, de defensa de los derechos a la igualdad entre géneros, nos referiremos exclusivamente a tres trabajos que se relacionan íntimamente con los temas aquí expuestos. Se trata de los referidos a la Violence Against Women Act (VAWA)⁶⁵ y a la Child Support Recovery Act de 1992 (CSRA)⁶⁶.

En *United States v. Morrison* (120 S. Ct. 1740 (2000)), el Tribunal Supremo anuló por segunda vez en un año una ley contra la discriminación, la VAWA⁶⁷. Con la VAWA el Congreso trataba deponer remedio, tras una extensa documentación sobre el problema, a la inadecuación de las leyes sobre violencia doméstica y agresión sexual, configurando una acción civil a través de la cual las víctimas pudieran dirigirse alegando discriminación sexual directamente contra sus agresores en los tribunales estatales o federales. El Congreso aprobó esta ley amparándose en la *Commerce Clause* y en la *Enforcement Clause* de la Decimocuarta Enmienda. El Tribunal Supremo decidió que el Congreso carecía de base para legislar en esta materia que debía dejarse a los Estados (que, como es obvio, no lo había hecho, de ahí la necesidad de la ley), ya que la agresión contra las mujeres no es de naturaleza económica y la *Enforcement Clause* se refiere a los Estados, siendo los actos de violencia, asuntos particulares entre particulares. Esta sentencia ha dado lugar a dos importantes comentarios extremadamente críticos, Sarah B. Lawsky, "A Nineteenth Amendment Defense of the Violence Against Women Act, 109 The Yale Law Journal, 4 (2000) y, sobre todo, Catharine A. MacKinnon, "Disputing male sovereignty: on United States v. Morrison", 114 Harvard Law Review (2000), pp. 135-177. Este último viene a ser una impugnación global de la orientación jurisprudencial del Tribunal Rehnquist y, en cierto sentido, un resumen desde el punto de vista de la opresión de la mujer de esta última parte del presente artículo. Allí se afirma: "En su nivel más obvio, *Morrison* supone la última oleada de la específica noción de Federalismo del Tribunal. A capa y espada, esta poderosa doctrina y la sensibilidad con que se aplica protegen a los estados como soberanos tanto en el control de sus tradicionales dominios legales como evitando la responsabilidad por sus actos. En *Morrison* esta doctrina ha sobrepasado sus anteriores límites al invalidar una ley federal aprobada para llenar el vacío dejado por los estados en un área de sus prerrogativas tradicionales (...). *Morrison* ha ido incluso más lejos al impedir al gobierno federal legislar sobre derechos de igualdad en un área que los estados había protegido inadecuadamente. Puede que exista una más directa relación entre la denegación de igualdad y la nueva visión del Tribunal de la doctrina formal del federalismo. En un

65. Pub. L. No. 103-322, 108 Stat. 1941 [codificada con enmiendas en 42 U.S.C. § 13981 (1994)].

66. 18 U.S.C. § 228 (1992), después Deadbeat Parents Punishment Act de 1998 (DPPA), 18 U.S.C. § 228. Ambas leyes coinciden en su práctica integridad, la única diferencia es la gravedad de las penas. En la DPPA la primera infracción se califica de "felony" (delito grave).

67. La primera como se vio, fue la ADEA en *Kimel v. Florida Board of Regents*, 120 S. Ct. 631 (2000), vid. *supra*.

nivel más profundo de la ley y la política, y contra un fondo histórico de uso del federalismo para denegar la igualdad racial y defender la supremacía blanca, *Morrison* puede considerarse como un empleo de herramientas ostensiblemente neutrales respecto al género, para lograr una victoria sustancial para la institución social de la dominación masculina. En una lectura sustancial, *Morrison* no constituye una aplicación abstracta de prioridades institucionales neutrales, sino una negativa a permitir al Congreso que rectifique la violencia contra las mujeres: un problema que el Tribunal se niega a considerar de importancia económica o de relevancia nacional. En *Morrison*, el Tribunal ha revivido y desplegado contra las mujeres la odiosa doctrina de los “derechos de los estados”, el principal argumento legal empleado para el mantenimiento de la esclavitud, que sirvió para negar los derechos de igualdad en términos raciales hasta bien avanzado el siglo. Combinado con la jurisprudencia del Tribunal sobre *equal protection* (la exigencia de “intencionalidad” que ha hecho que cada vez resulte más difícil demostrar la responsabilidad de los estados por violaciones a la igualdad cometidos por agentes estatales), *Morrison* deja a las mujeres a las que se les deniega la protección igual de las leyes contra el maltrato y la violación sin adecuados recursos legales. En esta perspectiva más amplia, el Tribunal Supremo, tras haber impedido que las mujeres impusieran a los estados estándares efectivos de protección sexual igual, ha aprobado *Morrison* para impedir que el Congreso llene el vacío que el propio Tribunal había dejado. Doblemente encerradas, las mujeres violadas, reciben, en último término como mensaje de la mayoría en *Morrison* —una mayoría que no se dignó mencionarlas ni una sola vez— que nuestro sistema legal no sólo no tiene que, sino que en virtud de su diseño estructural, no puede otorgarles la protección igual de las leyes” (pp. 136-137).

Por último, Catherine Wimberly⁶⁸ expone los efectos adversos que para las madres abandonadas por sus parejas tiene la CSRA. Se trata, efectivamente, de un típico ejemplo de reforma desmanteladora y privatizadora del Welfare State. Ante el aumento en los años 90 de madres abandonadas por sus parejas, con los costes que ello imponía para el Fisco, se introdujo la CSRA, según la cual se facilitaba la persecución ante los tribunales de los padres que abandonan el hogar (deadbeat dads) o que no hacen frente al pago de sus pensiones alimenticias, etc. El efecto de esta norma es el de una reducción en el ingreso neto que reciben las madres abandonadas, una desventaja comparativa para las madres solteras y un impulso al matrimonio, un incentivo a la reunificación familiar en contextos que, muy probablemente, acabarán marcados por la violencia, y una “privatización” de la violencia doméstica, como es sabido, uno de los pilares de la dominación masculina.

68. “Deadbeat dads, Welfare moms, and Uncle Sam: how the Child Support Recovery Act punishes single-mother families”, 53 *Stanford Law Review*, (2000), pp. 729-766.