Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

HACIA UNA NUEVA ERA EN EL CONSTITUCIONALISMO ESTADOUNIDENSE: LA «ERA OBAMA». ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS (2008/2009)

YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá

SUMARIO

I. Introducción.
II. La elección de Barack Obama.
III. Cambios institucionales: la renovación del Tribunal Supremo.
IV. Cambios legislativos.
V. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de 2008 y 2009 la actualidad constitucional en los Estados Unidos ha venido marcada por tres importantes factores: en primer lugar, en el plano político, por la elección de Barack Obama como presidente de los Estados Unidos en noviembre de 2008; en segundo lugar, en el plano económico, por la grave crisis económica mundial que ha afectado en gran medida a este país; y, por último, en el ámbito institucional, por la renovación del Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional del Estado.

Además, y como consecuencia de lo anterior, a lo largo de ese tiempo se han producido novedades legislativas y jurisprudenciales en los Estados Unidos que han tenido una especial relevancia constitucional.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

II. LA ELECCIÓN DE BARACK OBAMA

En las elecciones presidenciales de 4 de noviembre de 2008, el candidato del partido demócrata y senador por el Estado de Illinois, Barack Obama, resultó elegido el cuadragésimo cuarto presidente de los Estados Unidos, después de vencer al candidato republicano a la presidencia, John McCain, y tomó posesión de su cargo en enero de 2009.[1] Desde entonces, el presidente Obama ha comenzado a desarrollar una política muy distinta a la llevada a cabo por el ex presidente Bush. Así, durante el primer año de la presidencia Obama los cambios más importantes que se han producido son los siguientes:

En primer lugar, hay que destacar una de las primeras iniciativas que adoptó el presidente Obama al comienzo de su mandato: ordenó el cierre del centro de detención de Guantánamo lo más pronto posible, en un plazo que, en todo caso, no podría superar la fecha de mayo de 2010.[2] Asimismo, ordenó la revisión inmediata de las circunstancias en las que se habían llevado a cabo las detenciones de los presos retenidos en esa prisión por parte de las comisiones militares, prohibiendo cualquier acto o interrogatorio que pueda suponer un acto de tortura, degradante o contrario a los derechos humanos.[3]

En segundo lugar, en materia de política interior su mandato se ha centrado principalmente en dos aspectos: primero, en proteger el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como impulsar un mayor desarrollo de los derechos sociales (educación, sanidad, condiciones laborales); y, segundo, debido a las circunstancias económicas y financieras en las que se encuentra el país, muchas de sus iniciativas han tenido por objeto la reactivación de la actividad económica así como la puesta en marcha de medidas para salir de la crisis y proteger a los sectores más desfavorecidos.

Y, finalmente, en política exterior, una de sus acciones más relevantes ha sido el desarrollo de un plan estratégico con el fin de retirar las tropas estadounidenses que se encuentran en Irak. Además, el presidente Obama ha cambiado radicalmente la política exterior y de relaciones internacionales que había llevado a cabo la Administración Bush, restableciendo, en algunos casos, y mejorando, en otros, las relaciones diplomáticas con la Unión Europea y otras potencias mundiales, así como impulsando las negociaciones para intentar lograr un acuerdo en el conflicto de Oriente Próximo. Como consecuencia de todo ello, el presidente Obama ha sido galardonado con el Premio Nobel de la Paz de 2009 por sus esfuerzos diplomáticos en pro del desarme nuclear, la consecución de un proceso de paz en Oriente Medio y el fomento de la lucha contra el cambio climático.

1 Cabe destacar que, por primera vez en la historia de los Estados Unidos, un afroamericano ocupa la presidencia del Gobierno.

2 *Executive Order, Review and disposition of individuals detained at the Guantanamo Bay Naval Base and closure of detention facilities*, de 22 de enero de 2009.

3 *Executive Order, Ensuring Lawful Interrogations*, de 22 de enero de 2009.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

III. CAMBIOS INSTITUCIONALES: LA RENOVACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Además del relevante cambio que ha supuesto la presidencia Obama, la renovación institucional más destacada ha sido la producida en el Tribunal Supremo, con la incorporación de la Magistrada Sotomayor en agosto de 2009.

El Tribunal Supremo, de acuerdo con la Constitución estadounidense, es el máximo órgano jurisdiccional.[4] En la actualidad, el Tribunal Supremo está integrado por nueve magistrados, el Magistrado presidente y ocho magistrados asociados.[5] Todos los magistrados del Tribunal son propuestos por el Presidente de los Estados Unidos y han de contar con la aprobación del Senado.[6] El mandato de los magistrados del Tribunal Supremo es vitalicio, aunque excepcionalmente el Congreso podría remover de su cargo a un Magistrado mediante el procedimiento del *impeachment*, procedimiento que, hasta ahora, nunca se ha utilizado.

La incorporación de la Juez Sotomayor al Tribunal Supremo ha tenido una enorme trascendencia por distintos motivos. El primero de ellos es que se ha convertido en la primera mujer hispana y la tercera en la historia del Alto Tribunal en ocupar un puesto en esta institución. Y, el segundo, y más importante desde la perspectiva jurídico-política, es que, de este modo, se ha producido un cierto equilibrio ideológico en el Tribunal. En la actualidad el Tribunal Supremo está dividido en dos sectores ideológicos. Por un lado, el sector más conservador, que está formado por el Magistrado Presidente Roberts y los Magistrados Asociados Scalia, Alito y Thomas; y por otro lado, el sector liberal, entre los que se encuentran los jueces Stevens, Gingsburg y Breyer. Junto a estos dos sectores claramente definidos completa la composición del Tribunal el juez Kennedy, que defiende una postura más moderada. Pues bien, hasta la incorporación de la Juez Sotomayor en sustitución del Magistrado Souter, también liberal, las votaciones en el seno del Tribunal Supremo han sido muy complicadas, hasta el punto de que un buen número de las sentencias se han adoptado con el voto de calidad del Juez Presidente Roberts. Esta situación ha cambiado con el nombramiento de la Juez Sotomayor, ya que el voto de calidad del Presidente Roberts ya no es determinante a la hora de tomar decisiones en el seno del Tribunal; ahora, muchas de las decisiones dependen del voto del juez Kennedy.

4 Sección primera del artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos.

5 Hay que indicar que la Constitución no hace ninguna referencia expresa al número de Magistrados que han de componer el Tribunal Supremo, y a lo largo del tiempo ha ido variando el número de miembros del Alto Tribunal. Así, aunque originariamente el Tribunal Supremo estuvo formado por seis magistrados (*Judiciary Act* de 1789), desde la aprobación de la *Circuit Jugdes Act* de 1869, el Tribunal Supremo está integrado por nueve magistrados.

6 El proceso que se desarrolla en el Senado para aprobar el nombramiento del candidato a Juez del Tribunal Supremo consta de las siguientes fases: la primera fase se lleva a cabo en el Comité de Asuntos Judiciales del Senado, en el que el candidato debe someterse a distintas vistas e interrogatorios para evaluar la idoneidad del candidato con el cargo que va a ocupar. Una vez

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

IV. CAMBIOS LEGISLATIVOS

La mayoría de los cambios legislativos que se han llevado a cabo en la nueva legislatura, tras la llegada de Obama a la presidencia de los Estados Unidos, coinciden con los ejes de su programa político que ya hemos indicado y, hasta ahora, se han concretado en un mayor desarrollo de los derechos sociales y también en la puesta en marcha de medidas legislativas para frenar la crisis económica.

1. Derechos civiles

Una de las principales medidas legislativas impulsadas por el presidente Obama en relación con los derechos civiles ha consistido en revocar la prohibición que había impuesto la Administración Bush respecto a la investigación con células madre. Así, a pesar de la controversia que ha generado esta medida en algunos sectores de la sociedad norteamericana, Obama ha apostado por la financiación con fondos federales para la investigación con células madres embrionarias.[7]

Del mismo modo, se ha revocado la prohibición conocida como *Mexico City Policy* o *«Global Gag Rule»*, en virtud de la cual las organizaciones no gubernamentales que recibieran fondos federales no podían promover, asesorar o realizar abortos en el extranjero.[8]

Por otro lado, otra de las principales medidas legislativas en relación con los derechos civiles ha consistido en la aprobación de normas antidiscriminación. En este sentido, es importante destacar que la primera norma aprobada en la presidencia Obama fue la Ley de equidad salarial, que promueve la obtención de un salario justo con independencia de la raza, el sexo o la edad.[9]

2. Derechos sociales

Por lo que se refiere a los derechos sociales, la mayor parte de las medidas legislativas que se han puesto en marcha tienen por objeto la protección

concluida esta fase preliminar se procede a la votación en el pleno del Senado, requiriéndose la mayoría simple para aceptar o, en su caso, rechazar al candidato. Artículo II, sección 2, cláusula 2 de la Constitución de los Estados Unidos.

7 *Executive Order removing barriers to responsible scientific research involving human stem cells*, de 9 de marzo de 2009.

8 Esta prohibición se impuso por primera vez en 1984 con el Gobierno de Reagan; fue revocada con la llegada a la presidencia de Clinton, y finalmente fue restablecida de nuevo por el la administración Bush.

9 *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*, de 29 de enero de 2009. Lilly Ledbetter fue víctima de discriminación laboral por motivos raciales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de los sectores más desfavorecidos principalmente en tres ámbitos: en primer lugar, en materia de sanidad; en segundo lugar, en el ámbito educativo; y, finalmente, en el mercado de trabajo.

Así, en primer lugar, en relación con la sanidad se ha aprobado una Ley para ampliar el programa de seguro sanitario infantil, de modo que más de cuatro millones de menores de edad podrán acceder a cobertura sanitaria.[10] Además, en la actualidad está tramitándose uno de los objetivos más importantes del gobierno de Obama: la aprobación de la reforma sanitaria que tiene como propósito ampliar la cobertura médica a todos los ciudadanos estadounidenses, de modo que la atención sanitaria sea universal.[11]

En segundo lugar, en relación con la educación se han puesto en marcha medidas para promover el acceso a estudios superiores de los sectores más desfavorecidos. Además, se han aprobado la financiación con fondos federales para un plan de internacionalización de las universidades norteamericanas, de modo que todos aquellos centros que apuesten por la incorporación de estudiantes extranjeros recibirán estas ayudas.[12]

Finalmente, y respecto al mercado de trabajo, se han aprobado medidas para promover el acceso al empleo de las mujeres y de personas con discapacidades, prohibiendo cualquier tipo de discriminación.[13]

3. Funcionamiento de la Administración

Otro de los cambios legislativos más relevantes en este primer año del gobierno de Obama ha sido la aprobación de normas que exigen una mayor transparencia en la gestión y en la tramitación de los asuntos públicos así como la aprobación de un código ético de los miembros del ejecutivo.[14] En este sentido, Obama ha exigido a todas las entidades gubernamentales el cumplimiento de la Ley de Libertad de Información con el fin de fomentar la transparencia de su gobierno,[15] además de permitir el acceso a todos los registros e informes de la Presidencia, revocando la Orden Ejecutiva dictada por el ex presidente Bush que limitaba el acceso a este tipo de información.[16]

10 *Children's Health Insurance Program Reauthorization Act,* de 4 de febrero de 2009.

11 *The Obama Plan: Stabily & Security for All Americans*, en http.//www.whitehouse.gov/issues/health-care/plan.

12 *American Recovery and Reinvestment Act,* de 13 de febrero de 2009.

13 *Employment non-Discrimination Act*, de 19 de junio de 2009.

14 *Executive Order, Ethics Commitments by Executive Branch Personnel*, de 21 de enero de 2009.

15 *Presidential Memorandum on Transparency and Open Government y Presidential Memorandum on the Freedom of Information Act*.

16 *Executive Order on Presidential Records,* de 21 de enero de 2009.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Durante el año 2009 se ha mantenido la línea jurisprudencial impulsada por el presidente del Tribunal, el Magistrado Roberts, que es una línea más conservadora y formalista. Sin embargo, se aprecia que con la llegada al Tribunal Supremo de la Magistrado Sotomayor se han equilibrado en cierta manera las tendencias ideológicas, de modo que en algunas de las últimas sentencias del año se puede observar un giro en la línea jurisprudencial que hasta ahora venía siguiendo la Corte.

A continuación, vamos a dar cuenta de las sentencias más relevantes que el Tribunal Supremo ha dictado a lo largo de 2009, que abordan asuntos de contenido constitucional, ordenando su exposición en función de la enmienda constitucional invocada o bien de la ley objeto de controversia: la Primera y la Cuarta Enmienda de la Constitución, la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*), y la Ley de Derechos Políticos (*Voting Rights Act*).

1. Primera enmienda: Libertad de expresión

1.1. Caso *FCC v. Fox Television*

Uno de los casos más relevantes y polémicos desde la perspectiva jurídico constitucional en relación con la primera enmienda ha sido el caso *FCC v. Fox Television*.[17]

En este caso se plantea el conflicto entre el poder de la *Federal Communications Commission* (en adelante, FCC)[18] sobre los contenidos de los programas de radio y televisión y la garantía de la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense. Desde la sentencia *FCC v. Pacifica Foundation* de 1978[19] el Tribunal Supremo ha venido reconociendo, mediante una interpretación extensiva, que la FCC tiene la potestad de sancionar a un medio de comunicación cuando se hayan proferido expresiones indecentes o contrarias a la moral. Sin embargo, hasta ahora, el Tribunal Supremo no ha definido de forma clara y precisa los límites de las facultades de regulación y control que ostenta la FCC que derivan de la libertad de expresión protegida constitucionalmente en la primera enmienda.

En el caso FCC contra la cadena Fox de televisión, la Corte de nuevo ha evitado delimitar o definir el marco constitucionalmente admisible en el que la FCC puede actuar respecto de los contenidos de la radiotelevisión. Es más, el Tribunal Supremo, en esta sentencia, ha ampliado la capacidad de la FCC de

17 *FCC v. Fox Television Stations, Inc*., 556 U.S. (2009). 129 TS. Ct. 1800 (2009).

18 La FCC es una agencia independiente que se encarga de la regulación y control del sector de la comunicación y que dispone de amplias facultades: normativas, ejecutivas, sancionadoras, e, incluso, parajuidiciales.

19 *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

controlar los contenidos en el sector audiovisual, al reconocer que esta autoridad independiente tiene la facultad de regular y controlar todo tipo de contenidos indecentes, obscenos o contrarios a la moral, incluso aunque se trate de un hecho aislado. Por ello, esta sentencia ha sido muy polémica y controvertida, no sólo por el hecho de revocar las sentencias de los tribunales inferiores que habían considerado que la actuación de la FCC había sido arbitraria, sino porque, de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en esta sentencia, resulta cada vez más difícil establecer los límites a la actuación de la FCC, con el potencial riesgo que esto supone para el libre ejercicio de las libertades de expresión e información.

De acuerdo con la legislación aplicable, la FCC tiene la facultad de controlar y sancionar la emisión de comentarios indecentes, obscenos o contrarios a la moral en las cadenas de radio y televisión,[20] pero, en ningún caso, puede ejercer la censura contra estos medios.[21] Es importante destacar que, teniendo en cuenta que la FCC se encarga de actuar en el ámbito de la comunicación, sector que está íntimamente relacionado con la primera enmienda de la Constitución, se exige que todas las acciones y la política que desarrolle y lleve a cabo la FCC esté justificada desde la perspectiva constitucional. Es decir, la FCC está legalmente obligada a justificar la constitucionalidad de sus acciones o la modificación de las mismas, con el fin de garantizar la libertad de expresión.

Así había ocurrido hasta ahora. En una primera etapa, la FCC había aprobado una normativa en virtud de la cual únicamente se sancionaba a aquellos medios que, de forma deliberada y reiterada, hubieran difundido las expresiones prohibidas, incumpliendo de ese modo la normativa. Esta regla se denominó el estándar del «uso reiterado» (*repetitive use standard*). Con el paso del tiempo, la FCC fue ampliando su ámbito de acción, abandonando el estándar de incumplimiento por «uso reiterado» (*repetitive use standard*) y cambiándolo por la regla denominada de los «factores especialmente relevantes» (*principal factors rule*). De acuerdo con esta regla, más allá de la reiteración o de la difusión deliberada por parte de un medio de comunicación, lo realmente importante era analizar otros factores relevantes, como, por ejemplo, el carácter explícito o gráfico del material, la duración de los contenidos prohibidos, el momento en el que se habían difundido, si se habían repetido o no, etc. Ahora bien, la FCC continuó limitando la imposición de sanciones a aquellos casos en los que se hubiera hecho un uso literal de esas expresiones y siempre examinando el uso de las mismas en el contexto en el que se habían producido.

Sin embargo, en 2004 la FCC publicó una nueva normativa que modificaba de forma sustancial la política que hasta ese momento había desarrollado en materia de supervisión y control de los contenidos audiovisuales. Así, en marzo de 2004, publicó la *Golden Globe Awards Order,* una norma de ran-

20 18 U.S.C. § 1464 (2006).
21 *Communications Act,* 47 U.S.C. § 326 (2006).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

go reglamentario en virtud de la cual se aplicaba un nuevo estándar, el estándar de los «improperios fugaces» (*«fleeting expletives rule»*). De acuerdo con esta nueva doctrina, cualquier medio de comunicación que difundiera en cualquiera de sus emisiones alguna expresión prohibida, sería sancionado.[22] Esta normativa supuso un cambio en la política de la FCC que, hasta ese momento, nunca había iniciado el procedimiento sancionador en el caso de que se hubiera producido un hecho aislado. Pues bien, la FCC aplicó esta Orden y aprobó otra norma de contenido similar, la «*Omnibus Order*», en virtud de la cual la FCC se reservaba el derecho a revisar todo lo emitido por los medios de comunicación durante el periodo de 2002 a 2005 para verificar si los medios cumplían con estas nuevas directrices.[23] Como consecuencia de esta nueva regulación, la FCC inició un procedimiento sancionador contra numerosos medios de comunicación, entre ellos, la Cadena Fox, por haber incumplido la normativa sobre lenguaje obsceno e indecente, aunque no impuso sanción alguna.[24] Por este motivo, la cadena Fox y otros medios de comunicación acudieron a los tribunales alegando indefensión, pues en ningún momento habían tenido oportunidad de defenderse ante la FCC. Los Tribunales del *Second Circuit* les dieron la razón, declarando nula la *Omnibus Order*.[25]

Poco tiempo después la FCC aprobó una nueva normativa, con un contenido idéntico al de la Orden declarada nula, pero modificando algunos aspectos del procedimiento de inspección y sanción, que había sido el motivo por el cual los tribunales habían tenido que intervenir. Y, de nuevo, tras iniciar un proceso de inspección, la FCC afirmó que la cadena Fox había incumplido la normativa, aunque, nuevamente, no le impuso ninguna sanción. Por ello, los medios volvieron a recurrir. En esta segunda ocasión, tras analizar de forma más minuciosa la actuación de la FCC, el Second Circuit consideró que la FCC no había facilitado una explicación razonable, desde la perspectiva constitucional, sobre el cambio de criterio que había adoptado en relación con el lenguaje inapropiado, y, por tanto, concluyó que la actuación de la FCC había sido una actuación arbitraria y contraria a la libertad de expresión garantizada en la primera enmienda del texto constitucional.[26]

22 En concreto, la Orden establecía de forma expresa que siempre que se difundiera la palabra *«fuck»* en un medio de comunicación éste sería objeto de sanción, al entender que esta palabra prohibida es especialmente blasfema (*«the word constituted profane speech, that is, words and phrases that contain an element of blasphemy or divine imprecation»*). Esta nueva regulación de la FCC se elaboró como respuesta a la intervención del cantante del grupo U2, Bono, que en su discurso de aceptación de uno de los galardones en los Globos de Oro expresó lo siguiente: *«this is really, really fucking brilliant»*.

23 *Complaints regarding various Television Broads, between Feb. 2, 2002 & Mar. 8, 2005*, 21 F.C.C.R. 2664, 2690-95 (2006).

24 En el caso contra la Cadena Fox, la FCC afirmó que la cadena había emitido lenguaje obsceno e inmoral durante la retransmisión de los *Billboard Music Awards* de 2002 y 2003.

25 *Fox Television Stations, Inc. v. FCC*, 489 F. 3d 444, 467 (2d Cir. 2007).

26 El Juez Pooler, ponente de la sentencia indicó que *«the Remand Order was arbitrary and capricious because it failed to explain adequately why the FCC had reversed its longstanding policy of tolerating so-called «fleeting expectatives»»*.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló esa sentencia y confirmó la política de la FCC. La decisión del Tribunal Supremo fue adoptada por cinco votos contra cuatro, además de contar con cinco votos particulares, uno de ellos concurrente y los cuatro restantes discrepantes, votos discrepantes que son muy críticos con la decisión adoptada por el Alto Tribunal.[27]

En primer lugar, y por lo que se refiere a la facultad de la FCC de regulación, control y sanción en materia de contenidos audiovisuales, el Tribunal confirma que la FCC tiene capacidad para sancionar a los medios de comunicación, no sólo por difundir un contenido prohibido, sino también por no prevenir la posible difusión de lenguaje inadecuado, aunque estas expresiones se hubieran utilizado de forma aislada. De este modo, el Tribunal Supremo refrenda el «*fleeting expletives standard*». Es más, el juez ponente, al ratificar la actuación de la FCC indica en la sentencia que los avances tecnológicos permiten de forma mucho más sencilla a los medios de comunicación omitir las palabras inapropiadas y cumplir de este modo con la normativa aprobada por la agencia audiovisual.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la obligación legal que tiene la FCC de justificar, desde la perspectiva constitucional, cualquier modificación de la política que viene desarrollando, el Tribunal, sorprendentemente, hace un análisis única y exclusivamente desde una perspectiva meramente administrativa, es decir, comprobando si la actuación de la FCC se ajusta a lo establecido en la *Administrative Procedure Act* (APA), una suerte de Ley de procedimiento administrativo, sin entrar a valorar si el contenido de estas normas dictadas por la FCC pudiera ser contrario a la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal afirma que aunque sería recomendable que las agencias tuvieran la precaución de comunicar o justificar su cambio de posición o de criterio sobre una determinada materia o política, no es necesario demostrar a los tribunales si las razones para llevar a cabo esa nueva política son mejores que aquellas que le llevaron en el pasado a adoptar la política que ha modificado y ha dejado de aplicar. Por todo ello, el Tribunal concluye confirmando la política de la FCC.

Este fallo del Tribunal Supremo ha sido muy discutido en la doctrina constitucional estadounidense,[28] e, incluso, en el seno del propio Tribunal, en el que varios Magistrados han presentado votos particulares discrepantes. La principal crítica de los votos discrepantes es que consideran que la nueva política de la FCC excede de los límites constitucionales y es contraria a la libertad de expresión garantizada en la primera enmienda de la Constitución. Así, indican que no se puede ir más allá de la interpretación, ya de por sí estricta, consolidada desde la sentencia *Pacifica* sobre las facultades de control de la FCC en materia de contenidos audiovisuales, y que, por tanto, la facul-

27 Votos discrepantes de Stevens, Gingsburg, Breyer y Souter.

28 Vid, por todos, «The Supreme Court- Leading Cases» en 123 *Harvard Law Review,* 153 (2009), págs. 352 y ss.; y WATTS , Kathryn A., «Proposing a place for politics in arbitrary and capricious review», en 119 *The Yale Journal*, 2 (2009), págs. 9 y ss.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tad de imponer sanciones a los medios de radio y televisión establecida en la nueva política de la FCC, de acuerdo con el conocido como el estándar de los «improperios fugaces» (*fleeting expletives standard*) rebasa, a su juicio, los límites constitucionales. Además, muestran su preocupación por el lenguaje utilizado tanto por el propio Tribunal como por la FCC, en el sentido de que parece que aceptan el hecho de que se puedan utilizar las nuevas tecnologías con «carácter preventivo». De este modo, a juicio de los magistrados, se corre el riesgo de que se utilicen estas tecnologías para censurar los mensajes de los presentadores o de los artistas.

Otro de los aspectos más criticados ha sido que el Tribunal Supremo no haya analizado este caso desde la perspectiva constitucional. Así, los votos discrepantes recuerdan la posición constitucional de la FCC, en virtud de la cual se exige expresamente que se justifique siempre su actuación de acuerdo con la primera enmienda. Por lo tanto, a juicio de estos magistrados, la Corte debería haber analizado y razonado en este caso conforme a parámetros constitucionales y no haber centrado su decisión en verificar si la FCC había cumplido o no con las normas administrativas.

En tercer lugar, y respecto a la facultad de los tribunales de revisar los actos de la FCC, más allá de que se insiste en la idea de que los tribunales tienen competencia para revisar los cambios en una determinada política, los Magistrados que suscriben los votos particulares discrepantes consideran que, para evitar que un acto que puede ser discrecional y legalmente lícito se convierta en un acto arbitrario, debe exigirse la motivación del acto a la autoridad que lo emite, motivación que ha de ser revisada por los tribunales.

Finalmente, en los votos particulares se expresa preocupación sobre los efectos que esta nueva política de la FCC puedan tener sobre las cadenas locales de radiotelevisión, cuyos recursos tanto tecnológicos como financieros son mucho más limitados que los de las cadenas nacionales.

1.2. Caso *Pleasant Grove v. Summum*

En el caso *Pleasant Grove v. Summum* el Tribunal Supremo analiza si la colocación de un monumento en un parque público constituye una manifestación de la libertad de expresión reconocida en la primera enmienda de la Constitución o, por el contrario, es una «expresión u opinión gubernamental» (*government speech*) que no está protegida por la primera enmienda.[29]

En este caso los hechos son los siguientes. En un parque público de la ciudad de Pleasent Grove en el Estado de Utah se exponen de forma permanente varias obras y monumentos, entre ellas un monumento inspirado en los diez mandamientos, que había sido donado por una entidad privada a principios de los años setenta. En 2003, la corporación local recibe una petición de una organización religiosa que radica en Utah, la congregación del Sum-

29 *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. (2009). 129 S. Ct. 1125 (2009).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

mum, solicitando la construcción de un monumento en ese mismo parque con una temática ajustada a sus creencias religiosas (sobre los siete aforismos del Summum). Pues bien, la solicitud fue rechazada por las autoridades locales, ya que, de acuerdo con una regla no escrita que se había venido utilizando en la ciudad, sólo se aceptan las obras que tengan relación con la historia de la ciudad o bien que hubieran sido donadas por grupos que mantengan o hayan mantenido estrechos lazos con la comunidad local. Ante esta negativa, la congregación religiosa decide demandar a la ciudad por violación de la primera enmienda de la Constitución.

En una primera instancia procesal los Tribunales ordinarios rechazan la demanda, al considerar que las autoridades locales habían llevado a cabo una política razonable y neutral para evaluar los monumentos, de modo que no se habría producido ninguna violación de la libertad de expresión. Posteriormente, tras interponer recurso la congregación religiosa, la Corte de Apelación del Décimo Distrito revoca la sentencia anterior dictada por los Tribunales ordinarios y da la razón a los recurrentes. En esta sentencia, la Corte de Apelación hace especial hincapié en el hecho de que un parque público constituye la quintaesencia de la idea del foro público —*public forum*— y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto y la interpretación del *public forum*, cualquier restricción del mismo debería ser sometida a un control estricto, para garantizar el libre ejercicio de la libertad de expresión. Así, el Tribunal concluye que, en este caso, las autoridades locales no acreditan ningún tipo de argumentación convincente para justificar su negativa a instalar el monumento solicitado por la congregación religiosa y, por tanto, concluye que se ha lesionado la libertad de expresión.[30]

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Apelación es revocada por el Tribunal Supremo. Así, el Tribunal tras analizar dos posibles alternativas —esto es, si la colocación de un monumento en un parque público es una manifestación de la libertad de expresión del autor del mismo o bien es una manifestación de expresión del gobierno local— se decanta por esta segunda interpretación.

En primer lugar, el Tribunal rechaza la interpretación de la Corte de Apelación sobre el foro público (*public forum*). En este sentido, el Tribunal reconoce que, efectivamente, la doctrina del foro público garantiza el derecho a expresarse libremente en espacios o lugares públicos en los que tradicionalmente se han venido reuniendo los ciudadanos para celebrar asambleas y discutir asuntos públicos.[31] Y, de acuerdo con esta interpretación, ciertamente los parques públicos constituyen la quintaesencia de la doctrina del foro público, en la que queda totalmente prohibida cualquier tipo de restricción que pudiera estar basada en cuestiones ideológicas. Sin embargo, El Tribunal diferencia entre, por un lado, lo que es la manifestación espontánea, tempo-

30 *Summum v. Pleasant Grove City*, 483 F. 3d 1044 (10 th Cir. 2007).

31 Esta doctrina fue seguida desde la sentencia *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass's'n*, 460 U.S. 37 (1983).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ral o, incluso, transitoria de la libertad de expresión, es decir, una manifestación ocasional y temporalmente limitada en la que un sujeto o un grupo determinado se reúne en un parque o en otro espacio público y se expresa libremente, en cuyo caso estaríamos ante la manifestación genuina de la libertad de expresión y cualquier acto que la limite debería someterse a un control estricto (*strict scrutiny*) para garantizar el cumplimiento de la primera enmienda, y, por otro lado, la colocación permanente de un determinado monumento en ese lugar público, lo que, a juicio del Tribunal, no es libertad de expresión propiamente, sino que estamos ante lo que denomina «*government speech*».

En segundo lugar, el Tribunal analiza el contenido y los efectos del «*government speech*». Así, el Tribunal comienza reconociendo que lo habitual es que las personas que observan de forma cotidiana un monumento donado por una determinada persona o grupo entienden de forma automática que esa obra transmite el mensaje de su propietario o donante; y realiza esta misma interpretación respecto a los parques y espacios públicos, de modo que se considera que el diseño de un determinado parque público, o incluso los monumentos o figuras que se encuentran en ese lugar, de forma inequívoca, se identifican con el gobierno o las autoridades locales.

El Tribunal justifica esta doctrina en el hecho de que son los poderes públicos quienes tienen la potestad de seleccionar y aceptar o, en su caso, rechazar, la donación de un monumento o de una obra. En este sentido, el Tribunal considera que los poderes públicos ejercen una especie de «control editorial» sobre la obra, de modo que pueden controlar el diseño de la obra, pueden solicitar cambios o modificaciones sobre los proyectos presentados, son quienes fijan los criterios de adjudicación o, incluso, establecen procedimientos legislativos o meramente administrativos para llevar a cabo la aceptación de este tipo de obras. Por ello, el Tribunal considera que los monumentos que son aceptados por los poderes públicos ya no son expresión o manifestación de quien ha donado la obra, sino que, desde el momento en el que esa obra es aceptada por los poderes públicos, se supone que la obra en cuestión es expresión de ese gobierno. Es decir, en el momento en el que los poderes públicos tienen la última palabra para autorizar la instalación o exposición de una determinada obra en un lugar público de forma permanente, lo que hacen es expresar la imagen de la ciudad que quieren proyectar, y, por tanto, esa obra o monumento constituye, en opinión del Tribunal Supremo, «*government speech*».

En consecuencia, y teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada sobre «*government speech*», de acuerdo con la cual este tipo de manifestaciones no se someten a las reglas ni a las garantías establecidas en la primera enmienda de la Constitución, el Tribunal Supremo concluye que, en este caso, no se ha producido ninguna lesión y que la actuación de la corporación local es constitucional.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

2. Sobre la Ley de derechos políticos (*Voting rights act*)

2.1. Caso *Northwest Austin Municipal Utility District No. One v. Holder*

Este caso ha sido el origen de una de las sentencias más polémicas emitidas por el Tribunal Supremo en este último año, no tanto por el fallo en sí, sino por la interpretación que realiza el Tribunal Supremo sobre la Ley de Derechos Políticos.

Como respuesta a la aprobación por parte de entes locales y estatales de normas que evitaban el cumplimiento de las normas antidiscriminación, el Congreso decidió en 1965 hacer uso de la autoridad que le reconocía la sección segunda de la Quinta Enmienda de la Constitución para aprobar la *Voting Rights Act* (en adelante, VRA). Esta ley fue trascendental por su enorme impacto, ya que incluía una serie de disposiciones preventivas tendentes a frenar tanto los actos directos de discriminación en el ejercicio de los derechos políticos como los medios más sutiles de privación de estos derechos. Entre estas disposiciones, destacan, por ejemplo, las de la sección 5, que prohíben a determinadas zonas que tienen la consideración de territorios especialmente protegidos hacer cualquier cambio en sus procedimientos electorales, a no ser que obtengan previamente la aprobación federal para ello.

Hoy en día, la VRA aún conserva todas sus disposiciones sustantivas, incluida la sección 5, que establece que los Estados y las «subdivisiones políticas» que sean consideradas de especial protección (*covered jurisdiction*) han de obtener la aprobación previa de un órgano federal, ya sea del Procurador General o de un Tribunal de tres jueces correspondientes a los tribunales de distrito del Distrito de Columbia, antes de efectuar cualquier modificación de sus procedimientos electorales.

Sin embargo, la sección 4 (a) de la VRA permite que estos entes, en situaciones determinadas, y siempre que cumplan con los requisitos que la propia ley dispone, puedan quedar exentos de cumplir con lo establecido en la sección 5 de la ley. Es decir, se prevé la posibilidad de eximir a estos territorios del cumplimiento de la aprobación previa por parte de los órganos de la Federación, si se dan ciertos requisitos establecidos en la ley. A estos efectos, la ley define a la «subdivisión política» como cualquier condado o parroquia, excepto en aquellos casos en los que la inscripción para votar no se lleve a cabo bajo la supervisión de ese condado o parroquia. Asimismo, tiene también la consideración de «subdivisión política» cualquier otra subdivisión de un Estado, siempre que tenga encomendada también la facultad de llevar a cabo y supervisar el registro (esto es, el censo) para la celebración de elecciones.[32]

Sobre este aspecto es importante destacar que el Tribunal Supremo ha expresado de forma reiterada su preocupación por los «costes federales» que

32 Section 4 (a) VRA defines *political subdivision as any county or parish, except that where registration for voting is not conducted under the supervision of a county or parish, the term shall include any other subdivision of a State which conducts registration for voting.*

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

pueden suponer el cumplimiento de este requisito (es decir, la aprobación previa por parte de los órganos federales) y recientemente el Tribunal ha adoptado medidas con el fin de rediseñar o delimitar la aplicación de estos preceptos de la *Voting Rights Act*. La sentencia más reciente ha sido el caso *Northwest Austin Municipal Utility District Nº. One v. Holder*, (en adelante NAMUDNO).[33] En esta sentencia el Tribunal se aleja de la jurisprudencia consolidada y ofrece una nueva interpretación; el Tribunal sostiene que cualquier subdivisión política, entendida en un sentido coloquial u ordinario, y no en el sentido formal fijado en la ley, podría quedar exenta de cumplir con la obligación de obtener la aprobación previa de los órganos federales si cumple con ciertos requisitos legales.

El Distrito número uno de la Localidad de Austin es un pequeño distrito situado en el condado de Travis, en el Estado de Texas, que celebra elecciones públicas para elegir a los miembros de su junta directiva. Desde la formación de este distrito en 1987 en ningún momento se ha apreciado ningún acto de discriminación racial en los procesos electorales. Sin embargo, este territorio está sujeto a la exigencia contenida en la sección 5 de la VRA, en virtud de la cual está obligado a obtener la aprobación previa por parte de los órganos federales en el caso de querer modificar algún aspecto de su procedimiento electoral, ya que está situado en el Estado de Texas, una zona de «especial protección» (*covered jurisdiction*). Pues bien, este distrito acudió a los Tribunales alegando que, a pesar de que no habían llevado a cabo el registro de votantes como exige la ley, podría afirmarse que son una subdivisión política, en el sentido común del término, y que, por tanto, les sería de aplicación el artículo 4 de la Ley de Derechos Políticos, de acuerdo con el cual podrían quedar exentos de cumplir con la exigencia de la aprobación previa por parte de los órganos federales. Por otro lado, invocaban también la posible inconstitucionalidad de la sección 5 de la VRA.

Los tribunales ordinarios, en una sentencia dictada por unanimidad, rechazaron ambos argumentos. En relación con el primer argumento del distrito, el Tribunal señaló que tanto el texto de la VRA como toda la documentación relativa a la discusión parlamentaria previa a la elaboración de esta ley, sugieren que la intención del Congreso era la de diseñar o delimitar unas causas tasadas para poder acogerse a la excepción del cumplimiento de la sección 5 de la ley, causas que se establecen claramente en su sección 4. Por otro lado, y por lo que se refiere al argumento del distrito sobre la posible inconstitucionalidad de la sección 5 de la VRA, el Tribunal concluye que todavía existen territorios considerados «especialmente protegidos» que continúan discriminando en los procesos electorales por motivos raciales, por lo que, a su juicio, la regulación contenida en la sección 5 de la VRA es perfectamente aplicable, pues se ajusta a los principios de congruencia y proporcionalidad y, por tanto, es conforme a la Constitución.

33 *Northwest Austin Municipal Utility District nº One v. Holder*, 129 S. Ct. 2504 (2009).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló esta sentencia, aunque con unos argumentos, a juicio de la doctrina, «minimalistas», en el sentido de que adopta una decisión de consenso sobre uno de los elementos de la VRA más controvertidos desde la perspectiva constitucional, la sección 5, sin entrar a valorar la posible inconstitucionalidad de la misma, y preservando, por tanto, el *status quo* existente.[34] Esta sentencia del Tribunal Supremo, cuyo ponente fue el Magistrado Presidente Roberts, contó con la aprobación de la mayoría de los miembros del Tribunal (ocho contra uno).

El Tribunal Supremo comienza en su sentencia destacando el éxito que supuso la aprobación de la *Voting Rights Act* y la enorme trascendencia que esta norma ha tenido en el reconocimiento de los derechos políticos y en el ejercicio de estos derechos sin distinciones raciales. No obstante, y más allá de estas consideraciones, el Tribunal afirma que es evidente que la aplicación de esta ley supone en ocasiones una importante carga para los Estados y los entes locales que forman parte de los denominados territorios con una «especial protección». En este sentido, el Tribunal considera que, de acuerdo con lo establecido en la sección 5 de la VRA puede estar poniendo en riesgo el federalismo, ya que una ley federal como la VRA niega a los Estados «igualdad soberana», imponiendo a algunos territorios unas condiciones más estrictas que a otros y exigiendo, en todo caso, la aprobación previa de los órganos federales, siempre que estos territorios decidan modificar su sistema electoral.

En esta sentencia el Tribunal sostiene que cualquier subdivisión política, entendida en un sentido coloquial u ordinario, y no en el sentido formal fijado en la ley, podría quedar exenta de cumplir con la obligación de obtener la aprobación previa de los órganos federales si cumple con los requisitos legales. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo abandona la regla ampliamente aceptada de que cuando un término es definido en una ley, es esa definición la que se utiliza para la aplicación e interpretación de dicho término. Sin embargo, en este caso, el Tribunal considera que la definición de «subdivisión política» necesita una interpretación mucho más amplia que la establecida en la propia Ley.

Así, el Tribunal reconoce que lo habitual es que si una ley proporciona una definición a un determinado término, ese término jurídico habrá de ser interpretado de acuerdo con el significado y en el sentido que haya indicado la propia ley. Ahora bien, en este caso, considera que se trata de una situación excepcional por varios motivos.

El primero es que el Tribunal afirma que la definición de «subdivisión política» que establece la propia VRA no se aplica de forma uniforme en toda la

34 El término «minimalismo judicial» fue acuñado por el prof. Cass Sunstein y consiste en que en la toma de decisiones el Tribunal no se pronuncia sobre las cuestiones de mayor calado político o más controvertidas, sino que resuelve el caso refiriéndose a aspectos más técnicos en los que es mucho más sencillo lograr el consenso o un acuerdo más amplio. Sobre esta doctrina, vid., SUNSTEIN, C., *One Case at Time: Judicial Minimalism on Supreme Court,* Harvard University Press, 1999.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ley, ni siquiera puede deducirse que sea de aplicación directa en el supuesto concreto de la sección 4 de la Ley, en la que se disponen las causas y los requisitos que han de cumplirse para poder quedar exentos del cumplimiento de la sección 5 de la misma, esto es, de la obligación de obtener la aprobación previa de los órganos federales cuando se pretenda cualquier cambio en el sistema o en el procedimiento electoral del territorio en cuestión.

El segundo motivo, es que la idea de interpretar de una forma más amplia el término «subdivisión política» se corresponde con la interpretación dada en un caso similar por el propio Tribunal. Así, en el caso *United States v. Sheffield Board of Commissioner,* en el que el Tribunal tuvo que entrar a valorar la aplicación de las secciones 4 y 5 de la VRA, el Tribunal sostuvo que cuando un Estado cumple con los criterios establecidos en la Ley, todas las unidades políticas que forman parte de ese territorio también quedan sometidas al requisito de aprobación previa previsto en la sección 5, con independencia de que estas unidades políticas se ajusten o no a la definición de subdivisión política.[35] Es decir, de acuerdo con esa sentencia, todas las unidades políticas que forman parte de un territorio, con independencia de que cumplan con los requisitos para ser consideradas legalmente «subdivisión política» estaban sometidas al cumplimiento de lo establecido en la sección 5. Por lo tanto, el Tribunal Supremo, remitiéndose a esta sentencia anterior y utilizando el principio de la analogía, considera que en la aplicación de la sección 4 de la VRA podría justificarse una interpretación más amplia del término «subdivisión política» que el fijado en la propia Ley.

El tercer motivo al que alude el Tribunal es mucho más cuestionable desde la perspectiva constitucional. En este sentido, señala que, de acuerdo con el *«canon of constitutional avoidance»*, si no se realiza una interpretación más amplia del término «subdivisión política», tendría que entrar a valorar la segunda de las peticiones de los recurrentes, del Distrito, esto es, la posible inconstitucionalidad de la sección 5 de la VRA. Por lo tanto, para evitar verse obligado a pronunciarse sobre este tema tan complejo, decide aceptar una interpretación más amplia del término en conflicto.

Pues bien, a pesar de que el Tribunal Supremo señala que ha manifestado en ocasiones anteriores y de forma reiterada sus dudas sobre la constitucionalidad de la sección 5 de la VRA, justifica esta decisión alegando que es profundamente consciente del papel institucional que desempeña de acuerdo con el principio de separación de poderes, y que, por tanto, antes de que se pueda dar la circunstancia de que el Tribunal deba pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, debe agotar todas las posibilidades interpretativas o de aplicación de dicha ley. Por estos motivos la doctrina ha señalado que la actuación del Tribunal Supremo en este caso es «minimalista», ya que decidió no entrar a valorar la constitucionalidad de la sección 5 y optó por tomar una decisión «menos arriesgada», manteniendo el *status quo* a través de una interpretación analógica y extensiva de la ley. Además, la doc-

35 *United States v. Board of Commissioners of Sheffield*, 435 U.S.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

trina señala que a partir de este momento es muy probable que se incremente el papel del Tribunal Supremo en futuros casos en los que se cuestione la configuración y delimitación del alcance de la *Voting Rights Act*.[36]

2.2. Caso *Bartlett v. Strickland*

A diferencia de lo que ha ocurrido en la sentencia NAMUDNO, que acabamos de analizar, en el caso *Bartlett v. Strickland* el Tribunal Supremo realiza una interpretación muy estricta de la *Voting Rights Act*.[37] No deja de resultar sorprendente, cuanto menos, que el Alto Tribunal haya tenido que resolver dos asuntos sobre la aplicación y la interpretación de la VRA en tan corto espacio de tiempo y que la interpretación que ha realizado en un caso y en otro haya sido tan dispar. Así, mientras que en la sentencia NAMUDNO el Tribunal se aparta incluso de las propias definiciones legales que figuran en la Ley para dar una interpretación extensiva del concepto «subdivisión política», en esta ocasión el Tribunal interpreta de forma muy restrictiva lo establecido en dicha Ley.

La sección segunda de la *Voting Rights Act* (Ley de derechos políticos) de 1965 prohíbe cualquier tipo de votación, práctica o procedimiento electoral que se traduzca en una negación o violación del derecho de sufragio por motivos de raza. Así, se entiende que se ha producido una vulneración de este precepto cuando las minorías «tienen menos oportunidades que otros miembros que forman parte del electorado para poder elegir a sus representantes». El Tribunal Supremo, por su parte, ha interpretado esta norma en distintas sentencias y de todas ellas se deriva la exigencia para los legisladores de establecer una serie de distritos electorales, denominados «distritos de control de las minorías» (*minority-control-districts*) siempre que concurran los siguientes requisitos: por un lado, que se cumplan con las condiciones previstas en la sentencia *Thornburg v. Gingles*,[38] conocidas como las condiciones *Gingles* (que son: primero, que la minoría sea lo suficientemente grande y geográficamente compacta como para constituir una mayoría en un distrito; segundo, que el grupo que forma la minoría esté políticamente unido; y tercero, que ese grupo vote como un bloque compacto, como un bloque de oposición), y, por otro lado, que se cumpla con el denominado «test de la totalidad de las circunstancias» (*«totally-of-the-circumstances-test»*), que consiste en tener en cuenta todas las circunstancias y elementos que sean relevantes para asegurar la eficacia de esta norma. Estas condiciones han sido interpretadas por el Tribunal Supremo hasta ahora en el sentido de que ha de crearse un «distrito de control de las minorías» siempre que el grupo racial minoritario esté integrado, al menos, por el 50% de los electores en ese distrito.

36 «The Supreme Court- Leading Cases» en 123 *Harvard Law Review,* op. cit., págs. 362 a 372.
37 *Bartlett v. Strickland*, 556 U.S. (2009); 129 S. Ct. 1231 (2009).
38 *Thornburg v. Gingles*, 478 U.S. 30 (1986).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En 1991, la Asamblea Legislativa de Carolina del Norte diseñó un nuevo distrito electoral para la elección de la Cámara de Representantes de ese Estado, el Distrito 18. Este distrito estaba formado por territorios de cuatro condados diferentes, incluido el condado de Pender, y tenía como finalidad crear un distrito de mayoría afroamericana tal como exige la VRA. Pues bien, en 2000, la población minoritaria del Distrito 18 no llegaba al porcentaje del 50% de electores. Por este motivo, se procedió a modificar el distrito electoral, aunque en las dos primeras ocasiones es las que se intentó el proyecto fue rechazado por el Tribunal Supremo de Carolina del Norte, por incumplir con las previsiones legales de la Constitución de ese Estado. Finalmente, en un tercer intento se logró la redistribución o «rediseño» de los distritos electorales, en concreto del Distrito 18.

En 2004 el condado de Pender y otros cinco miembros de su Junta de Gobierno demandaron al Gobernador del Estado de Carolina del Norte, al presidente de la Junta Electoral estatal y a los miembros de la Asamblea Legislativa del Estado, alegando que la redistribución de distritos que se había realizado era contraria a la normativa del Estado de Carolina del Norte. En este sentido, los funcionarios estatales argumentaron que el Distrito 18 fue diseñado, en su momento, precisamente para cumplir con las disposiciones de la sección 2 de la VRA y que en la actualidad, aunque no se llegaba al porcentaje exigido legalmente, las minorías raciales habían formado una coalición, por lo que, a su juicio, se estaba cumpliendo con la exigencia de la VRA de acceder al derecho de sufragio en igualdad de oportunidades. Por ello, impugnaron la nueva organización en distritos electorales, pues, a su juicio, era contraria a la sección segunda de la VRA que, como ley federal, prevalece sobre las normas del Estado.[39]

El Tribunal Superior de Carolina del Norte dio la razón a los recurrentes, al entender que la población minoritaria en el Distrito 18 era lo suficientemente amplia como para constituir una «mayoría de facto» y quedaba garantizado que las minorías tenían igualdad de oportunidades para elegir al candidato de su elección. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Carolina del Norte revocó la sentencia del Tribunal Superior, afirmando que es necesario que un grupo minoritario alcance una determinada mayoría numérica para que, de acuerdo con la sección 2 de la VRA, se proceda a la redefinición de un distrito electoral. Por ello, y cumpliendo con la previsión legal fijada en la sección 2 de la VRA, el Tribunal ordenó la redefinición del Distrito 18.

El Tribunal Supremo, por su parte, confirmó la sentencia del Tribunal Supremo de Carolina del Norte, aunque con una muy ajustada mayoría.[40] Así, el Tribunal comenzó recordando que todos los distritos electorales de control de minorías (*minority-control-districts*) deben cumplir con los principios *Gingles* y con el «test de la totalidad de las circunstancias». Además, el Tribunal indicó

39 *Pender County v. Bartlett*, 649 S.E. 2d 364 (N.C. 2007).

40 Esta sentencia contó con los votos particulares discrepantes de Souter, Stevens, Gingsburg y Breyer.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que la sección 2 de la VRA no obliga al legislador a establecer un distrito de este tipo a no ser que el grupo racial minoritario esté integrado al menos por el 50% de los votantes en ese distrito. Es decir, el Tribunal Supremo en esta sentencia ha interpretado el primero de los principios *Gingles* —la minoría debe ser lo suficientemente grande y geográficamente compacta como para constituir un mayoría en el distrito— en el sentido de que la minoría racial sea lo suficientemente grande como para controlar el distrito, es decir, que alcance, al menos el 50% de los electores. Esta interpretación ha sido criticada por la doctrina, que considera que el Tribunal ha malinterpretado o incluso ha tergiversado la regla del 50% al justificarlo desde una perspectiva meramente empírica y no normativa, ya que, en su opinión, no se puede dar por válida la teoría de que una minoría racial deba constituir el 50% de la población con derecho a sufragio para poder controlar un distrito, sino que lo realmente relevante es exigir que en estos distritos que, por diversas circunstancias, tienen unas características especiales, se dote a la minoría racial de igualdad de oportunidades para poder participar en el proceso político.[41]

3. Sobre la ley de Derechos Civiles (*Civil Righs Act*)

3.1. Caso *Ricci v. De Stefano*

La sentencia del Tribunal Supremo *Ricci v. De Stefano*, que resuelve un caso sobre discriminación por motivos raciales, ha sido muy polémica y controvertida, tanto desde la perspectiva jurídica como política.[42] Por un lado, desde el punto de vista jurídico, esta sentencia viene a alterar la línea interpretativa que había seguido hasta ahora el Tribunal en relación con las medidas antidiscriminatorias, en concreto, sobre las medidas de acción positiva (*affirmative actions*). Por otro lado, y desde la perspectiva política, la sentencia ha suscitado un gran interés para los medios de comunicación y la sociedad en general por el hecho de que el Tribunal Supremo ha anulado una sentencia previa en la que había participado la recientemente nombrada nueva Magistrada del Supremo, la jueza Sotomayor.[43]

El Título VII de la Ley de Derechos Civiles prohíbe cualquier acto intencionado de discriminación en el empleo basado en raza, color, religión, sexo u origen nacional (*disparate treatment*). Además, también prohíbe cualquier

41 Vid., «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review, op. cit.*, págs. 372 a 381.

42 Caso *Ricci v. DeStefano*, de 29 de junio de 2009, 129 S.Ct. 2658. En la doctrina, vid. «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review,* op. cit., págs. 282 a 292.

43 De hecho, en las distintas comisiones establecidas en el Senado y en la Cámara de Representantes norteamericanos para el nombramiento de Sotomayor como Magistrada del Tribunal Supremo, uno de los asuntos más delicados, y que se suponía que iba a generar más problemas para su elección era precisamente el de las explicaciones de Sotomayor sobre el fallo del Supremo anulando la sentencia previa en la que ella había participado.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tipo de políticas o prácticas laborales que, *a priori*, no tengan intención de discriminar pero que, de hecho y en la realidad, provoquen un efecto negativo y desproporcionado respecto de las minorías (*disparate impact*). Por lo tanto, de acuerdo con esta regulación queda prohibida tanto la discriminación formal, esto es, cualquier tipo de discriminación directa, como la discriminación material, cuando de forma indirecta se ha producido igualmente la discriminación.[44]

La redacción original de la Ley de Derechos Civiles de 1964 establecía únicamente la prohibición de discriminación en sentido formal, es decir, la prohibición de cualquier tipo de trato distinto por cuestiones raciales, religiosas, etc. Sin embargo, en la Sentencia *Griggs v. Duke Power Co*, el Tribunal Supremo interpretó que la Ley de Derechos Civiles también incluía la prohibición de establecer determinadas acciones o criterios que aparentemente fuesen neutrales, pero que, en realidad resultaran discriminatorias en la práctica.[45] Por ello, a partir de este momento el Tribunal indicó que en estos casos hay que tener en cuenta dos condiciones. En primer lugar, se exige a los empresarios o empleadores que justifiquen la «*business necesity*», es decir, es el empleador o empresario el que tiene que probar y demostrar que los criterios fijados para la contratación, para la promoción o respecto de las condiciones laborales, están manifiestamente relacionados con el puesto de trabajo en cuestión, con la labor que se ha de desempeñar; de no ser así, se entiende que esos criterios o esa acción son contrarios a la ley por causar un efecto discriminatorio (*disparate impact*). En segundo lugar, se consideraría contrario a la ley que, existiendo una alternativa legítima a la acción llevada a cabo por el empresario que resultase menos discriminatoria, ésta no la utilizase.

Esta doctrina establecida por el Tribunal Supremo, conocida desde entonces como la doctrina *Griggs*, se utilizó de forma constante hasta principios de los años 90, hasta el punto de que se modificó la Ley de Derechos Civiles en 1991 para incorporar esta doctrina a la propia ley. Así, la reforma de la Ley de Derechos Civiles tuvo como objeto principal la incorporación de la prohibición de discriminación material, es decir, el d*isparate impact*.

A partir de este momento, y de acuerdo con la Ley, siempre que se presenta una demanda por discriminación laboral los demandantes han de probar, en primer lugar, que la discriminación se ha producido porque el empleador o empresario ha utilizado una práctica particular de empleo que ha causado un efecto discriminatorio (*disparate impact*) por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional. Por su parte, el empresario debe defenderse de esta acusación demostrando que esa práctica laboral está relacionada con el puesto de trabajo y que se ajusta a las necesidades de la empresa. Además, la Ley también prevé que se considerará que existe discriminación si los demandantes pueden demostrar que el empresario se ha negado a adoptar

44 42 U.S.C. § 2000e (2006).
45 *Griggs v. Duke Power Co*., 401 U.S. 429 (1971).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

una alternativa que hubiera supuesto un menor efecto dispar y que también sirviera a las necesidades del empleador.

En 2003 en la ciudad de New Haven (Conneticut) se convocó un concurso de promoción interna dentro del cuerpo de bomberos. Para realizar este proceso de selección se contrató a una empresa especializada que en ocasiones anteriores ya había participado en otros procesos selectivos. Las pruebas consistían en una prueba escrita y una prueba oral, y habían sido preparadas de forma muy minuciosa para asegurar que fuesen racialmente neutrales (*racial neutrality*). Según las bases del concurso, en función de los resultados que se obtuvieran se establecería el orden por el cual los candidatos serían ascendidos durante los dos años siguientes.

A estas pruebas de promoción se presentaron 118 candidatos, y los resultados que arrojaron dichas pruebas preocuparon a las autoridades locales, ya que de acuerdo con las calificaciones obtenidas, prácticamente todas las plazas serían ocupadas por personas de raza blanca. En concreto, de los diecinueve bomberos que habían logrado los mejores resultados y que optaban al ascenso, diecisiete eran de raza blanca y dos eran hispanos. Ante esta situación, y temiendo posibles denuncias por trato discriminatorio, las autoridades locales decidieron anular el concurso. Como consecuencia de ello, los candidatos que podrían haber promocionado si se hubieran admitido los resultados del concurso demandaron a los responsables locales, por considerar que ellos habían sido los discriminados por motivos raciales, vulnerándose así el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, ya que la única causa por la que se anuló el concurso fue por el hecho de que los grupos raciales minoritarios, excepto la minoría hispana, no habían logrado ninguna plaza en dichas pruebas. Asimismo, alegaron que se había vulnerado la Decimocuarta enmienda de la Constitución, que protege la «*equal protection clause*».

Los tribunales ordinarios desestimaron la demanda de los recurrentes. Así, el tribunal de distrito consideró que, de acuerdo con el Título VII de la Ley de Derechos Civiles, no se puede entender que constituya un acto discriminatorio aquél que tiene como objetivo precisamente evitar que se produzcan promociones basadas en unas pruebas que han provocado un efecto discriminatorio. En términos similares se pronunció el tribunal sobre la posible vulneración de la *equal protection clause*, al afirmar que no había ningún dato que pudiera sugerir que las autoridades locales hubieran actuado de forma premeditada y con animadversión hacia los bomberos que no pertenecen a ninguna de las minorías raciales.[46] Esta sentencia fue confirmada por el *Second Circuit*, que hizo suya toda la argumentación que había realizado el tribunal del distrito.

Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló las sentencias anteriores, y estimó el recurso de los bomberos, en una decisión adoptada por cinco votos contra cuatro.

46 *Ricci v. DeStefano*, 554, F. Supp. 2d, 142 (D. Conn. 2006).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En su sentencia, el Tribunal comienza sentando la premisa de que la acción del gobierno de la ciudad de anular los resultados del concurso de promoción en el cuerpo de bomberos presuntamente había violado la prohibición de tratamiento desigual discriminatorio (*disparate treatment prohibition*) reconocido en el Título VII de la CRA, ya que, a juicio del Alto Tribunal, el motivo por el que se habían anulado las pruebas estaba basado en cuestiones raciales.

En segundo lugar, el Tribunal considera que, a estos efectos, es irrelevante la intención que tuvieran las autoridades locales. En este sentido, el Tribunal afirma que por muy bienintencionados o benévolos que fueran los objetivos de la ciudad, el hecho es que la ciudad tomó la decisión por motivos raciales y, por tanto, su decisión es contraria a la Ley.

En tercer lugar, el Tribunal pasó a examinar si el propósito de evitar la responsabilidad de la ciudad por haber causado un efecto discriminatorio justifica lo que, de otro modo, sería un trato discriminatorio prohibido por la ley. Es decir, en este caso entran en conflicto dos reglas de la *Civil Rights Act*, por un lado, la prohibición de dar un trato distinto por motivos raciales (*disparate treatment*), y, por otro lado, la prohibición de establecer medidas que, de forma directa o indirecta, tengan un efecto discriminatorio (*disparate impact*). Tras analizar y valorar distintas opciones, el Tribunal concluye que el modo más equilibrado de garantizar la eficacia de ambas reglas es entender que un empresario puede dar un trato desigual y discriminatorio de forma intencionada con el fin de evitar que se puedan derivar responsabilidades por causar un efecto discriminatorio, siempre que se base en una prueba lo suficientemente sólida (*strong basis evidence*) que justifique que la adopción de tales medidas correctoras pueden evitar dicha responsabilidad.

Pues bien, aplicando este estándar del «*strong basis evidence*», el Tribunal concluyó que las autoridades locales no habían aportado ninguna evidencia de que las pruebas del concurso de promoción no fueran las adecuadas y tampoco ofrecieron ninguna alternativa que fuera menos discriminatoria. En consecuencia, y reiterando que el temor a posibles demandas no puede justificar de ningún modo tomar medidas basadas en motivos raciales como las que adoptaron las autoridades locales al anular los resultados del concurso, el Tribunal dictó sentencia estimando el recurso de los bomberos por entender que se había producido un trato discriminatorio contrario al Título VII de la *Civil Rights Act*.

Esta sentencia ha sido muy controvertida por distintos motivos. El primero, porque a diferencia de los casos a los que generalmente se tiene que enfrentar el Tribunal Supremo, en los que los poderes públicos o la empresa privada intentan conseguir un resultado discriminatorio, en este caso se trata justo de lo contrario. Se condena a un municipio por haber anulado unas pruebas de promoción interna que causaban un efecto discriminatorio, es decir, por cumplir con lo previsto en la *Civil Rights Act* respecto del *disparate impact*.

En segundo lugar, y más allá de este caso en concreto, el hecho relevante es que, de nuevo, se vuelve a abrir el debate sobre la constitucionalidad de

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

la Ley de Derechos Civiles, en la que se reconoce la prohibición de un trato discriminatorio y también de aquellos actos que puedan tener un impacto discriminatorio, y la compatibilidad de esta normativa con la *equal protection clause* reconocida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. En esta sentencia el Tribunal muestra serias dudas sobre la constitucionalidad de las normas del Título VII de la CRA sobre el efecto discriminatorio. Así, el Tribunal considera inadmisible que se pueda dar un trato distinto en función de la raza con el fin de evitar efectos discriminatorios, pues, a su juicio, así se estaría conculcando la *equal protection clause* consagrada en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.[47] Esta interpretación del principio de igualdad desde una perspectiva tan formalista puede poner en riesgo la constitucionalidad de las acciones positivas (*affirmative actions*), pues de acuerdo con esta interpretación tan rígida del Tribunal, cualquier acción que suponga un trato distinto por alguno de los denominados criterios especialmente odiosos (raza, sexo, etc.), con independencia de que tengan por objeto lograr una igualdad real, deberá estar justificada mediante el estandar del «*strong basis in evidence*». Por todo ello, a partir de ahora habrá que ver las repercusiones que esta sentencia pueda tener a la hora de analizar el futuro de determinadas acciones positivas, al haberse establecido una interpretación tan rigurosa que hace sumamente complicado poder realizar cualquier tipo de distinción por motivos raciales, aunque esta distinción se haga para lograr una igualdad real y efectiva.[48]

Y, finalmente, el tercer motivo por el que esta sentencia ha resultado especialmente relevante ha sido más político que jurídico. Como ya hemos comentado, este caso ha tenido una mayor repercusión pública y mediática debido a que la Corte de Apelación que ratificó la decisión del Tribunal del *District Circuit* y que posteriormente ha sido desautorizada por el Tribunal Supremo, estaba formada, entre otros, por la Magistrada Sotomayor, candidata en esos momentos, a ocupar un puesto en el Tribunal Supremo.

3.2. Caso *Fitzgerald v. Barnstable School Comm.*[49]

En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre un caso de discriminación por razón de sexo en centros educativos. El caso trata sobre un matrimonio, los Fitzgerald, que descubren que su hija está sufriendo acoso sexual en los trayectos que hace desde su domicilio hasta la escuela infantil en

47 Hay que indicar, sin embargo, que los votos particulares discrepantes no comparten esta opinión. Así, en el voto discrepante de Gingsburg se critica la posición de la Corte en virtud de la cual las normas sobre trato desigual discriminatorio y efecto discriminatorio estaban en conflicto. A su juicio, ambas normas tienen como objetivo evitar cualquier tipo de discriminación en el trabajo, promoviendo una verdadera igualdad de oportunidades.

48 «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review,* 153 (2009), págs. 282 y ss.

49 *Fitzgerald v. Barnstable School Comm.*, de 21 de enero de 2009, 555 U.S. (2009).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

la que estudia por parte de un estudiante mayor que ella. Tras ponerlo en conocimiento de la dirección del centro educativo y de las autoridades policiales, la dirección del centro educativo sugiere que la niña viaje en una ruta escolar diferente a la del presunto agresor o bien que en los trayectos la niña viaje separada del resto de compañeros, dejando varias filas de asientos libres entre la pequeña y los demás estudiantes. Ante esta situación, y tras verificar que su hija seguía siendo objeto de acoso, los Fitzgerald demandan al centro educativo, al entender que la respuesta de la dirección del centro respecto de la denuncia de acoso había sido inadecuada, lo que había generado un mayor acoso hacia la pequeña. En su denuncia, los Fitzgerald argumentaron que se habría vulnerado el Título IX de la *Civil Rights Act*, además de otras normas internas del Estado de Massachussets.

En una primera instancia, los tribunales ordinarios les dieron la razón, al considerar que la dirección del centro educativo era conocedora de los hechos que habían acontecido y que no había adoptado las medidas adecuadas, por lo que, de acuerdo con el Título IX de la *Civil Rights Act*, a la que este centro estaba sometido, ya que recibía fondos federales, la actuación del centro educativo había sido discriminatoria.[50] Sin embargo, la Corte de Apelación, a pesar de que coincide con el tribunal de primera instancia en que la actuación de la dirección del centro había sido incorrecta, considera que en este caso no es de aplicación el Título IX de la *Civil Rights Act*, pues entiende que la aplicación de esta norma sólo se justifica en aquellos casos en los que es el centro educativo quien vulnera el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Supremo, por su parte, revoca la sentencia de la Corte de Apelación. En este sentido, el Tribunal comienza afirmando que en aquellos casos en los que la demanda se basa en un derecho reconocido en una ley, o que se derive de una ley en concreto, la vía procesal adecuada es la establecida en la propia ley. Sin embargo, en aquellos casos en los que, además de alegarse la vulneración de algún precepto legal, se alegue también la presunta violación de un derecho fundamental, entonces habrá que realizar una comparación entre los derechos que presuntamente se han visto lesionados y las vías de protección que se reconocen en la norma legal y en la propia Constitución. Así, el Tribunal Supremo reitera que siempre que haya que determinar si una norma posterior impide el cumplimiento de un derecho federal, hay que analizar en primer lugar la naturaleza y la extensión del sistema de protección fijado en la ley.

En primer lugar, el Tribunal analiza la norma invocada en este caso, el 42 USC §1983, y por otro lado, el Título IX de la *Civil Rights Act*. Tras comparar ambas normas, el Tribunal concluye que el Título IX de la CRA se aplica a las instituciones, tanto públicas como privadas, mientras que el 42 USC §1983 se aplica a los sujetos individuales, como por ejemplo, profesores, trabajadores del centro, etc, así como a los municipios u otras entidades estatales.

50 *Hunter v. Barnstable School Committee*, 456 F. Supp. 2d 255 (Mass. 2006).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En segundo lugar, el Tribunal entiende que el Título IX de la *Civil Rights Act* no es un mecanismo exclusivo que deba ser aplicado en todos los supuestos de discriminación por razón de sexo en las escuelas, ni sustituye al §1983 como un medio para hacer cumplir los derechos constitucionales. En consecuencia, el Tribunal reconoce que el §1983 está basado en la *Equal Protection Clause* reconocida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución y que es una vía adecuada para todo demandante que alegue discriminación por razón de sexo en las escuelas. El Tribunal basa su interpretación en un método de interpretación auténtico, en virtud del cual el Tribunal Supremo afirma que la intención del poder legislativo, esto es, del Congreso, cuando promulgó el Título IX de la *Civil Rights Act,* era la de establecer que los demandantes privados pudieran presentar demandas basadas en discriminación por razón de sexo, y que estas demandas se desarrollasen por la vía del 42 USC § 1983. Por lo tanto, y en ausencia de prueba en contrario, se deriva, a juicio del Tribunal Supremo, que el Congreso pretendía que el Título IX fuera interpretado de forma similar, de modo que se permita tramitar las demandas por discriminación en los centros educativos de forma paralela y concurrente por la vía del § 1983 o bien por la propia vía fijada en el Título IX de la Ley. Por todo ello, el Tribunal dictó sentencia a favor de los recurrentes.

3.3. Caso C*rawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson City*

En este caso el Tribunal nuevamente vuelve a interpretar el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.[51] De acuerdo con lo establecido en esta ley queda prohibido cualquier tipo de represalia hacia los empleados que hayan informado o que hayan denunciado en su centro de trabajo una acción discriminatoria por razón de raza o de sexo.

Los hechos que dieron lugar a esta Sentencia fueron los siguientes: en 2002 se inicia una investigación para comprobar las acusaciones por acoso sexual que algunas empleadas habían vertido contra el responsable de recursos humanos del *Metropolitan Government of Nashville and Davidson County (Metro)*. Durante la investigación interna en la empresa se tomó declaración a la Sra. Crawford, quien confirmó haber sido testigo e incluso víctima de acoso sexual. Poco después de finalizar la investigación interna, que concluyó sin ningún tipo de sanción contra el acusado, la empresa despidió a la Sra. Crawford y a las dos empleadas que habían denunciado el acoso sexual. El despido obedecía, en palabras de la empresa, a que estas personas habían cometido malversación de fondos. De manera inmediata la Sra. Crawford denunció a la empresa Metro por haber sufrido represalias —el despido de la empresa—, como consecuencia de haber denunciado un acto discriminatorio.

51 *Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson City*, de 26 de enero de 2009, 555 US (2009).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

De acuerdo con la ley de Derechos Civiles, no puede darse ningún tipo de represalia, en primer lugar, en aquellos casos en los que el empleado se ha opuesto a realizar o aceptar la práctica discriminatoria (es la denominada *opposition clause*) y, en segundo lugar, en los casos en los que el empleado ha acusado a la empresa, o bien ha testificado o colaborado de alguna manera en una investigación sobre un acto discriminatorio (*participation clause*).

Pues bien, los tribunales ordinarios rechazaron la demanda planteada por la Sra. Crawford al entender que ella no había iniciado ningún procedimiento de denuncia contra el responsable de recursos humanos, sino que únicamente se limitó a contestar en una investigación interna, por lo que no cumplía con las condiciones para que se le pudiera aplicar la garantía de no sufrir represalias.

Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó la sentencia de los tribunales inferiores y dio la razón a la Sra. Crawford. En este sentido, el Tribunal interpretó que el principal objetivo de la Ley de Derechos Civiles y, en concreto, del precepto que prohíbe cualquier tipo de represalia contra los empleados, es precisamente el de evitar cualquier tipo de daño a los empleados que se encuentren en una situación de discriminación y que, por temor a perder su empleo o a sufrir cualquier tipo de represalia, no se atreven a denunciar los hechos. Por este motivo, el Tribunal entiende que las reglas que evitan represalias por parte de los empresarios deben interpretarse en un sentido amplio. Es más, el Tribunal afirma que, de acuerdo con lo establecido en la ley, no se puede hacer una distinción de trato entre un empleado que denuncia un acto discriminatorio por iniciativa propia y aquél que informa sobre el mismo acto discriminatorio cuando se le pregunta por ello. De este modo, el Tribunal considera que, a pesar de que en este caso la recurrente no había denunciado el acto discriminatorio en sí, se puede afirmar que la recurrente se había opuesto al comportamiento vejatorio del demandado, tal y como declara posteriormente cuando es interrogada en la investigación interna, y, por tanto, estaríamos ante uno de los supuestos recogidos en la Ley de Derechos Civiles.

4. Cuarta enmienda: inviolabilidad del domicilio

En relación con la cuarta enmienda de la Constitución, el Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias, aunque posiblemente la más relevante ha sido la sentencia *Pearson v. Callahan*,[52] en la que el Tribunal matiza la doctrina *Saucier*.[53] De acuerdo con esta doctrina han de cumplirse dos condiciones para resolver los casos en los que se demanda a oficiales del gobierno por inmunidad cualificada (*qualified immunity*): la primera es que los tribunales han de decidir si los hechos que se alegan en la demanda constituyen una violación de un derecho constitucional; la segunda es si el derecho

52 *Pearson v. Callahan*, de 21 de enero de 2009, 555 US (2009); 128 S. Ct. 1702 (2008).
53 *Saucier v. Katz*, 533 US 194 (2001).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en cuestión estaba claramente definido en el momento en el que se reclama por la conducta indebida. De acuerdo con esta doctrina, se aplica la *qualified immnunity* a menos que la conducta del oficial haya violado sin duda, claramente, un derecho constitucional.

Los hechos son los siguientes: varios agentes de policía organizan un plan para detener a un individuo sospechoso de posesión y tráfico de drogas. Para ello, cuentan con la ayuda de un confidente de la policía que accede al domicilio del sospechoso con un micrófono oculto, a través del cual se graba todo lo que sucedió en el domicilio del sospechoso. Tras confirmar que se estaba produciendo la venta de estupefacientes los agentes acceden al domicilio, encontrando distintos tipos de estupefacientes en la vivienda. Por ello, el sospechoso fue acusado de posesión y tráfico de drogas. Sin embargo, la acción policial se realizó sin autorización judicial, por lo que el sospechoso denunció a los agentes de policía por violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución. El Tribunal de Distrito indica que muchos tribunales utilizan la «*consent-once-remove-doctrine*», en virtud de la cual se permite que los agentes de policía accedan a un domicilio sin autorización judicial siempre que cuenten con el consentimiento de un agente infiltrado o de un confidente de la policía que se encuentre dentro del domicilio. Por ello, el Tribunal sostiene que los agentes en todo momento consideraban su actuación conforme a la ley, de acuerdo con la *«consent-once- remove - doctrine»,* y por tanto, entiende que estarían amparados por la «*qualified immunity*».

La Corte de Apelación, por su parte, considera que la inviolabilidad del domicilio consagrada en la Cuarta Enmienda de la Constitución prohíbe cualquier tipo de entrada en el domicilio a no ser que exista consentimiento o bien una autorización judicial. Por lo tanto, a juicio de la Corte de Apelación, los agentes de policía no pueden alegar que su conducta se ajustaba a derecho; en primer lugar, ellos sabían que no tenían autorización judicial para acceder al domicilio; en segundo lugar, el titular del domicilio no había autorizado la entrada en el mismo; y, finalmente, y en tercer lugar, el hecho de que el sospechoso invitase al confidente de la policía a entrar en su domicilio no extiende esa invitación, es decir, el consentimiento, a los agentes de policía. Por todo ello, la Corte condena a los agentes de policía por vulneración de los derechos consagrados en la Cuarta Enmienda.[54]

El Tribunal Supremo comienza analizando la doctrina de la *qualified immunity*, que se remonta a principios de los años 80, con la sentencia *Harlow v. Fitzgerald*,[55] y que se ha ido consolidando desde entonces. Así, el Tribunal aclara que esta doctrina tiene como finalidad proteger a los agentes públicos frente a posibles demandas sin justificación jurídica, pero no supone una exención de responsabilidad. Para dar una interpretación clara en estos casos de *qualified inmunity* el Tribunal creó la doctrina *Saucier*, de modo que siempre que se acreditaran los requisitos establecidos en esta sentencia, los

54 *Callahan v. Millard city*, 494 F. 3d 891 (2007).
55 *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

agentes públicos estarían amparados por la inmunidad. Sin embargo, y tras numerosas peticiones de los tribunales inferiores de modificar o incluso de abandonar esta doctrina, el Tribunal analiza las ventajas y los inconvenientes que supondría la modificación o incluso la revocación de la doctrina *Saucier*. Así, el Tribunal considera que, por regla general, es aconsejable mantener el *stare decisis*, es decir, atenerse al precedente judicial y considerar vinculantes las decisiones anteriores adoptadas en casos similares, a no ser que se llegue a la conclusión de que la justificación de esa doctrina se basaba en un razonamiento incorrecto o bien se demuestre que es impracticable, es decir, que es imposible llevarla a la práctica. Por ello, y teniendo en cuenta la experiencia sobre la aplicación de la doctrina *Saucier*, las críticas vertidas por los tribunales inferiores que han tenido que aplicar esta doctrina e incluso las críticas de un sector del propio Tribunal Supremo, el Tribunal decide reformular la misma. Así, y aunque los requisitos establecidos en la doctrina *Saucier* sean generalmente los adecuados, a partir de este momento, se considera que la aplicación de esta doctrina no es obligatoria en todos los casos. Es decir, los tribunales inferiores tienen libertad para decidir si aplican o no esta doctrina en función del caso que se les plantee.

Finalmente, y por lo que se refiere al caso en cuestión que tiene que resolver, el Tribunal sostiene que los agentes quedan amparados por la «*qualified immunity*», al interpretar que éstos creían que su actuación estaba justificada y era conforme a la ley, por lo que, al no quedar claramente definida la ilegalidad de su actuación, estarían amparados por la inmunidad.

5. Otra jurisprudencia constitucional relevante

Para concluir este estudio, ofreceremos una relación de otras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo del año 2009 que también tienen interés desde la perspectiva constitucional. Así, en relación con la Cuarta Enmienda, resulta de interés la sentencia *Arizona v. Gant*,[56] en la que el Tribunal Supremo limita la interpretación de la doctrina *Belton*, y afirma que la policía únicamente podrá registrar el interior de un vehículo por motivos tasados, que son, o bien, que en el vehículo se encuentre la prueba del delito por el que ha sido detenido, o bien que exista un indicio razonable de que el acusado detenido podría acceder al vehículo y de ese modo ocultar pruebas. Sólo en esos casos estaría justificada la intervención y el registro de un vehículo conforme a la cuarta enmienda de la Constitución. También son especialmente relevantes las sentencias *Pearson v. Callahan*, *Herring v. United States*, *Arizona v. Johnson,* y *Michigan v. Jeremy Fisher*.[57]

56 *Arizona v. Gant*, de 21 de abril de 2009, 556 U.S. (2009); 129 S. Ct. 1710 (2009).

57 *Pearson v. Callahan*, de 21 de enero de 2009, 555 U.S. (2009); *Herring v. United States*, de 14 de enero de 2009, 555 U.S. (2009), 129 S. Ct. 695 (2009); *Arizona v. Johnson,* de 26 de diciembre de 2009, 555 U.S. (2009); y *Michigan v. Jeremy Fisher*, de 7 de diciembre de 2009, 558 U.S. (2009).

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Sobre la Quinta Enmienda, en relación con la Primera Enmienda, resulta de especial interés la sentencia *Ashcroft v. Iqbal*,[58] que trata sobre la detención de un ciudadano paquistaní tras los atentados del 11-S en Nueva York.

En relación con la Sexta Enmienda de la Constitución cabe destacar, en primer lugar, la Sentencia *Montejo v. Louisiana*,[59] en la que el Tribunal Supremo revoca la doctrina *Jackson*,[60] prohibiendo a partir de este momento a la policía iniciar interrogatorios a los detenidos una vez que éste haya solicitado asistencia letrada; en segundo lugar, la sentencia *Melendez-Diaz v. Massachussets*,[61] en la que se concretan y delimitan los derechos de defensa de los acusados; en tercer lugar, la sentencia *Oregon v. Ice*,[62] en la que se fijan las condiciones para efectuar la averiguación de los hechos en una investigación policial o judicial; y, por último, una serie de sentencias sobre los derechos de los detenidos y el *habeas corpus*, entre las que cabe destacar las sentencias *Vermont v. Brillon*,[63] *Kansas v. Ventris*,[64] y *Porter v. McCollum*.[65]

Sobre la Octava Enmienda destaca la sentencia *Bobby v. Bies*,[66] en la que el Tribunal analiza la prohibición de aplicar la pena de muerte a las personas con discapacidades psíquicas.

En relación con la tutela judicial efectiva y el *due process* existe un amplio número de sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe señalar las siguientes: *Chambers v. United States*; *Van de Kamp v. Goldstein*; *Caperton, v, A.T. Massey Coal Co*; *Puckett v. United States*; *Rivera v. Illinois*; *Corley v. United States*; *Cone v. Bell*; *Shinseki v. Sanders*; *Polar Tankers v. City of Valdez*; *Cuomo v. Clearing House*; *Wong v. Belmonte*; y *Union Pacific Railroad Co. v. Brotherhood of Locomotive Engineers and Trainmen General Committee of Adjustment, Central Region*.[67]

58 *Ashcroft v. Iqbal*, de 18 de mayo de 2009; 556 U.S. (2009); 129 S. Ct. 1937 (2009).

59 *Montejo v. Louisiana*, de 26 de mayo de 2009; 556 U.S. (2009), 129 S. Ct. 2079 (2009). En la doctrina, vid. «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review,* 153 (2009), págs. 182 y ss.

60 *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986).

61 *Melendez-Diaz v. Massachussets*, 557 U.S. (2009), 129 S. Ct. 2527 (2009).

62 *Oregon v. Ice*, de 14 de enero de 2009, 555 U.S. (2009); 129 S. Ct. 711 (2009); en la doctrina, vid. «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review,* op. cit.,, págs. 192-202.

63 *Vermont v. Brillon,* de 9 de marzo de 2009; 556 U.S. (2009).

64 *Kansas v. Ventris*, de 29 de abril de 2009; 556 U.S. (2009).

65 *Porter v. McCollum*, de 30 de noviembre de 2009; 558 U.S. (2009).

66 *Bobby v. Bies*, de 1 de junio de 2009; 556 U.S. (2009).

67 *Chambers v. United States*, de 13 de enero de 2009, 559 U.S. (2009);*Van de Kamp v. Goldstein*, de 26 de enero de 2009, 555 U.S. (2009); *Caperton v. A. T. Massey Coal Co*, de 3 de marzo de 2009, 556 U.S. (2009); *Puckett v. United States*, de 25 de marzo de 2009, 556 U.S. (2009); *Rivera v. Illinois*, de 31 de marzo de 2009, 556 U.S. (2009), 129 S. Ct. 1446 (2009); *Corley v. United States*, de 6 de abril de 2009, 556 U.S. (2009); *Cone v. Bell*, de 28 de abril de 2009, 556 U.S. (2009*); Shinseki v. Sanders*, de 21 de abril de 2009, 556 U.S. (2009); *Polar Tankers v. City of Valdez*, de 1 de abril de 2009, 557 U.S. (2009); *Cuomo v. Clearing House Assn., L. L. C.*, de 28 de abril de 2009, 557 U.S. (2009); *Wong v. Belmonte*, de 16 de noviembre de 2009, 558 U.S. (2009); *Union Pacific Railroad Co. v. Brotherhood of Locomotive Engineers and Trainmen General Committee of Adjustment, Central Region*, de 8 de diciembre de 2009, 558 U. S. (2009)

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En materia de inmigración destacan, por un lado, la sentencia *Flores-Figueroa v. Unites States*, [68] en la que el Tribunal Supremo limita una práctica que en los últimos años ha ido desarrollándose, que consiste en la acusación y condena a inmigrantes ilegales por suplantación de identidad, es decir, por el uso de la identidad de otra persona, y, por otro lado, la sentencia *Negusie v. Holder*,[69] que trata sobre el estatuto de refugiado y las condiciones para solicitar asilo. También resulta de interés la sentencia *Nken v. Holder*.[70]

Finalmente, sobre la interpretación y aplicación de normas específicas para las reservas indias, cabe resaltar las sentencias *Carcieri v. Salazar* y *United States v. Navajo Station*,[71] así como la sentencia *Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs*, en la que el Tribunal Supremo analiza la eficacia y el valor jurídico de las ley por la que se incorpora el territorio de Hawaii a los Estados Unidos.[72]

* * *

TITLE: *Towards a new era in American constitutionalism: the «Obama era». Recent news from USA (2008-2009).*

ABSTRACT: *Throughout 2008 and 2009, the current state of constitutional prospect in the United States has been marked by three major factors: first of all, at political level, by the election of Barack Obama as U.S. president in November 2008, secondly, by the global economic crisis that has greatly affected this country; and finally, at the institutional level, for the renewal of the Supreme Court. Moreover, as a result of this, over that time there have been new legislation and case law in the United States who have a special constitutional impact. In this article we also provide a summary of Supreme Court's leading cases in 2009.*

RESUMEN: *El presente artículo tiene por objeto el análisis de la actualidad constitucional en los Estados Unidos durante 2008 y 2009, actualidad que ha venido marcada por tres importantes factores: en primer lugar, en el plano político, por la elección de Barack Obama como presidente de los Estados Unidos en noviembre de 2008; en segundo lugar, en el plano económico, por la grave crisis económica mundial que ha afectado en gran medida a este país; y, por último, en el ámbito institucional, por la renovación del Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional del Estado. Además, y como consecuencia de lo anterior, a lo largo de ese tiempo se han producido novedades legislativas y jurisprudenciales en los Estados Unidos que han tenido una especial relevancia constitucional. Así, en este trabajo daremos cuenta de las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Supremo en 2009.*

68 *Flores-Figueroa, v. United States*, de 4 de mayo de 2009, 556 U.S. (2009); 129 S. Ct. 1886 (2009). En la doctrina, vid. «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review,* op. cit., págs. 313-322.

69 *Negusie v. Holder*, de 3 de marzo de 2009, 555 U.S. (2009).

7069 *Nken v. Holder*, de 22 de abril de 2009, 556 U.S. (2009).

71 *Carcieri v. Salazar*, de 24 de febrero de 2009, 555 U. S. (2009); *United States v. Navajo Nation*, de 6 de abril de 2009, 556 U. S. (2009).

72 *Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs*, de 31 de marzo de 2009, 556 U. S. (2009); 129 S. Ct. 1436(2009). En la doctrina, vid., «The Supreme Court – Leading Cases», en 123 *Harvard Law Review,* op. cit., págs. 303 a 312.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

KEY WORDS: *American constitutionalism. US Supreme Court. American Government.*

PALABRAS CLAVE: *Constitucionalismo estadounidense. Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Gobierno de los Estados Unidos.*