

## DERECHOS LGBTIQ+ EN ESTADOS UNIDOS: LA NARRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN\*

JUAN MARTIN ALMEJÚN\*\*

**Resumen:** En este trabajo nos enfocaremos en transcribir y traducir los hechos y argumentos que dieron sustento a las sentencias *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* y *Bostock v. Clayton County, Georgia* a los fines de efectuar algunas reflexiones acerca de la narrativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el carácter simbólico de sus decisiones en materia de derechos LGBTIQ+. Además, analizaremos la incidencia de estas sentencias en la lucha del movimiento y evaluaremos en comparativa el cambio de narrativa que ha tenido el tribunal en ambas resoluciones. Finalmente, examinaremos sucintamente las oportunidades políticas y legales actuales y a futuro en la materia.

**Palabras clave:** derechos lgbt — lgbtiq+ — igualdad — no discriminación — libertad

**Abstract:** In this paper, we will focus on transcribing and translating the facts and arguments that sustain the cases *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* and *Bostock v. Clayton County, Georgia* to provide some reflections on the narrative of the United States Supreme Court and their impact in the LGBTIQ+ rights. Also, we will analyze the consequences of the sentences and what they represent for the movement's struggle. Besides, we will see the changes in the Court narrative in each sentence and we will compare them. Finally, the current and future political and legal opportunities in

\* Recepción del original: 09/07/2020. Aceptación: 27/08/2020.

\*\* Abogado graduado de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). Maestrando en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Palermo (UP). Me desempeñé como Ayudante de Segunda en el Departamento de Filosofía de la UBA en la asignatura Teoría General del Derecho y actualmente trabajo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

this subject will be briefly examined.

**Keywords:** lgbt rights — lgbtiq+ — equality — non-discrimination — freedom

## I. INTRODUCCIÓN

El movimiento LGBTIQ+ atraviesa un momento muy particular en diferentes partes del globo. Mientras que en algunos países se dan avances considerables por vía legislativa o judicial en términos de conquistas de derechos y protecciones legales para el colectivo, en otros se evidencia un estado de alerta frente a señales de retroceso.

Este fenómeno no es circunstancial, responde a un proceso de crecimiento en cadena de brotes conservadores que han adquirido con el tiempo capacidad organizativa hasta conquistar democráticamente el poder. Estados Unidos no ha sido ajeno a este fenómeno.

La Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. ha reconocido en el año 2015 el matrimonio entre personas del mismo sexo a través del fallo *Obergefell v. Hodges*, que ha sentado un precedente histórico en términos de igualdad para la comunidad. Sin embargo, tres años después la Corte ha resuelto en junio de 2018 el fallo *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* cuyo contenido desalentó las expectativas existentes en lo que respecta al progreso de políticas para la igualdad en Norteamérica.

Esa sentencia llegó en un contexto alarmante. Desde el cambio de administración, con la asunción de Donald Trump que puso fin a ocho años de gobierno demócrata, la hostilidad hacia la comunidad LGBTIQ+ de Estados Unidos aumentó considerablemente.

En un clima de intolerancia y discriminación a las minorías, habilitado por el presidente electo, se repitieron ataques directos contra la comunidad. A modo de ejemplo podemos mencionar la decisión gubernamental de exigir el casamiento de diplomáticos extranjeros, funcionarios y empleados de las Naciones Unidas con sus parejas del mismo sexo para concederles el visado de ingreso y permanencia al país, lo que —en un mundo donde sólo treinta países reconocen el matrimonio igualitario— representa un enorme problema que sólo puede resolverse mediante el

casamiento –cuando exista la posibilidad en el país de origen– la separación o la renuncia.<sup>1</sup>

En la misma línea, el presidente Trump ha llevado adelante una afrenta contra las personas transgénero. Ha intentado excluirlas de ingresar a las Fuerzas Armadas, decisión que según la Corte Suprema es potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo –se impuso la mayoría conservadora de 5 votos contra 4–, pero que se espera sea analizada en profundidad cuando lleguen las causas judiciales aún en proceso al tribunal superior estadounidense.<sup>2</sup>

En otro episodio de esta guerra declarada por la actual administración, el Departamento de Salud ha solicitado a las dependencias estatales una política clara respecto a la definición del género de las personas desde una perspectiva biologicista, es decir, a través de la determinación de los genitales que el individuo tiene al nacer. Este criterio, abandonado en el gobierno Obama porque hacía peligrar el acceso a planes del gobierno federal de miles de ciudadanos y ciudadanas trans del país, fue derogado judicialmente por un tribunal federal en octubre de 2019.

Para graficar aún más la situación, la Coalición Nacional de Programas Antiviolenencia publicó un escalofriante informe denominado *A crisis of hate* en el cual acreditó que en el 2017 aumentaron considerablemente los asesinatos de personas LGBTIQ+ en los Estados Unidos. Entre los datos reportados se destaca que el 71 % de las víctimas han sido de color, mayoritariamente personas trans, *queer*, bi y hombres gay cisgénero. El 59 % de las víctimas ronda entre los 19 y 35 años y el 53 % de los asesinatos han sido con armas.<sup>3</sup>

Con ese marco de fondo, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió en 2018 el resonante caso de discriminación contra una pareja del mismo sexo de una forma inesperada que ocasionó consternación y preocupación en las filas del movimiento LGBTIQ+, un sentimiento que compartimos.

En las siguientes páginas nos enfocaremos en transcribir y traducir los hechos y argumentos que dieron sustento a la sentencia *Masterpiece*

1. Desde el gobierno alegaron, con el fin de justificar el perjuicio ocasionado, que esa medida buscó adecuar la normativa migratoria al fallo *Obergefell v. Hodges*.

2. Ver New York Times, “Supreme Court Revives Transgender Ban for Military Service”, 22 /01/ 2019.

3. National Coalition of Anti-violence Programs (NCAVP). “A Crisis of Hate: A Report...”.

*Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* a los fines de efectuar algunas reflexiones acerca de la narrativa de la Corte y el carácter simbólico de su decisión. Seguidamente, se procurará indagar si la sentencia representó un revés para la lucha de la comunidad LGBTIQ+ y se evaluará en comparativa el cambio de narrativa que ha tenido el tribunal en el reciente fallo *Bostock v. Clayton County, Georgia* que evidencia un precedente positivo para las conquistas del movimiento social en análisis. Finalmente, esbozaremos algunos comentarios respecto a las oportunidades políticas y legales actuales y a futuro para el colectivo.

## II. MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION

En la sentencia que se dictó por 7 votos a favor y 2 en contra, la Corte Suprema se preguntó si estaban en juego tres valores esenciales protegidos constitucionalmente: la libertad de expresión, la libertad religiosa y la no discriminación por orientación sexual.

Los hechos de la controversia comenzaron en el año 2012 cuando una pareja del mismo sexo visitó la tienda *Masterpiece Cakeshop*, una pastelería en Colorado, para averiguar por una torta para la recepción de su fiesta de casamiento. Para sorpresa de los futuros esposos, el vendedor y dueño del negocio les dijo que no les haría la torta para su boda dado que su religión se oponía al matrimonio entre personas del mismo sexo. En aquél entonces, el matrimonio igualitario no era legal en el Estado de Colorado.

Ante esta situación, la pareja presentó cargos ante la Comisión de Derechos Civiles de Colorado –en adelante, “la Comisión”– alegando discriminación por su orientación sexual, lo que representa una violación a la Ley contra la Discriminación de Colorado –*Colorado Anti-Discrimination Act*, en adelante, “CADA” por sus siglas en inglés–.

Al momento de resolver la cuestión, la Comisión determinó que el accionar de la tienda violaba la ley y falló a favor de la pareja. Los Tribunales del Estado de Colorado confirmaron el fallo y ordenaron su ejecución. Habiendo apelado el pastelero, la causa llegó a la Corte Suprema para que determine si la decisión de la Comisión violó la Constitución estadounidense.

El dueño del comercio, Jack Phillips, ostentaba 24 años de experiencia en su profesión y se reputaba como un devoto cristiano. Para él, realizar una torta para parejas del mismo sexo era equivalente a participar en la

celebración de un acto que es contrario a sus más profundas creencias y desde esa idea elaboró su defensa.

En otro extremo, Charlie Craig y Dave Mullins estaban entusiasmados con la idea de ir un paso más allá en su relación y contraer matrimonio. Como en Colorado aún no era legal la unión para personas del mismo sexo, pensaron casarse en Massachusetts. No obstante, la recepción y fiesta se realizaría en Denver. La pareja recurrió al local *Masterpiece Cakeshop* junto con la madre de Craig y le comentaron a Phillips el evento para el que era destinado el producto, no llegando a entrar en detalles sobre ningún tipo de diseño o forma que buscaban para el pastel, dado que él les informó sin mayores vueltas su postura y les aclaró: “Les haré sus tortas de cumpleaños, del *baby shower*, les venderé galletas y brownies, pero simplemente no realizo tortas para casamientos de personas del mismo sexo”.<sup>4</sup> La pareja se retiró consternada y sin protestar.

Publicada la sentencia de la Corte Suprema, podemos advertir en primer lugar que ha sido el voto del juez Anthony Kennedy el que expresó la opinión mayoritaria del cuerpo. A él se sumaron (en votos concurrentes) los jueces Roberts, Breyer, Alito, Kagan, Gorsuch y Thomas.

Kennedy, que había tenido un rol fundamental para inclinar la balanza a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo en la causa *Obergefell v. Hodges*, concluyó que era pertinente darle la razón a Jack Phillips debido a los motivos que a continuación relataremos.

Para el magistrado, la Ley contra la Discriminación de Colorado carga con la antigua tradición de ese Estado en prohibir la discriminación en espacios públicos.<sup>5</sup> La norma ha sido modificada en 2007 y 2008 a los fines de ampliar la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, estado civil, nacionalidad de origen, discapacidad, credo, color, en el uso y goce de bienes y servicios, facilidades, privilegios, ventajas o instalaciones en lugares de uso público.<sup>6</sup>

4. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Juez Kennedy, p. 4.

5. Técnicamente, el fallo refiere a *public accommodations* que para la ley de los Estados Unidos refiere a instalaciones utilizadas por el público. Son alcanzadas por esta definición las instituciones educativas, clubes recreativos, tiendas comerciales o baños públicos, entre otros. La Ley contra la Discriminación de Colorado las define como “lugar o negocio dedicado a cualquier venta al público y cualquier lugar que ofrezca servicios al público”.

6. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Juez Kennedy, p. 5.

Administrativamente, la Comisión tiene ciertos límites. Si comprueba que un acto violó la CADA, puede imponer ciertos remedios –no indemnizaciones ni penas monetarias– para subsanar la trasgresión realizada y así lo hizo con Phillips quien apeló la decisión.

Dadas las circunstancias, para Kennedy la cuestión radicaba en determinar si se avasalló la libertad de expresión y la libertad religiosa del pastelero, protegidas ambas en la Primera Enmienda de la Constitución, al entender que él estaba obligado a usar sus talentos artísticos para expresar un mensaje con el que no estaba de acuerdo, es decir, el acto en sí y un mensaje de aval a la decisión de celebrar en otro Estado el casamiento. En esa línea, condenarlo a crear tortas para casamientos de parejas del mismo sexo podría también significar una violación al derecho al libre ejercicio de la religión también protegido por la carta magna.

Según su interpretación, las objeciones religiosas y filosóficas al matrimonio gay son perspectivas protegidas y, en algunos casos, formas de expresión que resguarda el texto constitucional. Como había manifestado anteriormente en *Obergefell*, la Primera Enmienda asegura que los ciudadanos puedan enseñar y vivir de acuerdo con las creencias y a su fe. Pero es una regla general que esas objeciones no aplican para los comerciantes o dueños de locales u otros actores de la economía que las esgriman para denegar a las personas protegidas un uso igualitario de los bienes y servicios.<sup>7</sup>

En el caso bajo análisis, para el voto mayoritario las expresiones del pastelero y el ofrecimiento de realizar otros trabajos para los clientes demostraron que él siempre se manejó de una manera neutral y respetuosa en todas las circunstancias. Sin embargo, fue la Comisión la que se mostró hostil dado que uno de los comisionados que sentenció a Phillips argumentó, por ejemplo, que:

[...] La libertad religiosa ha sido utilizada para justificar todo tipo de discriminación a través de la historia, ya sea la esclavitud, el holocausto, o lo que sea. Lo que quiero decir es que podemos listar cientos de situaciones donde la libertad religiosa ha sido utilizada para justificar la discriminación. Y para mí es una de las

7. SCOTUS, “Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission”, voto Juez Kennedy, p.9.

más despreciables piezas retóricas que la gente puede usar: usar su religión para herir a otros.<sup>8</sup>

La grabación de la audiencia pública puso en evidencia que estos dichos no fueron reprochados por los otros miembros de la Comisión, lo que fue interpretado por la Corte como una falta de neutralidad y una muestra de animosidad hacia el actor.

También, para el voto mayoritario, quedó comprobada la hostilidad de la Comisión en tres ocasiones donde la División de Derechos Civiles consideró válida la negativa de otros pasteleros a crear tortas con imágenes que transmitían desaprobación al matrimonio entre personas del mismo sexo junto con textos religiosos. En aquel entonces, la jurisdicción sostuvo que los pasteleros actuaron correctamente porque el pedido tenía un contenido despectivo en sus imágenes y en el lenguaje.

En lo que respecta a la demanda interpuesta por Craig y Mullins, la Comisión falló contra Phillips en parte por la idea que cualquier mensaje que la torta de la boda podría incluir sería un atributo del consumidor y no del pastelero y entendió que la voluntad de vender otros productos era irrelevante.

Al parecer, la cuestión central para Kennedy fue determinar si la Comisión violó el deber del Estado de evitar basar las leyes o regulaciones desde una perspectiva hostil hacia una religión o un punto de vista religioso. Para el juez, la forma en que se resolvió el caso del pastelero no fue respetuoso, tolerante y neutral con sus creencias. Se notó en el fallo de la Comisión una inconsistencia de sus integrantes quienes resolvieron en casos similares utilizando un criterio distinto ante hechos parecidos.

Por último, expresó el magistrado que la disputa debía ser resuelta con tolerancia, sin despreciar, por un lado, las sinceras creencias religiosas, pero con el cuidado de no someter a las personas gay a un trato indigno cuando desean adquirir bienes y servicios en comercios públicos. Por todo ello, la Corte resolvió que la sentencia de la Corte de Apelaciones –que había rechazado la petición del pastelero y concordado con la Comisión– debía ser revertida.

8. SCOTUS, "Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission", voto Juez Kennedy, p.13.

La jueza Ruth Bader Ginsburg votó en las antípodas a la mayoría. Ella fue la voz disidente en esta sentencia junto con Sonia Sotomayor quien adhirió a su voto.

La magistrada sostuvo que la hostilidad que alegó el voto de la mayoría respecto a la forma en la cual se expresó la Comisión no era del todo evidente. Las expresiones de uno o dos miembros del cuerpo no son motivo suficiente para justificar la revocación de la sentencia.

En su voto, estableció un paralelismo entre el caso *Masterpiece Cakeshop* y los otros tres que habían sido sometidos ante la Comisión. Describió que el precedente al que hacen referencia sucedió en 2014 cuando William Jack había visitado tres pastelerías de Colorado con un mismo patrón: solicitar dos tortas con la forma de una biblia abierta e inscripciones de versos bíblicos tales como “Dios odia el pecado”, “la homosexualidad es un pecado detestable”, “Dios ama a los pecadores” y “cuando aún éramos pecadores, Cristo dio la vida por nosotros”. En contraste con él, sostuvo Ginsburg, los novios Craig y Mullins no solicitaron ningún mensaje o elemento distintivo en su torta, solo pidieron eso: una torta, como cualquier otra de las que vendía Phillips.

En los otros casos, los pasteleros no se opusieron a hacer la torta que el hombre solicitaba. Todos ellos podían y habían hecho en otras oportunidades la forma de la biblia o pasteles con signos religiosos. Lo que no admitían eran las frases de intolerancia que se pretendía añadir.

Ante la negativa de los comerciantes, Jack presentó cargos ante la División de Derechos Civiles de Colorado, institución que no encontró razón para coincidir con él, dado que no encontró que se le haya dado un trato desigual negándole bienes o servicios basado en sus creencias religiosas cristianas.

La División advirtió en esa oportunidad que los tres pasteleros habían hecho tortas con símbolos cristianos anteriormente y que su oposición al pedido de Jack era concordante con lo prescripto por la CADA respecto a evitar los actos que mancillen los derechos que ella protege.

Afirmó la jueza que la negativa de los pasteleros a realizar la torta con esas características para Jack o cualquier otro cliente, difícilmente se parecía a la negativa de Phillip a servir a Craig y Mullins. Por el contrario:

Phillips no habría vendido a Craig y Mullins, por ninguna otra razón que su orientación sexual, una torta de las que regularmente vendía

a otros. Cuando una pareja contacta a una pastelería por una torta de casamiento, el producto que están buscando es una torta para celebrar su casamiento –no una torta para celebrar un casamiento heterosexual o un casamiento homosexual– y ese fue el servicio que le fue negado a Craig y a Mullins.<sup>9</sup>

El punto central de su argumento es que no deviene relevante si el pastelero hubiera vendido otros productos a la pareja, como otros jueces de la mayoría alegaron, sino que el *quid* de la cuestión es que Phillips negó a una pareja del mismo sexo los servicios y productos que le hubiera proveído a una pareja heterosexual. En contraste, las otras pastelerías sí vendían a cristianos y no era la razón por la que se negaron a realizar el pedido de Jack.

Ginsburg sostuvo que:

Phillips se negó a hacer la torta que consideraba ofensiva, cuando la ofensividad del producto estaba determinada solamente por la identidad de los clientes que lo solicitaban. Las tres otras pastelerías se negaron a hacer tortas cuando su objeción al producto fue debido al mensaje degradante que el producto solicitado mostraría literalmente.<sup>10</sup>

En conclusión, hay una diferencia diametral: mientras el mensaje de Jack era ofensivo, la torta de Craig y Mullins no lo era. La causa pasó por varias instancias judiciales, por lo que quedarse con la mera expresión de dos miembros de la Comisión no constituía argumento suficiente para deducir que Phillips no violó la CADA.

Para ella, el precedente *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah* –citado en el voto mayoritario– estaba muy alejado de los hechos de este caso porque allí fue la acción del gobierno la que violó un principio de neutralidad religiosa mediante una decisión del propio ayuntamiento, situación que no se acreditó en *Masterpiece*.

9. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Jueza Ginsburg, p. 5.

10. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Jueza Ginsburg, p. 6.

Finaliza Ginsburg diciendo que en respaldo a “[...] la aplicación sensata de la CADA a una negativa a vender cualquier pastel de boda a una pareja gay, se debería confirmar la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Colorado”.<sup>11</sup>

La cuestión fue resuelta por amplia mayoría en apoyo a la negativa discriminatoria de Phillips de vender una torta a una pareja del mismo sexo para celebrar su matrimonio.

### III. BOSTOCK V. CLAYTON COUNTY, GEORGIA

Esta reciente sentencia fue anunciada como el triunfo más importante de los últimos tiempos del movimiento LGBTIQ+ en EE. UU. debido al precedente que fija en materia laboral y de no discriminación.

Mientras que en *Masterpiece* la cuestión de fondo versaba sobre tres valores esenciales protegidos constitucionalmente que son la libertad de expresión, la libertad religiosa y la no discriminación por orientación sexual, en este fallo se analizó específicamente esta última.

En la sentencia, la Corte buscó dar solución a tres controversias con particularidades distintas pero igual derechos de fondo, donde el empleador despidió a su empleado por su orientación sexual:

- 1) Condado de Clayton, Georgia, despidió a Gerald Bostock por conducta “impropia” de un empleado del condado poco después de que empezara a participar en una liga de softball recreativo gay.
- 2) Altitude Express despidió a Donald Zarda días después de que mencionara ser gay.
- 3) R.G. y G.R. Harris *Funeral Homes* despidieron a Aimee Steephens que se presentó como un hombre cuando fue contratada y tiempo después informó a su empleador que planeaba vivir y trabajar a tiempo completo como mujer.

11. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Jueza Ginsburg, p.8.

Cada empleado demandó alegando discriminación sexual bajo el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Dicha norma regula la igualdad de oportunidades de empleo.

Publicada la sentencia, podemos advertir en primer lugar que ha sido el voto del juez Neil Gorsuch el que expresó la opinión mayoritaria del cuerpo (6 votos) contra la disidencia de Alito, Kavanaugh y Thomas (3 votos).

El argumento principal de la mayoría giró en torno al límite del alcance de lo reglamentado en la Ley de Derechos Civiles donde el Congreso prohibió la discriminación laboral con motivo de la religión, color, nacionalidad o sexo del empleado. El sexo, para Gorsuch, juega un rol esencial en la prohibición que se pretendía con la norma, por ello aclara que cuando un empleador despide a su empleado por ser homosexual o transgénero lo hace por rasgos que no habría cuestionado en miembros de otro sexo.<sup>12</sup> Efectuó una distinción respecto al modo de resolución que cada Corte de Apelaciones –distribuidas por circuitos en los Estados Unidos– tuvo en cada uno de los casos que se busca amparar en esta única sentencia y que consideramos no es esencial su análisis a los fines del presente trabajo. Lo que sí es importante destacar es que insiste en que la cuestión nodal radicó en determinar si el enfoque del Título VII protege a las personas homosexuales y transgénero. En ese sentido expresó que:

Esta Corte normalmente interpreta una ley de acuerdo con el significado público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación. Después de todo, sólo las palabras en el papel constituyen la ley adoptada por el Congreso y aprobada por el Presidente. Si los jueces pudiesen añadir, remodelar, actualizar o eliminar de los viejos estatutos los términos inspirados sólo de fuentes extratextuales y de nuestra propia imaginación, nos arriesgaríamos a enmendar los estatutos fuera del proceso legislativo que se halla reservado a los representantes del pueblo.<sup>13</sup>

12. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Gorsuch, p. 2.

13. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Gorsuch, p. 4.

Por lo tanto, el desafío era definir si el concepto de “sexo” determinado en la norma de 1964 podría ser interpretado como marco de protección a la comunidad LGBTIQ+.

Como punto de partida, señaló en el fallo que los empleadores utilizaron una visión biologicista en su defensa, partiendo de la premisa que el sexo hace referencia a la mera distinción biológica entre el hombre y la mujer. Su preocupación radicaba en el hecho que la ley era incompleta para poder tomar una determinación que no demande una práctica interpretativa, porque el Congreso no realizó aclaraciones suficientes en la Ley de Derechos Civiles de 1991 que rige los derechos laborales. Sin embargo, nada hace presagiar que en aquel entonces se haya avanzado en una dirección opuesta a la de evitar la discriminación.

En este juego de normas, el voto mayoritario se inclinó por el análisis del estándar más tradicional. Para ellos, la ley responsabiliza a los empleadores cuando hay negativa a contratar, despido u otras maneras de discriminación por sexo<sup>14</sup> y analizó lo que estimaron podía referirse a los alcances de la palabra discriminación en ese entonces. Para ello, Gorsuch echa luz sobre la mirada que tendrá el voto al respecto:

Del significado público ordinario del lenguaje de la norma en el momento de la adopción de la ley, surge una regla sencilla: un empleador viola el Título VII cuando despidе intencionalmente a un empleado individual basado en parte en el sexo. No importa si otros factores además del sexo del demandante contribuyeron a la decisión. Y no importa si el empleador trató a las mujeres como grupo de la misma manera que a los hombres como grupo. Si el empleador se basa intencionalmente en el sexo de un empleado individual cuando decide despedirlo, pero de manera diferente, si el cambio de sexo del empleado hubiera dado lugar a una elección diferente por parte del empleador, se ha producido una violación de la ley. El mensaje del Título VII es ‘simple pero trascendental’: el sexo de un empleado individual ‘no es relevante para la selección, evaluación o compensación de los empleados’ [...] El mensaje de la ley para nuestros casos es igualmente simple y trascendental: la homosexualidad o la condición de transexualidad de un individuo no es

14. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 7.

relevante para las decisiones de empleo. Eso es porque es imposible discriminar a una persona por ser homosexual o transexual sin discriminarla por su sexo.<sup>15</sup>

La cuestión si el individuo es homosexual o transgénero es simple y trascendental para la Corte porque entiende que ambos son rasgos ligados al sexo de forma intrínseca, pero, como dice Gorsuch:

No porque la homosexualidad o el estatus transgénero estén relacionados con el sexo en algún sentido vago o porque la discriminación por estos motivos tenga algún impacto dispar en un sexo u otro, sino porque discriminar por estos motivos requiere que el empleador trate intencionalmente de forma diferente a cada empleado por su sexo.<sup>16</sup>

Cuando el empleador despide a una persona por ser homosexual o trans hay dos elementos que pueden estar influyendo y son: 1. el sexo por el que el individuo es atraído o 2. el sexo con el que el individuo se identifica. Distinciones que al Título VII parecen no interesarle al momento de atribuir responsabilidad al empleador. El punto es que, para la Corte, la discriminación basada en el sexo viola el Título VII, aunque sea justificado con el fin de discriminar a los empleados homosexuales o transexuales. No se puede escapar de su responsabilidad: por más que el sexo sea esgrimido como una causa, la toma de decisión es esencialmente por una cuestión del sexo del individuo.<sup>17</sup>

Así y todo, los empleadores buscaron escudar su accionar con el argumento que la discriminación intencional contra los empleados basada en su homosexualidad o condición de transgénero no se enmarcaba en los alcances de la responsabilidad que fija el Título VII, alegando que la discriminación por homosexualidad o transgénero estaba escindida de la discriminación por sexo, razón que fue rechazada de plano por el tribunal.

15. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Gorsuch, p. 9.

16. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Gorsuch, p. 10.

17. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Gorsuch, p. 9.

Un empleado que discrimina a una persona homosexual o transgénero necesariamente e intencionalmente aplica reglas basadas en el sexo.<sup>18</sup> La mayoría señaló algo que es importante destacar:

Estamos de acuerdo en que la homosexualidad y el estatus de transsexualidad son conceptos distintos del sexo. Pero, como hemos visto, la discriminación basada en la homosexualidad o el estatus transgénero implica necesariamente la discriminación basada en el sexo; la primera no puede ocurrir sin la segunda.<sup>19</sup>

Es interesante el ejercicio de interpretación que realizó la Corte de manera cautelosa respecto a los alcances de la norma y lo que podría significar en el actual contexto, por lo que concluyó que, a la luz del caso que se presenta, la protección alcanza a los sujetos despedidos. Un empleador que despide a un individuo simplemente por ser gay o transexual desafía la ley.

En consecuencia, lo sentenciado por el Segundo y Sexto Circuito en No. 17-1623 y 18-107 se confirmó, mientras que la sentencia del Undécimo Circuito en el No. 17-1618 fue revertida.

El juez Samuel Alito votó en disidencia, y a él se sumó el juez Thomas. El argumento por ellos sostenido fue que la Corte estaba legislando al establecer los alcances del Título VII en tanto ni la orientación sexual ni la identidad de género aparecían contenidas en el texto legal, ni tampoco han sido introducidas en las posteriores reformas. Por ende, lo que se está haciendo en esta sentencia es usurpar la autoridad constitucional de otros poderes.<sup>20</sup>

Para el juez, la distinción que se hacía en 1964 con el criterio “por razones de sexo” era clara en sentido que refería a las características anatómicas entre el hombre y la mujer al momento de nacer y nada tenían que ver con el estatus transgénero o la orientación sexual<sup>21</sup> por lo que expresa:

[...] Debería quedar perfectamente claro que el Título VII no alcanza a la discriminación debido a la orientación sexual o la identidad

18. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 17.

19. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 19.

20. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 3.

21. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 4.

de género. Si 'sexo' en el Título VII significa biológicamente hombre o mujer, entonces la discriminación por sexo significa discriminación porque la persona en cuestión es biológicamente masculina o biológicamente femenina, no porque esa persona sea sexualmente atraída por miembros del mismo sexo o se identifica como miembro de un género particular.<sup>22</sup>

Para Alito, la discriminación por orientación sexual o identidad de género no implica intrínsecamente discriminación por razón de sexo. Bajo esta premisa, entiende que un empleador podría tener la política de no contratar gays, lesbianas o personas transgénero sin necesariamente saber el sexo biológico de los postulantes al cargo laboral. Disiente con la idea de que la orientación sexual y la identidad de género están ligadas al concepto de sexo.

Atacó la interpretación mayoritaria del Título VII porque entiende que la Corte hace una distinción entre las cosas que están "intrínsecamente" relacionadas con el "sexo" y las que están relacionadas en "algún sentido vago"<sup>23</sup> y por ello enfatizó:

Al proclamar que la orientación sexual y la identidad de género 'no son relevantes para las decisiones de empleo', la Corte actualiza el Título VII para reflejar lo que considera como valores del año 2020.<sup>24</sup>

Para él, hasta tanto el Título VII no sea modificado, es válido que un empleador no contrate gays, lesbianas o personas trans. La Corte lo que hace es forzar las etiquetas y la interpretación.

Si bien, la Corte esboza que el término "sexo" no se entendió en 1964 solo para referirse a las categorías de hombre y mujer, la definición de los diccionarios de la época era netamente biologicista y binaria, por lo que nada parece indicar que el Título VII haya tenido un alcance distinto al que estos aportaban. Por ello se pregunta si el americano promedio en aquella

22. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Alito, p. 5.

23. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Alito, p. 14.

24. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Alito, p. 14.

época habría pensado de manera distinta a la que él argumenta y expresó que:

La respuesta no podría ser más clara. En 1964, los estadounidenses comunes que leían el texto del Título VII no habrían soñado que la discriminación por sexo significaba discriminación por orientación sexual, mucho menos por identidad de género. El significado ordinario de la discriminación por ‘sexo’ fue la discriminación por el sexo biológico de una persona, no por la orientación sexual o identidad de género. La posibilidad de que la idea de discriminación por cualquiera de estos motivos podría encajar en alguna comprensión exótica de la discriminación sexual no cruzó por sus mentes. En 1964, el concepto de prohibir la discriminación ‘por razón de sexo’ no era una novedad. Era un concepto familiar y bien entendido, y lo que significaba era la igualdad de trato entre hombres y mujeres.<sup>25</sup>

En otra línea argumental, Alito enunció interesantemente, que no se puede obviar que para 1964 la sociedad consideraba a la homosexualidad como un trastorno mental y que la conducta homosexual era moralmente reprochable y digna de castigo. En términos médicos, el DSM-I de la Asociación Psiquiátrica Americana trataba a la homosexualidad como un desorden mental y fue recién en 1973 que cambió ese criterio.<sup>26</sup> El comportamiento de la sociedad iba en sintonía con esa lógica y el trato hacia la homosexualidad era condenatorio: por ejemplo, en algunos Estados se les prohibía ejercer como maestros u otras profesiones laborales. También fueron prohibidos del ejército hasta el año 2010. El sexo y la orientación eran vistos como cosas muy distintas y, aunque la sociedad comprenda hoy que fue injusto el trato brindado a estos individuos, sostiene que no es función de la Corte actualizar el alcance del Título VII<sup>27</sup> por lo que debe aplicarse la definición con la que la ley fue originalmente promulgada.

Por ello añade que:

25. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 25.

26. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 32.

27. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 32.

Se dice que el término ‘transexual’ se acuñó ‘a principios del decenio de 1970’ y el término ‘identidad de género’, que ahora se entiende como ‘un sentido interno de ser hombre, mujer u otra cosa’, aparentemente apareció por primera vez en un artículo académico en 1964.<sup>28</sup>

Una de las más grandes advertencias que hizo Alito refiere al impacto que tendrá un fallo de estas magnitudes y considera irresponsable que la Corte se rehúse a tratar los efectos que provocará esta decisión y por ello afirmó:

Antes de emitir la decisión radical de hoy, el Tribunal debería haber pensado adónde llevaría su decisión. Como se ha advertido en el informe de estos casos, la posición que el Tribunal adopte ahora amenazaría la libertad religiosa, la libertad de expresión, la privacidad y la seguridad personal. Nadie debe pensar que la decisión de la Corte representa una victoria absoluta para la libertad individual.<sup>29</sup>

Posteriormente enumeró algunos escenarios que podrían producirse y que estima son cuestiones a tener en consideración:

*Baños, vestuarios:* donde mucha gente es reticente a utilizar los sanitarios en presencia de individuos que consideran miembros del sexo opuesto, y las personas trans podrían alegar derecho a usar el baño reservado para personas del sexo con el que se identifican. Y aún más, también podría ser un pretexto para su uso por personas definidas de “*genero fluido*” indistintamente.

*Deportes Femeninos:* por el razonamiento de la Corte, las mujeres podrían verse forzadas a tener que competir con mujeres trans que tienen biológicamente mayores beneficios como la fuerza de un hombre.

*Hospedaje:* la decisión de la Corte puede llevar a casos del Título IX contra cualquier universidad que se resista a asignar estudiantes de sexo biológico opuesto como compañeros de habitación.

*Empleo por entidades religiosas:* las entidades cristianas, musulmanas o judías podrían verse obligadas a contratar personas cuya conducta no se ajusta a los principios de su fe, como homosexuales o personas transgénero.

28. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Alito, p. 34.

29. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Alito, p. 45.

*Servicios médicos:* empleados transgénero han presentado una demanda en virtud del Título VII para impugnar los planes de seguro médico proporcionados por el empleador que no cubren costosa cirugía de reasignación de sexo. Lo que lleva también a un problema de libertad religiosa porque muchos empleados de la salud tienen fuertes objeciones sobre la reasignación de sexo.

*Libertad de expresión:* la decisión del Tribunal puede incluso afectar la forma en que los empleadores se dirigen a sus empleados y la forma en que los profesores y los funcionarios de las escuelas se dirigen a los estudiantes. Y agrega:

La decisión de la Corte también puede presionar a los empleadores para que supriman las declaraciones de los empleados que expresen su desaprobación de las relaciones entre personas del mismo sexo y el procedimiento de reasignación de sexo.<sup>30</sup>

Para el Juez, la decisión es solamente la punta del iceberg y eso queda evidenciado en la cantidad de casos pendientes que están tramitando en tribunales inferiores por impugnación de diversas leyes por parte del colectivo LGBTIQ+, en especial relativas a personas trans.

Por último, nos queda analizar el voto del juez Brett Kavanaugh que también centró su fundamentación en los alcances interpretativos que puede realizar la Corte en relación al Título VII. Sostuvo que, debido a la separación de poderes, la responsabilidad de modificarlo le corresponde al Congreso y al presidente en el marco de un proceso legislativo y no a la Corte.<sup>31</sup> Comenzó señalando que:

Los argumentos de política para enmendar el Título VII son muy importantes. La Corte ha declarado previamente, y estoy totalmente de acuerdo, que los gays y lesbianas americanos ‘no pueden ser tratados como parias sociales o como inferiores en dignidad y valor’, conforme el fallo *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n*, 584 U. S.<sup>32</sup>

30. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 52.

31. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Kavanaugh, p. 2.

32. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Kavanaugh, p. 2.

Pero los jueces no son miembros del Congreso y el Título VII no prohíbe la discriminación por orientación sexual. Es claro al referirse a la discriminación por “*raza, color, religión, sexo u origen nacional*” pero, por ejemplo, nada dice contra la discriminación por edad, por discapacidad u orientación sexual, y nada ha dicho el legislador tampoco al respecto. Por ello sostiene que:

Frente a los infructuosos esfuerzos legislativos (hasta ahora) para prohibir la discriminación por orientación sexual, los jueces no pueden reescribir la ley simplemente por sus propias opiniones políticas. Los jueces no pueden actualizar la ley simplemente porque piensen que el Congreso no tiene los votos o la fortaleza. Los jueces no pueden modificar la ley de manera predictiva sólo porque crean que el Congreso probablemente lo hará pronto de todos modos. Si los jueces pudieran reescribir las leyes sobre la base de sus propias opiniones en materia de políticas o de sus propias evaluaciones de las posibles medidas legislativas futuras, se derrumbaría la distinción crítica entre la autoridad legislativa y la autoridad judicial que sustenta la separación de poderes de la Constitución, amenazando así el estado de derecho imparcial y la libertad individual.<sup>33</sup>

Numerosas Cámaras de Apelaciones han fallado en contra de la idea que el Título VII refiere a discriminación por orientación sexual por el simple hecho que los jueces no pueden interpretar la ley más allá de lo que está escrito.

La Corte debe seguir el significado común que se le asigna a las palabras, por ello el significado ordinario con el que se cuenta es el significado público ordinario que se utilizó al momento de la promulgación de la ley, aunque en este caso, ese principio temporal importa poco porque el significado ordinario de “discriminar por razón de sexo” era el mismo en 1964 que ahora.<sup>34</sup> Y expresó:

Los jueces adhieren al significado ordinario por dos razones principales: el estado de derecho y la responsabilidad democrática. Una

33. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 4.

34. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 6.

sociedad gobernada por el estado de derecho debe tener leyes que sean conocidas y comprensibles por la ciudadanía. Y la adhesión judicial al significado ordinario facilita la responsabilidad democrática de los representantes electos de América por las leyes que promulgan. Los ciudadanos y los legisladores deben ser capaces de conocer la ley leyendo sus palabras. Tanto el estado de derecho y la responsabilidad democrática sufren mucho cuando un tribunal adopta una interpretación oculta u oscura de la ley, y no su significado ordinario.<sup>35</sup>

Para Kavanaugh la opinión mayoritaria realizó un ejercicio de tomar palabras por separado, unir las mecánicamente y darle una forma que sólo sirve a los efectos de lo que pretende defender. Y agregó que Bostock y Zarda fueron despedidos por ser gay, no porque eran hombres. El Juez entendió que “pensar que la discriminación por orientación sexual es sólo una forma de discriminación sexual no es sólo un error de lenguaje y psicología, sino también un error de historia y sociología”.<sup>36</sup>

Realizó un análisis de las diferentes maneras en que los poderes del Estado han comprendido la extensión de la palabra y resaltó que:

En resumen, todos los indicadores habituales del significado ordinario —el lenguaje común, el uso común por el Congreso, la práctica del Poder Ejecutivo, las leyes de los Estados y las decisiones de este Tribunal— establecen de manera abrumadora que la discriminación por orientación sexual es distinta y no una forma de discriminación sexual. El uso ha sido consistente a lo largo de décadas, tanto en el contexto federal como en el estatal.<sup>37</sup>

El Título VII no refiere a garantía alguna en el espacio de trabajo, y el voto de la mayoría comete el error de confundir el significado ordinario de la palabra con la definición subjetiva que quieren darle. Este caso se trata de discriminación por orientación sexual, no por sexo. Para él, el encuadre

35. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 7.

36. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 13.

37. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 21.

es erróneo y la Corte busca imponer su punto de vista de manera arbitraria, por lo que sentencia:

Pero cuando esta Corte usurpa el papel del Congreso, como lo hace hoy en día, el público se confunde comprensiblemente acerca de quiénes son realmente los políticos en nuestro sistema de poderes separados, e inevitablemente se vuelve cínico acerca de la aspiración a menudo repetida de que los jueces basen sus decisiones en la ley en lugar de sus preferencias personales. La mejor manera que tienen los jueces de demostrar que estamos decidiendo casos basados en el significado ordinario de la ley es transitar ese camino, incluso en los casos difíciles cuando podríamos preferir un resultado político diferente. Al reescribir judicialmente el Título VII, el Tribunal hoy en día interviene en un proceso legislativo en curso, en un momento en el que una nueva ley para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual estaba probablemente al alcance de la mano.<sup>38</sup>

Y finaliza señalando que este avance del judicial traerá consecuencias a futuro de forma impredecible, que han avanzado con sus argumentos y que:

En lugar de una victoria duramente ganada a través del proceso democrático, la victoria de hoy se debe a que los jueces de los tribunales se aferran a una forma novedosa de literalidad viva para reescribir el significado ordinario y rehacer la ley americana.<sup>39</sup>

En consecuencia, la Corte es el órgano equivocado para cambiar la ley americana de esa manera.

#### IV. COMENTARIOS A LOS FALLOS Y ANÁLISIS DEL CONTEXTO ACTUAL

La narrativa de la Corte ha sido errática. Mientras que parecía un hecho que se habían asumido ciertos compromisos interpretativos en *Obergefell*

38. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Kavanaugh, p. 26.

39. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Kavanaugh, p. 27.

y dio respuesta a un reclamo de radical importancia en el camino hacia un horizonte con niveles más amplios de ejercicio de las libertades, en condiciones de igualdad,<sup>40</sup> esos compromisos que parecían determinantes a la hora de delimitar el significado de la ley y lo que ella significa para el Tribunal,<sup>41</sup> cambiaron drásticamente con el giro que ofreció el fallo *Masterpiece* que puso en cuestionamiento una esperanza que volvió a encenderse en *Bostock*.

A la luz de los recientes acontecimientos, hay quienes abogan ideas referidas a que *Masterpiece* reafirmó que la hostilidad hacia la religión es reprochable y que constituye una pauta esencial para la resolución de casos futuros y una pausa para recuperar la tolerancia.<sup>42</sup> Si bien es cierto que el derecho no sólo encuentra su contenido en las palabras de la Corte, las relatadas situaciones respecto a los actos de gobierno que está presenciando la ciudadanía estadounidense, así como la resistencia de los sectores conservadores en actitudes como la encarnada por Phillips sugieren un contexto preocupante para el cambio social<sup>43</sup> que no puede ser leído de manera ingenua.

La resolución del máximo órgano constitucional no resulta del todo convincente en sus argumentos ni ahonda en apreciaciones valiosas respecto a la protección del colectivo LGBTIQ+ y la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas.

La mayoría en *Masterpiece*, representada en la voz del Juez Kennedy, no ha profundizado siquiera acerca de lo que ellos consideran como valores en juego. Sorprendentemente, los argumentos esgrimidos han sido más formalistas que sustantivos, en una Corte que venía de *Obergefell* donde dio magistrales muestras interpretativas.

Desde ya que a esta altura no es necesario aclarar que ha sido preocupante en *Masterpiece* la pasividad con la que el órgano judicial se expidió ante una violación al derecho de igualdad y acceso a bienes y servicios por parte de las parejas del mismo sexo.

Consideramos que, como se puede inferir en las palabras de la Jueza Ginsburg, lo neurálgico aquí era desentrañar que el pastelero estaba discriminando con su negativa a dos ciudadanos estadounidenses por su orientación sexual y no por el producto que reclamaban. El no entender esto así

40. FERNÁNDEZ VALLE, "A propósito del matrimonio igualitario en ..." p. 12.

41. COVER, "Nomos y Narración".

42. CALDERONE, "Mucho más que pasteles: *Masterpiece Cakeshop*..." p. 35.

43. MINOW, "Derecho y cambio social", p. 6.

y fallar como lo hizo el voto mayoritario sin considerar –aparentemente– criterios de oportunidad y conveniencia ha sido de una enorme irresponsabilidad dado que puso en peligro la protección de sectores desaventajados como lo son las minorías sexuales.

Pero, por otro lado, leído a la luz de *Bostock*, pareciera haber una tímida voluntad reivindicativa que aún sigue siendo poco contundente, aunque mucho más efectiva al momento de mejorar realidad concreta que vive el colectivo LGBTIQ+ en los Estados Unidos.

Es sensato –aunque sobredimensionado– lo expresado por el Juez Alito al hacer hincapié en la omisión que realiza la Corte acerca de las consecuencias que tendrá el fallo. Y he aquí un punto inconcluso que sigue permitiendo que la senda por la que se transita la conquista de derechos sea irregular e impredecible. No obstante, no podemos negar la trascendencia que reviste que la Corte declare que si un empleador despidió a alguien por ser homosexual o transgénero está discriminándolo y en consecuencia contrariando la ley.

*Bostock* es útil a los fines del movimiento, pese a que no termina de saldar –como expresa el Juez Kavanaugh– una explicación convincente en la interpretación que se le ofrece a la palabra “sexo” en normas esenciales como la Ley de Derechos Civiles.

Lo que está claro, es que esta no será la última batalla para el colectivo LGBTIQ+. Así lo pone de manifiesto el Juez Gorsuch al decir que:

Por otra parte, los empleadores temen que cumplir con el requisito del Título VII en casos como el nuestro pueda requerir que algunos empleadores violen sus convicciones religiosas. También estamos profundamente preocupados por preservar la promesa del libre ejercicio de la religión consagrada en nuestra Constitución; esa garantía está en el corazón de nuestra sociedad pluralista. Pero las preocupaciones sobre cómo el Título VII puede interceptar las libertades religiosas no son nada nuevas; incluso son anteriores a la aprobación del estatuto. Como resultado de sus deliberaciones en la adopción de la ley.<sup>44</sup>

44. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 32.

Y agrega:

Pero cómo estas doctrinas que protegen la libertad religiosa interactúan con el Título VII son cuestiones para casos futuros también [...] Así que mientras que otros empleadores en otros casos pueden plantear argumentos de libre ejercicio que merecen una cuidadosa consideración, ninguno de los empleadores ante nosotros hoy representa en esta Corte que el cumplimiento del Título VII infringirá sus propias libertades religiosas de ninguna manera.<sup>45</sup>

En el juego de la democracia los actores van recurriendo a las diferentes instancias que las instituciones les proveen a los fines de alcanzar sus objetivos y resguardar sus opiniones y convicciones. En ese esquema, *Masterpiece* no es un caso aislado y sus consecuencias fueron inmediatas. Por ejemplo, a causa de esta resolución, la Corte Suprema de Washington se ha visto compelida a revertir la sentencia dictada contra la florista Barronelle Stutzman –dueña del local Arlene’s Flowers en Richland– quien había sido condenada por negarse, argumentando motivos religiosos, a realizar arreglos florales para la boda de su amigo Rob Ingersoll –el demandante– que se iba a casar con su pareja del mismo sexo.

Esto es preocupante porque la línea trazada por la Corte dejó muchos interrogantes abiertos respecto a los alcances interpretativos y los límites a la libertad religiosa, la difusa frontera entre las íntimas convicciones y la discriminación. No es que la Corte no se haya expedido previamente sobre estos tópicos, sino que inauguró un nuevo capítulo institucional que genera expectativa acerca de los posibles desplazamientos de sentido que hará a futuro.

## V. OPORTUNIDADES POLÍTICAS Y LEGALES

Todos los componentes mencionados precedentemente han reimpulsado la movilización y accionar de los movimientos LGBTIQ+ estadounidenses que se habían anotado un triunfo tras años de lucha al haber logrado

45. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 32-33.

que las máximas autoridades encargadas de declarar el contenido y alcance del derecho constitucional en el país integren a su estructura una figura como el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>46</sup> No obstante, *Masterpiece* por un lado y *Bostock* por otro pone en juego el grado de autoridad y representatividad de estos movimientos y los obliga a redefinir su agenda de cara a las disputas que vendrán.

Si la estrategia del movimiento es continuar por la vía de la judicialización, será necesario emular la jugada desarrollada para el matrimonio igualitario, donde los movimientos LGBTIQ+ esgrimieron sus argumentos y defensas como una auténtica expresión de valores públicos, reivindicando los principios centrales de la tradición constitucional de Estados Unidos<sup>47</sup> convenciendo que la legalización era la vía correcta para que los ciudadanos y ciudadanas alcanzadas puedan vivir bajo reglas que reflejen la igualdad que predica la Constitución. No obstante, entendemos que frente al confuso indicador de enfriamiento o paralización de la batalla en los tribunales que mostró *Masterpiece* y el impulso de *Bostock* la estrategia judicial deviene demasiado riesgosa.

Si se analiza este precedente desde la óptica de la oportunidad legal, considerando la forma de interacción del movimiento con las cortes, así como las reglas de acceso a éstas y la receptividad de sus reclamos en los tribunales,<sup>48</sup> es evidente que, por la elaboración argumentativa, analítica y filosófica que la Corte desarrolló en ambos casos, se debilitó su predisposición a resolver de manera categórica los reclamos de protección de la comunidad LGBTIQ+.

Si bien expresa Ruibal que "[...] cuando el proceso político se encuentra bloqueado a los reclamos de un movimiento, es esperable que el movimiento o un sector del mismo reoriente sus estrategias hacia otras vías institucionales, en particular las cortes de justicia, especialmente si la oportunidad legal es favorable".<sup>49</sup> En los casos en análisis, pese al distinto resultado, se intuye que la vía judicial no parece ser en este momento la estrategia institucional más apropiada para preservar los derechos adquiridos y profundizar las conquistas que aún están pendientes para el colectivo.

46. SIEGEL, "El rol de los movimientos sociales...", p. 17.

47. SIEGEL, "El rol de los movimientos sociales...", p. 20.

48. RUIBAL, "Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para...", p. 190.

49. RUIBAL, "Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para...", p. 192.

Aunque el fallo *Bostock* descoloca la narrativa de *Masterpiece* que nos permitía inferir que la Corte Suprema de los Estados Unidos no sería un ámbito favorable para la agenda LGBTIQ+, sus conclusiones no son suficientes para poder afirmar que exista allí una oportunidad legal favorable. Para sostener esta afirmación podemos poner a modo de ejemplo ciertos hechos que merecen ser meritutados:

- 1) Los nuevos miembros que han sido incorporados a la Corte no provienen justamente de espacios políticos, sociales o intelectuales progresistas. Y, si bien fue el juez conservador Neil Gorsuch quien redactó el voto mayoritario en *Bostock*, no se puede negar su tendencia ideológica. Tanto él como el recientemente nombrado juez Brett Kavanaugh, han sido designados por la actual administración.<sup>50</sup>
- 2) Otro dato de la coyuntura es que la jueza Ginsburg ha experimentado problemas de salud que hacen presagiar que a sus 87 años puede estar próxima a retirarse como lo hizo Kennedy, aunque ella confirmó que piensa hacerlo recién cuando cumpla 90.
- 3) De confirmarse esto, y de ser reelecto el presidente Trump quedaría habilitado para nombrar a otro integrante de la Corte Suprema y aumentar la tendencia conservadora.

La lógica del juego democrático ha demostrado que cuando algunos movimientos sociales logran avances, éstos impulsan a los contendientes quienes toman más fuerza. De seguir renovándose la Corte y por el signo ideológico que revisten sus representantes es posible que comience a dar signos en la búsqueda de legitimidad institucional<sup>51</sup> frente a los movimientos conservadores a los que representan. Esta búsqueda no presagia nada positivo para los movimientos LGBTIQ+.

50. Este último al momento de contestar al interrogante acerca de su opinión respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, en la audiencia pública de confirmación, se limitó a dar evasivas y contestar de manera ambigua que él simplemente aplicaba las normas. Ver YouTube, “Booker questions Kavanaugh about gay marriage”, 06/09/2018.

51. RUIBAL, “Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para...” p. 193.

## VI. CONCLUSIONES

Es un hecho que, en los momentos históricos donde el sistema político no logra dar respuestas a los reclamos de ciertos sectores de la sociedad que bregan por el reconocimiento de derechos constitucionales, es deseable acudir a la Corte.<sup>52</sup> En los Estados Unidos, luego de un impasse político se está dando un proceso inverso, en tanto, los resultados de las pasadas elecciones de medio término han sido alentadores para imaginar a legisladores y funcionarios gubernamentales definiendo políticas públicas alineadas con la agenda LGBTIQ+. Por su parte, habrá que esperar los resultados electorales de este año para poder, por ejemplo, proyectar que se den disputas en el ámbito legislativo como la ampliación y cambios reclamados por la disidencia en el Título VII.

El proceso electoral que se produjo en 2018, que fue denominado por los movimientos LGBTIQ+ y diferentes medios de comunicación como la "*Rainbow Wave*",<sup>53</sup> tuvo como resultado el acceso de 151 candidatos LGBTIQ+ a cargos políticos electivos. Entre ellos, el más renombrado ha sido Jared Polis quien fue electo gobernador de Colorado y es el primer hombre abiertamente gay en ocupar ese cargo en el país. Estos datos alentadores, necesitan ser reforzados en las próximas elecciones.

Desde ya que no puede pensarse que estos cambios son casuales. Los movimientos sociales, como expresa Tilly: "tienen historias acumulativas, explicables, que surgen a partir de limitaciones durables de la interacción, y que modifican de manera creciente las distribuciones de recursos, las acumulaciones de ventajas o desventajas, las alteraciones de entendimientos compartidos y las entradas y salidas de los actores".<sup>54</sup>

El movimiento LGBTIQ+ de los Estados Unidos experimenta esta renovación fruto de décadas de lucha y movilización, así como con una vibrante sociedad civil que se organiza en la defensa de los derechos e intereses del colectivo. No será tampoco un componente inocuo en el resultado el fenómeno denominado *Black Lives Matter* que pone a las minorías en el centro de la arena política y que podrá también catapultar las reivindicaciones del movimiento.

52. RODRIGUEZ GARAVITO, "Cortes y Cambio Social: como la...", p. 17.

53. Ver New York Times, "'Rainbow Wave,' L.G.B.T. Candidates Are Elected...", 7/11/2018

54. TILLY, "Los movimientos sociales como agrupaciones históricamente...", p. 4.

Pese a haber quedado el Senado con mayoría republicana, el triunfo demócrata en la cámara de Diputados y las nuevas figuras de la comunidad en el Congreso, abren una oportunidad para lograr por vía legislativa mejores condiciones para las minorías sexuales de EE. UU.

Esperamos con ansias que el movimiento LGBTIQ+ estadounidense se encuentre organizado para representar un reto público al poder institucional conservador y logre retomar con más fuerza, luego de esta última sentencia, la lucha por la igualdad en los nuevos escenarios y contiendas que se avizoran en este mundo que es cada vez más complejo.

## BIBLIOGRAFÍA

- CALDERONE, Sofía, “Mucho más que pasteles: Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission (2018) y el debate sobre la libertad religiosa en los Estados Unidos de América”, en *Revista RYD República y Derecho*, 2020, Vol. V.
- COVER, Robert, “Nomos y Narración”, en *Derecho, narración y violencia: Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Gedisa, 2002, Barcelona.
- FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, “A propósito del matrimonio igualitario en Estados Unidos: comentario al fallo Obergefell v. Hodges”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2015, n.º VI.
- MINOW, Martha, “Derecho y cambio social”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2000, n.º 1, pp. 1-14. URL: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n5N1-2000/051Juridica01.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica01.pdf).
- National Coalition Of Anti-violence Programs (NCAVP), “A Crisis of Hate: A Report on Homicides Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People: Emily Waters, Larissa Pham, Chelsea Convery”, 2018. URL: <https://avp.org/a-crisis-of-hate-january/>.
- New York Times, “‘Rainbow Wave,’ L.G.B.T. Candidates Are Elected in Record Numbers”, CARON, Christina, URL: <https://www.nytimes.com/2018/11/07/us/politics/lgbt-election-winners-midterms.html>.
- , “Supreme Court Revives Transgender Ban for Military Service” LIP-TAK, Adam, 22/01/2019, URL: <https://www.nytimes.com/2019/01/22/us/politics/transgender-ban-military-supreme-court.html>.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forjado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010, Bogotá.
- RUIBAL, Alba, “Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para su análisis en América Latina”, en *Política y gobierno*, 2015, Vol. XXII, n.º 1, pp.175-198. URL: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-20372015000100006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372015000100006&lng=es&tlng=es).
- SIEGEL, Reva, “El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, en *SELA*, Universidad de Palermo, 2002, Buenos Aires.
- Supreme Court of The United States, “Altitude Express, Inc. v. Melissa Zarda and William Allen Moore, Jr.”, 15/06/2020.
- , “Gerald Lynn Bostock v. Clayton County, Georgia”, 15/06/2020.
- , “Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission”, 04/06/2018. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111\\_j4el.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf), consultado 9/7/2020.
- , “Obergefell v. Hodges”, 26/06/2015. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), consultado el 9/7/2020.
- , “R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. Equal employment opportunity commission”, 15/06/2020. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf), consultado el 9/7/2020.
- TILLY, Charles, “Los movimientos sociales como agrupaciones históricamente específicas de actuaciones políticas”, en *Revista del Departamento de Sociología, Universidad Autónoma Metropolitana*, 1995, Vol. 10, n.º 28, México.
- YouTube, “Booker questions Kavanaugh about gay marriage”, Associated Press, URL: <https://www.youtube.com/watch?v=ZOojGsS6vbY>