

# El éxito de la lucha contra la discriminación por orientación sexual, identidad de género y transexualidad

## UN FALLO HISTÓRICO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. EL CASO “BOSTOCK”

Juan Antonio Travieso (\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La Ley de Derechos Civiles de 1964.— III. El caso.— IV. Conclusiones.

### I. Introducción

Para explicar estos tres casos nada mejor que empezar por la actualidad del título, que refleja dos conceptos: éxito (1) y fallo histórico en la historia de la discriminación de los Estados Unidos de América.

El tema que tratamos es, por tanto, poner fin a la discriminación por orientación sexual, identidad de género y transexualidad en el ámbito laboral. De ahí pues el carácter histórico del fallo objeto del presente comentario, con implicancias en el presente y el futuro de la sociedad norteamericana.

Dentro de esta especie se hallan las discriminaciones a las personas pertenecientes al colectivo LGTBI, sigla que comprende a personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (2).

El objetivo es poner fin a las discriminaciones señaladas, y el fallo que comentamos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (3) tiene esos propósitos.

En principio, Estados Unidos de América no tiene una ley federal que ampare explícitamente a la comunidad LGTBI ante situaciones de discriminación laboral o de vivienda. Ese es el tema que provoca el debate jurídico.

Dentro del tema, lo más cercano desde el punto de vista conceptual es la denominada Ley de Derechos Civiles de 1964, una legislación trascendental en la historia norteamericana que continúa siendo el marco de referencia en cuanto a derechos civiles y laborales, y que en su título VII prohíbe la discriminación por “raza, color, religión, sexo y origen nacional”.

Ese es el principio, pero en su aplicación no todo fue lineal, debido a que en algunos Estados de los Estados Unidos existen leyes antidiscriminación que amparan a las personas por su orientación sexual, pero no por su identidad de género o transexualidad.

Por eso es que la decisión de la Corte Suprema anunciada el 15/06/2020 reviste una importancia superlativa y es una verdadera bisagra dentro de la valoración de los derechos de orientación sexual, identidad de género y transexualidad.

En ese sentido, se ha expresado: “A la mayoría de la gente le sorprende que en más de la mitad de los Estados del país no haya protecciones totales para el colectivo LGTBI” (4).

Ahora bien, ¿qué ha sucedido con relación a este tema en el gobierno federal de los EE.UU.?

El gobierno federal presidido por Donald Trump ha sostenido un criterio diametralmente opuesto, señalando reiteradamente su posición en contra de la identidad de género, orientación sexual y transexualismo.

En ese sentido, el Departamento de Justicia efectuó varias presentaciones instando a la Corte Suprema para que decida que el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 no protege a las y los trabajadores LGBT.

En realidad, esas presentaciones comprendían acciones claramente orientadas a debilitar las salvaguardias para las personas LGBT en materia de educación, vivienda, atención de la salud, adopción, negocios y servicios.

Todas estas disposiciones han sido emitidas reiteradamente desde que el presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump, asumió en tal calidad el 20/01/2017.

Concretamente, la Administración Trump lleva años impugnando o anulando las diferentes disposiciones que implicaban resguardos para la población LGBT en diferentes ámbitos, tales como el militar, el de la vivienda y la educación (5).

Por otra parte, también ha restringido el servicio militar para transexuales y ha concluido, según un documento del Departamento de Justicia emitido hace tres años, que la Ley Federal de Derechos Civiles no protege a las personas trans (6) de la discriminación en el trabajo.

Asimismo, el Departamento de Salud ha anunciado la anulación de una norma, aprobada en 2016, que ampliaba la protección antidiscriminatoria en la prestación de servicios sanitarios.

El texto de 2016 prohibía la discriminación basada en una serie de características y establecía una definición de sexo inclusiva de

las personas trans, intersexuales y de género no binario.

La reforma aprobada por el gobierno federal cambió drásticamente la descripción señalada, produciéndose un verdadero retroceso en materia de discriminación al determinarse el sexo como “masculino o femenino y determinado por la biología”.

Pero allí no terminaron las acciones en contra de la comunidad LGBT, y en mayo de 2018 se procedió a eliminar las normas de protección para las personas trans recluidas en las cárceles federales, normas que en el pasado había aprobado la Administración Obama.

Con el mismo criterio señalado por el Departamento de Salud, la Administración Trump dispuso que el “sexo biológico” —y no la identidad de género— fuera la base para la asignación de las instalaciones a las personas transgénero.

Se afirma que una disposición de esta naturaleza es especialmente cruel hacia las personas trans, que pierden la protección de la que gozaban frente a agresiones sexuales por parte de otros reclusos.

Pero esto no es todo. La Administración Trump también retiró la protección al alumnado trans en las escuelas que reciben fondos federales, y además ha establecido la prohibición, en los informes de su principal agencia sanitaria, de los Centros de Control y Prevención de Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés) (7).

Mientras el Poder Ejecutivo realizaba las acciones señaladas, el Congreso comenzó su reacción.

Hace pocos meses, la Cámara de Representantes aprobó una Ley de Igualdad, que aclararía expresamente que la orientación sexual y la identidad de género están protegidas por la legislación federal sobre derechos civiles. El Senado debería someter a votación el Proyecto aprobado y cerciorarse de que en ningún caso se despidiera a personas por su orientación sexual.

Como es sabido, debido a las mayorías parlamentarias actuales, por el momento es improbable que el Senado apruebe la norma sancionada por los Representantes.

Con el panorama descrito, es fácil concluir, por ahora, que la sentencia del Tribunal Supremo (8) en el caso “Bostock v. Clayton County” que comentamos ha caído como una bomba en los Estados Unidos.

### II. La Ley de Derechos Civiles de 1964

Todo tiene una apertura y un comienzo.

¿Cuándo empezó todo?

Todo comenzó con la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*), que puede calificarse como la norma que cambió la historia política de los Estados Unidos.

Ha transcurrido más de medio siglo desde la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*), que fue aprobada por el expresidente demócrata de los Estados Unidos Lyndon B. Johnson. Recordemos que previamente el tema había sido planteado por el presidente John F. Kennedy antes de su asesinato en 1963.

En esa época hubo una acción muy interesante y eficaz en cuanto a los temas vinculados con las prácticas de discriminación racial toleradas o incluso autorizadas por las autoridades estatales, pese a que la Corte Suprema de los Estados Unidos había fallado en 1954 considerando que la segregación racial en los colegios públicos era inconstitucional.

Sin embargo, el fallo no fue acatado, en especial en los Estados del sur de los Estados Unidos. Lo concreto es que la segregación en autobuses, restaurantes, teatros, cines, baños y otros espacios públicos continuó.

Las estadísticas oficiales estadounidenses muestran que entre 1964 y 1971 se produjeron alrededor de 200 muertes y más de 1300 heridos como consecuencia de disturbios raciales protagonizados por las fuerzas de seguridad y ciudadanos de raza negra, enfrentamientos que, a su vez, causaron daños millonarios en los barrios donde se registraron los enfrentamientos (9).

El presidente Kennedy, en noviembre de 1963, dijo:

“Esta nación fue fundada por hombres de muchos países y orígenes. Se fundó sobre el principio de que todos los hombres son creados iguales y de que los derechos de cada uno de ellos se limitan cuando los derechos de uno de ellos se ven amenazados [...]. Debería ser posible que los consumidores estadounidenses de cualquier color recibieran un trato igualitario en establecimientos públicos, tales como hoteles, restaurantes, cines y comercios, sin recurrir a manifestaciones en las calles, y debería ser posible que los estadounidenses de cualquier color se inscribieran para votar en unas elecciones libres sin interferencias ni temor de represalias”.

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado y Doctor en Derecho. Profesor titular Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en Facultad de Derecho UBA.

(1) La palabra utilizada en el título con valor etimológico es “éxito”, que proviene del latín *exitus*, que significa “salida” y que el idioma inglés traduce como *exit*. En latín significa “término” o “fin”, y una frase muy común era: *incerto exitu victoriae*: es incierto el

resultado de la victoria.

(2) En este trabajo nos referiremos al colectivo LGTBI. Véase <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>.

(3) En adelante, denominada de esta forma o EE.UU., de manera indistinta.

(4) Janson Wu, director ejecutivo de la organización de defensa de la comunidad LGTBI “GLAD”, comentario para *BBC Mundo*.

(5) Véase <https://www.notimerica.com/politica/noticia-video-eeuu-gobierno-eeuu-deroga-parcialmente-garantias-legales-salud-personas-transgenero-20200613134238.html>.

(6) En adelante nos referimos a ellas, indistintamente, de esa forma o directamente como transgénero.

(7) Esa agencia tiene especial responsabilidad en la acción contra la pandemia de COVID-19.

(8) En adelante, denominado indistintamente

también como Corte Suprema de Estados Unidos.

(9) Tengamos presente que, aun en la actualidad, el movimiento *Black Lives Matter* (también conocido por las siglas BLM en inglés —Las vidas negras importan—) denuncia la violencia y discriminación que aún existe contra los afroamericanos.

Sin embargo, detrás de cada declaración siempre hay una historia, y a veces suele suceder que todo tiene un comienzo.

Así fue: en diciembre 1955 fue detenida en la ciudad de Montgomery (Alabama) la ciudadana negra Rosa Parks, por no ceder su asiento en un autobús a un blanco.

Martin Luther King —en ese momento un activista no tan conocido—, en represalia, convocó a un boicot contra el sistema de transporte público de Montgomery. En noviembre de 1956, la Corte Suprema de Justicia declaró ilegal la segregación en los autobuses, restaurantes, escuelas y otros lugares públicos (10).

Había una base jurídica. En 1954, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América emitió el histórico fallo “Brown v. Junta de Educación de Topeka”, que significó una decisión histórica de la Corte Suprema de los EE.UU. (por 9-0) (11).

El texto de la sentencia fue claro: “las instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales” y, por lo tanto, violan la cláusula de protección equitativa de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Pero la cuestión no quedó saldada con el fallo. El 13/05/1963 la policía encarceló a Martin Luther King, a instancias del gobernador estatal George Wallace, quien mantenía un duro enfrentamiento político con la Administración demócrata del presidente Kennedy bajo el lema “segregación ahora y segregación siempre”.

¿Quién era Martin Luther King?

Se trataba de un pastor de la Iglesia Bautista nacido en Georgia en 1929, con ideas progresistas que lo impulsaron a ser un activista de los derechos civiles, que luego obtuvo el Premio Nobel de la Paz.

Por tanto, en esta historia se destaca la personalidad de Martin Luther King, quien, tras los disturbios de Alabama, organizó la “Marcha sobre Washington por el trabajo y la libertad”, que tuvo lugar el 28/08/1963 con la participación de más de 250 mil personas. Las personas concurren espontáneamente, respondiendo a sus valores y principios, y adviértase que no fueron citadas por redes de internet —que no existía ni se soñaba que existiera—.

La mayoría de los reclamos y propuestas fueron difundidos durante su discurso, que pasaría a la historia bajo el lema *I have a dream*. Esos principios serían adoptados, en principio, en la Ley de los Derechos Civiles de 1964 y la Ley de Derecho al Voto de 1965. La intolerancia tuvo éxito, y Martin Luther King fue asesinado en Memphis en 1968.

En los Estados Unidos, la Ley de Derechos Civiles de 1964 fue clave para prevenir la discriminación por raza, color, religión, sexo u origen nacional.

En el tít. VII de dicha norma, relativo a la igualdad de oportunidades laborales y la discriminación laboral, también se establecen normas contra la discriminación en el empleo.

El tema, pues, es tratar de indagar si la ley comprende la identidad de género, así como la orientación sexual, en lo referente a la discriminación en el empleo, ya que no se mencionan textualmente.

Reiteramos que en la Ley de Derechos Civiles de 1964, en su tít. VII, se prohíbe la discriminación en el empleo por motivos relacionados con el sexo de una persona, entre otros factores.

Se ha señalado que las personas transgénero son objeto de discriminación justamente porque su identidad o expresión difiere del sexo que les fue asignado al nacer. En ese sentido, se afirma que las personas lesbianas, gays y bisexuales enfrentan una discriminación que no sufrirían en el caso de que su preferencia sexual y sus atracciones o relaciones fueran heterosexuales.

Los tribunales han apoyado estos criterios, y en especial los Tribunales de Apelaciones de Connecticut, Illinois, Indiana, Nueva York, Vermont y Wisconsin establecieron que el tít. VII protege a trabajadores y trabajadoras lesbianas, gays y bisexuales.

Por otra parte, algunos Tribunales Federales de Apelación han determinado que la discriminación en el empleo por motivos de identidad de género constituye una forma de discriminación por sexo. En el mismo sentido se ha manifestado la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (EEOC, por su sigla en inglés).

Últimamente, a nivel federal, la Cámara de Representantes aprobó en 2019 una Enmienda a la Ley de Derechos Civiles, la llamada Ley de Igualdad LGTBI (12).

Lo importante desde el punto de vista conceptual es otorgar a todas estas personas protección contra la discriminación bajo la Ley de Derechos Civiles, aunque dicha legislación aprobada por la Cámara de Representantes en el mes de mayo de 2019 aún no ha sido ratificada por el Senado.

¿Qué ha sucedido?

La Cámara de Representantes de los Estados Unidos ha aprobado la Ley de Igualdad, que pretende reformar la vigente Ley de Derechos Civiles para que también proteja a las personas LGTBI contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. En ese sentido, el 17/05/2019, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos votó el Proyecto de Ley de Igualdad que había sido presentado por el Partido Demócrata en marzo. La votación se produjo con rapidez, pues se afirma que la presidenta de la Cámara, Nancy Pelosi, en cierto modo “ha convertido a los derechos LGTBI en la piedra angular de su carrera”.

La votación en la Cámara de Representantes resultó con 273 votos favorables y 173 en contra, una mayoría amplia que refleja la composición de la Cámara Baja, con mayoría del Partido Demócrata. En lo que respecta a los Republicanos, solo votaron a favor 8 representantes, 173 lo hicieron en contra y 16 se abstuvieron.

De acuerdo con los votos de los legisladores, se advierte la poca probabilidad de que sea convalidada por el Senado, donde los republicanos son mayoría, paso necesario para su entrada en vigor.

Por otra parte, como es habitual, el presidente Donald Trump anunció su oposición a la Ley de Igualdad, debido a que contiene “píldoras envenenadas”, en relación con los contenidos expuestos (13).

Incluso el presidente de los Estados Unidos Donald Trump ha dado un paso más en su política discriminatoria y ha acentuado las medidas contra lesbianas, gays, transexuales y bisexuales —contra toda la comunidad LGTBI— con relación al servicio militar, adopciones (14), protección sanitaria (15), penitenciaria y otras (16).

### III. El caso

#### III.1. Los hechos

Con este panorama y la acción del gobierno federal en contra de la comunidad LGTBI, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró tres casos que interpretaron el alcance de las leyes federales relativas a derechos civiles, y especialmente si es posible despedir a trabajadoras y trabajadores debido a su orientación sexual o identidad de género (17).

Los tres casos —interpuestos respectivamente por una mujer que fue despedida de una empresa de servicios fúnebres por ser transgénero, un paracaidista y un trabajador social a quienes se despidió por ser gays— cuestionan si la discriminación contra las personas LGBT constituye una forma de discriminación por sexo.

Veamos.

Vamos a comenzar por el final, rindiendo culto a la ansiedad de los lectores.

El caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos que ocupa este trabajo básicamente concluyó que el tít. VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 protege a las personas transgénero de la discriminación laboral (18).

El tema a resolver era decidir si la norma citada se podía aplicar a los llamados motivos de orientación sexual e identidad de género. La sentencia se dictó y decidió que la ley debe extenderse para incluir la homosexualidad y el transexualismo, por 6 votos contra 3.

Veamos los hechos del caso de la carátula.

Aimee Stephens, empleada de una funeraria, se había presentado en su trabajo como hombre hasta 2013.

Stephens se consideró una mujer transgénero durante la mayor parte de su vida adulta, pero se presentaba como un hombre, lo que —de acuerdo con sus opiniones, y como es de suponer— le causaba un estrés emocional constante.

En 2013, decidió hablar con familiares y amigos y acordó someterse a una cirugía de reasignación sexual.

La historia es que había trabajado como hombre durante seis años en una funeraria en Detroit, y así como les anunció a sus amigos la operación de reasignación sexual, también le informó al dueño que tenía la intención de asumir su identidad como mujer, ante lo cual este lo despidió en nombre de sus valores cristianos y “por respeto a las familias” de los fallecidos.

Hasta ese momento, Aimee Stephens había sido empleada de RG & GR Harris Funeral Homes durante seis años, con un excelente desempeño.

Por otra parte, Aimee Stephens informó sobre la reasignación de sexo previamente a sus vacaciones del trabajo, y —dentro de la transición hacia el sexo femenino— a su regreso volvería a trabajar con la vestimenta adecuada para las empleadas, como se describe en el Manual del Empleado.

Dos semanas después, Stephens recibió una notificación por correo de que el propietario de la funeraria, Thomas Rost, la había despedido y, pese a un intento de mediación e indemnización, Stephens se negó a aceptarlo.

Stephens presentó una queja ante la EEOC, denunciando que había sido discriminada por ser transgénero.

La EEOC presentó el caso contra la funeraria ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Michigan.

Allí, en 2016, el Tribunal de Distrito dictaminó lo siguiente:

a) El tít. VII de la Ley de Derechos Civiles no incluía la identidad de género, la orientación sexual y las personas transgénero.

b) Debido a que el propietario empleador era un cristiano devoto que no admitía el cambio de género, es aplicable la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa, norma que le proporcionó la capacidad para despedir a Stephens.

Recordemos que desde 2018 se plantearon debates en la sociedad norteamericana acerca de las leyes de libertad religiosa, que en verdad amenazaban la igualdad y no discriminación para la comunidad LGBT (19).

La EEOC apeló al Tribunal de Circuito.

En marzo de 2018, el Tribunal revocó la decisión anterior y dictaminó que la “discriminación por sexo” del tít. VII de la Ley de Derechos Civiles incluía a las personas transgénero, agregando que el empleador no había demostrado de qué manera la Ley de Derechos Civiles le impedía la expresión de su libertad religiosa.

Otro elemento del fallo fue otro famoso caso de jurisprudencia de 1989, que establecía que los empleadores no pueden discriminar a los empleados por no cumplir con el comportamiento estereotípico de un hombre o una mujer (20).

El fallo fue apelado ante la Suprema Corte de Justicia.

### { NOTAS }

(10) Ver TRAVIESO, Juan Antonio, “Historia de los derechos humanos y garantías”, Ed. Heliasta, 2005, 3ª ed., ps. 317 y ss.

(11) 347 US 483 (1954).

(12) En algunos casos se agregan los intersexuales, asexuales y *queer*, término que se relaciona con una identidad sexual o de género que no corresponde a las ideas establecidas de sexualidad y género. “Género *queer*” es una expresión general para las personas cuya identidad de género no está incluida o trasciende la dicotomía hombre/mujer.

(13) Ver <https://www.dosmanzanas.com/2019/05/lacamara-de-representantes-de-los-estados-unidos-apruebla-la-ley-de-igualdad-para-proteger-a-las-personas-lgtbi-co/>; <https://www.voanoticias.com/estadosunidos/trump-suprime-las-protecciones-sanitarias-para-transgeneros-que-impulso-obama-lgbt>.

(14) Véase <http://ovejorosa.com/trump-pide-prohibir-la-adopcion-a-parejas-homosexuales/>.

(15) Véase <https://www.dosmanzanas.com/2020/06/la-administracion-trump-anula-la-norma-que-protégia-a-las-personas-trans-frente-a-la-discriminacion-en-la-sani>

dad.html.

(16) Véase <https://www.voanoticias.com/estadosunidos/trump-suprime-las-protecciones-sanitarias-para-transgeneros-que-impulso-obama-lgbt>.

(17) “Bostock v. Clayton County, Georgia”, *certiorari to the United States Court of Appeals for the eleventh circuit* N° 17-1618. Argued: 08/10/2019. Decided: 15/06/2020.

(18) “RG & GR Harris Funeral Homes Inc. v. Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo”, 590 US (2020).

(19) Véase <https://www.hrw.org/es/news/2018/02/19/>

*estados-unidos-leyes-estatales-amenazan-la-igualdad-para-la-comunidad-lgbt*.

(20) “Price Waterhouse v. Hopkins”, 490 US 228 (1989); en ese caso, como en el que comentamos, el fallo no fue solo una victoria para los trabajadores LGBTQ. “Bostock” también fue una victoria para las mujeres cisgénero heterosexuales que, como muchos de nuestros miembros, trabajan en campos tradicionalmente dominados por hombres.



En mayo de 2020, antes de que la Corte Suprema emitiera una decisión, Stephens ingresó a un hospital con motivo de una enfermedad renal y falleció el 12/05/2020, a los 59 años, pese a lo cual el caso continúa.

Las audiencias en la Suprema Corte de Justicia se realizaron el 08/10/2019, junto con otros dos casos: “Bostock v. Clayton County, Georgia” y “Altitude Express, Inc. v. Zarda”, de acuerdo con lo señalado al comienzo de este párrafo.

En los tres casos, el planteo era si correspondía o no la aplicación del tít. VII de la Ley de Derechos Civiles, relacionada con la orientación sexual y la identidad de género de los demandantes.

### III.2. La decisión

El Tribunal dictó sentencia en una decisión de 6 votos a favor de Bostock, y otros 3 en contra, el 15/06/2020. Concretamente, el resultado final fue que la protección del tít. VII se extiende a la identidad de género, la orientación sexual y las personas transgénero, y —por tanto— el despido por esa causa no procede.

Por supuesto, el fallo fue contrario a las posiciones que señalamos del gobierno federal, y cuando se le preguntó al presidente Trump por el caso manifestó que “algunas personas estaban sorprendidas”, pero agregó que el Tribunal había “dictaminado y vivimos con su decisión”.

#### III.2.a. Opinión de la mayoría

El caso que estamos analizando ha sido calificado como histórico (21), debido a que se trata de una decisión que marca un antes y un después en la protección de los derechos de las minorías sexuales en los Estados Unidos.

Otra de las razones para considerar es que la decisión —también calificada de inesperada y sorpresiva— se produce a pesar de que la Corte se ha vuelto más conservadora con la incorporación de los jueces Neil M. Gorsuch y Brett M. Kavanaugh.

En este caso, la opinión de la mayoría fue expresada por el juez Neil Gorsuch.

Ahora bien, ¿quién es el juez Neil Gorsuch?

Recordemos que, con 49 años, Gorsuch fue nominado por el presidente Trump para el Tribunal Supremo y, así, es el integrante más joven de la historia del Tribunal.

Gorsuch fue juez de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de Denver, Estado de Colorado, y demostró ser un sólido conservador que ha defendido firmemente la pena de muerte y la libertad religiosa de los individuos por encima de las regulaciones del gobierno. Aunque nunca dictó una sentencia sobre el aborto, Gorsuch ha asegurado que no hay ninguna “base constitucional” que respalde la idea de que debe darse prioridad a la libertad de elección de la madre por encima de la vida del bebé. Uno de los casos que lo catapultó a la fama es el de la compañía de artesanía Hobby Lobby, que demandó al gobierno para lograr que no fuese obligatorio proporcionar a sus empleados seguros médicos con cobertura de anticonceptivos, como fija la ley sanitaria promulgada en 2010 por Obama y conocida como “Obamacare”.

Volvamos al caso.

Como se señaló precedentemente, la Ley Federal de Derechos Civiles, de 1964, había prohibido la discriminación “por razones de sexo”, pero ciertos tribunales y la Administración del presidente Trump consideraban que se relacionaba exclusivamente con la distinción biológica hombre/mujer, y no con las minorías sexuales.

Ante esta situación, distintos grupos de personas —los abogados de los empleados homosexuales, lesbianas y transgénero, apoyados por legisladores y ejecutivos de empresas como Apple, General Motors o Walt Disney— solicitaron a la Suprema Corte precisiones a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la norma indicada, considerando que desde el 2015 el Máximo Tribunal había ampliado el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ante esta situación se plantea el caso que es objeto de este comentario.

En ese sentido, destacamos la opinión de la Corte en “Bostock v. Clayton County, Georgia”, correspondiente al juez Neil Gorsuch, que encabeza el voto de la mayoría.

El juez Neil Gorsuch emitió su opinión en este caso el 15/06/2020. La votación del acuerdo resultó en una decisión aprobada por 6 votos a favor y 3 en contra.

De esa forma, la Corte sostuvo que las protecciones del tít. VII de la Ley de Derechos Civiles se extienden a cubrir la orientación sexual y la identidad de género y a los transgéneros.

La decisión, entonces, involucró la interpretación legal del tít. VII de la Ley de Derechos Civiles, no el derecho constitucional, como en otros casos históricos recientes que involucraron los derechos de personas LGBT, como “Obergefell v. Hodges” (22).

El Tribunal sostuvo además que las disposiciones del tít. VII de la Ley de Derechos Civiles contra la discriminación sexual en el contexto laboral se aplican a la discriminación contra individuos particulares sobre la base del sexo, en oposición a la discriminación contra grupos.

Por lo tanto, el tít. VII proporciona un remedio a las personas que sufren discriminación por razón de sexo en su trabajo, incluso si la política de un empleador en general no implicara discriminación.

En el caso, Gorsuch subrayó:

“Un empleador que despidió a un individuo por ser homosexual o transgénero despidió a esa persona por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de un sexo diferente. El sexo juega un papel necesario e indiscutible en la decisión, exactamente lo que prohíbe el tít. VII. Quienes adoptaron la Ley de Derechos Civiles podrían no haber anticipado que su trabajo conduciría a este resultado en particular [...]. Solo la palabra escrita es la ley, y todas las personas tienen derecho a su beneficio”.

La decisión de Gorsuch también aludió a las preocupaciones de que la sentencia pueda establecer un precedente radical que obligue a la igualdad de género en las prácticas tradicionales:

“Dicen que los baños, los vestuarios y los códigos de vestimenta segregados por sexo resultarán insostenibles después de nuestra decisión de hoy, pero ninguna de estas otras leyes está ante nosotros; no hemos tenido el beneficio de pruebas adversas sobre el significado de sus términos, lo hacemos y no prejugué ninguna de esas preguntas hoy”.

Gorsuch también planteó lo siguiente:

“Hoy debemos decidir si un empleador puede despedir a alguien simplemente por ser homosexual o transgénero”.

La respuesta a ese planteo —continuó— “es clara”. Cuando un empleador despidió a un empleado “por ser homosexual o transgénero”, ese empleador “despidió a esa persona por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de un sexo diferente. El sexo juega un papel necesario e indiscutible en la decisión, exactamente lo que prohíbe el tít. VII”.

“Todo lo que podemos saber con certeza —escribió Gorsuch— es que la especulación sobre por qué un Congreso posterior se negó a adoptar una nueva legislación, ofrece una base ‘particularmente peligrosa’ sobre la cual descansa una interpretación de una ley existente que un Congreso diferente y anterior adoptó”.

Asimismo, Gorsuch rechazó el argumento de los empleadores, que invocaron un principio popular de interpretación legal, esto es, la idea de que el Congreso no tenía la intención de “esconder un elefante en un agujero de ratón”.

Gorsuch explicó entonces que el concepto es reconocer que cuando el Congreso quiere hacer cambios importantes a un esquema regulatorio lo hace claramente, en lugar de usar “términos vagos o disposiciones auxiliares”.

Finalmente, Gorsuch, continuando con la imagen, estuvo de acuerdo en que el fallo de hoy “es un elefante”, agregando que la prohibición del tít. VII sobre la discriminación sexual en el empleo no es una trampa para ratones, sino “una pieza importante de la legislación federal de derechos civiles [...] escrita en términos muy amplios. Este elefante nunca se ha escondido en un agujero de ratón”.

La conclusión de Gorsuch fue terminante con relación al elefante: “Ha estado delante de nosotros todo el tiempo”.

Lo cierto es que, para algunos analistas que han conocido al juez Gorsuch durante años, su decisión en este fallo no constituye una sorpresa.

Es el caso de los jueces conservadores que adoptan criterios liberales, como el juez Roberts en el caso “Carpenter”, en el que consideramos la cuestión política, muy relacionada con este caso:

“...La otra cuestión a analizar es la política, habida cuenta de la frágil mayoría de este fallo crucial. Por tanto que se debe estar atento a la estrecha mayoría del fallo ‘Carpenter’ analizado y la división entre conservadores y liberales. En este caso, se ha dicho que primó un criterio de orden liberal, aunque en otro caso podría ser una tendencia opuesta. De todos modos este razonamiento no es lineal, pues en el caso ‘Carpenter’ el presidente de la Suprema Corte, Roberts, calificado como

‘conservador’, era pro-privacidad. Sin embargo, y hay que destacarlo, que Roberts, aun considerado como conservador, encabezó el dictamen de mayoría en este caso, con apoyo de los jueces considerados como liberales” (23).

Asimismo, hay que tener en cuenta que en este caso el juez Roberts apoyó la opinión de la mayoría, con Gorsuch.

#### III.2.b. Gorsuch y textualismo

Un tema que se plantea en la discusión académica de este fallo es, en principio, qué sucedería si un representante conservador propuesto por Trump encabezara la opinión mayoritaria que apoya los derechos de la comunidad LGBT referente al empleo.

No obstante lo expuesto, se dice que la opinión de la mayoría era consistente con el textualismo previo de Gorsuch, que consiste en la interpretación legal del significado simple de las leyes en general, siguiendo la misma filosofía legal de Antonin Scalia, su predecesor en la Corte.

Gorsuch había escrito sobre el textualismo en su libro “A Republic, If You Can Keep It”, publicado a mediados de 2019 —antes del caso—, y algunas de las preguntas de Gorsuch en las audiencias orales se basaron en el uso de la interpretación textual de la ley (24).

El título de la obra de Gorsuch —“Una República, si puedes conservarla”— corresponde a las palabras de Benjamin Franklin al explicar los lineamientos del sistema constitucional.

En ese sentido, Gorsuch, al defender su tesis del textualismo para la supervivencia de la República, explica que surge de la separación de poderes. Lo que afirma el juez es que si los jueces abandonan su papel constitucional de simplemente interpretar (aunque a menudo no es tan simple) —lo que han hecho las ramas políticas—, están asumiendo los roles que las otras ramas deben desempeñar.

A partir de este libro, no es fácil sostener que Gorsuch es un juez conservador.

Por su parte, Michael D. Shear, corresponsal de la Casa Blanca para *The New York Times*, declaró que “el juez Gorsuch empleó un principio fundamentalmente conservador, una lectura literal de las palabras de un estatuto, para llegar a una decisión que contrasta fuertemente con las conclusiones de los otros jueces conservadores en la Corte” (25).

En el artículo citado, el corresponsal de *The New York Times* consideró:

“El juez Gorsuch ha dicho en repetidas ocasiones que cree firmemente en el ‘textualismo’, en el que los jueces solo ven las palabras escritas de un estatuto en lugar de la intención de los legisladores que las escribieron. En la opinión del lunes, dijo que las palabras de la Ley de Derechos Civiles eran claras”.

“Cuando los términos expresos de un estatuto nos dan una respuesta y las consideraciones extratextuales sugieren otra, no hay duda”, escribió el juez Gorsuch en los párrafos iniciales de su opinión. “Solo la palabra escrita es la ley, y todas las personas tienen derecho a su beneficio”.

Su conclusión: “Un empleador que despidió a un individuo por ser homosexual o trans-

### { NOTAS }

(21) Véase <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53055917>.

(22) “Obergefell v. Hodges”, 576 US 644 (2015); el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminó que el

derecho fundamental a contraer matrimonio está garantizado para las parejas del mismo sexo tanto por la cláusula de debido proceso como por la cláusula de igualdad de protección de la Decimocuarta Enmienda a la Consti-

tución de los Estados Unidos.

(23) TRAVIESO, Juan Antonio, En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”, LA LEY, 2019-B, 717.

(24) Véase <https://www.amazon.com/-/es/Neil-Gorsuch/dp/0525576789>.

(25) Véase <https://www.nytimes.com/2020/06/15/us/politics/gorsuch-supreme-court-gay-transgender-rights.html>.

género despiden a esa persona por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de un sexo diferente y por lo tanto el empleador está violando la Ley de Derechos Civiles y la ley". Sin dudas, se abrió la caja de Pandora.

Los magistrados conservadores Neil Gorsuch y el presidente del Tribunal, John Roberts, se han posicionado en esta ocasión del lado de la minoría progresista para decantar la balanza a favor de estos últimos —6 votos frente a 3—. De esta forma, los votos de la mayoría se conformaron del siguiente modo: Gorsuch, John G. Roberts Jr. —conservador— y los cuatro magistrados liberales: Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan.

### III.2.c. Opinión de la minoría

La minoría de la Suprema Corte también expuso sus argumentos.

El juez Samuel Alito escribió una disidencia, junto con el juez Clarence Thomas.

En su disidencia, el juez Samuel A. Alito Jr. calificó el razonamiento de la mayoría como "absurdo" y dijo que era difícil recordar un "abuso más descarado de nuestra autoridad para interpretar los estatutos".

Por otra parte, el juez Alito afirmó que, en el momento de la elaboración de la Ley de Derechos Civiles en 1964, los conceptos de orientación sexual y transgénero eran esencialmente desconocidos.

Alito escribió:

"Muchos aplaudirán la decisión de hoy porque están de acuerdo con las políticas con la actualización del título VII por parte de la Corte. Pero la pregunta en estos casos no es si la discriminación por orientación sexual o identidad de género debería prohibirse. La pregunta es si el Congreso hizo eso en 1964. Indiscutiblemente no lo hizo".

Alito fue muy crítico con la decisión mayoritaria:

"Solo hay una palabra para lo que la Corte ha hecho hoy: legislación. El documento que

publica el Tribunal tiene la forma de una opinión judicial que interpreta un estatuto, pero eso es engañoso. Un abuso más descarado de nuestra autoridad para interpretar los estatutos es difícil de recordar. El Tribunal trata de convencer a los lectores de que simplemente está haciendo cumplir los términos del estatuto, pero eso es absurdo".

Alito consideró, asimismo, que en concreto se ha intentado enmendar el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, pero hasta ahora sin éxito.

Alito agregó: "El año pasado la Cámara de Representantes aprobó el Proyecto de Ley que enmendaría el título VII definiendo la discriminación sexual para incluir tanto la orientación sexual como la identidad de género pero el Proyecto de Ley se ha estancado en el Senado [...]. Se trata de un Proyecto alternativo que añadiría disposiciones para proteger la libertad religiosa".

De esa forma, al considerar que el citado Proyecto de Ley no se ha aprobado, "la prohibición del título VII de la discriminación por sexo sigue significando lo que siempre ha significado".

Luego vuelve con más énfasis:

"El título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 prohíbe la discriminación por cualquiera de los 5 motivos especificados: raza, color, religión, sexo, y origen nacional. Ni la orientación sexual ni la identidad de género aparecen en esta lista. Incluso tal como se entiende hoy en día, el concepto de discriminación por sexo es diferente de la discriminación por orientación sexual o identidad de género (A. Scalia & Garner, 'The Interpretation of Legal Texts')".

La disidencia de Alito criticó fundamentalmente la opinión de Gorsuch, calificada como textualismo, ya que —en su opinión— el juicio mayoritario fue más allá del lenguaje simple de la ley al afirmar que su intención en 1964 cubría la orientación sexual y la identidad de género como parte del significado del "sexo" en el pasado estatuto.

Otra de las definiciones de Alito fue caracterizar la decisión de la mayoría como un

"barco pirata", en el sentido de que "navega bajo una bandera textualista, pero lo que en realidad representa es una teoría de interpretación legal que el juez Scalia insistió en atacar —la teoría de que los tribunales deberían 'actualizar' los viejos estatutos para que reflejen mejor los valores actuales de la sociedad— (A. Scalia, 'A Matter of Interpretation', 1997)".

El juez Brett Kavanaugh escribió una disidencia separada, argumentando que el Tribunal no pudo agregar orientación sexual o identidad de género al título VII debido a la separación de poderes, dejando esta responsabilidad al Congreso. Comenzó reconociendo que los argumentos para "enmendar" el título VII "son muy importantes".

También observó que la Corte Suprema "ha declarado previamente, y estoy totalmente de acuerdo, que los estadounidenses homosexuales y lesbianas 'no pueden ser tratados como marginados sociales o como inferiores en dignidad y valor'". Pero —continuó— el trabajo de los jueces "no es para hacer o enmendar la ley" y, tal como está actualmente, "el título VII no prohíbe la discriminación laboral debido a la orientación sexual". En una nota al pie, Kavanaugh indicó que, aunque su opinión disidente se refiere solo a la discriminación basada en la orientación sexual, su análisis también se aplicaría "de la misma manera" a la discriminación basada en la identidad de género.

Kavanaugh sostuvo (y parecía estar de acuerdo con sus colegas de la mayoría) que los tribunales deberían seguir el significado ordinario de las palabras en las normas, porque así es como los miembros del Congreso y el público entenderían la ley. Pero si el significado ordinario no es el mismo que el significado literal —continuó Kavanaugh—, entonces los tribunales deberían emplear el significado ordinario. Y aquí, en opinión de Kavanaugh, el significado ordinario de la frase "discriminar por razón de sexo" no se extiende a la discriminación basada en la orientación sexual.

Debido a que el título VII, tal como está redactado, no protege a los empleados homosexuales y lesbianas, Kavanaugh continuó: "la responsabilidad de enmendar el título VII le corresponde al Congreso y al presidente en el proceso legislativo, no a este Tribunal". Y agregó: "cuando este Tribunal usurpa el papel del Congreso, como lo hace hoy, el público se confunde comprensiblemente sobre quiénes son realmente los encargados de formular políticas en nuestro siste-

ma de poderes separados, e inevitablemente se vuelve cínico" acerca de la idea de que los jueces hacen sus decisiones basadas en la ley, más que en sus preferencias personales.

El texto de la minoría, en contra, llevó la firma de Brett Kavanaugh —cuyo nombramiento fue en extremo polémico, debido a sus conductas en la juventud—, con el apoyo de Clarence Thomas, el juez más conservador del momento, y de Samuel Alito.

### IV. Conclusiones

Sin dudas estamos ante un fallo histórico, cuyo contenido expresa, como lo dijo el juez Gorsuch, que estamos delante de un elefante.

Esta decisión tendrá indudablemente efectos en toda la sociedad, en la que se ha abierto una grieta en la línea de flotación jurisprudencial.

Todo el tema abre los debates que oportunamente planteó Ronald Dworkin respecto de la argumentación moral y filosófica como base para la adjudicación judicial, lo que denomina la "lectura moral de la Constitución" (26).

Es el gran tema acerca de la interpretación judicial y sus límites, y el margen del juez ante la aplicación de valores que se hallan en los contenidos constitucionales.

Otra gran cuestión es el alcance interpretativo, que plantea el desafío de caminar por la cornisa y adecuar las normas a los valores actuales de la sociedad, como lo requería el juez Scalia.

Es imposible dejar al juez inerte ante los cambios que se operan en la sociedad y la necesidad de establecer una interpretación constructiva a favor de las personas.

Debemos reconocer que las personas LGTBI requieren la consideración y el respeto de sus derechos —como todos—, y la interpretación, cuando se extiende para garantizar derechos, es funcional a los valores de la Constitución Argentina y los tratados internacionales jerarquizados y aprobados.

Una última consideración: se trata de la valiosa apertura de los jueces a sus convicciones jurídicas, valores y principios, más allá de sus ideas políticas personales.

**Cita on line:** AR/DOC/3711/2020

### { NOTAS }

(26) RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., "Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho. Una reflexión breve", presentación en la Universidad de Cádiz. Ver también PELÁEZ MEJÍA, José María, "Las diferencias conceptuales y prácticas entre el 'balanceo' de Ronald

Dworkin y la 'ponderación' de Robert Alexy" ("The conceptual differences and practices between the 'balancing' by Ronald Dworkin and the 'weighing' by Robert Alexy"), [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122019000300167](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300167).

## JURISPRUDENCIA

### Liquidación de sociedad conyugal

**Inmueble de titularidad de ambas partes. Oposición de la demandada a la venta mientras subsista la obligación alimentaria del accionante. Cosa juzgada. Reintegro de costo de construcción e instalación de un placard y fijación de renta compensatoria. Rechazo.**

1.- Si bien no existe controversia en cuanto a que el inmueble resulta de ambos contendientes y debe ser dividido por mitades, en otra causa seguida entre las partes se admitió la oposición de la demandada en relación con la venta de este bien mientras subsista la obligación alimentaria del demandante y esa decisión fue confirmada antes de que se promoviera el presente juicio. De tal modo la cuestión debe consi-

derarse bajo el prisma de la cosa juzgada, instituto cuya jerarquía constitucional y carácter de orden público tornan inadmisibles su ulterior modificación. Más allá de la firmeza de la decisión, la circunstancia de que el apelante reconoce en su memorial no cumplir con su deber alimentario respecto de su hijo menor de edad, reafirma aún más, si cabe, lo decidido.

2.- El pedido de que se le reconozca la mitad del valor de un placard importa una solicitud de recompensa. El origen propio en la adquisición de ese bien ha sido expresamente negado por la contraparte y no ha sido demostrado. Es más, el propio interesado ha manifestado desconocer dónde puede estar la documentación de la venta del automotor con cuyo producido dice que habría pagado el placard. Tal orfandad probatoria, sumada a la falta de tasación oficial del bien, conduce inexorablemente a confirmar el rechazo del planteo.

3.- La circunstancia de que el pretendiente no esté abonando la cuota alimentaria que le corresponde a su hijo menor de edad denota la improcedencia del pedido de fijación de renta compensatoria que formula en la causa. La habitación para el hijo menor de edad forma parte del contenido de la prestación alimentaria a cargo de los progenitores.

4.- Teniendo en cuenta que parte de la obligación alimentaria se cumple en especie, al usar el hijo el inmueble que parcialmente le pertenece a su padre, corresponde rechazar el pedido de fijación de renta compensatoria por la utilización que hiciera su excónyuge de un inmueble de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada. La prestación que podría recibir por la no utilización del bien está entonces destinada a satisfacer el deber alimentario. Es más, este es el único aspecto de ese deber que cumple el proge-

nitor, desde que no desembolsa la suma de dinero mensual que le corresponde.

CNCiv., sala G, 28/10/2020. - E. M. E. c. M. N. I. s/ Liquidación de régimen de comunidad de bienes.

**[Cita on line:** AR/JUR/52252/2020]

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, octubre 28 de 2020.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Carranza Casares* dijo:

I. *La sentencia*

La sentencia de fs. 488/492 rechazó, con costas, la demanda de liquidación de bienes muebles, reintegro de costo de construcción