

BOSTOCK: UN CASO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Bostock: a case of employment discrimination

Dr. Riccardo Guastini

Profesor Emérito de Filosofía del Derecho
Universidad de Génova, Italia
<https://ordic.org//0000-0002-2125-8196>
guastini@unige.it

Dr. Alessio Sardo

Profesor de Filosofía del Derecho
Investigador a tiempo completo
Universidad de Génova, Italia
<https://ordic.org//0000-0003-1015-23641>
alessio.sardo@unige.it

Resumen

En sentido estricto, *Bostock* no es un caso constitucional. Más bien, es un caso de derecho laboral: más concretamente, un despido discriminatorio. Neil Gorsuch, que escribe para la mayoría de la Corte Roberts, limita la cuestión a la interpretación de la Ley de Derechos Civiles (1964), sin desarrollar un verdadero “argumento constitucional”. Desde la perspectiva del razonamiento jurídico, *Bostock* es una decisión originalista. Tanto la opinión mayoritaria como las opiniones discrepantes de Samuel Alito y Brett Kavanaugh son intentos de reconstruir y aplicar el significado original de la locución “por razón de sexo”. En esta decisión se entrecruzan varias formas de originalismo: hay un choque entre la doctrina textualista, por un lado, y la doctrina del significado público combinada con argumentos basados en la intención, por el otro. Pero, en realidad, el textualismo de la opinión mayoritaria parece “disfrazar” una interpretación dinámica y evolutiva que actualiza el sentido original de la Ley de Derechos Civiles, para incluir la orientación sexual en la protección contra las discriminaciones por razón de sexo. Combinada con otras decisiones recientes, *Bostock* parece formar parte de una estrategia más amplia de la Corte Roberts, orientada a la sistematización de la ley federal en el ámbito de la discriminación laboral.

Palabras claves: *Bostock*; originalismo; discriminación; LGBTQ+; interpretación constitucional; Scalia.

Abstract

Strictly speaking, *Bostock* is not a constitutional case. It is an employment law case: more precisely, one of discriminatory dismissal. Neil Gorsuch, who writes for the majority of the Roberts Courts, confines the issue to the interpretation of the Civil Rights Act (1964), without developing a real “constitutional argument”. From the perspective of legal reasoning, *Bostock* is an originalist decision. Both the majority opinion and the dissenting opinions of Samuel Alito and Brett Kavanaugh are attempts to reconstruct and apply the original meaning of the phrase “because of sex”. In this decision, several forms of originalism intertwine: there is clash between the textualist doctrine, on the one hand, and the doctrine of public meaning combined with intention-based arguments, on the other. But, in truth, the majority opinion’s textualism seems to “hide” a dynamic and evolutionary interpretation that updates the original meaning of the Civil Rights Act to include sexual orientation in the protection against sex-based discriminations. When combined with other recent decisions, *Bostock* seems part of a broader strategy of the Roberts Court oriented towards the systematization of the federal law in the area of employment discrimination.

Keywords: *Bostock*; originalism; discrimination; LGBTQ+; constitutional interpretation; Scalia.

Sumario

1. Introducción. 2. “A causa del sexo”: una expresión ambigua. 3. La doctrina originalista y el Título VII del Civil Rights Act. 4. La opinión mayoritaria: ¿una interpretación evolutiva mal disimulada? 5. El juez Alito y el “barco pirata”. 6. Significado ordinario y separación de poderes. 7. Virtudes pasivas y discriminación en el trabajo. 8. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Bostock v. Clayton County, Georgia, no es, estrictamente hablando, un caso constitucional.¹ Más bien, es un caso de derecho laboral: concretamente, un

¹ *Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. __2020; 140 S. Ct. 1731; 2020 WL 3146686; 2020 U.S. LEXIS 3252. Se trata de una decisión mayoritaria (6-3) sobre tres casos combinados relativos al despido discriminatorio de trabajadores LGBTQ+: Gerald BOSTOCK, despedido porque jugaba en una liga de softball gay; Donald ZARDA, despedido tras decir a sus compañeros de *Altitude Express* que era homosexual; y Aimee STEPHENS, despedida por una funeraria tras anunciar su decisión de cambiar de sexo.

despido discriminatorio. En la argumentación, tanto de la mayoría como de los disidentes, no hay ni siquiera una mención a la Constitución. Así que parece un simple problema de interpretación de la ley federal.² Dicho de otra forma, la decisión es un ejemplo de *statutory interpretation*. Neil GORSUCH, el juez redactor, limita la cuestión a la interpretación del *Civil Rights Act* (1964), sin desarrollar un verdadero *constitutional argument*.³ Las opiniones discrepantes no se apartan de este enfoque general.⁴

² La Corte Suprema interviene en cuestiones de *statutory interpretation* cuando hay desacuerdos interpretativos significativos entre las cortes federales sobre cuestiones constitucionalmente relevantes. En este caso, la Corte Suprema ejerce (también) una función nomofiláctica, destinada a garantizar respuestas uniformes de las cortes federales sobre cuestiones fundamentales, como la aplicación del *Civil Rights Act*. La Rule 10 del U.S. Ct identifica expresamente los desacuerdos interpretativos entre los tribunales federales como un factor central en la concesión de un *writ of certiorari*. Sin embargo, en cuanto a la considerable relevancia política de *Bostock*, véase, al menos, GROVE, T. L., "Which Textualism?", *Harvard Law Review*, No. 134, 8 de septiembre de 2020, p. 265: "La causa que condujo a *Bostock* también tuvo una valencia partidista: aunque la Administración Obama concluyó en 2012 que la prohibición del Título VII de la discriminación por razón de sexo 'por definición' abarcaba a la comunidad LGBTQ+, la Administración Trump dio marcha atrás en 2017, insistiendo en que tal interpretación conduciría a resultados 'extremos' y 'absurdos'".

³ Nicolò ZANON ofrece una explicación convincente para esta elección de la Corte Suprema: el sistema jurídico estadounidense carece de una doctrina parecida a la *Drittwirkung*, que extiende la aplicación de los derechos fundamentales a los litigios entre particulares. Por este motivo, la *equal protection clause* solo es pertinente, al menos en abstracto, para las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares: véase ZANON, N., "Che significa discriminare perché di sex?", en *Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, *Quaderni Costituzionali*, No. 4, 2020, p. 839.

⁴ La opinión mayoritaria sorprendió a muchos comentaristas –por ejemplo, BARNES, R., "¿Neil Gorsuch? The Surprise behind the Supreme Court's Surprising LGBTQ Decision", *The Washington Post*, 16 de junio de 2020, 8:06 p.m. – porque aparentemente está en tensión con la orientación generalmente conservadora de la Corte Roberts y, en particular, del juez GORSUCH, quien fue nombrado por TRUMP. Los que piensan que GORSUCH y ROBERTS actuaron de buena fe proclaman el triunfo del textualismo: un método realmente capaz de impedir que los jueces decidan según sus creencias morales y políticas subjetivas. Sin embargo, un observador malicioso podría sospechar que la estrategia de omitir una investigación exhaustiva del parámetro es funcional para mantener la prohibición de la discriminación LGBTQ+, bien separada del significado original de la Constitución de Estados Unidos. El derecho de LGBTQ+ a no ser discriminados "por razón de sexo" sigue confinado al nivel de aplicación de los propios principios generales del *Civil Rights Act*. Aquí nos mantendremos neutrales en esta cuestión, ya que no hay pruebas suficientes para razonar sobre los motivos políticos o morales que podrían haber influido en una medida no trivial en las valoraciones de cada juez y, en consecuencia, determinar causalmente el *resultado* de la decisión. Sin embargo, cabe señalar *de paso* que no es la primera vez que Neil GORSUCH se pone del lado de los trabajadores: véase *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, No. 12-6294, 2012 WL 6930302, 10th Cir. Dec. 20, 2012.

La mayoría ni siquiera insinúa una interpretación “conforme” o “adecuadora” sobre la base de la “cláusula de protección igual” (*equal protection clause*), como habría sido posible, al menos en el plan abstracto.⁵ Esto es algo sorprendente, porque una referencia al principio general de igualdad habría sido, para la mayoría, un argumento suficientemente fuerte.

Excepto algunos problemas marginales (a los que nos referiremos), la cuestión, en el fondo, es elemental. No implica complejas construcciones dogmáticas. Simplemente queremos saber si la palabra “sexo” se refiere solo al sexo biológico o incluye también la orientación sexual.

Cabe señalar que en 1996 se presentó un caso muy similar ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando se le pidió que se pronunciara sobre la legalidad del despido de un sujeto transexual en virtud de la Directiva 207/76, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

El principio de igualdad de trato, tal como se establece en el art. 2 de la Directiva, significa que no habrá discriminación alguna por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en particular por referencia al estado civil o familiar. El apartado 1 del art. 5 establece que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que respecta a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, significa que se garantiza a hombres y mujeres las mismas

⁵ Es necesario hacer una aclaración al respecto. Afirmamos que la interpretación “conforme” o “adecuadora” habría sido viable en *abstracto* porque, en la práctica, esta solución sigue siendo difícilmente accesible para un originalista como GORSUCH. La lectura sustantiva (no meramente procesal) de la *Equal protection clause*, necesaria para proceder a la interpretación conforme, ha sido siempre la *bête noire* de los originalistas, que, durante al menos tres décadas, se han opuesto a esta orientación jurisprudencial “principlista”, ampliamente utilizada por la Corte Warren para actualizar el significado original de la Constitución. Los originalistas han retratado a menudo la lectura sustantiva de la *equal protection clause* y la interpretación adecuada como una estratagema utilizada por los jueces *liberals*, tanto para incorporar una ideología igualitaria a la US Constitution como para justificar fuertes incursiones en los poderes de los Estados individuales, destinadas a “reescribir” el contenido de las leyes que promulgan. Para ejemplos paradigmáticos de la crítica originalista de la lectura sustantiva de la *equal protection clause* y la *due process clause*, véase BORK, R. H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal* (*Ind. L. J.*), No. 47, 1971, p. 1, pp. 1-35; REHNQUIST, W. H., “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review* (*Tex. L. R.*), No. 54, 1976, p. 693, pp. 693-706; BERGER, R., *Government by Judiciary*, pp. 363-372. Para una reconstrucción de la *equal protection clause*, véase KUSHNER, J. A., “Substantive Equal Protection: The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review”, *Missouri Law Review* (*Mo. L. Rev.*), No. 53, 1988, p. 423.

condiciones sin discriminación por razón de sexo. La Directiva no se refiere en ningún momento a la orientación sexual o al cambio de sexo.

Sin embargo, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un tribunal británico, y aceptando las conclusiones del Abogado General TESAURO, el Tribunal (*P. v. S. y Cornwall Country Council*, asunto C-13/94) declaró que el despido de un transexual, basado precisamente en su cambio de sexo, era ilegal.⁶

Teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva 207/76, el Tribunal de Justicia señala que el art. 5, apartado 1, de dicha Directiva se opone al despido de un transexual por motivos relacionados con su cambio de sexo. Puesto que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es uno de los derechos fundamentales de la persona, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse a la discriminación por razón de sexo únicamente, sino que se extiende a la discriminación por cambio de sexo. Esta discriminación se basa esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona afectada, ya que despedir a una persona por el hecho de que pretenda someterse o se haya sometido a un cambio de sexo es tratarla de forma menos favorable que a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación.

Hoy en día, esta cuestión ya no se plantea en la legislación de la UE, en virtud de la Carta de Derechos de 2000 (posteriormente “constitucionalizada” en el Tratado de Lisboa, 2009) y la Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁶ De hecho, el razonamiento desarrollado en el caso *P. v. S. y Cornwall Country Council* (asunto C-13/94) es parcialmente diferente al de *Bostock*. Por ejemplo, al subrayar el valor de la dignidad y la libertad individuales, el Tribunal de Justicia recurre a un argumento de principios, que está ausente en *Bostock*. Además, el caso *P. v. S. y Cornwall Country Council* es una decisión que no hace ninguna pretensión de textualismo estricto. Por último, los tribunales europeos no discuten los detalles de la causalidad, como hacen sus colegas de la Corte Suprema. Sin embargo, hay dos analogías relevantes entre ambos casos. En primer lugar, los hechos son bastante similares: en ambos casos se trata de despidos tras un cambio de sexo del trabajador. En segundo lugar, al igual que la *majority opinion* de GORSUCH, la opinión del Tribunal de Justicia asume que la discriminación por razón de sexo incluye la orientación sexual, porque la orientación sexual presupone la referencia al sexo biológico: “En consecuencia, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a la discriminación por razón de la pertenencia a uno u otro sexo. Habida cuenta de su finalidad y de la naturaleza de los derechos que pretende proteger, la Directiva también puede aplicarse a la discriminación que se produce, como en el presente caso, por el cambio de sexo de la persona afectada. Esta discriminación se basa esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona afectada. Así, una persona, si es despedida porque pretende someterse o se ha sometido a un cambio de sexo, recibe un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de esa operación” (§§ 20-21).

La Carta, en su art. 21, prohíbe toda forma de discriminación basada, entre otras cosas, en el sexo y la orientación sexual: es decir, menciona ambos, equiparándolos, sí, pero tratándolos como distintos. La Directiva 2000/78 también prohíbe expresamente la discriminación por razones de orientación sexual, a diferencia de la discriminación por razones de sexo (a la que se refiere la Directiva de *rechazo* 2006/54).

Al presente, la cuestión ni siquiera se plantea en la legislación italiana actual. El Decreto Legislativo 216/2003, sobre la base de la “Ley comunitaria de 2001” (Ley 39/2002), menciona expresamente en su art. 2 la “orientación sexual” como causa prohibida de discriminación (directa o indirecta).

No es inoportuno señalar que, tanto en la legislación de la UE como en la italiana, la discriminación por razón de sexo y por razón de orientación sexual, respectivamente, son objeto de disposiciones jurídicas distintas. Y, al parecer, esto también es así en la legislación estadounidense.⁷

2. “A CAUSA DEL SEXO”: UNA EXPRESIÓN AMBIGUA

Volviendo a *Bostock*, a pesar de la verborrea de la opinión mayoritaria, así como de las opiniones discrepantes, la cuestión principal, tal y como está planteada, es bastante simple y, en apariencia, puramente semántica.

La palabra “sexo” está afectada por ambigüedad, vaguedad y *textura abierta*. En la literatura sobre interpretación siempre se ejemplifica empalagosamente citando la prohibición de vehículos en el parque: los camiones son ciertamente vehículos, pero ¿qué pasa con los triciclos? Otro ejemplo – menos empalagoso y de mayor relevancia práctica– es ofrecido por el caso *Smith v. United States* (1993). ¿Incluye el derecho a “usar” armas de fuego el intento de cambiar un arma por drogas?⁸ ¿Entra este tipo de intercambio en el significado ordinario de “uso” de un arma de fuego? Bien, análogamente, no hay duda de que la palabra “sexo” se refiere al sexo biológico, pero es dudoso (controvertido) que deba entenderse en el sentido de que también se refiere a la orientación sexual y al transexualismo. Si se examina la cuestión más detenidamente, se trata de una perplejidad sobre el alcance del término “sexo”.

⁷ Véase SZYMANSKI, C., “The United States in step with the European Union: the Inclusion of Sexual Orientation in Anti-discrimination Law”, *Diritti, lavoro, mercati*, pp. 539-540.

⁸ *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).

¿Cómo se decide una cuestión semántica?

Solo hay dos maneras: (i) acudir al diccionario de la lengua y/o al uso común (suponiendo que el diccionario no refleje fielmente el uso)⁹ o, en cambio, (ii) reconstruir la intención del legislador (la intención semántica, quiere decir, no la finalidad práctica: lo que el legislador quiso decir, no lo que quiso hacer, suponiendo que se pueda realmente distinguir entre ambas);¹⁰ *significado vs. propósito; textualismo vs. purposivismo*.

Estas han sido siempre las dos doctrinas fundamentales de la interpretación: el literalismo (o textualismo) y el intencionalismo. De hecho, se trata de dos conjuntos de técnicas interpretativas que conducen a dos tipos diferentes de significado: literal e intencional, respectivamente.

En este apartado, no pretendemos decir nada nuevo, sino que solo intentaremos poner orden en las doctrinas normativas de la interpretación.

La doctrina intencionalista sostiene que los textos normativos deben recibir el significado de acuerdo con la intención (o voluntad) de la autoridad normativa (el legislador, el constituyente, etc.).¹¹ Esta forma de ver plantea problemas teó-

⁹ GEIS, M. L., "The Meaning of Meaning in the Law", *Washington University Law Quarterly* (Wash. U. L. Q.), No. 73, pp. 1125, 1134: "las definiciones de los diccionarios no son en absoluto definiciones, sino guías de uso, y guías bastante vagas". Para un ejemplo emblemático del uso originalista de los diccionarios, véase *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008).

¹⁰ Sobre la noción de "intención semántica", véase WHITTINGTON, K. E., "Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation", *The Review of Politics* 197, No. 62, 2000, pp. 197-229; GOLDSWORTHY, J., "Dworkin as an Originalist", *Constitutional Commentary*, No. 17, 2000, pp. 1749-1778. Ambos autores utilizan la expresión "intención semántica" en un sentido análogo al nuestro: el significado o los significados semánticos que el legislador o el constituyente habrían asociado a la disposición. Si se examina más detenidamente, esta noción difiere de la noción de *intención inlocucionaria*, lo que se quiere decir, incluso entre líneas, con una expresión (así, por ejemplo, POSNER, R. A., "Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review* (U. Chi. L. Rev.), No. 50, 1983, pp. 800, 817). Aceptar la noción de intención semántica no implica renunciar a la idea de que el análisis de las intenciones comunicativas es, principalmente, una cuestión de pragmática del lenguaje. La identificación de las intenciones comunicativas tiene como objeto no los significados a-contextuales de los enunciados (semántica), sino los enunciados en su contexto específico (pragmática).

¹¹ La doctrina intencionalista fue un sello de la jurisprudencia de los jueces SOUTHERLAND y REHNQUIST: véase *Home Bldg. & Loan Assn v. Blaisdell*, 290, U.S. 398, 453 (1934) (Southernland, J., dissenting): "El objetivo de la construcción, aplicado a una disposición de la Constitución, es [...] determinar y hacer efectiva la intención de sus autores y del pueblo que la adoptó"; REHNQUIST, W., "The Notion...", *cit.*, pp. 693, 695: el juez debe aplicar los principios constitu-

ricos bien conocidos. No es en absoluto seguro que cualquier intención pueda atribuirse a un sujeto colectivo, ya que la intención es un fenómeno psicológico, y como tal individual.¹² Y es obvio que los miembros de una asamblea constituyente, del Congreso o de cualquier órgano legislativo suelen ser portadores de intereses más generales. Sin embargo, es casi imposible atribuirles una intención colectiva (una intención “compartida” o una *we-intention*, como suelen decir los filósofos de la acción),¹³ o incluso simplemente un único propósito externo común.¹⁴ Es bien sabido que los miembros de un parlamento deliberan sobre la base de intenciones,¹⁵ creencias, motivos y expectativas diferentes y a menudo opuestas. Esta idea fue expresada recientemente con gran lucidez por la muy originalista Amy CONEY BARRETT, que acaba de ser confirmada como jueza de la *Supreme Court*: “El poder legislativo no es un órgano idealizado que actúa con una sola mente, sino un órgano de varios miembros que produce legislación a través de un proceso complejo e incluso caótico”.¹⁶ Hablar de una mera agregación de preferencias individuales estaría, en este contexto, fuera de lugar.

Consideraciones similares se aplican a los redactores (*drafters*) de la Constitución de Estados Unidos: discreparon profundamente en muchos elementos del diseño institucional, como, por ejemplo, la constitucionalidad de la ley que instituyó la *Federal Reserve* (una institución de crédito gubernamental –más o menos equivalente a un banco central– no prevista expresamente en la

cionales “[que] pueden derivarse del lenguaje y la intención de los autores”. Otros ejemplos emblemáticos del originalismo intencionalista son BERGER, R., “Original Intention in Historical Perspective”, *The George Washington Law Review* (*Geo. Wash. L. Rev.*), No. 54, 1986, p. 296, y KAY, R. S., “Adherence to the Original Intentions in Constitutional Interpretation”, *Northwestern University Law Review* (*Nw. U. L. Rev.*), 1988, p. 226, 226 *et passim*. Según KAY, los jueces deben seguir “las reglas de la constitución escrita en el sentido en que esas reglas fueron entendidas por las personas que las promulgaron” (p. 230); “[asignar] un significado diferente al que pretendían los autores originales [...] simplemente sustituye a los históricos por algún otro autor hipotético” (p. 231).

¹² SHEPSLE, K. A., “Congress Is a ‘They’, Not an ‘It’: Legislative Intent as Oxymoron”, *International Review of Law and Economics* (*Int’l Rev. L. & Econ.*), No. 12, 1992, pp. 239, 244.

¹³ Véase, por ejemplo, BRATMAN, M. E., *Faces of Intention*; GILBERT, M., *Joint Commitment: How We Make the Social World*.

¹⁴ MANNING, J. F., “Textualism and Legislative Intent”, *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), No. 91, 2005, p. 419, pp. 428-432.

¹⁵ Véase DWORKIN, R., “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review* (*Fordham L. Rev.*), No. 65, 1997, pp. 1249, 1253.

¹⁶ BARRETT, A. C., “Countering the Majoritarian Difficulty”, *Constitutional Commentary*, No. 32, 2017, p. 73.

Constitución), las condiciones para la destitución de los jueces federales, el funcionamiento general del poder consultivo y los límites de la jurisdicción de los tribunales federales.¹⁷

Y si hay una intención colectiva, ¿cómo se puede comprobar? Parece natural recurrir a los trabajos preparatorios del texto normativo en cuestión (siempre que estén documentados).¹⁸ Sin embargo, el recurso a los trabajos preparatorios (llamados *legislative history*) está generalmente desacreditado en la doctrina anglosajona actual,¹⁹ aunque había sido ampliamente utilizado,²⁰ al menos en el pasado. Además, es difícil concebir la investigación de la historia legislativa como una empresa genuinamente neutral que identifique simples hechos históricos, como quiere la doctrina intencionalista.²¹

¹⁷ Para una visión general de los debates en la Convención de Filadelfia y los principales puntos de desacuerdo entre los *drafters*, véase RAKOVE, J. N., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*.

¹⁸ Nos parece que la doctrina intencionalista es casi siempre objeto, por parte de los juristas, de una adhesión meramente *verbal*. En el sentido de que, en la mayoría de los casos, quienes la apoyan no buscan la intención de la autoridad normativa en los trabajos preparatorios, como sería natural. Prefieren buscar una misteriosa “voluntad objetiva de la ley” (entendida como algo distinto y ajeno a las intenciones subjetivas de los legisladores), o hacer conjeturas contrafácticas sobre lo que el legislador habría dispuesto si hubiera previsto lo que, de hecho, no previó en absoluto. Todo esto con la intención real de la autoridad normativa (siempre que esta intención exista y sea conocible) obviamente no tiene nada que ver. Sobre los defectos que plagan el concepto de la intención objetiva de la ley, véase NELSON, C., “¿What Is Textualism?”, *Va. L. Rev.*, No. 91, 2005, p. 347, pp. 353-357.

¹⁹ Compárese, a modo de ejemplo, el siguiente célebre pasaje tomado de la obra de Antonin SCALIA: “[E]s sencillamente incompatible con un gobierno democrático, o incluso con un gobierno justo, tener el significado de una ley determinado por lo que el legislador quiso decir, en lugar de por lo que el legislador promulgó [...] El gobierno por intención no expresada es igualmente tiránico. Es la *ley* la que rige, no la intención del legislador”. Véase SCALIA, A., “Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, en Amy GUTMANN (Ed.), *A Matter of Interpretation*, pp. 3, 17. SCALIA también expuso un argumento similar en *Conroy v. Aniskoff*, 507 U.S. 511, 519 (1993) (Scalia, J., concurring): “El mayor defecto de la historia legislativa es su ilegitimidad. Nos regimos por las leyes, no por las intenciones de los legisladores”.

²⁰ Véase FALLON, R. H. Jr., “Constitutionally Forbidden Legislative Intent”, *Harvard Law Review*, No. 130, 2016, pp. 523, 525 (“Las indagaciones sobre las intenciones, los propósitos y las motivaciones legislativas ocupan un lugar destacado en el derecho constitucional estadounidense”). Para una reconstrucción de los argumentos intencionalistas utilizados por la Corte Suprema, véase NELSON, C., “Judicial Review of Legislative Purpose”, *New York University Law Review (N.Y.L. Rev.)*, No. 83, 2008, p. 1784.

²¹ Sobre este punto, véase ZEPPOS, N. S., “Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation”, *Va. L. Rev.*, No. 76, 1990, p. 1295, pp. 1335-1360; FALLON, R. H. Jr., “The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication”, *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)*, No. 90, 2015, pp. 1753, 1758.

Utilizando una analogía que se ha hecho famosa, podría decirse que cualquier “investigación judicial de la historia legislativa tiene tendencia a convertirse [...] en un ejercicio de ‘mirar por encima de una multitud y elegir a sus amigos’”.²² Además, rara vez es posible encontrar pruebas objetivas y públicas que ilustren de forma inequívoca los motivos – o, al menos, las razones– que justifican la aprobación de un determinado documento legislativo.²³ Sin embargo, este no es el caso del originalismo en su variante intencionalista: asumir que “la intención del autor es la respuesta a todo”.²⁴ El originalismo intencionalista prescribe un amplio recurso a los trabajos preparatorios.²⁵ No obstante, la cuestión (previa) que mencionamos anteriormente sigue abierta: ¿se puede realmente atribuir una intención a un sujeto colectivo?

En cambio, según la doctrina literalista, los documentos normativos –incluidos los textos constitucionales– deben entenderse simplemente al pie de la letra, es decir, según las convenciones lingüísticas existentes (reglas sintácticas y semánticas); por lo tanto, son *principalmente* los diccionarios y la sintaxis los que rigen la interpretación.²⁶ En particular, al menos desde el trabajo pionero de Antonin SCALIA, los originalistas se han acostumbrado a definir el textualismo en términos de “significado público”. La fidelidad al texto de la Constitución o de una ley exige interpretar cada una de las disposiciones recurriendo a los diccionarios, utilizándolos como lo habría

²² *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs, Inc.* 545 U.S. 546, 568 (2005) (Kennedy, J.), citando a WALD, P. M., “Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term”, *Iowa Law Review (Iowa L. R.)*, No. 68, 1983, pp. 195, 214.

²³ Véase BREST, P., “Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive”, *The Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)*, 1971, pp. 95-131; *id.*, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review (Bu. L. Rev.)*, No. 60, 1980, p. 204.

²⁴ FISH, S., “Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law”, *Cardozo Law Review (Cardozo L. Rev.)*, No. 29, 2008, p. 1109.

²⁵ Un originalista intencionalista utiliza ampliamente las actas de la Convención de Filadelfia y los informes de las Condiciones de Ratificación al interpretar la Constitución; de la historia legislativa al interpretar las leyes. Un textualista, por otro lado, hace un uso menos frecuente de estas fuentes, tratándolas más como evidencia empírica del significado público, o como un medio para construir la intención objetiva del legislador a través de un razonamiento contrafáctico. Véase TIEFER, C., “The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court”, *Wisconsin Law Review (Wis. L. Rev.)*, 2000, p. 205.

²⁶ Véase, por ejemplo, MANNING, J. F., “Second-Generation Textualism”, *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, No. 98, 2010, pp. 1287, 1288: “El textualismo sostiene que los jueces deben buscar el significado estatutario en el significado semántico del texto promulgado”.

hecho un hablante razonable, lingüísticamente competente e informado en el momento en que se adoptó la disposición.²⁷

Esta es precisamente la estrategia argumentativa adoptada por Neil GORSUCH, quien tras destacar la prioridad del significado textual sobre el significado intencional derivable de las obras preparatorias, recurre a los diccionarios para reconstruir el significado semántico de la locución “por razón de sexo”. En su opinión, en el contexto del Título VII del *Civil Rights Act*, esta expresión debe entenderse en un sentido amplio. Incluye no solo el sexo biológico, sino también la orientación sexual y la reasignación de género.²⁸ Los argumentos no textualistas –como, por ejemplo, las consideraciones consecuencialistas sobre las implicaciones de los vestuarios o los baños mixtos para los empleados– desempeñan un papel marginal en la opinión mayoritaria. Pero incluso el literalismo no está exento de problemas.

Las reglas lingüísticas –especialmente las semánticas– no siempre son inequívocas (si una palabra es ambigua, el diccionario registra la ambigüedad, no la resuelve)²⁹ y, sobre todo, no siempre son estables. De hecho, el significado común cambia a lo largo del tiempo, con el cambio de los usos lingüísticos, de las circunstancias sociales, de los valores compartidos por la sociedad.³⁰ Precisamente para frenar estos cambios, el originalismo propone vincular a los intérpretes a un significado “estático”: el contenido comunicativo del momento de la adopción es jurídicamente vinculante; además, cuentan los diccionarios históricos, no los actuales. En Estados Unidos, la etiqueta “tesis de fijación”

²⁷ *Smith v. United States*, cit. (Scalia, J., dissenting). Véase también SCALIA, A. & B. A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, p. 16: “En su contexto completo, las palabras significan lo que transmitieron a personas razonables en el momento en que fueron escritas”.

²⁸ 42 U.S.C. §20000e-2(a)(1): “[S]erá una práctica laboral ilegal que un empleador [...] no contratar o negarse a contratar o despedir a una persona, o discriminar de otro modo a una persona con respecto a su remuneración, términos, condiciones o privilegios de empleo, debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional”. El 42 U.S.C. §20000e-2(e)(1) establece una excepción expresa a la norma antidiscriminatoria: “en aquellos casos en los que la religión, el sexo o el origen nacional sean una cualificación profesional de buena fe razonablemente necesaria para el funcionamiento normal de ese negocio o empresa en particular”.

²⁹ Véase, por ejemplo, BRUDNEY, J. J. & L. BAUM, “Oasis or Mirage: The Supreme Court’s Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras”, *William and Mary Law Review (Wm. & Mary L. Rev.)*, No. 55, 2013, pp. 283, 483.

³⁰ Y esto, por supuesto, es particularmente cierto para las cláusulas generales y, generalmente, para aquellas expresiones que incorporan valores políticos o morales, y que se encuentran tan a menudo en los textos constitucionales (especialmente los contemporáneos), como “libertad”, “igualdad”, “dignidad”, “democracia”, “progreso”, etcétera.

(*fixation thesis*) se utiliza generalmente para denotar la prioridad del significado histórico de una ley o Constitución escrita.³¹ La búsqueda del sentido original suele prevalecer sobre otros métodos interpretativos.

Pero también ocurre –y este es un punto muy delicado para la decisión de *Bostock*– que los diccionarios de la lengua no recogen íntegramente los usos que, en su momento, fueron percibidos como nuevos y actuales, sino solo los usos que, ante los ojos del lexicógrafo, aparecieron consolidados, además de los literarios.³² De aquí surgen dos versiones potencialmente conflictivas de la literalidad: ¿debemos fijarnos en los usos consolidados, tal y como los recogen los diccionarios, o en cambio en los usos vigentes en el momento de la adopción, aunque todavía no estén recogidos en los diccionarios?

3. LA DOCTRINA ORIGINALISTA Y EL TÍTULO VII DEL CIVIL RIGHTS ACT

Resulta que, cuando se trata de textos normativos que se remontan en el tiempo, las dos doctrinas fundamentales –literalismo e intencionalismo– se cruzan con otras dos doctrinas que compiten entre sí, la doctrina originalista o estática y la doctrina “evolucionista”³³ o dinámica de la interpretación:³⁴ interpretación originalista vs. interpretación evolutiva, significado original vs. significado actual.

³¹ COLBY, T. B. & P. J. SMITH, “Living Originalism”, *Duke Law Journal (Duke L J)*, No. 59, 2009, p. 239, pp. 244-2455; SOLUM, L. B., “Constitutional Originalism: A Debate, Cornell”, *Cornell University Press*, No. 23, 2011, pp. 36-63; *id.*, “Originalism and Constitutional Construction”, *Fordham L. Rev.*, No. 82, 2013, pp. 453, 456. Como señala SOLUM, todos los originalistas están de acuerdo en la “tesis de la fijación” (*fixation thesis*), pero discrepan en varias otras cuestiones: la gama de fenómenos históricos que determinan el significado original, la relación entre el significado original y los precedentes establecidos que no lo respetan, y la capacidad del significado original para determinar de forma única la resolución del caso individual. Los críticos del originalismo atacan la “tesis de la fijación” mediante el “argumento de la mano muerta” (*dead hands argument*): ¿por qué atarse a las preferencias de las mayorías políticas del pasado remoto? Véase, por ejemplo, MCCONNELL, M. W., “Textualism and the Dead Hand of the Past”, *Geo. L. Rev.*, No. 66, 1998, p. 1127.

³² MAGGS, G. E., “A Concise Guide to the Records of the Federal Constitutional Convention of 1787 as a Source of the Original Meaning of the U.S. Constitution”, *Geo. L. Rev.*, No. 80, 2012, p. 1707.

³³ Esta palabra es desafortunada, pero no podemos encontrar otra mejor.

³⁴ Véase, por ejemplo, ESKRIDGE, W. N. Jr., “Dynamic Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, No. 135, 1986/1987, p. 1479.

El originalismo recomienda que, salvo en casos excepcionales (por ejemplo, precedentes bien establecidos como el caso *Brown v. Board of Education*),³⁵ se dé a los textos jurídicos el significado que tenían en el momento de su promulgación.³⁶

El evolucionismo, en cambio, anima a los intérpretes a adaptar constantemente el derecho a las nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de las autoridades³⁷ normativas, y a cambiar así, incluso, la interpretación establecida de los textos normativos, sobre todo en el caso de textos normativos ya antiguos (como lo son a veces los textos constitucionales), para remediar, mediante la interpretación, el envejecimiento de los textos normativos (o la falta de revisiones constitucionales).

La interpretación evolutiva tiende a hacerse mirando el uso común actual de las palabras en lugar de los diccionarios (que, como hemos dicho, no siempre registran fielmente el uso actual). Pero, en realidad, la interpretación evolutiva no es *per se* una técnica interpretativa específica: lo que “evoluciona”, en sentido estricto, no es la actividad interpretativa, sino el producto de la interpretación. Lo que cambia, en otras palabras, es el significado atribuido al mismo texto normativo. No obstante, en la doctrina y la jurisprudencia se encuentra una técnica habitual para argumentar este tipo de interpretación: la de apelar a cierto tipo de hechos –percibidos y valorados por el intérprete a la luz de sus ideas de justicia– como un cambio en la conciencia social, la aparición de nuevas necesidades en la vida social (económicas, políticas, etc.), y otros similares; no es más que una variante de la antigua doctrina de la “naturaleza de las cosas”.

³⁵ 347 U.S. 483 (1954).

³⁶ El originalismo también tiende a recomendar que el producto de la interpretación sea estable, que se atribuya siempre el mismo significado a cada texto normativo; en otras palabras, que no haya cambios en las orientaciones interpretativas, que no se cuestionen las interpretaciones establecidas y que la jurisprudencia no haga *revirements*. El originalismo, en definitiva, es partidario de una actitud generalmente conservadora en materia de interpretación, bajo el supuesto de que la estabilidad de la interpretación garantiza la “seguridad jurídica”, es decir, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos de cada uno: concretamente, la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales (pero, en derecho constitucional, también la previsibilidad de las decisiones de los órganos constitucionales supremos).

³⁷ SZYMANSKI, C., *cit.*, pp. 539-557, señala varios intentos infructuosos de modificar el Título VIII a través de la legislación (pp. 540, 546), recordando que, en el sistema norteamericano, está vigente el principio de “libre retirada” de la relación laboral. En este contexto, la legislación antidiscriminatoria también sirve para mitigar las consecuencias negativas de la libre retirada.

En Estados Unidos, este tipo de enfoque evolutivo, diametralmente opuesto al originalismo, suele asociarse a las doctrinas defendidas por los progresistas y al paradigma de la “constitución viva” (*living constitution*): la idea de que el significado de las leyes y de la constitución –entendida como un “acuerdo continuo” entre los Estados, el gobierno federal y los ciudadanos– debe actualizarse constantemente, de forma dinámica, caso por caso, a través de lecturas morales,³⁸ de la sistematización de los precedentes,³⁹ de consideraciones pragmáticas,⁴⁰ o simplemente de la actualización de los significados históricos con argumentos compartidos.⁴¹

Ahora bien, tanto el literalismo como el intencionalismo pueden combinarse con la doctrina estática y la doctrina dinámica, dando lugar a cuatro posibles orientaciones interpretativas:

1. Combinada con la doctrina estática, la doctrina literalista produce una primera variante del originalismo: a los textos normativos hay que darles el sentido literal que tenían en el momento en que fueron redactados y aprobados, el *sentido original*. El problema sigue abierto: ¿qué significado literal?, ¿el significado de los diccionarios o aquello actual (si ambas no coinciden)?
2. Combinada, por otra parte, con la doctrina dinámica, la doctrina literalista da lugar a la idea de que a los textos normativos se les debe dar el sentido literal que adquieren al ser interpretados o aplicados. Asumimos, en este caso, que el significado en cuestión es el común y no el del diccionario (suponiendo que ambos divergen).
3. Combinada con la doctrina estática, la doctrina intencionalista produce una segunda variante del originalismo: a los textos normativos se les debe dar el significado correspondiente a la intención de la autoridad normativa, la *intención original*, sin importar la antigüedad de los textos –como ocurre a veces con los textos constitucionales– y sin tomar en cuenta el tiempo de extinción de las autoridades normativas.

³⁸ DWORKIN, R., *Law's Empire*, pp. 355-413.

³⁹ STRAUSS, D. A., *The Living Constitution*, pp. 1-5.

⁴⁰ POSNER, R. A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, pp. 57-96.

⁴¹ BOBBITT, P., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, pp. 9-119.

4. Combinada con la doctrina dinámica, la doctrina intencionalista da lugar a esa forma de ver –una ficción obvia–, según la cual la intención de las autoridades normativas no está dada de una vez por todas, cristalizada en documentos normativos, sino que evoluciona mágicamente, adaptándose a las circunstancias cambiantes (la “naturaleza de las cosas”), la conciencia social o algo así.⁴²

Ambas variantes del originalismo, textualista e intencionalista, se basan en la tesis exquisitamente política –defendida con fuerza, en su momento, por SCALIA y retomada en *Bostock* tanto por la mayoría como por los disidentes– según la cual los intérpretes no están facultados para remediar la inercia de las autoridades normativas, cambiando ellos mismos la ley, por la vía de la interpretación, cuando no cambian los textos normativos. Si, por ejemplo, se permitiera a los jueces adscribir a una cláusula constitucional un significado distinto al original (literal o intencionado, eso es irrelevante) que pretendían los constituyentes, estarían sustituyendo al poder constituyente (o al poder de revisión constitucional), usurpándolo y violando su juramento de fidelidad a la constitución.⁴³

De hecho, una de las principales ambiciones del originalismo es ofrecer un método para identificar el significado original, que sea capaz de limitar severamente los juicios morales subjetivos y las decisiones *ad hoc* del poder judicial federal.⁴⁴ El equilibrio de intereses y valores corresponde exclusivamente

⁴² La reciente doctrina del *originalismo de los métodos originales (original methods originalism)* es, con toda probabilidad, un intento de superar el *impasse*. Los *métodos originales* suponen que la Constitución (o los *statutes* del Gobierno Federal) deben interpretarse según los cánones y las técnicas interpretativas que el constituyente (o el legislador) quiso adoptar. De este modo, se considera posible una especie de ajuste dinámico de la ley sin “traicionar” las intenciones (mínimas) del constituyente (o legislador federal), que solo se refieren al catálogo de métodos y cánones de interpretación admisibles. Esta posición ha sido defendida recientemente, por ejemplo, por MCGINNIS, J. O. y M. B. RAPPAPORT, “Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction”, *Nw. U. L. Rev.*, No. 103, 2009, p. 751. El principal problema de esta doctrina es la imposibilidad de identificar un catálogo preciso y unificado de métodos interpretativos compartidos por un parlamento o constituyente.

⁴³ BORK, R. H., *Tempting of America*, pp. 133-160; MELVIN, E. J., “Judicial Activism - The Violation of an Oath”, *The Catholic Lawyer (Cath. Law.)*, No. 27, 1992, pp. 283, 284 (“[C]uando un juez jura defender la Constitución promete llevar a cabo la intención de los autores”); BENNETT, W. R., “The Mission of Moral Reasoning in Constitutional Law”, *Southern California Law Review (S. Cal. L. Rev.)*, No. 58, 1985, p. 647; RICHARDS, D. J., “Originalism Without Foundations”, en *N. Y. U. L. Rev.*, No. 65, 1990, pp. 1373, 1377; WEST, R. L., “The Authoritarian Impulse in Constitutional Law”, *University of Miami Law Review (U. Miami L. Rev.)*, No. 42, 1988, pp. 531, 532.

⁴⁴ GORSUCH, N., *A Republic, If You Can Keep It*, pp. 131-132: “[E]l textualismo ofrece una metodología conocida y conocida para que los jueces determinen imparcialmente [...] cuál es la ley”. Véase también KAY, R. S., “Adherence to the Original Intentions...”, *cit.*, p. 230.

a las asambleas y parlamentos constituyentes, no a los jueces.⁴⁵ En palabras de BORK, “los valores personales de los jueces no deberían formar parte de sus interpretaciones constitucionales”.⁴⁶ La adhesión al significado textual, o a la intención del legislador y del constituyente, se presenta como una investigación histórica objetiva que aleja al juez de la tentación de evaluar directamente los contornos morales de las cuestiones constitucionalmente relevantes.⁴⁷ Por esta misma razón, GORSUCH enfatiza que la opinión mayoritaria se adhiere a la reconstrucción del *plain meaning* del Título VII, evitando cuidadosamente “apelaciones políticas desnudas (*naked*)”.

Una observación más al margen: la expresión “retroceder en el tiempo” se ha utilizado repetidamente. Pues bien, ¿hasta qué punto debe ser “antiguo” un texto jurídico para requerir una interpretación dinámica? La Constitución Federal es, por supuesto, “muy” antigua, no es así el *Civil Rights Act* de 1964; sin embargo, como vemos inmediatamente, incluso para un texto que es, al fin y al cabo, bastante reciente, surge el problema.

Esta es, a grandes rasgos, la parrilla de análisis.

Si hay distinciones más sutiles en la doctrina estadounidense, podrían ser ignoradas, porque, desde el punto de vista del análisis conceptual, son solo humo y espejos.⁴⁸ Entre las cuatro doctrinas que hemos enunciado sumariamente puede haber matices, ciertamente, diferencias de lenguaje y acento, pero no hay espacio lógico para más doctrinas.

En *Bostock*, aparentemente, todos los jueces son originalistas –los extensores, así como los disidentes– de la variante literalista;⁴⁹ pero esto es solo una

⁴⁵ Véase, por ejemplo, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190: “Este caso no requiere un juicio sobre si las leyes contra la sodomía [...] son sabias o deseables”.

⁴⁶ BORK, R. H., “Discurso ante la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego” (18 de noviembre de 1985), reimpresso en *The Great Debate. Interpreting our Written Constitution*.

⁴⁷ TUSHNET, M., *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, p. 23: “Al limitar a los jueces a las palabras de la Constitución tal y como las entendieron los redactores, nos aseguramos de que no irán demasiado lejos; les impedimos tomar decisiones que, en una sociedad democrática, corresponden a una mayoría política”. SCALIA, A., “Originalism; The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review (U. Cin. L. Rev.)*, No. 57, 1989, pp. 849, 863: “[E]l principal peligro en la interpretación judicial de cualquier ley es que los jueces confundan su propia predilección por la ley”.

⁴⁸ COLBY, T. B. & P. J. SMITH, “Living Originalism”, *cit.*, pp. 244-245 (el originalismo se describe como una “mezcla heterogénea de distintas teorías constitucionales”).

⁴⁹ Véase FLEMING, J. E., “Are We All Originalists Now? I hope not!”, *Texas Law Review*, No. 91, pp. 1785. Sobre la omnipresencia actual de la doctrina originalista en los argumentos de los tribunales

apariciencia, una cuestión de estilo argumentativo: incluso adoptando una doctrina opuesta a la doctrina originalista, probablemente podrían justificar las mismas conclusiones normativas.

4. LA OPINIÓN MAYORITARIA: ¿UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA MAL DISIMULADA?

La mayoría considera que el despido de homosexuales y transexuales es ilegal porque viola el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe toda discriminación “por razón de sexo”.

Pues bien, esta conclusión normativa justificaría la aplicación de pruebas más estrictas –el conocido *escrutinio estricto* (*strict scrutiny*),⁵⁰ tradicionalmente asociado a los casos de discriminación contra las llamadas “categorías sospechosas” (minorías étnicas, minorías religiosas y mujeres)–⁵¹ también a los casos de discriminación contra LGBTQ+; esto, al menos para los casos de despido que de otro modo podrían ser analizados a través del *escrutinio intermedio* (*intermediate scrutiny*) y el *test de base racional* (*rational basis test*), dos pruebas que serían mucho menos exigentes con los empleadores y la legislación de los Estados miembros no inclinados a proteger los derechos LGBTQ+.

La mayoría excluye *in limine* que la intención del legislador tenga alguna relevancia: la ley no es más que las palabras con las que se formula (“Sólo la palabra escrita es la ley”); en particular, es irrelevante que el legislador haya previsto uno u otro caso concreto de aplicación de la ley.

Esta es una estrategia interpretativa importante, porque, reconstruyendo *de buena fe* la intención (semántica) del legislador, presumiblemente la conclusión habría sido diferente. El disidente ALITO –sobre el que diremos más adelante – niega que en 1964, algún miembro del Congreso entendiera la palabra “sexo” como lo hace hoy la mayoría de la Corte Suprema, y probablemente él tiene razón en lo que respecta a los hechos: el suyo es

federales, véase MOURITSEN, S. C., “Judging Ordinary Meaning”, *The Yale Law Journal* (Yale L. J.), No. 127, 2018, pp. 788, 793.

⁵⁰ WINKLER, A., “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in Federal Courts”, *Vanderbilt Law Review* (Vand. L. Rev.), No. 59, 2006, pp. 793, 796.

⁵¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996). La orientación sexual no ha sido tradicionalmente elevada a la categoría de “categoría sospechosa”. Véase, por ejemplo, *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 730 (1982).

un argumento (¿involuntariamente?) intencionalista, a pesar de su normal adhesión al paradigma textualista de SCALIA.

Por otro lado, es práctica constante de la Corte, dice GORSUCH, redactor de la *opinión* mayoritaria, interpretar la ley según “el significado público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación”, o “el significado original”, o incluso “el significado llano y establecido” (es dudoso que estas expresiones sean perfectamente sinónimas). La Corte Roberts es normalmente descrita como la Corte del *plain meaning*. Si los jueces pudieran alterar el texto o apartarse de él, estarían usurpando la función legislativa: no hay desacuerdo en este punto. Es el propio KAVANAUGH quien habla explícitamente de “usurpación” en su *dissenting*, haciéndose eco del *leitmotiv* del originalismo clásico, el que defendían BORK, BERGER y MEESE III en los años 70 y 80.⁵² Legislar o remediar las consecuencias no deseadas de las leyes es tarea del poder legislativo, no del poder judicial.

GORSUCH se esfuerza por dilucidar el concepto de discriminación, que, ciertamente, no parece controvertido. Insiste, para rechazar algunos argumentos partidistas, en que la ley prohíbe, al pie de la letra, la discriminación de individuos, no de grupos. Subraya que la discriminación debe ser intencionada, pero estropea el vínculo causal: la *responsabilidad* está ligada al estándar de causalidad, pero GORSUCH no puede decidir si el sexo debe ser una “causa” necesaria (“*but-for*”),⁵³ es decir, una condición *sine qua non*, o en cambio una “concausa” (“*in part*”) de la discriminación.⁵⁴ Es más, en ocasiones, el argumento de GORSUCH parece incluso sugerir que el nexo de *responsabilidad* está presente incluso cuando el motivo del despido simplemente presupone el concepto de sexo u orientación sexual como razón contribuyente al despido.

Si se tratara de un presupuesto, se podría argumentar que el razonamiento de la mayoría es, en realidad, más sutil de lo que podría parecer a primera vista.

⁵² BORK, R. H., “The Constitution, Original Intent, and Economic Rights”, *San Diego Law Review* (*San Diego L. Rev.*), No. 23, 1986, p. 823; BERGER, R., *Government...*, *cit.*, p. 403; MEESE III, E., U.S. Attorney General, “Speech Before the American Bar Association” (Jul. 9, 1985), en *The Great Debate...*, *cit.*

⁵³ La declinación de la *responsabilidad* en cuanto a la causalidad *but-for* es, con toda probabilidad, el punto de vista mayoritario para los casos de discriminación decididos bajo la rúbrica de la cláusula de protección igual. Véase, por ejemplo, *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 270 n. 21 (1977).

⁵⁴ Por supuesto, no estamos hablando de “causas” en sentido propio, sino de razones: los motivos del despido.

Incluso cuando el empresario *tiene la intención de discriminar por su orientación sexual*, acaba inexorablemente discriminando (indirectamente) por su sexo, porque la noción de orientación sexual *presupone* el concepto de sexo. En otras palabras, la discriminación por razón de sexo está ineludiblemente “causada” por cualquier referencia directa o indirecta al concepto de sexo biológico, a través del mecanismo de la presuposición. Así lo argumenta GORSUCH. En otras palabras, si la orientación sexual es la causa de la discriminación, y la noción de orientación sexual presupone el concepto de sexo, entonces la causa última de la discriminación *es* el sexo.

Pero la cuestión esencial es que, en opinión de la mayoría, la discriminación por razón de sexo es un concepto lo suficientemente amplio como para extenderse a la discriminación por orientación sexual. De hecho, el concepto se extendió ya en 1964, a la luz del *plain meaning* de las palabras; tesis inverosímil y ampliamente refutada por los disidentes.

El argumento utilizado en apoyo de esta tesis no es en realidad semántico en absoluto (no se afirma que la palabra “sexo” abarque también la orientación sexual), se trata simplemente de que la homosexualidad y la transexualidad son cosas “inextricablemente ligadas al sexo”; lo que nos parece innegable.⁵⁵

Después de todo, dice GORSUCH, supongamos que un empleador tiene dos empleados, un hombre y una mujer, ambos atraídos sexualmente por los hombres, y el empleador despide al hombre pero no a la mujer: ¿no sería eso una discriminación basada en el sexo?; un argumento de peso, en nuestra opinión. ALITO objeta, débilmente, que no: la causa de la discriminación sería, en este caso, no el sexo de los dos empleados, sino su respectiva orientación sexual. No es un argumento muy persuasivo, porque presupone lo que debería argumentar: precisamente que la orientación sexual no tiene relación con el sexo (biológico).

A pesar de la profesión de fe originalista y literalista de GORSUCH, *Bostock* es un ejemplo característico de una interpretación evolutiva o dinámica –con efectos “expansivos” (como dice KAVANAUGH en su *opinión disidente*)–, en la que la palabra “sexo” se entiende a la luz de los usos lingüísticos y formas de pensar actuales (no de 1964).

⁵⁵ Entre otras cosas, GORSUCH se encarga de negar que la prohibición de discriminación por razón de sexo esté sujeta a alguna excepción implícita, ya que el legislador no la incluyó (obvio: si no, no estaría implícita).

ALITO dice bien: al decidir así, la Corte está actualizando la redacción de una ley antigua, para que refleje mejor los valores que prevalecen en la sociedad (y esto, para ALITO, es legislar). Pero, precisamente, esto no tiene nada que ver con el originalismo, ni con la literalidad.

5. EL JUEZ ALITO Y EL “BARCO PIRATA”

Hasta aquí la opinión mayoritaria. Llegamos a la *dissenting opinion* de ALITO (compartida por THOMAS).

ALITO argumenta que el sexo, por un lado, y la orientación sexual y la identidad de género, por otro, son cosas diferentes. Por “sexo” entiende el conjunto de características genéticas y anatómicas de un individuo en el momento de su nacimiento: en definitiva, el sexo biológico. Como prueba cita una serie de diccionarios (antes y después de 1964), que sin duda le dan la razón: los diccionarios demuestran lo que la gente habría entendido en el momento en que la ley entró en vigor.

“Es deber de la Corte”, dice, “atribuir a los términos de la Ley el significado ‘ordinario’ y ‘público’ que transmitían a personas razonables en el momento en que se redactó la Ley, a la luz, por supuesto, del contexto social: esa es la doctrina Scalia”. Ciertamente, ningún miembro del Congreso, en 1964, interpretó el texto de la Ley de la manera que la mayoría afirma hoy. De hecho, en 1964, la homosexualidad se consideraba un trastorno mental, moralmente insano y legalmente punible, y la identidad de género era simplemente desconocida.

ALITO no niega que exista una conexión entre el sexo y la orientación sexual (y la transexualidad), pero argumenta que la ley prohíbe la discriminación “por sexo”, no “por nada” relacionado con el sexo. Esta no era la intención del legislador (la “intención del Congreso”), como puede verse en la “historia legislativa” (no en el sentido de trabajo preparatorio, sino en el sentido literal de historia legislativa). Como podemos ver, ni siquiera ALITO, después de todo, es un textualista consecuente; el suyo es, al fin y al cabo, un argumento intencionalista: “La opinión de la Corte es como un barco pirata. Navega bajo una bandera textualista”. El argumento textualista se apoya, a su vez, en un experimento mental: ¿cuál habría sido la interpretación correcta del Título VII para el *estadounidense medio* en 1964? Obviamente, habría sido muy diferente a la propuesta por la mayoría de GORSUCH.

Por otro lado –observa ALITO–, la ley enumera una serie de causas de discriminación (raza, color, sexo, origen nacional), pero la lista no incluye la orientación

sexual o la identidad de género. En otras palabras, ALITO interpreta la lista como una lista “cerrada” (no ilustrativa), de modo que, *a contrario*, la orientación sexual y la identidad de género no son causas de discriminación. No en el sentido de que, por tanto, esté permitido discriminar según esos criterios (ALITO no va tan lejos), sino en el sentido de que la ley no dice nada al respecto –discriminar según la orientación sexual no tiene matices: ni está permitido ni está prohibido, es jurídicamente indiferente– y solo el legislador podría llenar el vacío.

No en vano –dice– hay proyectos de ley pendientes en el Congreso que querrían introducir una prohibición explícita en este sentido: esto no tendría sentido si la prohibición ya existiera en los pliegos del *Civil Rights Act*. Si estuviera familiarizado con el derecho de la Unión Europea, él podría añadir que también en Europa el sexo y la orientación sexual están diferenciados, siendo objetos de actos normativos distintos.

En definitiva, la prohibición de la discriminación por razón de sexo no reclama más que la igualdad de trato entre hombres y mujeres: así lo demuestra una larga serie de textos normativos y administrativos en la historia del derecho norteamericano (estatal y federal).⁵⁶ Aunque la mayoría pretende “actualizar” el significado de la ley a la luz de lo que cree que son los valores sociales no de 1964, sino de 2020.

Con consecuencias, según él, desastrosas: mencionamos solo una (omitiendo cualquier comentario). La decisión de la Corte, según ALITO, podría afectar incluso a la libertad de expresión, especialmente en el uso de los pronombres. Un individuo al que no le gusten los pronombres “él” o “ella” (y los adjetivos correspondientes), porque no se identifica con ninguno de los dos sexos (biológicos), podría quejarse de ser discriminado en función del sexo y acudir a los tribunales para obtener protección.

⁵⁶ GROVE, T. L., *cit.*, pp. 274-277, señala cómo los tribunales federales siempre han limitado el alcance de la prohibición de la discriminación por razón de sexo basándose precisamente en la “historia legislativa” (*legislative history*). En particular, varios jueces han argumentado que la llamada “enmienda de sexo” fue introducida por el político conservador Howard SMITH, quien, en línea con la mayoría del Congreso, entendió la disposición como una norma programática dirigida exclusivamente al sexo biológico, no a la orientación sexual. Esta opción interpretativa se vería confirmada por el hecho de que uno de los principales objetivos del *Civil Rights Act* era oponerse a la discriminación racial, no a la sexual. Sobre este punto, véase también BIRD, R. C., “More than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act”, *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice (Wm. & Mary J. Women & L.)*, No. 3, 1997, p. 137.

6. SIGNIFICADO ORDINARIO Y SEPARACIÓN DE PODERES

La *dissenting* de KAVANAUGH –además de insistir mucho en la separación de poderes, que inhibiría cualquier interpretación no textualista– introduce la distinción entre significado “literal” y “ordinario”.

El significado literal, entendemos (KAVANAUGH no lo define), es el que registran los diccionarios. El significado ordinario, por el contrario, es “el significado cotidiano” o “la lectura de sentido común”. Es cierto que ambos pueden divergir. Ejemplo célebre (encontrado en una antigua decisión de la Corte, 1893): según el diccionario, un tomate es técnicamente una fruta, pero en el lenguaje corriente es una verdura. KAVANAUGH asume que, en el presente caso, los dos significados no coinciden, y argumenta que la interpretación debe seguir no el significado del diccionario, sino el significado corriente en el lenguaje ordinario. De lo contrario, la Corte (y eso es lo que está haciendo la mayoría) reescribiría el derecho estadounidense e incluso el vocabulario estadounidense.

En definitiva, en el lenguaje ordinario (lenguaje común, sentido común), el sexo es algo distinto a la orientación sexual. Sin embargo, como ALITO ha demostrado persuasivamente, incluso los diccionarios distinguen entre sexo y orientación sexual. Así que la distinción de KAVANAUGH entre sentido literal y sentido ordinario es inútil e inconclusa: ambos coinciden.

“La diferencia entre los dos significados”, dice, “es especialmente importante cuando se interpretan no palabras sueltas, sino expresiones compuestas” (un sintagma, o un enunciado completo). KAVANAUGH rechaza esa “teoría del significado” (esa forma de interpretar, en realidad) según la cual el significado de una expresión compuesta no es más que la suma de los significados de las palabras componentes. Dos palabras yuxtapuestas pueden asumir un significado diferente al que tienen aisladas. Es una tesis interesante (y, por cierto, muy utilizada), pero es irrelevante aquí: estamos discutiendo el significado de “sexo”, no de “discriminación por razón de sexo”, y KAVANAUGH no ofrece ninguna interpretación alternativa de la expresión en cuestión.

La distinción entre el significado literal y el ordinario es sensata, pero algo inconclusa en este contexto. La apelación al significado ordinario, a diferencia del significado literal de los diccionarios, podría servir, quizás, para argumentar a favor de una interpretación evolutiva (el diccionario define “sexo” como sexo biológico, y ese era el significado de la palabra en 1964, pero hoy en día el significado ordinario de la palabra es más amplio). Como ALITO ha demostrado de

forma persuasiva, incluso los diccionarios distinguen entre sexo y orientación sexual. Así que es difícil ver cómo la distinción de KAVANAUGH puede servir para acreditar una interpretación originalista.⁵⁷

Dos comentarios laterales.

El primero es que el literalismo originalista es asumido por los jueces (todos ellos, al parecer: no hay ninguna *concurring opinion* no originalista),⁵⁸ solo con el débil argumento político de que cualquier interpretación diferente, en particular, evolutiva, pondría en cuestión la separación de poderes.

Esto presupone una teoría ingenua de la interpretación: la idea de que los textos normativos tienen –o tenían en el momento de su formulación– un significado objetivo conocible.⁵⁹

La segunda observación es que un textualismo originalista estrecho no parece seriamente sostenible. De hecho, incluso los textualistas presentan continuamente argumentos intencionalistas.

Quizás Alf Ross tenía razón cuando escribió que la distinción entre significado intencional y significado literal –entre interpretación “subjettiva” y “objetiva”, como se dice a veces– es engañosa, ya que la interpretación siempre parte del texto y trata de llegar a la intención.⁶⁰ La diferencia entre ambas

⁵⁷ En este sentido, nuestro análisis de *Bostock* es compatible con el de GROVE, T. L., *cit.*, p. 279 y *passim*. GROVE señala que la opinión mayoritaria, por un lado, y las dos *dissenting opinions*, por otro, representan dos formas diferentes de textualismo: una más “formalista”, que se centra en el contexto semántico y en los diccionarios (GORSUCH); una más “flexible” (contextualista), que, aunque toma el significado textual como punto central, también permite a los intérpretes leer el texto a la luz del contexto político y social del momento de la promulgación, así como de las técnicas interpretativas y argumentativas entonces permitidas (ALITO y KAVANAUGH).

⁵⁸ Como quizá cabría esperar, al menos, de Stephen BREYER (nominado por CLINTON) y Sonia SOTOMAYOR (nominada por OBAMA), que son antioriginalistas declarados.

⁵⁹ Cuando se trata de la interpretación constitucional, el originalismo (en sus principales versiones) presupone también una concepción peculiar de las relaciones entre Corte Suprema y el Congreso: se piensa en la Corte Suprema, por así decirlo, como la “boca” de la soberanía popular, y no en cambio como un poder compensatorio del poder de la mayoría.

⁶⁰ Incluso Antonin SCALIA, que había sido crítico con la doctrina intencionalista, parece admitir que la reconstrucción del significado público del texto puede llevar a la búsqueda de una especie de “intención objetivada”. Véase, por ejemplo, SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, pp. 3, 17: “Buscamos una especie de intención ‘objetivada’ - la intención que una persona razonable deduciría del texto de la ley, colocado junto al resto del *corpus juris*”. Para un impor-

técnicas interpretativas radica en los distintos elementos contextuales y co-textuales que se toman en consideración.

7. VIRTUDES PASIVAS Y DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

En la novela de André GIDE *Les Caves du Vatican* (1914), Protos afirma que “en este mundo, [es] importante no parecer demasiado lo que uno es realmente”. La opinión mayoritaria en el caso *Bostock* comparte el mismo principio: la Corte declara su fidelidad al texto, pero, de hecho, atribuye una norma no expresada al *Civil Rights Act*; la sentencia parece ser una mera defensa de los derechos LGBTQ+, pero en realidad forma parte de un programa más amplio de sistematización de los principios fundamentales que forman el núcleo del derecho laboral estadounidense.

Como se ha adumbrado anteriormente, el argumento de GORSUCH parece hacer un uso subrepticio e ideológico de la interpretación textual, como señalan correctamente las dos *dissenting opinions*. Más que una mera aplicación del significado original del Título VII de la *Ley de Derechos Civiles* (1964), la conclusión normativa (la interpretación-producto) de la mayoría de GORSUCH es una mal disimulada interpretación creativa (y, en definitiva, evolutiva) de la Corte Suprema, que redefine el término “sexo” a la luz de convicciones morales bastante extendidas en la actualidad. Tales convicciones morales, evidentemente, se reflejan en los sentimientos de justicia de la mayoría de los jueces del que ha sido calificado como el tribunal más poderoso del mundo.

Bostock parece dar voz al movimiento LGBTQ+ que, en Estados Unidos, cobra cada vez más fuerza. En última instancia, podríamos decir que la Corte Suprema ha actuado como un órgano que –en los términos de la teoría de John H. ELY– interviene para “corregir” los defectos del proceso democrático protegiendo los derechos de las minorías políticas.⁶¹

Además, en *Bostock* la mayoría de GORSUCH parece haber ido más allá de la mera traducción de la moral convencional al derecho vigente; la reinterpretación creativa del *Civil Rights Act* parece casi anticipar un futuro “progreso moral” de

tante análisis crítico de la metodología de Antonin SCALIA, véase CHIASSONI, P., “El textualismo razonable: una tentación resistible”, en A. SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, pp. 1-47.

⁶¹ ELY, J. H., *Democracy and Distrust*, pp. 135-179.

los ciudadanos estadounidenses.⁶² Retomando la ilustre teoría de Alexander BICKEL, podríamos decir que la mayoría de GORSUCH intentó “imaginar el pasado para recordar el futuro”.⁶³ Al sostener que el término “sexo” incluye la orientación sexual, la Corte Suprema no ha cristalizado en una norma jurídica ni el significado textual histórico ni la moral convencional actual o históricamente imperante (en 1964): de hecho, ha “reescrito” (*rewrite*), por así decirlo, el Título VII, a la luz de su anticipación de las preferencias morales que probablemente constituirán una nueva ortodoxia de la moral social estadounidense en el futuro.

En *Bostock*, la Corte Suprema no quiso ejercer las llamadas “virtudes pasivas”⁶⁴ y así remitir la resolución de la cuestión a los demás poderes federales. Más bien consideró los tres casos unidos como un caso “maduro” (*maduro*) para la decisión.⁶⁵ Ciertamente, la Corte Roberts no podía adoptar una decisión pilatesca recurriendo a la doctrina de la *legitimación*: negar la presencia de un interés concreto en la acción de las partes, una solución claramente no disponible para el presente caso. Sin embargo, hay otros dispositivos que podrían haber justificado una omisión o una aplicación del principio de *autocontención* (*self-restraint*), acompañada de una invitación al Congreso a actuar. Por ejemplo, la Corte Roberts podría haber argumentado que “por razón de sexo” es una frase ambigua y vaga y que corresponde al Congreso resolver la cuestión con una interpretación auténtica; o podría haber utilizado la *doctrina de la cuestión política* (*political question doctrine*),⁶⁶ afirmando que corresponde al poder legislativo regular los casos de discriminación por razón de orientación sexual. En cambio, quizá también por la prolongada inercia del Congreso, que se encontró con un poder judicial federal dividido, la Corte Suprema intervino activamente.⁶⁷

⁶² BICKEL, A. M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, p. 102 y ss. Véase también ZANON, N., *cit.*; señala cómo la Corte Roberts “no pretende renunciar a interceptar la evolución de la llamada ‘conciencia social’ en la América actual”.

⁶³ *Idem*, p. 13.

⁶⁴ BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch*, pp. 111-183.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 143-156.

⁶⁶ MULHERN, J. P., “In Defense of the Political Question Doctrine”, *U. Pa. L. Rev.*, No. 137, 1988, pp. 98-176.

⁶⁷ Andrew KOPPELMAN ilustra cómo, desde una perspectiva realista, la intervención de la Corte Suprema se limitó a anticipar una solución normativa que ahora era inevitable a la luz de las preferencias políticas de la mayoría y del contexto sociopolítico general. Véase KOPPELMAN, A., “Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves”, *Minnesota Law Review*, Nos. 20-16, 2020, pp. 1-42.

El argumento de GORSUCH, sin embargo, no hace referencia expresa a la protección de las minorías, a la “madurez” del caso, o a la función contramayoritaria de la Corte Suprema en el sistema democrático. La retórica de GORSUCH es esencialmente textualista: mediante una operación filológicamente cuestionable, GORSUCH incluye en el significado original de “sexo” también la “orientación sexual”;⁶⁸ la Corte Suprema habría operado así como portavoz de la ley, y no como sustituto del poder legislativo (federal o estatal), sin perjuicio de la separación de poderes. Las *dissenting opinions* denuncian precisamente el mal uso que hace GORSUCH de la investigación lexicográfica. La decisión de la mayoría es como un “barco pirata” que navega bajo bandera textualista: el originalismo (en la variante textualista) es solo el disfraz externo de una decisión “activista” y creativa, que extiende la protección del principio de igualdad a una categoría peculiar de trabajadores. Esta observación nos lleva a una última reflexión.

Como se mencionó al principio, *Bostock* es esencialmente un caso de discriminación laboral. De hecho, forma parte de un “paquete” de cuatro decisiones tomadas por la Corte Suprema en el mismo *term*, que tratan precisamente de las demandas por discriminación basadas en la jurisprudencia federal, sobre las que los tribunales han estado muy divididos desde la *Época Lochner* y el asalto de los tribunales progresistas a la doctrina *del laissez-faire*.⁶⁹

El 23 de marzo de 2020, la *Supreme Court* falló por unanimidad en el caso *Comcast Corp. v. NAAAOM*,⁷⁰ estableciendo un estándar de escrutinio más elevado para los casos de discriminación racial que van más allá de las primeras etapas de un juicio. En estos casos debe aplicarse necesariamente el estándar del “*but-for*” como criterio para identificar el factor motivador que preside la adopción de una medida discriminatoria.

En este caso, al igual que en *Bostock*, Neil GORSUCH asume el papel de redactor: alguien que demande a un empleador por discriminación racial en virtud de la sección 42 de Estados Unidos de 1981 (*Civil Rights Act* de 1866) debe probar, en todas las fases del proceso, que la raza es la causa real del perjuicio. Debe

⁶⁸ En su comentario sobre *Bostock*, Nelson LUND sostiene que el argumento de GORSUCH es un mero “simulacro de lo real”: la disposición “por razón de sexo” es claramente ambigua, a favor de GORSUCH; el argumento de que el factor motivador implica necesariamente una “prueba de pero” no se refleja en el texto del Título VII. En última instancia, la decisión de la mayoría no es realmente “estática”, sino “dinámica”. Cfr. LUND, N., “Unleashed and Unbound: Living Textualism in *Bostock v. Clayton County*”, *The Federalist Society Review*, No. 2, 2020, p. 1176.

⁶⁹ FRIED, B. H., *The Progressive Assault to Laissez Faire*.

⁷⁰ *Comcast v. National Association of African-American-Owned Media*, 589 U.S. ___ (2020).

hacerlo recurriendo necesariamente al estándar del “*but-for*”. Este criterio probatorio, que corresponde al demandante, se mantiene constante a lo largo del juicio, sin que la carga probatoria se desplace o alivie.

Según el razonamiento desarrollado por la Corte Suprema en el caso *Comcast Corp.*, mientras que el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 permite pruebas de imputación menos exigentes, esta solución, más favorable al trabajador, no se extiende a la Sección 1981 de la *Civil Rights Act* de 1866. Esta fuente, que data del periodo de la Reconstrucción, prescribe mecanismos probatorios muy peculiares, íntimamente ligados a la “historia legislativa” del *Civil Rights Act*.

En otras palabras, la prueba de la discriminación en virtud del Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 se satisface incluso cuando la orientación sexual es simplemente un factor motivador (y no una causa necesaria) del despido. Sin embargo, esto no se aplica a la Sección 1981 del *Civil Rights Act* de 1866: si se invoca esta disposición, el demandante debe probar necesariamente que el perjuicio no se habría producido en ausencia del elemento racial. Por lo tanto, la *Entertainment Studios Network (ESN)*, propiedad del actor y comediante Byron ALLEN, no pudo obtener remedios frente a la decisión unilateral de *Comcast Corp.* de no distribuir los contenidos audiovisuales de *ESN*, en derogación de su contrato de trabajo. Los abogados de Byron ALLEN solo habían probado la presencia de “animadversión racial” dentro de los motivos mixtos de esta denegación, pero no la causalidad “a secas”.

El 6 de abril de 2020, la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre los perfiles de discriminación laboral en el caso *Babb v. Wilkie*.⁷¹ Por una abrumadora mayoría de 8 a 1, la Corte estableció un esquema probatorio que facilita a los empleados federales demostrar la discriminación por edad. En este caso –relativo a la falta de promoción de Noris Babb, un farmacéutico empleado por el Centro Médico del Departamento de Asuntos de los Veteranos de EE.UU. en Bay Pines, Florida–, la reclamación se basó no en la *Civil Rights Act*, sino en la Ley de discriminación por edad en el empleo (ADEA) de 1967, que contiene la disposición siguiente: “Todas las acciones de personal que afecten a los empleados o solicitantes de empleo que tengan al menos 40 años de edad [...] se realizarán sin ninguna discriminación basada en la edad”.⁷²

⁷¹ *Babb v. Wilkie*, 589 U.S. ___ (2020).

⁷² Ley de discriminación por edad en el empleo de 1967 (ADEA), 88 Stat. 74, 29 U. S. C. § 633a (a).

Escribiendo para la mayoría de la Corte Roberts, el juez ALITO afirma que el significado textual de esta disposición no implica que el estándar “*but-for*” debe cumplirse necesariamente para que haya una violación de la ADEA. El factor de la edad no tiene por qué ser una razón necesaria con respecto a la medida discriminatoria. Según ALITO, el propio texto de la ADEA –interpretado a la luz de las reglas sintácticas y semánticas del periodo de adopción– sugiere que basta con que la edad sea una de las razones consideradas por el empresario para ofrecer un trato desfavorable a un empleado federal. El incumplimiento del criterio *but-for* es ciertamente relevante para determinar el remedio apropiado para una medida discriminatoria (por ejemplo, si no se cumple el criterio, el empleado no tendrá derecho a una *indemnización por daños y perjuicios*), pero no es esencial para probar la existencia de una medida discriminatoria.

Por último, en el caso del *Colegio Nuestra Señora de Guadalupe v. Morrissey-Berru*,⁷³ decidido el 8 de julio de 2020, la Corte Suprema dictaminó que los empleadores, por un lado, pueden invocar las protecciones de la Primera Enmienda para evitar la interferencia con la ley en la selección, promoción y el despido de “ministros de la religión” y otros que trabajan en entornos religiosos –la llamada “excepción ministerial”⁷⁴– pero, por otro lado, la excepción debe entenderse como una herramienta flexible, que en contextos religiosos da a los empleadores mayor o menor discreción, dependiendo del tipo de empleo. ALITO, escribiendo para la Corte, explica que la discrecionalidad es mayor en el caso de un empleado que realiza importantes funciones religiosas, y mínima cuando el trabajo tiene una conexión menos directa con la religión. Sin embargo, la Corte Suprema exigió a los empleadores que fueran más transparentes en cuanto a los criterios y patrones de conducta prescritos: por ejemplo, en el caso de la contratación de un profesor, el empleador tendrá que explicar si el compromiso de rezar con los alumnos, la asistencia regular a los servicios religiosos, etc., son elementos clave para obtener o conservar el puesto, porque son fundamentales para la misión educativa de la institución.

Ciertamente, de todos estos casos, *Bostock* es el más destacado, ya que afecta, por un lado, a la interpretación del *Civil Rights Act* (1964) –piedra angular del derecho antidiscriminatorio estadounidense– y, por otro, a los derechos LGBTQ+, que, como ya se ha dicho, son objeto de un amplio y vivo debate en el plano de la moral convencional. Sin embargo, las similitudes entre *Bostock*, *Comcast Corp.*, *Babb v. Wilkie*, y la *Escuela la Señora de Guadalupe* son muchas.

⁷³ *Morrissey-Berru*, 591 U.S. ____ (2020).

⁷⁴ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U. S. 171, 196 (2012).

En primer lugar, todas estas decisiones se refieren a la aplicación de la norma “*but-for*” en el ámbito de la discriminación laboral. La Corte Roberts, por lo tanto, está intentando sistematizar esta área del derecho asignando a diferentes clases de casos normas probatorias más o menos exigentes. En segundo lugar, casi todas las decisiones mencionadas anteriormente son *statutory interpretation*, ya que la Corte no presenta un verdadero *constitutional argument*: la excepción es *Guadalupe*, que defiende una interpretación particular de la Primera Enmienda. Por último, y este es el perfil más relevante para la teoría de la interpretación, todas son decisiones textualistas y, en última instancia, originalistas. En *Comcast Corp.*, GORSUCH recurre a argumentos textuales y a *la historia legislativa* para ilustrar por qué el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 permite pruebas de causalidad menos estrictas –como la prueba del factor motivador, por ejemplo–, mientras que la Sección 1981 de la *Civil Rights Act* de 1866 no lo permite. Del mismo modo, en el caso *Babb v. Wilkie*, el juez ALITO utiliza el *plain meaning* “histórico” para justificar la aplicación de normas probatorias más favorables al empleado en casos de discriminación por edad.⁷⁵ En *Guadalupe*, de nuevo, ALITO reconstruye contextualmente el significado de la Primera Enmienda a la luz del trasfondo político estadounidense en el momento de su adopción: los padres constitucionales querían evitar reproducir en Estados Unidos el modelo de los *statutes* ingleses del siglo XVI, que otorgaban a la Corona el poder de nombramiento y control, incluso para los *cargos religiosos*. En este caso, el argumento adquiere tintes casi intencionalistas.

8. CONCLUSIONES

Todavía es difícil predecir las consecuencias de *Bostock* y de las otras tres decisiones que acabamos de mencionar en el sistema jurídico estadounidense.

⁷⁵ *Babb v. Wilkie*, 589 U.S.____ (2020): “Hasta aquí los términos individuales utilizados en §633a(a). Lo que realmente importa para los fines actuales es la forma en que estos términos se relacionan entre sí. Dos cuestiones de sintaxis son fundamentales. En primer lugar, ‘basado en la edad’ es una frase adjetiva que modifica al sustantivo ‘discriminación’. No modifica las ‘acciones de personal’. El estatuto no dice que ‘es ilegal tomar acciones de personal que se basen en la edad’; dice que ‘las acciones de personal [...] se harán libres de cualquier discriminación basada en la edad’. §633a(a). En consecuencia, la edad debe ser la causa de la discriminación, es decir, del trato diferenciado, pero no necesariamente la causa de la acción personal en sí misma. En segundo lugar, ‘libre de toda discriminación’ es una frase adverbial que modifica el verbo ‘hecho’. *Ibid.* Por lo tanto, ‘libre de toda discriminación’ describe cómo debe ‘realizarse’ una acción de personal, es decir, de una manera que no esté contaminada por un trato diferencial basado en la edad. Si la discriminación por razón de edad desempeña algún papel en la toma de una decisión, ésta no se toma de forma no contaminada por dicha discriminación. Este es el significado directo de los términos de §633a(a), e indica que la ley no exige que se pruebe que una decisión de empleo habría resultado diferente si no se hubiera tenido en cuenta la edad”.

Solo podemos esperar la oportunidad de observar empíricamente el impacto real de *Bostock* en las futuras decisiones de los tribunales federales. ¿Será obligatorio cambiar las normas que rigen el uso del baño? ¿Tendrán los recursos humanos, los empresarios y los ejecutivos que recibir formación y concienciación sobre la discriminación LGBTQ+? ¿Tendrá que cambiar necesariamente la forma de estructurar un currículum para el empleo (por ejemplo, habrá que eliminar las fotos del *currículum*)? ¿Tendrán los transexuales, libertad para elegir su propio *dressing code* personal, o tendrán que atenerse a las políticas de la empresa y a las directrices del empleador, incluso cuando no se sientan identificados?⁷⁶ ¿Qué pasa con el acceso a las prestaciones complementarias, las primas y los premios individuales? ¿Podrá el empresario fijarlas a su discreción, o tendrá que garantizar la igualdad de trato para los LGBTQ+? Con toda probabilidad, la difícil respuesta a todas estas cuestiones se dejará en manos de la jurisprudencia de los trece *Circuit Courts*.⁷⁷

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

BARNES, Randy, "¿Neil Gorsuch? The Surprise behind the Supreme Court's Surprising LGBTQ Decision", *The Washington Post* (16 de junio de 2020, 8:06 PM).

BARRETT, Amy Coney, "Countering the Majoritarian Difficulty", *Constitutional Commentary*, No. 32, 2017.

BENNETT, Robert W., "The Mission of Moral Reasoning in Constitutional Law", 58 *Southern California Law Review* (*S. Cal. L. Rev.*), 1985, pp. 647-660.

BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

BERGER, Raoul, "Original Intention in Historical Perspective", *The George Washington Law Review* (*Geo. Wash. L. Rev.*), No. 54, 1986, pp. 296-337.

BICKEL, Alexander M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Evanston y Londres, Harper & Row Publ., Nueva York, 1970.

BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1986.

⁷⁶ SZIMANSKI, C., "Gli Stati Uniti al passo con l'Unione Europea...", *cit.*, señala las posibles antinomias entre las disposiciones antidiscriminatorias del Título VII, tal y como fueron (re)interpretadas en *Bostock*, y la libertad religiosa del empresario, protegida por la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) 42 U.S.C. Section 2000bb *et passim* (p. 553). La posibilidad de antinomias también se vería incrementada por la lectura expansiva que hizo el Corte Suprema de las disposiciones de la RFRA en el caso *Burnwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682.

⁷⁷ Sobre el papel de los tribunales federales, véase CHEMERINSKY, E., *Federal Jurisdiction*.

- BOBBITT, Philip C., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- BORK, Robert H., "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal (Ind. L. J.)*, No. 147, 1971, pp. 1-35.
- BORK, Robert H. "Discurso ante la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego (18 de noviembre de 1985)", reimpresso en *The Great Debate. Interpreting our Written Constitution*, en *The Federalist Society*, No. 45, Washington DC, 1986.
- BORK, Robert H., "The Constitution, Original Intent, and Economic Rights", *San Diego Law Review (San Diego L. Rev.)*, No. 23, 1986, pp. 823-832.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America*, The Free Press, Nueva York, 1990.
- BRATMAN, Michael E., *Faces of Intention*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- BREST, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review (Bu. L. Rev.)*, No. 60, 1980, pp. 204-238.
- BREST, Paul, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive", *The Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)*, 1971, pp. 95-131.
- BIRD, Robert C., "More than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act", *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice (Wm. & Mary J. Women & L.)*, No. 3, 1997, pp. 137-161.
- BRUDNEY, James J. & Lawrence BAUM, "Oasis or Mirage: The Supreme Court's Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras", *William and Mary Law Review (Wm. & Mary L. Rev.)*, No. 55, 2013, pp. 483-580.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, Aspen Publishers, Nueva York, 2012.
- CHIASSONI, Pierluigi, "El textualismo razonable: una tentación resistible", en Antonin SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Palestra, Lima.
- COLBY, Thomas B. & Peter J. SMITH, "Living Originalism", *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, No. 59, 2009, pp. 239-307.
- DWORKIN, Ronald, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review (Fordham L. Rev.)*, No. 65, 1997, pp. 1249-1268.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Harvard, 1986.
- ELY, John H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980.
- ESKRIDGE, William N. Jr., "Dynamic Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, No. 135, 1986/1987, pp. 1479-1555.

- FALLON, Richard H. Jr., "The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication", *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)*, No. 90, 2015, pp. 1753-1834.
- FALLON, Richard H. Jr., "Constitutionally Forbidden Legislative Intent", *Harvard Law Review*, No. 130, 2016, pp. 523-589.
- FISH, Stanley, "Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law", *Cardozo Law Review (Cardozo L. Rev.)*, No. 29, 2008, pp. 1109-1146.
- FLEMING, James E., "Are We All Originalists Now? I hope not!", *Texas Law Review*, No. 91, pp. 1785-1813.
- FRIED, Barbara H., *The Progressive Assault to Laissez Faire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001.
- GEIS, Michael L., "The Meaning of Meaning in the Law", *Washington University Law Quarterly (Wash. U. L. Q.)*, No. 73, pp. 1125-1144.
- GILBERT, Margaret, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, "Dworkin as an Originalist", *Constitutional Commentary*, No. 17, 2000, pp. 49-78.
- GORSUCH, Neil, *A Republic, If You Can Keep It*, Crown Publishing, Nueva York, 2019.
- GROVE, Tara L., "Which Textualism?", *Harvard Law Review*, No. 134, pp. 265-307.
- KAY, Richard S., "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses", *Nw. U. L. Rev.*, No. 82, 1988, pp. 226-292.
- KOPPELMAN, Andrew, "Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves", *Minnesota Law Review*, Nos. 20-16, 2020, pp. 1-42.
- KUSHNER, James A., "Substantive Equal Protection: The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review", *Missouri Law Review (Mo. L. Rev.)*, No. 53, 1988, pp. 423-463.
- LUND, Nelson, "Unleashed and Unbound: Living Textualism in Bostock v. Clayton County", *Federalist Society Review*, No. 21, 2020, pp. 176-185.
- MAGGS, Gregory E., "A Concise Guide to the Records of the Federal Constitutional Convention of 1787 as a Source of the Original Meaning of the U.S. Constitution", *The George Washington L. Rev.*, No. 80, 2012, pp. 1707-1750.
- MANNING, John F., "Textualism and Legislative Intent", *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, No. 91, 2005, pp. 419-492.
- MANNING, John F., "Second-Generation Textualism", *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, No. 98, 2010, pp. 1287-1318.

- McCONNELL, Michael W., "Textualism and the Dead Hand of the Past", *The George Washington Law Review*, No. 66, 1998, pp. 1127-1140.
- McGINNIS, John O. y Michael B. RAPPAPORT, "Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case against Construction", *Northwestern University Law Review*, No. 103, 2009, pp. 751-802.
- MEESE, Edwin III, "U.S. Attorney General, Speech before the American Bar Association" (Jul. 9, 1985).
- MELVIN, Edward J., "Judicial Activism - The Violation of an Oath", *The Catholic Lawyer (Cath. Law.)*, No. 27, 1992, pp. 283-300.
- MOURITSEN, Stephen C. & Thomas R. LEE, "Judging Ordinary Meaning", *The Yale Law Journal (Yale L. J.)*, No. 127, 2018, pp. 788-878.
- MULHERN, Peter J., "In Defense of the Political Question Doctrine", *University of Pennsylvania Law Review*, 1988, pp. 98-176.
- NELSON, Caleb, "¿What Is Textualism?", *Virginia Law Review*, No. 91, 2005, pp. 347-418.
- NELSON, Caleb, "Judicial Review of Legislative Purpose", *New York University Law Review (N.Y.L. Rev.)*, No. 83, 2008, pp. 1784-1882.
- POSNER, Richard A., "Statutory Interpretation- in the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev)*, No. 50, 1983, pp. 800-822.
- POSNER, Richard A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Boston (MA), 2003.
- RAKOVE, Jack N., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Random House, Nueva York, 1997.
- REHNQUIST, William H., "The Notion of a Living Constitution", *Texas Law Review (Tex. L. R.)*, No. 54, 1976, pp. 693-706.
- RICHARDS, David, *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.
- SCALIA, Antonin, "Originalism; The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review (U. Cin. L. Rev.)*, No. 57, 1989, pp. 849-863.
- SCALIA, Antonin, "Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en Amy GUTMANN (Ed.), *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997.
- SCALIA, Antonin, & Bryan A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson West, St. Paul, 2012.

- SHEPSLE, Kenneth A., "Congress Is a 'They', Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron", *International Review of Law and Economics (Int'l Rev. L. & Econ.)*, No. 12, 1992, pp. 239-256.
- SOLUM, Lawrence B., *Constitutional Originalism: A Debate*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2011.
- SOLUM, Lawrence B., "Originalism and Constitutional Construction", *Fordham Law Review*, No. 82, 2013, pp. 453-537.
- STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SZYMANSKI, Charles, "The United States in step with the European Union: the Inclusion of Sexual Orientation in Anti-discrimination Law", *Diritti, lavoro, mercati*, 2020, pp. 539-557.
- TIEFER, Charles, "The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court", *Wisconsin Law Review (Wis. L. Rev.)*, No. 2000, 2000, pp. 205-277.
- TUSHNET, Mark, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Boston, 1988.
- WALD, Patricia M., "Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term", *Iowa Law Review (Iowa L. R.)*, No. 68, 1983, pp. 195-216.
- WEST, Robin L., "The Authoritarian Impulse in Constitutional Law", *University of Miami Law Review (U. Miami L. Rev.)*, No. 42, 1988, pp. 531-552.
- WHITTINGTON, Keith E., "Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation", *The Review of Politics*, No. 62, 2000, pp. 297-229.
- WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in Federal Courts", en *Vanderbilt Law Review*, No. 59, 2006, pp. 793-871.
- ZANON, Nicolò, "Che significa discriminare perché di sex? en Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti", *Quaderni Costituzionali*, No. 4, 2020, pp. 839-842.
- ZEPPOS, Nicholas S., "Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation", *Vanderbilt Law Review*, No. 76, 1990, pp. 1335-1360.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- P. v. S. y Cornwall Country Council* (asunto C-13/94)
- Babb v. Wilkie*, 589 U.S. (2020).
- Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. 2020
- Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Burnwell v. Hobby Lobby Stores, 573 U.S. 682.

Comcast v. National Association of African-American-Owned Media, 589 U.S. (2020).

Conroy v. Aniskoff, 507 U.S. 511, 519 (1993) (SCALIA, J., concurrente)

District of Columbia v. Heller 554 U.S. 570 (2008).

Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs, Inc. 545 U.S. 546, 568 (2005) (Kennedy, J.)

Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius, No. 12-6294, 2012 WL 6930302 (10th. Cir. Dec. 20, 2012).

Home Bldg. & Loan Assn v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 453 (1934) (Southerland, J., disidente)

Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC, 565 U. S. 171, 196 (2012).

Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718, 730 (1982).

Morrissey-Berru, 591 U.S. (2020).

Smith v. United States, 508 U.S. 223 (1993).

United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 533 (1996).

Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U.S. 252, 270 n. 21 (1977).

Recibido: 30/4/2021
Aprobado: 18/6/2021