

# INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. A PROPÓSITO DEL CASO BOSTOCK Y EL FUTURO DEL ORIGINALISMO

Constitutional interpretation and antidiscriminatory law. About Bostcok Case and the future of originalism

PABLO NUEVO LÓPEZ<sup>1</sup>

Universitat Abat Oliba CEU, CEU Universities

pnuevo@uao.es

## Cómo citar/Citation

Nuevo López, P. (2020).

Interpretación constitucional y derecho antidiscriminatorio.

A propósito del caso *Bostock* y el futuro del originalismo.

*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), 449-464.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.14>

## Resumen

En el presente trabajo se analiza el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Bostock v. Clayton County*, en el que consideró que la prohibición de discriminación por razón de sexo de la Ley de derechos civiles de 1964 protege también frente a la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género. Dado que el ponente que refleja la opinión mayoritaria de la Corte es el juez Neil Gorsuch —nombrado por el presidente Trump para el

---

<sup>1</sup> Pablo Nuevo López es doctor en Derecho por la Universidad San Pablo CEU. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Abat Oliba CEU de Barcelona. Este trabajo es resultado del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-104414GB-C32 «Instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional» y se inserta en las actividades del Grupo de estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO. Grupo consolidado por la Generalitat en 2017, SGR 1595).

cargo, y defensor del originalismo y el textualismo como métodos de interpretación jurídica—, se presta especial atención al modo en que dicha teoría influye en el razonamiento de la opinión de la mayoría, lo mismo que en los votos particulares de los jueces Alito y Kavanaugh.

### ***Palabras clave***

Derecho antidiscriminatorio; originalismo; interpretación constitucional; separación de poderes.

### ***Abstract***

This paper discusses the recent ruling of the U.S. Supreme Court in *Bostock v. Clayton County*, in which the Court considered that the sex discrimination ban of the Civil Rights Act of 1964 also protects against discrimination based on sexual orientation or gender identity. Given that who reflects the Court's majority opinion is Judge Neil Gorsuch – appointed by President Trump to office, and advocate of originalism and textualism as a method of legal interpretation, particular attention is paid to how that theory influences the reasoning of the majority's opinion, as well as the dissenting opinions of Judges Alito and Kavanaugh.

### ***Keywords***

Antidiscriminatory law; originalism; constitutional interpretation; separation of powers.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO BOSTOCK Y LA APROXIMACIÓN ORIGINALISTA DEL JUEZ GORSUCH. III. NO TOMARÁS EL NOMBRE DE SCALIA EN VANO: LOS VOTOS PARTICULARES DE ALITO Y KAVANAUGH: 1. Originalismo y discriminación por orientación sexual. 2. Separación de poderes y *rule of law*. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de junio de 2020 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictó una sentencia que, más allá del caso concreto, marcará la evolución del propio tribunal en los próximos años, al decidir que un empleador que despide a una persona simplemente por ser gay o transgénero viola el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964, aplicando a la orientación sexual la protección del derecho antidiscriminatorio.

Hasta este momento, la expansión de derechos en casos sobre cuestiones morales controvertidas había venido de la mano del activismo judicial de jueces progresistas (*liberals*), que por considerar que la Constitución es un texto vivo corresponde a los tribunales adaptar las previsiones constitucionales a los sentimientos de justicia y libertad presentes en la sociedad de cada momento.

Este activismo judicial es patente en casos como *Griswold v. Connecticut* (1965), en el que el Tribunal señaló que de la penumbra de los derechos reconocidos en la Constitución emana un derecho a la privacidad que incluye el derecho de acceder a los anticonceptivos, o en la saga de decisiones sobre el aborto; así, por ejemplo, en *Roe v. Wade* (1973) incluyó en el derecho a la privacidad descubierto en *Griswold* el aborto como derecho constitucional de las mujeres, y en *Casey v. Planned Parenthood* (1992) afirmó que en el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana.

Idéntico modo de razonar —a partir de premisas abstractas de libertad, justicia e igualdad que iluminarían el sentido de la Constitución viviente— ha marcado la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en cuestiones sobre orientación sexual. En este sentido, en *Lawrence v. Texas* (2003) consideró contraria a la Constitución una norma que penalizaba la homosexualidad por vulnerar el derecho a la privacidad y la autonomía personal, y en *Obergefell v. Hodges* (2015) que dicho derecho debía incluir el de contraer

matrimonio con alguien del mismo sexo, pues lo contrario —y aun cuando la unión homosexual fuera legal y dispusiera de algún tipo de reconocimiento jurídico— tiene como efecto mostrar que los gays y lesbianas son desiguales en importantes aspectos, precisamente porque el Estado hace del matrimonio algo singularmente valioso por el significado que le otorga<sup>2</sup>.

Sin embargo, en *Bostock v. Clayton County*, y con Neil Gorsuch como ponente, el Tribunal Supremo no solo consideró discriminatorio el despido de personas gay o transgénero por el mero hecho de serlo, sino que lo hizo a partir de una interpretación de la norma basada en el originalismo y el textualismo, esto es, considerando que «únicamente la palabra escrita es la ley», y por tanto excluyendo de su razonamiento consideraciones abstractas de justicia, libertad o igualdad. De ahí que sea la argumentación del caso lo que le convierte en especialmente relevante.

## II. EL CASO BOSTOCK Y LA APROXIMACIÓN ORIGINALISTA DEL JUEZ GORSUCH

En el caso *Bostock* los litigantes son tres empleados que, después de llevar años desempeñando de manera satisfactoria su trabajo, fueron despedidos cuando revelaron a sus respectivos empleadores su orientación sexual o su comportamiento transgénero. Gerald Bostock llevaba más de una década trabajando para el condado de Clayton, en Georgia, en la oficina de defensa del menor cuando, a raíz de su participación en una liga deportiva para homosexuales, fue despedido por comportamiento impropio. Donald Zarda, instructor de paracaidismo, llevaba varias temporadas trabajando para la compañía Altitude Express en Nueva York hasta que, tras mencionar que era homosexual, fue despedido. Aimee Stephens trabajaba para una funeraria en Michigan, y cuando llevaba seis años en dicho empleo fue diagnosticado de «disforia de género», tras lo cual escribió a su empleador que, a la vuelta de un periodo vacacional, pretendía vivir y trabajar a tiempo completo como una mujer, sin embargo, y tras alegar que «la cosa no va a funcionar», su empleador le comunicó el despido antes de comenzar las vacaciones.

En los procesos judiciales iniciados en sus Estados de origen los resultados fueron contradictorios. En el caso del señor Bostock la Corte del Undécimo Circuito concluyó que la Ley de derechos civiles de 1964 no prohíbe a un empleador despedir a un trabajador por ser homosexual. En el caso del señor Zarda, la Corte del Segundo Circuito señaló que la discriminación por orientación sexual vulnera el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964,

<sup>2</sup> A este respecto, véase el comentario de David Delgado Ramos a la citada sentencia (Delgado Ramos, 2017).

conclusión a la que también llegó —para el caso de personas con comportamiento transgénero— la Corte del Sexto Circuito.

Aunque en el curso de los respectivos procesos los señores Zarda y Stephens fallecieron, sus herederos continuaron litigando e impulsando las causas pendientes. De este modo, la Corte Suprema se encontró con una cuestión netamente constitucional, sobre el alcance de la protección del derecho antidiscriminatorio en las relaciones de trabajo, con pronunciamientos opuestos en varios tribunales federales, de manera que decidió asumir los casos para decidir cómo debe interpretarse en este aspecto el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964.

En la opinión mayoritaria del juez Neil Gorsuch, el Tribunal dictaminó que la discriminación por parte de los empleadores contra cualquier empleado debido a la identidad de género u orientación sexual de ese empleado es inherentemente la misma discriminación «por sexo» prohibida por el título VII.

Para llegar a esta conclusión, el juez Gorsuch comienza haciendo una profesión de fe originalista. Así, el razonamiento comienza señalando lo siguiente:

Este Tribunal normalmente interpreta una ley de acuerdo con el sentido público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación. Después de todo, solo las palabras escritas en la misma constituyen la norma adoptada por el Congreso y aprobada por el Presidente. Si los jueces pudieran agregar, remodelar, actualizar o restar valor de antiguos términos legales inspirados únicamente en fuentes extratextuales y nuestra propia imaginación, correríamos el riesgo de enmendar las normas desde fuera del proceso legislativo reservado a los representantes del pueblo. Y negaríamos a la gente el derecho a seguir confiando en el significado original de la ley con el que han contado para conocer sus derechos y obligaciones.

A partir de esta toma de postura sobre el método interpretativo adecuado para dilucidar el alcance del derecho antidiscriminatorio, considera el juez Gorsuch que lo que debe hacer la Corte Suprema es determinar el significado del mandato presente en el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 conforme al cual es ilegal para un empleador tratar menos favorablemente en el ámbito laboral a un individuo por razón de raza, color de piel, religión, sexo u origen nacional, extendiéndose esta prohibición de discriminación al acceso al trabajo, a las condiciones del mismo (salario, beneficios empresariales, etc.) o a la permanencia en el puesto (protección frente al despido).

De los diferentes motivos de discriminación prohibidos por el Título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 el juez Gorsuch considera que únicamente es relevante, en el caso objeto de examen, la discriminación por razón de sexo, añadiendo además que el Tribunal asume que sexo significa lo

que los empleadores originalmente demandados consideran que significa: la distinción biológica entre varón y mujer.

Sin embargo, eso no es más que el comienzo del análisis jurídico de casos como el presente en *Bostock v. Clayton County*, pues lo relevante no es el significado que tenía el término «sexo» en 1964, sino qué dice al respecto la ley aplicable. Así, el enunciado normativo presente en el título VII prohíbe a los empleadores realizar determinadas acciones «por razón de» sexo; de este modo, continúa la línea argumental del juez Gorsuch, la norma incluye una relación de causalidad próxima (*but-for causation*), que se considera probada siempre que un resultado en particular no hubiera ocurrido «de no ser por» la supuesta causa. Por otro lado, aunque en ocasiones determinados acontecimientos puedan presentar múltiples relaciones de causalidad de esta naturaleza, ello no implica que puedan considerarse anuladas o compensadas.

De lo anterior se deriva, en opinión de Gorsuch asumida por la Corte, que un demandado por vulnerar la prohibición de discriminación del título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 no puede eludir su responsabilidad simplemente mostrando otro factor como motivo de su decisión sobre cuestiones laborales; en la medida en que el sexo del trabajador fue causa de la decisión empresarial es suficiente para considerar que se ha vulnerado la ley.

Antes de analizar si en los casos enjuiciados el sexo constituyó un factor de discriminación, prosigue el juez Gorsuch el análisis de la norma aplicable, para lo que se plantea qué significado ordinario tenía el término «discriminar» en 1964, concluyendo que más o menos lo mismo que en nuestros días, a saber, practicar con alguien una diferencia de trato, por lo que trato discriminatorio contra una persona se da cuando se trata a ese individuo peor que a otros que están en una posición similar<sup>3</sup>.

Asimismo, y tras analizar la norma y la jurisprudencia de la propia Corte Suprema considera Gorsuch que las normas antidiscriminatorias están dirigidas a proteger a personas individualmente consideradas, y no a grupos de personas, de manera que una conducta de un empleador que implique un tratamiento desigual y desfavorable para un individuo por razón de su sexo debe reputarse discriminatoria y prohibida por el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964, aun cuando dicho empleador trate, de manera equivalente, a hombres y mujeres en tanto que grupos de personas. A modo de ejemplo: sería discriminatorio un despido a una mujer por rechazar prestar favores sexuales a su empleador, aunque ese empleador tratara al resto de las

---

<sup>3</sup> Debe tenerse en cuenta que, así como en nuestro lenguaje jurídico distinguimos entre desigualdad (meramente, trato diferenciado) y discriminación (trato desigual no justificado, por lo que nunca puede haber una discriminación jurídicamente correcta), en el lenguaje jurídico norteamericano se emplea siempre el término discriminar («discriminate»), por lo que es necesario saber si se trata de una discriminación ajustada a derecho o una discriminación de carácter antijurídico.

mujeres de su empresa de manera equivalente a los hombres que trabajan en ella.

Esta interpretación del significado del texto de las cláusulas antidiscriminatorias en el momento de aprobación de la ley permite a la Corte formular una regla clara y precisa: un empleador vulnera el título VII cuando intencionalmente despide a un individuo basándose, aunque sea en parte, en su sexo, y sin que alteren esta conclusión que concurrieran otros factores, aparte del sexo del trabajador despedido, en la motivación del empleador para dicho despido. Y tampoco afecta a la responsabilidad por conducta antijurídica que el empleador trate a las mujeres como grupo del mismo modo que a los varones como grupo, porque lo que la ley prohíbe es el trato discriminatorio a individuos singularizados.

Una vez sentado el significado que tiene, para la mayoría de la Corte, el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 que prohíbe la discriminación por razón de sexo, el juez Gorsuch procede a contrastarla con los casos de los señores Bostcok, Zarda y Stephens, y llegando a la conclusión que en los tres supuestos ha habido conducta discriminatoria por parte de los respectivos empleadores.

En primer término, considera que «es imposible discriminar a una persona por ser homosexual o transgénero sin discriminar a ese individuo por razón de su sexo».

Gorsuch llega a esta conclusión porque, en su opinión, los empleadores que participan en este tipo de discriminación aceptan una determinada conducta en empleados de un sexo, pero no en empleados del otro. A su entender, en aquellos supuestos en que un empleador aprueba la atracción de los empleados hacia las mujeres, pero solo si dichos empleados son hombres, no puede razonablemente decirse que cumple con los mandatos contra la discriminación sexual del título VII. Esto es cierto porque lo que está en juego no es el acto de sentir atracción por las mujeres; esto no representa una preocupación inherente para dicho empleador; en cambio, es el sexo del individuo (hombre o mujer) que realiza la acción (tener una atracción hacia las mujeres) el que impulsa el trato diferenciado de cada empleado.

Esta conclusión no cambia si el empleador toma la decisión por varios motivos, siempre que uno de ellos sea por razón de sexo. En este sentido, expresamente señala:

Cuando un empleador despide a un empleado porque es homosexual o transgénero, pueden estar en juego dos factores causales: el sexo del individuo y algo más (el sexo por el que el individuo se siente atraído o con el que se identifica). Pero eso al Título VII no le importa.

De ahí que, continúa Gorsuch, aunque el motivo del empleador sea tratar de manera diferente a homosexuales o transgénero (algo no directamente

prohibido por la Ley de derechos civiles de 1964), para hacerlo no puede dejar de lado el sexo del empleado a quien quiere dar un tratamiento desfavorable por su orientación sexual, pues «la homosexualidad y la condición transgénero están íntimamente ligadas al sexo».

La interpretación «textualista» de la cláusula antidiscriminatoria de la Ley de 1964 se ve reforzada, para la mayoría de los magistrados, en los precedentes de la Corte, de los cuales se desprende, en su opinión, que para apreciar discriminación por razón de sexo es indiferente cómo contemple o revista su práctica discriminatoria el empleador<sup>4</sup>, si el sexo del empleado no es el único factor que motiva el trato desfavorable por parte del empleador<sup>5</sup> o si este puede demostrar que, pese a haber tratado desfavorablemente por razón de sexo a un individuo concreto, trata de forma semejante a varones y mujeres en tanto que grupos<sup>6</sup>.

Después de anunciar el resultado, procede el juez Gorsuch a responder a las objeciones planteadas por los demandados.

En primer lugar, aun concediendo que la Ley de derechos civiles de 1964 no incluyó la orientación sexual entre las causas de discriminación expresamente prohibidas, en opinión de Gorsuch es imposible discriminar por a homosexuales o transgénero sin tener en cuenta el sexo de las personas afectadas.

En segundo lugar, tampoco puede acoger el argumento de los empleadores inicialmente demandados conforme al cual teniendo en cuenta las convicciones de la sociedad americana de 1964 es evidente que quienes aprobaron la Ley de derechos civiles no tenían en mente su aplicación a casos

<sup>4</sup> *Phillips v. Martin Marietta Corp.* (1971), que consideró discriminatoria la práctica de una empresa que consistía en vetar la contratación de mujeres con hijos pequeños, aunque el motivo de esta política empresarial no fuera el sexo de la potencial empleada (en el proceso quedó probado que la empresa contrataba con normalidad mujeres sin hijos), sino evitar los problemas derivados de las necesidades de conciliación de las mujeres con niños pequeños.

<sup>5</sup> *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart* (1978), que apreció discriminación por razón de sexo en la decisión de un empleador de exigir a las mujeres una contribución mayor al fondo de pensiones de la compañía, aunque el motivo de la empresa para tratar de justificar el trato desigual fuera la mayor esperanza de vida de las mujeres.

<sup>6</sup> *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (1998), que consideró discriminatorio un trato desfavorable para un empleado que había denunciado acoso sexual por parte de otros trabajadores varones, señalando la Corte que no alteraba el resultado que la empresa tratara a varones y mujeres por igual, o que no estuviera en la mente del legislador la posibilidad de acoso sexual contra varones, pues el sistema constitucional garantiza un gobierno por las leyes y no por las preocupaciones de los legisladores.

de discriminación contra homosexuales o personas con disforia de género, pues lo relevante es el texto aprobado y no las motivaciones de los legisladores.

En este sentido, señala que:

Un empleador que despide a un individuo por ser homosexual o transgénero lo hace por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de un sexo diferente. El sexo juega un papel necesario e indiscutible en la decisión, exactamente lo que el Título VII prohíbe. Aquellos que adoptaron la Ley de Derechos Civiles podrían no haber anticipado que su trabajo conduciría a este resultado particular. Pero los límites de la imaginación de los redactores no proporcionan ninguna razón para ignorar las exigencias de la ley. Solo la palabra escrita es ley, y todas las personas tienen derecho a beneficiarse de ella.

Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que cuando el texto de la norma es clara procede aplicarla según se desprende del mismo, sin que corresponda a los tribunales alterar el significado de los enunciados normativos por consideraciones de carácter extratextual, como puede ser el entender que el sentido del texto conduce a aplicarlo a casos no inicialmente previstos por el legislador, o que quizá el legislador habría regulado de manera diferente de saber que la norma adoptada les sería de aplicación, pues en última instancia «estamos gobernados por leyes» y no por lo que pueda considerarse que fuera la intención (principal, o única) del legislador.

De manera especialmente significativa, en este punto Gorsuch procede a citar al difunto juez Scalia, uno de los principales exponentes del originalismo y textualismo como métodos de interpretación jurídica, especialmente en cuestiones constitucionales<sup>7</sup>.

Gorsuch continúa poniendo de manifiesto que una interpretación textualista de la norma debe estar abierta a la posibilidad de que las palabras usadas en la norma signifiquen en el momento de la aplicación algo diferente a lo que significaban en el momento de aprobación de la misma, o que aplicadas en un contexto determinado varíen su significado respecto del que tienen normalmente. Pero eso, en opinión de Gorsuch, no sucede en los casos analizados.

Y es que, señala, en lugar de sugerir que el texto de la norma tiene algún otro significado, los empleadores y los jueces que emiten un voto particular discrepante, simplemente sugieren que, debido a que pocos esperaban el resultado de hoy en 1964, la Corte debería abstenerse de apreciar que concurre una causa de discriminación prohibida por la ley.

Sin embargo, para el juez Gorsuch debe rechazarse esa conclusión, y para ello utiliza unos términos que se corresponden con los que, en las últimas décadas, han empleado los defensores del originalismo y de la teoría

---

<sup>7</sup> Scalia y Garner (2012).

de la autorrestricción de los tribunales en contra del activismo judicial que ha llevado a la expansión progresista (*liberal*, en el contexto norteamericano) de los derechos que emanan de la Constitución.

A este respecto, resalta Gorsuch:

Cuando se trata de la interpretación de una ley, nuestro papel se limita a aplicar las exigencias de la ley con la mayor fidelidad posible en los casos que se nos presentan. Como jueces, no poseemos una especial competencia o autoridad para declarar por nosotros mismos qué autogobierno la gente debería considerar justo o sabio. Y la misma humildad judicial que nos obliga a abstenernos de añadir contenido a las normas requiere que nos abstengamos de disminuir el significado de los mandatos normativos.

La nuestra es una sociedad de leyes escritas. Los jueces no son libres de pasar por alto mandatos normativos basándose nada más que en suposiciones sobre intenciones o conjeturas sobre expectativas. En el Título VII [de la Ley de derechos civiles de 1964], el Congreso adoptó un lenguaje amplio que hace que sea ilegal que un empleador tome en cuenta el sexo de un empleado al decidir despedirlo. No dudamos en reconocer hoy una consecuencia necesaria de esa decisión legislativa: un empleador que despide a una persona simplemente por ser gay o transgénero vulnera la ley.

Por último, y ante temores expresados en el curso del proceso, la Corte pone de manifiesto en la parte final del cuerpo de la sentencia que lo decidido en el caso *Bostock* no prejuzga posibles respuestas a supuestos distintos, en que las cláusulas antidiscriminatorias de la Ley de derechos civiles de 1964 puedan afectar a instituciones amparadas por el derecho de libertad religiosa.

### III. NO TOMARÁS EL NOMBRE DE SCALIA EN VANO: LOS VOTOS PARTICULARES DE ALITO Y KAVANAUGH

La sentencia *Bostock* cuenta con dos votos particulares: uno del juez Alito, al que se adhiere el juez Clarence Thomas, y otro de Brett Kavanaugh, que si bien son semejantes en la argumentación muestran matices en su sensibilidad.

De entrada, tanto Alito como Kavanaugh reprochan a la mayoría de la Corte que en lugar de aplicar la Ley de derechos civiles de 1964 han añadido provisiones normativas a la misma, no contempladas en el texto aprobado por el Congreso de los Estados Unidos. Así, en su voto particular Alito empieza resumiendo lo que, a su juicio, ha hecho la Corte Suprema: legislar. También Kavanaugh comienza señalando en su voto que lo primero que tiene que decidir el Tribunal, cuando se encuentra con casos como los que dieron origen a la sentencia *Bostock v. Clayton County*, es responder a una cuestión simple:

a quién le corresponde decidir qué diferencias de trato deben reputarse antijurídicas y cuáles no.

A partir de esta toma de postura, Alito y Kavanaugh responden al razonamiento de Gorsuch al expresar el parecer de la mayoría de la Corte, pudiéndose agrupar las objeciones de los magistrados discrepantes en dos tipos de consideraciones: el originalismo como método de interpretación jurídica y el papel de los tribunales en un sistema de separación de poderes.

## 1. ORIGINALISMO Y DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

Para abordar la primera de las cuestiones, Alito y Kavanaugh recuerdan que en el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 no se prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual, y mucho menos la discriminación por identidad de género, algo que está fuera de discusión en el proceso, en la medida en que al reflejar la opinión de la mayoría también lo puso de manifiesto el juez Gorsuch.

En este sentido, el juez Alito no puede dejar de resaltar cómo, en los últimos cuarenta y cinco años, ha habido intentos de modificar la ley de 1964 para incluir estas causas de discriminación como motivos especialmente prohibidos; además, y frente al argumento de Gorsuch de que estos intentos fallidos de reforma de la ley no son concluyentes (pues lo mismo pueden deberse a que el legislador no ha querido prohibir estos tipos de discriminación que al hecho de que este considere que ya están incluidos en la norma vigente), Alito recoge varias normas recientes en las que el legislador sí ha prohibido la discriminación por orientación sexual o —en algún caso— por identidad de género, para poner de manifiesto que si hubiera querido prohibir estos tipos de discriminación en el trabajo habría aprovechado para cambiar la ley de 1964. Pero no solo no ha sido así, sino que hasta muy recientemente tanto el gobierno federal como sus agencias, al igual que muchas instancias estatales, precisamente adoptaron políticas y prácticas administrativas dirigidas a dar un tratamiento desigual —y menos favorable— a los homosexuales (exclusión de homosexuales de las Fuerzas Armadas, consideración de la práctica de la homosexualidad como anomalía del carácter que debía ser objeto de investigación en los candidatos a empleos federales, etc.).

Semejante es el razonamiento de Kavanaugh, quien, además, señala expresamente cómo, en diferentes casos semejantes a los que originaron el caso *Bostock*, salvo que tuvieron lugar antes de que cambiara la valoración de la sociedad norteamericana del fenómeno de la homosexualidad, treinta jueces de tribunales federales consideraron que el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 no prohibía la discriminación por orientación sexual, sin que después de esos pronunciamientos judiciales el Congreso aprovechara la modificación o aprobación de otras normas de derecho

antidiscriminatorio para incluir en la ley de 1964 la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.

A partir de estas premisas tanto Alito como Kavanaugh se van a esforzar en mostrar que no solo son tipos diferentes de discriminación, sino que una aproximación textualista a la norma no puede llevar a considerar que, al prohibir la discriminación por razón de sexo, la Ley de derechos civiles de 1964 prohíbe la discriminación por orientación sexual como una especificación de la primera.

Para ello, Alito comienza subrayando que el deber de la Corte consiste en «interpretar los términos de la norma según el significado que razonablemente tenían para la gente corriente en el momento en que fueron incorporados a la norma»<sup>8</sup>.

De ahí que, para Alito, la opinión mayoritaria de la Corte es como «un barco pirata», que, a su parecer:

Navega bajo bandera textualista, pero lo que en realidad hace es adoptar una teoría de la interpretación jurídica que el juez Scalia rechazaba: la teoría de que los tribunales deberían «actualizar» las normas antiguas para que reflejen los valores de la sociedad en cada momento<sup>9</sup>.

No puede haber interpretación textualista apartándose del significado de las palabras, y por ello Alito resalta que no hay ningún diccionario que incluya orientación sexual o identidad de género en la definición de sexo<sup>10</sup>.

Para tratar de manera desigual a un homosexual o una persona que quiere vivir adoptando un género distinto de su sexo biológico, ¿necesita un empleador tener en cuenta el sexo del empleado? No para el juez Alito, quien proporciona ejemplos en los que este trato desigual tiene lugar no solo sin tener en cuenta el sexo del empleado, sino incluso sin saberlo (por ejemplo: si el empleador hiciera rellenar a los empleados un formulario en que debían señalar si son homosexuales, y a partir de ahí despidiera a quienes marcaran dicha casilla, sin saber si son gays —hombres homosexuales— o lesbianas —mujeres homosexuales—).

Por el contrario, según Kavanaugh, lo que caracteriza al textualismo como criterio de interpretación es atribuir a la norma el sentido ordinario que se desprende del texto, y no un mero literalismo que tome el sentido

<sup>8</sup> Significativamente, esta afirmación de Alito incorpora una cita de la obra de Scalia citada en el cuerpo de la sentencia por el juez Gorsuch (Scalia y Garner, 2012).

<sup>9</sup> De nuevo con cita de Scalia (Scalia, 1997).

<sup>10</sup> En el Apéndice A de su voto particular, el juez Alito incorpora diez páginas de distintos diccionarios de la lengua inglesa, con ediciones que van de 1933 a 2011, como prueba de esta afirmación.

de las palabras de manera aislada a como se entienden en una determinada comunidad de lenguaje, pues, como afirmaba Scalia, «un buen textualista no es un literalista» (1997: 24)<sup>11</sup>.

Para Kavanaugh los jueces deben tener en cuenta el sentido ordinario de las palabras de la norma, y no el sentido literal de las mismas, pues las normas —como cualquier acto lingüístico— únicamente son inteligibles en una comunidad de interpretación. De manera que en caso de que haya discrepancias entre una interpretación exclusivamente literal y una que tome en cuenta el sentido ordinario de las palabras, debe tenerse en cuenta esta última. Así, por ejemplo, una «bandera americana» es cualquier bandera fabricada en América, pero el sentido ordinario de esa expresión lleva a entender que «bandera americana» es la de las barras y estrellas; «lavadora», tomada literalmente, es cualquier máquina que sirva para lavar, pero el sentido ordinario de la palabra significa máquina para lavar ropa, etc. Lo mismo sucede con las normas jurídicas: una ordenanza que prohibiera la circulación de vehículos en un parque, tomada literalmente, estaría prohibiendo los cochecitos de bebé en el parque, cuando es evidente que el sentido ordinario de la ordenanza no es ese.

Y este método de interpretación, considera Kavanaugh, refuerza el hecho de considerar diferentes la discriminación por razón de sexo y la discriminación por orientación sexual, pues es evidente (para el legislador, los ciudadanos en general, o las agencias federales hasta hace bien poco tiempo) que al prohibir la discriminación por razón de sexo lo que estaba haciendo el Congreso en 1964 era proscribir las diferencias de trato en el empleo que estuvieran motivadas en el sexo biológico de los empleados; en este sentido, señala, un empleador con animosidad contra los homosexuales despediría por esa razón tanto a gays como a lesbianas, mientras que un empleador con animosidad contra las mujeres únicamente despediría a estas, y ello con independencia de su orientación sexual.

A esta conclusión se llega interpretando el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 según el sentido ordinario de la expresión «discriminación por razón de sexo», sin que —a pesar del cambio en la percepción de la homosexualidad por el público en general— altere lo que la sociedad norteamericana entiende por tratar desfavorablemente a alguien en el contexto laboral «por razón de sexo»<sup>12</sup>. Así, Kavanaugh expresamente afirma que:

<sup>11</sup> También Kavanaugh cita la obra de Scalia empleada por Gorsuch como soporte teórico a su interpretación de la Ley de derechos civiles de 1964.

<sup>12</sup> El propio Kavanaugh se hace eco de este cambio en la valoración social de la homosexualidad, incluyendo en su voto particular varias referencias a que la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual es conveniente como medida de política pública y opción legislativa, y que si fuera parlamentario y no juez de la Corte Suprema votaría a favor de modificar en este sentido la Ley de derechos civiles de

El sentido ordinario que cuenta es el sentido ordinario en el momento de aprobación y promulgación de la norma, aunque en este caso ese principio de temporalidad no importa gran cosa, pues el sentido ordinario de «discriminación por razón de sexo» era el mismo en 1964 que ahora.

## 2. SEPARACIÓN DE PODERES Y RULE OF LAW

El método interpretativo propuesto por Alito y Kavanaugh no responde a preferencias arbitrarias, vinculándolo ambos magistrados de la Corte Suprema a cuestiones esenciales del Estado constitucional.

En opinión de Kavanaugh:

Los jueces se adhieren al sentido ordinario [de la norma] principalmente por dos razones: imperio del Derecho y rendición de cuentas democrática. Una sociedad gobernada por el imperio del Derecho debe tener normas que puedan ser conocidas y entendidas por la ciudadanía. Y la vinculación judicial al sentido ordinario [de la norma] facilita la rendición de cuentas democrática de los representantes electos por las normas que aprueban.

Apartarse de este principio interpretativo conduce a usurpar el papel del Congreso, haciendo decir a la norma lo que la misma no dice, y nadie pensó jamás —en el momento de su aprobación— que pudiera llegar a decir. De manera que Kavanaugh concluye que el Tribunal ha «reescrito judicialmente el Título VII», alcanzando una solución que no por ser justa llega a «un gran coste al autogobierno representativo».

Más duro con la decisión es Alito, quien a las consideraciones antes comentadas añade el reproche a la mayoría de la Corte de no haber tenido en cuenta las consecuencias de la sentencia, que puede extenderse más allá de las normas federales de derecho antidiscriminatorio, siendo susceptible de afectar al deporte femenino, a la libertad de expresión, a las normas sobre empleo por parte de organizaciones religiosas, etc.

Y es que, precisamente por considerar que lo que ha hecho la mayoría de la Corte en *Bosstock v. Clayton County* tiene carácter legislativo, debería haber sido el órgano dotado de poder legislativo quien debería haber solucionado la cuestión del trato desfavorable a los homosexuales en el ámbito laboral.

A este respecto considera Alito que debe tenerse en cuenta que así como en un proceso judicial hay ganadores y perdedores (esa es precisamente la estructura del proceso, en el que el Tribunal decide cuál de las dos partes tiene

---

1964, pero que, sin embargo, por justo que sea querer incorporar esa prohibición al derecho antidiscriminatorio en materia laboral en estos momentos, la misma no se deriva del texto normativo vigente.

razón, y gana), deferir la cuestión al Congreso permite que el legislador tome en cuenta la totalidad de los factores implicados, ajustando las distintas pretensiones y pudiendo encontrar acomodo las distintas posiciones en conflicto (por ejemplo, estableciendo excepciones a la prohibición de discriminar a los grupos religiosos o empresas de tendencia, o excluyendo determinados ámbitos de la aplicación de la regla antidiscriminatoria, como por ejemplo los vestuarios o lavabos abiertos a público, etc.).

#### IV. CONCLUSIONES

Como señalaba al comienzo de este trabajo, la sentencia *Bosstock v. Clayton County* es más importante por el razonamiento y la discusión sobre el alcance del originalismo y el textualismo que por el contenido de la decisión. A fin de cuentas, de las tendencias sociales y culturales de nuestros días se desprende que de no haberlo hecho la Corte Suprema el legislador habría prohibido la discriminación por razón de orientación sexual o por razón de identidad de género más pronto que tarde.

Por lo que se refiere al debate sobre el originalismo, o la diferencia entre textualismo y literalismo, puede concluirse que es un método de interpretación que ni es unívoco ni lleva, necesariamente, a resultados políticamente conservadores. Es verdad que desde los años ochenta del pasado siglo el originalismo se ha mostrado en oposición al activismo judicial de carácter progresista, y que al deferir al Congreso —o a los Parlamentos estatales— la aprobación de normas de signo transformador en materia de moralidad pública, tenía como efecto frenar dichos cambios, por ser la norteamericana una sociedad conservadora. Pero como prueba esta sentencia, no puede sostenerse que sea un método de interpretación que permita predeterminedar el resultado (Scalia, 2017) o que lleve siempre y en todo caso a quienes se adhieren a él a las mismas conclusiones (Coney Barrett, 2020).

Esto cobra especial relevancia después de que el Senado haya confirmado a Amy Coney Barrett para ocupar el puesto en la Corte Suprema de la icónica Ruth Bader Ginsburg, pues Coney Barrett es una de las principales discípulas de Scalia, el gran campeón en el ámbito académico y judicial del originalismo. Como muestra la sentencia *Bostock v. Clayton County* Gorsuch, Alito y Kavanaugh tratan de presentar su interpretación de la norma como la más consistente con la filosofía jurídica de Scalia, por lo que con el acceso a la Corte de la jueza Coney Barrett podría hablarse de una «Corte Scalia», en la que el originalismo sería la teoría jurídica dominante.

Finalmente, y por la enorme influencia que tiene la Corte Suprema de Estados Unidos, de confirmarse un claro giro hacia el originalismo y el textualismo de la misma, podría repercutir en la discusión contemporánea sobre

el rol de los Tribunales Constitucionales y el modo de interpretar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

### **Bibliografía**

- Coney Barrett, A. (2020). Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis: Redux. *Case Western Reserve Law Review*, 70 (4), 855-869.
- Delgado Ramos, D. (2017). Obergefell contra Hodges: la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista de Derecho Político*, 99, 325-356. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19314>.
- Scalia, A. (1997). *A matter of interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press.
- (2017). *Interpreting the Constitution. Scalia Speaks. Reflections on Law, Faith and Life Well Lived*. New York: Crown Forum.
- Scalia, A. y Garner, B. (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. Saint Paul: Thomson/West.