

LA QUEERIFICACIÓN DE LA LEY DE ACOSO SEXUAL*

Brian SOUCEK

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El relato de Franchina*. III. *El acoso sexual reconceptualizado*. IV. *Queerificar el título VII*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El caso *Franchina v. City of Providence*¹ bien puede considerarse la primera decisión judicial del movimiento #MeToo. Argumentado la misma semana en la que se conoció la historia de Harvey Weinstein,² la importancia de *Franchina* radica en haber confirmado para una demandante lesbiana una victoria fundamental al amparo de la Ley Federal de Discriminación Laboral, la cual hasta hace poco no se entendía con referencia a la orientación sexual.³ Pero la sentencia en *Franchina*, escrita por la jueza O. Rogeriee Thompson, segunda mujer y primera afroestadounidense en la Cámara de Apelaciones del Primer Circuito,⁴ marca un hito también por motivos menos previsible: su narración de los hechos.

* Agradezco profundamente a Vicki Schultz, mi primera maestra en este tema, a Tristin Green, Courtney Joslin, Matt Lane y a Amanda Miller, mi asistente de investigación.

¹ 881 F.3d 32 (1st Cir. 2018).

² *Franchina* se presentó ante el Primer Circuito el 2 de octubre de 2017; la noticia sobre Weinstein apareció tres días después. Véase, Kantor, Jodi y Twohey, Megan, “Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades”, *N.Y. TIMES* (5 de octubre de 2017), disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/10/05/us/harvey-weinstein-harassment-allegations.html> [<https://perma.cc/4YE5-LF27>].

³ Véase, por ejemplo, *Evans v. Ga. Reg'l Hosp.*, 850 F.3d 1248, 1256-57 (11th Cir. 2017) (cita decisiones de los nueve circuitos que sostienen que el título VII no comprende la discriminación por orientación sexual). Decisiones en sentido opuesto se encuentran en *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100 (2d Cir. 2018) (en banc); *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc), y *Baldwin v. Foxx*, EEOC Decision No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 15, 2015).

⁴ Judith Colenback Savage, Hon. Ojetta Rogeriee Thompson: Judge, U.S. Court of Appeals for the First Circuit, *FED. BAR ASS'N* 1 (2014), disponible en: <http://www.fedbar.org/>

Con detalles de crudeza poco habitual,⁵ la jueza Thompson hace lo que tantas otras mujeres hicieron en la floreciente era del #MeToo: cuenta una historia de acoso obstinada, destructiva y persistente, como es el acoso mismo.

La historia que cuenta la jueza Thompson, la historia de la teniente Lori Franchina del Departamento de Bomberos de Providence, incluye, en primer término, acoso sexual del tipo sobre el que llamó la atención el movimiento #MeToo: insinuaciones groseras e invasiones intencionales de la privacidad por parte de compañeros de trabajo varones.⁶ Pero aunque el acoso sexual que enfrentó Franchina fue de principio a fin acoso de género, no fue únicamente ni mayoritariamente “sexual” en el sentido de deseo sexual, hecho que la orientación sexual de Franchina de algún modo hace más fácil de ver. Los acosadores de Franchina dieron pocos indicios de querer tener algo sexual con ella; lo que querían era sacarla de su lugar de trabajo. Y lo consiguieron con una eficiencia asombrosa, empezando literalmente a los pocos minutos de su llegada.

Al contar con tanta fuerza la historia de una mujer, el relato de *Franchina* proporciona una narrativa al #MeToo no sólo ejemplar, sino también instructiva, especialmente a la luz de las historias sexualizadas que en los últimos meses dominaron los medios.⁷ El movimiento #MeToo se ubica en la intersección entre el acoso sexual y la agresión sexual, reduciendo a veces el primer término al segundo.⁸ Lo importante del relato de Franchina es que vincula el acoso y la agresión sexual de manera muy diferente:

PDFs/Past-Judicial-Profiles/First-Circuit_1/Thompson-Hon-Ojetta-R.aspx [<https://perma.cc/NJ5F-T3CU>].

⁵ *Franchina*, 881 F.3d at 38-44.

⁶ Véase, más adelante, parte II.

⁷ Véase, por ejemplo, Gajanan, Mahita, “«It’s Your Turn to Listen to Me». Read Aly Raisman’s Testimony at Larry Nassar’s Sentencing”, *TIME* (19 de enero de 2018, 4:52 PM EST), disponible en: <http://time.com/5110455/aly-raisman-larry-nassar-testimony-trial> [<https://perma.cc/AN5M-HB7Z>]; Hayek, Salma, “Harvey Weinstein Is My Monster Too”, *N.Y. TIMES* (12 de diciembre de 2017), disponible en: <https://www.nytimes.com/interactives/2017/12/13/opinion/contributors/salma-hayek-harvey-weinstein.html> [<https://perma.cc/D2AU-5RK5>]; Nyong’o, Lupita, “Lupita Nyong’o: Speaking Out About Harvey Weinstein”, *N.Y. TIMES* (19 de octubre de 2017), disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/10/19/opinion/lupita-nyong-o-harvey-weinstein.html> [<https://perma.cc/KAZ4-C52V>]; Zacharek, Stephanie *et al.*, “The Silence Breakers”, *TIME* (18 de diciembre de 2017), disponible en: <http://time.com/time-person-of-the-year-2017-silence-breakers> [<https://perma.cc/8DYZ-6JX2>].

⁸ *Cfr.* Ohlheiser, Abby, “The Woman Behind «Me Too» Knew the Power of the Phrase When She Created It – 10 Years Ago”, *WASH. POST* (19 de octubre de 2017), disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2017/10/19/the-woman-behind-me-too-knew-the-power-of-the-phrase-when-she-created-it-10-years-ago> [<https://perma.cc/2QGJ-FFB4>] (al describir

muestra cómo el acoso en el lugar de trabajo puede incluir la agresión, pero llega más allá; cómo esas agresiones pueden fundarse en el sexo incluso sin estar sexualizadas, y cómo la agresión y una miríada de otras formas de acoso fundadas en el sexo sirven para reafirmar los roles de género, los estereotipos y las dinámicas de poder tradicionales, tanto en el lugar de trabajo como fuera de él.

Resulta notable que el relato de Franchina ilustre la argumentación que Vicki Schultz presentó hace veinte años en el *Yale Law Journal*, cuando reconceptualizó el acoso sexual en esta misma línea.⁹ El movimiento #MeToo sugiere que la reconceptualización de Schultz es y debe ser un proyecto en desarrollo. *Franchina* puede contribuir a ello. Porque si la víctima, en vez de una estrella de cine que se defiende de las insinuaciones sexuales de un productor, es una bombera lesbiana marimacho (*butch*)¹⁰ que sufre abuso físico y verbal por parte de sus subordinados, conceptualizar el acoso sexual como algo distinto del deseo sexual puede resultar más fácil. El acoso sexual se refiere a la reproducción de los roles y privilegios de género tradicionales, tal como lo deja muy claro el relato de Franchina.¹¹ Ése es el primer punto de este ensayo.

Al dejar clara la conexión entre el acoso sexual y el patrullaje de género (*gender policing*), el relato de Franchina también nos ayuda a ver algo que los tribunales hasta ahora, en gran medida, no han hecho; esto es, que el acoso por *orientación* sexual tiene el mismo objetivo. Éste, el segundo punto del ensayo, es la razón por la cual la discriminación por orientación sexual cuenta como la misma discriminación “debida al sexo” que el Congreso estadounidense prohibió cuando aprobó el título VII de la Ley de Derechos Civiles en 1964.¹² Queerificar nuestra mirada sobre la ley de acoso sexual nos ayuda así a entender y prevenir el acoso a quienes se identifican como personas LGBTIQ+ en sus lugares de trabajo.

el origen de la frase “Me Too” en la campaña de Tarana Burke en contra de la violencia sexual).

⁹ Véase, Schultz, Vicki, “Reconceptualizing Sexual Harassment”, 107 *YALE L.J.* 1683 (1998).

¹⁰ Una descripción sobre apariencias (y estereotipos sobre apariencias) en casos presentados por empleados percibidos como homosexuales, véase, Soucek, Brian, “Perceived Homosexuals: Looking Gay Enough for Title VII”, 63 *AM. U. L. REV.* 715 (2014).

¹¹ El deseo por mantener los privilegios tradicionales de género explica por qué el acoso de mujeres por parte de sus subordinados, tal como lo experimentó Franchina, es tan común. Un estudio revela que las supervisoras mujeres “reportan una tasa de acoso 73 por ciento superior que las mujeres sin tareas de supervisión”. McLaughlin, Heather *et al.*, “Sexual Harassment, Workplace Authority, and the Paradox of Power”, 77 *AM. SOC. REV.* 625, 634 (2012).

¹² Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241, 253-66.

En la parte II vuelvo a contar el relato de Franchina para, en la parte III, mostrar cómo nos ayuda una vez más a reconceptualizar nuestra noción de acoso sexual, muy en la línea que argumentó Schultz durante mucho tiempo. Escuchar el relato de una víctima de acoso LGBTIQ+ nos enseña (o nos recuerda) que el acoso sexual, en todas sus formas y sin importar la sexualidad de la víctima, apunta en última instancia al patrullaje de roles y jerarquías de género. En la parte IV argumento que ésta es la razón, o al menos una de ellas, por las cuales la discriminación por orientación sexual, otra forma de patrullaje de género, es discriminación sexual del tipo que prohíbe el texto actual del título VII. La ley federal contra la discriminación no puede “perseguir el espectro completo del trato desigual de hombres y mujeres resultado de los estereotipos sexuales”¹³ sin atender a los estereotipos sexuales que originan la discriminación por orientación sexual y se ven reafirmados por ella, como ilustra tan vívidamente el relato de Franchina.

II. EL RELATO DE FRANCHINA

Franchina es una jugadora de la selección *all-american*¹⁴ y entrenadora¹⁵ universitaria de softbol lesbiana¹⁶ que primero se tituló como técnica de emergencias médicas,¹⁷ y en 2002 obtuvo el décimo lugar de una clase de ochenta personas en la Academia de Bomberos de Providence.¹⁸

En sus primeros años en el Departamento de Bomberos de Providence, Franchina se resistió a ser promovida demasiado rápido por temor a provocar reacciones adversas.¹⁹ Pero para septiembre de 2006 había sido nombrada teniente de rescate interina, oficial a cargo de un vehículo similar a una ambulancia.²⁰ Por entonces tuvo la mala suerte de coincidir en el turno

¹³ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 551 (1989) (citing *City of L.A. Dep't of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, 707 n.13 [1978]).

¹⁴ NdT: el término *all-american* se usa en Estados Unidos para referirse a un equipo cuyos miembros han sido seleccionados como los mejores jugadores amateur de cada una de las posiciones de juego del deporte en cuestión.

¹⁵ Transcripción del juicio ante jurado – Volumen I at 194, *Franchina v. City of Providence*, No. 12-517M (D.R.I. Nov. 7, 2016).

¹⁶ *Ibidem*, 192, 199.

¹⁷ *Ibidem*, 199.

¹⁸ *Ibidem*, 209.

¹⁹ *Ibidem*, 215-17.

²⁰ Transcripción del juicio – Volume II at 5, *Franchina*, No. 12-517M.

de la noche con Andre Ferro, un bombero con un historial previo de acoso a mujeres que fue objeto de otro dictamen del Primer Circuito,²¹ del que muchas veces se extraen los estándares legales de *Franchina*.²²

En su primera conversación con Franchina, estando los dos solos en la estación de bomberos, Ferro le preguntó si era lesbiana y le dijo: “Normalmente no me gusta trabajar con mujeres; pero bueno, nos gusta lo mismo, así que creo que nos vamos a llevar bien”.²³ En la primera llamada que recibieron estando juntos, Franchina no pudo escuchar al operador por encima de los comentarios continuos de Ferro, que entre otras cosas le preguntaba si quería tener hijos y le ofrecía “ayudarla con eso”.²⁴ Más tarde, esa misma noche —nuevamente: la noche en que se habían conocido—, Ferro se frotó los pezones y en un hospital habló de Franchina en términos de su “amante lesbiana” ante otros bomberos, pacientes y sus familias.²⁵ Para terminar la noche, entró en calzoncillos en las dependencias de Franchina, donde ella estaba sin ropa. Aunque dijo haberse presentado para disculparse, Ferro se sentó en la habitación y puso los pies sobre el escritorio, ignorando las órdenes repetidas de Franchina de que se retirara.²⁶

Ferro no tardó en ser acusado de faltas de disciplina, en una evolución que habría sido bienvenida si no fuera por las represalias que hubo a continuación. En cuestión de días, los compañeros de trabajo comenzaron a referirse a Franchina como “puta”, “coño” y “Frangina”,²⁷ lo que no era únicamente un juego de palabras con su nombre y genitales, sino también un término de jerga con el que se alude a una mujer que no se recorta el vello púbico²⁸ (más tarde, una bombera dijo de sus colegas masculinos que “nunca usaron su nombre real”²⁹). Dos de sus subordinados tironearon del distintivo indicador de rango cosido al cuello del uniforme de Franchina

²¹ *O'Rourke v. City of Providence*, 235 F.3d 713, 718 (1st Cir. 2001); véase, *Franchina v. City of Providence*, 881 F.3d 32, 38 n.4 (1st Cir. 2018).

²² Véase, *Franchina*, 881 F.3d at 47, 54-55 (donde cita a O'Rourke en sus argumentos acerca de la doctrina del abuso sexual de acuerdo con el Primer Circuito). Es interesante que, a su vez, O'Rourke cita a Schultz en “Reconceptualizing Sexual Harassment”. O'Rourke, 235 F.3d at 730 n.5 (citando a Schultz, véase la n. 9, 1719- 20).

²³ Transcripción del juicio – Volume II, supra note 19, at 10-11.

²⁴ *Franchina*, 881 F.3d at 39.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Transcripción del juicio – Volume II, supra note 19, at 19-20.

²⁷ Véase, Frangina, URB. DICTIONARY, disponible en: <https://www.urbandictionary.com/define.php?term=Frangina> [<https://perma.cc/X6WN-DXBQ>].

²⁸ *Ibidem*, 42, 109.

²⁹ Transcripción del juicio – Volume II, supra note 14, at 156-11.

mientras le decían: “Nunca voy a aceptar una orden tuya”.³⁰ Otro le gritó frente a los demás, preguntándole si estaba buscando que despidieran a Ferro.³¹ Era el encargado de preparar sus comidas de servicio, comidas que de repente empezaron a descomponer a Franchina.³² Una noche, Franchina cambió su plato por la de otra persona, quien no tardó en sentirse mal e irse a su casa.³³ Durante todo un turno, el tablero de mensajes colgado en la estación de bomberos estuvo repleto de insultos dirigidos a Franchina, desde “tienes lo que te toca, puta” a “Franchina lleva el equipo Lesbo a la victoria”.³⁴

El acoso y la insubordinación contra Franchina no se limitaban a la estación de bomberos. Efectivos bajo su mando se negaron a levantar camillas;³⁵ abandonaron la silla de ruedas de un paciente con parálisis cerebral, ignorando las órdenes de Franchina;³⁶ la empujaron contra la pared,³⁷ y, en el incidente más espantoso que se cuenta en el juicio, uno de ellos deliberadamente se quitó un par de guantes de goma apuntando hacia donde estaba Franchina, tirándole a la cara, sangre y restos de materia cerebral, mientras ella estaba en la parte de atrás de un vehículo de rescate donde se trataba a un hombre que se había pegado un tiro en la cabeza.³⁸

Cuando a finales de 2013 Franchina se jubiló por discapacidad permanente, se le había diagnosticado estrés postraumático severo, había obtenido una orden de impedimento de contacto contra un colega bombero y “presentado ante los jefes del Departamento aproximadamente cuarenta declaraciones escritas quejándose de acoso, discriminación y represalias”.³⁹

El fallo de la jueza Thompson cuenta todo esto. Y también destaca un testimonio del juicio según el cual las mujeres que trabajan en el Departamento de Bomberos de Providence reciben mejor trato si están saliendo con un hombre del Departamento.⁴⁰ La mujer que testificó al respecto agregó que las quejas sobre acoso, muchas veces, habían provocado que el Depar-

³⁰ Transcripción del juicio – Volume II, supra note 19, at 440-78.

³¹ *Ibidem*, 28.

³² *Ibidem*, 38-40.

³³ *Ibidem*, 41.

³⁴ *Ibidem*, 51-99.

³⁵ *Ibidem*, 34-36; *ibidem*, 43 (“Que esta cabrona cargue sus camillas”).

³⁶ *Ibidem*, 70.

³⁷ *Ibidem*, 73.

³⁸ *Ibidem*, 117-23.

³⁹ *Franchina v. City of Providence*, 881 F.3d 32, 43-44 (1st Cir. 2018).

⁴⁰ *Ibidem*, 44.

tamento tomara represalias contra las mujeres que las habían presentado.⁴¹ Sabía de lo que hablaba: tres semanas después de haber prestado testimonio, el Departamento la degradó.⁴²

III. EL ACOSO SEXUAL RECONCEPTUALIZADO

El relato de Franchina no es único. Hace veinte años, en *Reconceptualizing Sexual Harassment*, Schultz contó una historia deprimente por lo similar sobre mujeres bomberas en la ciudad de Nueva York a principios de la década de los ochenta.⁴³ Pero el #MeToo es un movimiento construido sobre la repetición: el “too” (“también”) es clave, ya que sólo por acumulación las historias muestran cuán común sigue siendo el acoso de raíz sexual. E incluso si gran parte del relato de Franchina resulta tan familiar que decepciona, vale la pena subrayar varios de los detalles por lo que enseñan sobre la naturaleza del acoso de raíz sexual: las formas diversas que adopta, las formas sexualizadas que mayor probabilidad tienen de provocar una respuesta de los empleadores, el objetivo de los acosadores sexuales y la centralidad de los roles de género estereotipados.

El primer punto a subrayar es que Franchina, al testificar en el juicio, nunca diferenció entre el acoso sexualizado que sufrió y las formas no sexualizadas, pero aún muy sexistas, en las que fue desautorizada, denigrada y agredida. Tanto la oferta de Ferro de ayudar a Franchina a embarazarse como su intromisión en la habitación mientras ella se cambiaba corresponden a la noción tradicional y sexualizada de acoso sexual que el #MeToo puso en primer plano.⁴⁴ Pero este acoso sexualizado rápidamente dio paso a instancias de agresión física no sexual, sabotaje laboral y apodosos ofensivos, burlas que en sí desdibujan la línea entre los insultos sexualizados y los más generales.⁴⁵ Al escuchar el relato de Franchina, la grosería sexualizada de Ferro casi parece menor en comparación con la

⁴¹ *Ibidem*, véase Transcripción del juicio – Volume I, supra note 14, at 150-51.

⁴² Mulvaney, Katie, “A Second Woman Sues Providence Fire Department, Alleging Gender Discrimination”, *PROVIDENCE J.* (25 de agosto de 2016, 7:12 PM), disponible en: <http://www.providencejournal.com/news/20160825/second-woman-sues-providence-fire-department-alleging-gender-discrimination> [<https://perma.cc/KN9P-2VCT>].

⁴³ Schultz, nota 9, 1769-73 (describe *Berkman v. City of New York*, 580 F. Supp. 226 [E.D.N.Y. 1983], aff’d, 755 F.2d 913 [2d Cir. 1985]).

⁴⁴ Véase, Schultz, Vicki, “Reconceptualizing Sexual Harassment, Again”, 128 *Yale L.J.F.* 22, 33-38 (2018); véanse, más arriba, las notas 22-25 y el texto que las acompaña.

⁴⁵ La gama de insultos iban desde “Tortillera del Equipo” pasando por “Frangina” y hasta “zorra” y “puta”, más genéricos. Véanse las notas 26-28 y el texto que las acompaña.

comida contaminada, la materia cerebral tirada a la cara y la pelea a los gritos que llevó a un tribunal a imponer una orden de impedimento de contacto contra uno de los colegas de Franchina.⁴⁶ No hay duda de que fueron estos incidentes los que terminaron por expulsar a Franchina del Departamento.

Pero hay que tener en cuenta, y éste es mi segundo punto, que lo que los colegas de Franchina se sintieron obligados a informar fueron los comentarios iniciales, sexualizados, y no los posteriores, las acciones e insultos más generales y amenazantes y no sexualizados. Una colega se negó incluso a denunciar los actos de insubordinación no sexualizados contra Franchina.⁴⁷ Por lo demás, los supervisores escucharon casi de inmediato a los hombres que habían visto a Ferro frotarse los pezones y llamar a Franchina su “amante lesbiana”. Los miembros del Departamento parecen haber internalizado que jugar con los pezones y hablar de amantes, o incluso sólo mencionar la orientación sexual, está prohibido en el trabajo. Pero mostraron mucho menos preocupación por la insubordinación, el ostracismo o incluso la agresión física no sexual. Quizá esto último no había formado parte de la capacitación obligatoria sobre acoso sexual que habían recibido. Ciertamente, nunca fue parte de la mía.

Y sin embargo —mi tercer punto— fueron estos actos los que terminaron por horadar la autoridad de Franchina, marginarla de sus colegas y destruir su salud mental. Esta es la argumentación que Schultz presentó hace veinte años: el acoso sexual no se limita a las insinuaciones y agresiones sexuales. El acoso, escribe Schultz, “toma una amplia variedad de formas no sexuales que incluyen conducta hostil, agresión física, trato paternalista, puesta en ridículo, ostracismo social, exclusión o marginación, ocultamiento de información y sabotaje laboral contra ciertas personas en razón de su sexo o género”.⁴⁸ Franchina experimentó cada una de estas formas de acoso. Y como señala Schultz, es tan cierto ahora como en 1998 que todos estos actos ocurrieron por una única razón: para “mantener el trabajo, particularmente las líneas de trabajo mejor remuneradas, como bastiones de autoridad y competencia masculinas”.⁴⁹

⁴⁶ *Franchina v. City of Providence*, 881 F.3d 32, 43 (1st Cir. 2018). Transcripción del juicio – Volume II, v. nota 19, 39-41, 118-21, 135-36.

⁴⁷ *Franchina*, 881 F.3d at 68 (describe cómo una teniente mujer respondió al reporte de insubordinación de un varón que hizo Franchina, diciéndole “no nos vamos a ocupar de esto, tienes que dejarlo en paz”).

⁴⁸ Schultz, véase, nota 43, en 43-44.

⁴⁹ Schultz, véase, nota 9, 1687.

En el relato de Franchina los hombres fueron inusualmente explícitos en relación con esta motivación. Ferro, se recordará, comenzó diciéndole a Franchina que “normalmente no le gustaba trabajar con mujeres”.⁵⁰ Franchina escuchó repetidamente a sus subordinados decir que “no recibían órdenes de ese coño”.⁵¹ Un bombero anunció, cuando Franchina entraba en la habitación, “la acción afirmativa está acabando con este trabajo”.⁵² Hacia el final de la época en que Franchina estuvo en el Departamento, “los muchachos se alejaban totalmente de ella” murmurando “la puta está en la casa”.⁵³ Lo explícito del sexismo hace ridículo el argumento de la ciudad de Providence en la apelación, según el cual Franchina “no demostró que ninguno de los supuestos acosos que sufrió se basara en su género”.⁵⁴

Para ser claros: el acoso que soportó Franchina fue acoso sexual no —o no sólo— porque en parte haya involucrado referencias al sexo, y no —o no sólo— porque haya incluido palabras “inherentemente «específicas del género»”, como “puta” y “Frangina”.⁵⁵ Lo vivido por Franchina cuenta como acoso sexual porque sus acosadores no querían trabajar *con*, y mucho menos *para*, *alguien de su sexo*. Y debido al acoso que ejercieron, ya no lo hacen.

Este punto es fácil de pasar por alto. Incluso la declaración que el tribunal hace en *Franchina* sobre la doctrina del ambiente de trabajo hostil permite que vuelva a colarse la perspectiva del deseo sexual. De manera confusa, exige que los demandantes demuestren tanto “acoso sexual no deseado” como “que el acoso tuvo raíz sexual”.⁵⁶ ¿Qué agrega lo primero a lo segundo, sino el viejo “paradigma del deseo sexual” que tanto ha trabajado Schultz para que lo superemos? Peor aún, el Primer Circuito declara exigir “conducta sexualmente objetable”,⁵⁷ una frase que suena más a deseo o agresión sexual que a “conducta que confina a las personas a roles laborales de género”.⁵⁸

⁵⁰ Transcripción del juicio – Volume II, supra note 19, at 56-11.

⁵¹ *Ibidem*, p. 153.

⁵² *Ibidem*, 71-72.

⁵³ *Ibidem*, 161.

⁵⁴ Brief of Defendant/Appellant City of Providence at 21, *Franchina v. City of Providence*, 881 F.3d 32 (1st Cir. 2018) (No. 16-2401).

⁵⁵ *Franchina*, 881 F.3d at 54.

⁵⁶ *Ibidem*, 46 (citando a *Pérez-Cordero v. Wal-Mart P.R., Inc.*, 656 F.3d 19, 27 [1st Cir. 2011]).

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Schultz, véase la nota 9, 1689. No obstante, en otras porciones el Primer Circuito dejó claro (de hecho, en referencia a un caso anterior que involucraba a Ferro) que “el maltrato con base en el sexo, si no es abiertamente sexual, no procede de acuerdo con el Título VII”. *O’Rourke v. City of Providence*, 235 F.3d 713, 719 (1st Cir. 2001).

En última instancia, estas declaraciones de la ley no plantearon un problema en *Franchina* precisamente porque Franchina experimentó una amplia gama de acoso. En palabras del Primer Circuito, “el jurado escuchó evidencia de epítetos hostiles y repetidos basados en el género, maltrato a las mujeres como trabajadoras, insinuaciones sexuales y trato preferencial para mujeres más proclives a acostarse con hombres del Departamento”.⁵⁹ Pero incluso aquí hay que tener cuidado. Algunos podrían interpretar que el Primer Circuito afirma que el acoso a Franchina fue “sexual” porque incluía “epítetos basados en el género” e “insinuaciones sexuales”. Prefiero una lectura diferente del relato de Franchina, una que destaque cómo las diversas formas de acoso, sexual y no sexual, comprendían *todas* “maltrato a las mujeres como trabajadoras”.⁶⁰ El acoso fue sexual en la medida en que sirvió a objetivos de segregación por sexo, menoscabo de competencias y patrullaje de género.

Esta lectura es más obvia en el caso de Franchina debido a un aspecto final de su historia que debe destacarse: su orientación sexual. El encuentro de Franchina con Ferro muestra cuán desestabilizadora resultó su sexualidad en relación con los roles de género esperados en su lugar de trabajo. Por un lado, la afirmación de Ferro de que “nos gusta lo mismo, así que creo que nos vamos a llevar bien”⁶¹ sugiere una proyección de la mirada masculina:⁶² la expectativa de que Franchina también pudiera ver a las mujeres principalmente como objetos sexuales (las mujeres, no hay que olvidarlo, recibían mejor trato en el Departamento si salían con alguno de los hombres allí). Ferro, sin embargo, pasó casi de inmediato a hablar de embarazar a Franchina. Se negó a dar por sentada su no disponibilidad sexual y supuso que su objetivo tenía que ser la maternidad. Ferro pareció incapaz de compatibilizar a una supervisora lesbiana con las líneas de género en cuya supervisión y control estaba tan comprometido.⁶³

⁵⁹ *Franchina*, 881 F.3d at 55.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Transcripción del juicio – Volume II, *supra* note 19, at 56-11.

⁶² *Cfr.* Berger, John, *Ways of Seeing* 47 (1972) (“[M]en act and women appear. Los varones miran a las mujeres. Esto no sólo determina gran parte de las relaciones entre varones y mujeres, sino también las relaciones de las mujeres con sí mismas. Quien se observa a sí misma es varón: la mujer mirada”); Mulvey, Laura, “Visual Pleasure and Narrative Cinema”, 16 *SCREEN* 6, 11 (1975).

⁶³ *Cfr.* Schultz, nota 9, 1775 (“A los ojos de [algunos] varones, es importante afirmar que cualquier mujer que haga un «trabajo de hombre» no es competente como varón y ni siquiera una «mujer de verdad». Es más, las mujeres en empleos no tradicionales suelen ser tildadas de lesbianas, sin que importe la exactitud del mote”).

Este borramiento de los roles de género complica la historia típica de acoso sexual, en la que un hombre heterosexual hace demandas sexuales a una subordinada supuestamente heterosexual. Al poner en primer plano la sexualidad, el relato de Franchina termina destacando el hecho de que el acoso de raíz sexual no puede reducirse al deseo sexual.

IV. QUEERIFICAR EL TÍTULO VII

Como mostré en la parte III, la orientación sexual de Franchina hace más fácil entender la naturaleza del acoso sexual que enfrentan los trabajadores de todas las sexualidades. Y entender el acoso sexual como patrullaje de género, a su vez, nos ayuda a ver por qué la ley federal de acoso sexual existente persigue los actos contra empleados homosexuales, lesbianas y bisexuales;⁶⁴ en otras palabras, por qué el título VII prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual. Esto es, la discriminación por orientación sexual sirve *también* como forma de imponer estereotipos de género en el lugar de trabajo.

El “acoso sexual” es un subconjunto de los actos prohibidos por el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, de acuerdo con la cual es ilegal “discriminar a cualquier individuo en sus... condiciones... de empleo... a causa del sexo de tal individuo”.⁶⁵ Es importante destacar que el acoso sexual probablemente sea algo que el Congreso de 1964 no se dio cuenta de estar prohibiendo;⁶⁶ en 1980, la EEOC promulgó pautas de interpretación del

⁶⁴ Muchos de los argumentos en esta parte se aplican de la misma forma a la discriminación contra les empleades transgénero. Sin embargo, para evitar confundir la orientación sexual con la identidad de género, en el presente artículo hago de lado la cuestión. Al así hacerlo, no pretendo negar la importancia de casos recientes sobre derechos de las personas transgénero, tales como *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018), que brindan precedentes que receptan críticas análogas sobre la prohibición de discriminación por causa de orientación sexual en el título VII.

⁶⁵ 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1) (2012).

⁶⁶ Véase, *Oncale v. Sundowner Offshore Servs., Inc.*, 523 U.S. 75, 79-80 (1998) (“Las prohibiciones legales van más allá del mal principal y buscan proteger contra otros males razonablemente comprobables, pues en última instancia nos gobiernan los artículos de nuestras leyes más que las preocupaciones principales de nuestros legisladores”); véase, asimismo, *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100, 146 (2d Cir. 2018) (en banc) (Lynch, J., en disenso) (“Quizá no se les ocurre a los varones miembros del Congreso que el acoso sexual en contra de las mujeres en el lugar de trabajo es una forma de discriminación laboral”); *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, 853 F.3d 339, 351-52 (7th Cir. 2017) (en banc) (“el Congreso que promulgó la Ley de Derechos Civiles de 1964 pudo no haber considerado o comprendido todo el alcance de las palabras que eligió. La Suprema Corte ha determinado que la prohibición en contra de la discriminación sexual implica el acoso sexual en el lugar de trabajo, incluyendo el acoso se-

estatuto de modo que incluyera el acoso sexual.⁶⁷ En los últimos tiempos son cada vez más los tribunales que han reconsiderado si la faceta sexual del título VII también podría cubrir discriminación por orientación sexual,⁶⁸ aunque con seguridad en 1964 el Congreso tampoco estaba pensando en eso.⁶⁹

El tribunal de *Franchina* no tuvo que responder a esta pregunta, aunque sí señaló que “puede haber un cambio de aires en relación con las protecciones previstas en el Título VII”,⁷⁰ porque la demanda por orientación sexual de *Franchina* se había desestimado y ella no había apelado.

Para desestimarla, el tribunal de distrito se había referido a un precedente vinculante del Primer Circuito de 1999.⁷¹ Pero al hacerlo dejó en claro, y el Primer Circuito lo afirmó más tarde, que una demandante como *Franchina* aún puede alegar “que fue discriminada por su «sexo más otra característica», en este caso su orientación sexual”.⁷²

En el Primer Circuito, esta doctrina del “sexo más...” se originó en un caso de discriminación a mujeres con niños pequeños.⁷³ La idea es que los

xual por parte de alguien del mismo sexo. Es muy posible que dichas interpretaciones hayan sorprendido a quienes pertenecieron a la 88a Legislatura” (se omiten las citas); Eskridge Jr., William N., “Title VII’s Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections”, 127 *YALE L.J.* 322, 382 (2017) (al describir la ampliación de la definición de acoso sexual de EEOC de acuerdo con el título VII como “un ejemplo clásico de política administrativa exitosa”); Schultz, Vicki, “Taking Sex Discrimination Seriously”, 91 *DENV. U. L. REV.* 995, 1009 (2015) (“¿Quién se hubiera imaginado [en 1964] que la ley... se enfrentaría al acoso sexual...?”).

⁶⁷ Véase, Eskridge, nota 65, 381 y n.218.

⁶⁸ Véanse los casos citados en la nota 3; véase, asimismo, *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 884 F.3d at 600 (donde se encuentra protecciones análogas en virtud del título VII para un empleado transgénero).

⁶⁹ Véase, *Zarda*, 883 F.3d at 140-42 (Lynch, J., disenso) (“La discriminación entre mujeres y varones homosexuales no estaba a debate [en 1964]. En aquella época oscura antes de Stonewall, las relaciones entre personas del mismo sexo era un crimen en casi todos los estados”).

⁷⁰ *Franchina v. City of Providence*, 881 F.3d 32, 54 n.19 (1st Cir. 2018).

⁷¹ *Higgins v. New Balance Athletic Shoe, Inc.*, 194 F.3d 252 (1st Cir. 1999); véase, asimismo *Franchina*, 881 F.3d at 54 (donde se describe a *Higgins* como “un caso que ya tiene casi 20 años en el cual se concluimos que el Título VII no proscribía el acoso con base nada más que en la orientación sexual del individuo”).

⁷² Text Order, *Franchina v. City of Providence*, No. 1:12-cv-00517-JJM-LDA (D.R.I. 22 de febrero de 2016) (subrayado añadido); véase, asimismo, *Franchina*, 881 F.3d at 54 (“En nuestro parecer, *Higgins* no impide a un demandante del Circuito que presente cargos de acuerdo con el Título VII si, además de la acusación de carácter sexual, hay un factor adicional, que es el hecho de que el demandante sea homosexual o lesbiana”).

⁷³ Véase, *Chadwick v. WellPoint, Inc.*, 561 F.3d 38, 43 (1st Cir. 2009); *Back v. Hastings on Hudson Union Free Sch. Dist.*, 365 F.3d 107 (2d Cir. 2004).

empleadores no tienen que discriminar a todas las mujeres para infringir el título VII; los empleadores tienen prohibido también maltratar a sólo una subclase particular de hombres o mujeres: mujeres con niños pequeños,⁷⁴ por decir, o lesbianas.

¿Cuál es entonces la diferencia entre decir que el título VII prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual (que el Primer Circuito, recordemos, aún niega) y decir que prohíbe la discriminación contra mujeres lesbianas, demanda que Franchina ganó y el Primer Circuito confirmó?

La respuesta podría depender de los modos de prueba. Mientras que una demanda de discriminación por orientación sexual podría referirse directamente a la evidencia de animadversión antihomosexual, un demandante de discriminación *sex-plus*⁷⁵ necesitaría adoptar un enfoque diferente. Ella podría, por ejemplo, demostrar que en su lugar de trabajo, a diferencia de lo ocurrido con las mujeres lesbianas, un grupo testigo de hombres homosexuales no fue acosado.

En *Franchina*, la ciudad de Providence argumentó que ésta era la única forma en que Franchina podía tener éxito: en palabras del Primer Circuito, “la Ciudad nos dice que se le pide presentar evidencia de un grupo testigo de bomberos hombres homosexuales que *no* hayan sido discriminados”.⁷⁶ El tribunal rechazó este argumento, negándose a permitir que los acusados eludieran su responsabilidad mediante la no contratación de un grupo comparable, como hombres o padres homosexuales por ejemplo, y por lo tanto dejando a los empleadores en libertad de discriminar a las mujeres y madres lesbianas.⁷⁷

Una segunda posibilidad sería mostrar los estereotipos de género que afectan al subgrupo. En *Chadwick*, el caso anterior de discriminación *sex-plus* del Primer Circuito, la madre probó la discriminación sexual no con la comparación del trato que recibía con el que se daba a los padres, sino demostrando que su empleador suscribía lo que la Corte Suprema denominó el “estereotipo generalizado del rol sexual que determina que ocuparse de los miembros de la familia es trabajo de mujeres”.⁷⁸ la empresa le había negado

⁷⁴ Véase, *Chadwick*, 561 F.3d at 46; Back, 365 F.3d at 121-22.

⁷⁵ Discriminación *sex-plus* es un estándar doctrinario de Estados Unidos que significa discriminación por sexo-género más otra característica social o identitaria.

⁷⁶ *Franchina*, 881 F.3d at 52.

⁷⁷ Véase, *ibidem*, at 52-53. El tribunal también hizo notar que el título VIII no exige causalidad condicional, lo cual se manifiesta en el enfoque por comparación; lo único que se necesita es que el sexo sea un “factor motivante” en el trato que se da a un empleado. *Ibidem*, at 53 (quoting 42 U.S.C. § 2000e-2(m) [2012]).

⁷⁸ Véase, *Nev. Dep’t of Human Res. v. Hibbs*, 538 U.S. 721, 731 (2003).

un ascenso porque consideraba que tenía “demasiado que hacer” con tres niños pequeños en casa.⁷⁹

Franchina no se ajusta exactamente a este análisis. Sin mencionar para nada los estereotipos, el tribunal determinó que hubo discriminación sexual con base en la variedad de apodosos sexistas y sexualizados, los insultos y las acciones mencionados anteriormente, y del hecho de que “las mujeres más proclives a acostarse con los hombres del Departamento” recibían trato preferencial.⁸⁰ Esta última aparece como la única razón para presentar en primer lugar un reclamo de discriminación *sex-plus*: puede presumirse que Franchina pensó que tenía que manejarse con el hecho de que a algunas mujeres no se las trataba tan mal como a ella.

Sin embargo, en realidad el trato diferencial a las mujeres en función de su disponibilidad sexual es una evidencia reveladora de la estereotipación a la que todas las mujeres —y seguramente también los hombres— se enfrentaban en el Departamento de Bomberos de Providence. Entender esto es, muy fundamentalmente, entender la relación entre discriminación por orientación sexual y estereotipos de género.

Los hombres del Departamento claramente suscribieron la idea de que el lugar de una mujer estaba, si no en su hogar, al menos no en un departamento de bomberos, y en ningún caso en una posición de autoridad en él. Lo dijeron abiertamente. Pero estereotipos como éstos son sólo hilos en una red de expectativas de género que se entrecruzan y a las que se espera que mujeres y hombres se ajusten como algo natural.⁸¹ El patrullaje de género controla los límites no sólo de qué trabajos se “permite” hacer a hombres y mujeres,⁸² sino también qué intereses se les permite perseguir y discutir,⁸³ qué colores y estilos de ropa pueden usar,⁸⁴ en qué medida de-

⁷⁹ *Chadwick*, 561 F.3d at 42.

⁸⁰ *Franchina*, 881 F.3d at 55.

⁸¹ Ann C. McGinley describe cómo la vigilancia generalizada que tiene lugar en el trabajo es reflejo y continuación del reforzamiento de estereotipos que comienza en la escuela. Véase, McGinley, Ann C., “The Masculinity Motivation”, 71 *STAN. L. REV. ONLINE* 99, 104-06 (2018).

⁸² Véase, Schultz, Vicki, “Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument”, 103 *HARV. L. REV.* 1749, 1835-37 (1990).

⁸³ Véase, por ejemplo, *Prowel v. Wise Bus. Forms, Inc.*, 579 F.3d 285, 291-92 (3d Cir. 2009).

⁸⁴ Tengo unos pantalones de pana lila, y eso que doy clases en la facultad de derecho más diversa del país, véase, Johnson, Kevin R., “How and Why We Built a Majority-Minority Faculty”, *CHRON. HIGHER EDUC.* (24 de julio de 2016), disponible en: <https://www.chronicle.com/article/How-Why-We-Built-a-237213> [<https://perma.cc/VZ7H-V62Q>]. Nunca me he podido poner esos pantalones para ir al trabajo sin provocar alguna clase de comentario.

ben prestar atención a su apariencia y aseo,⁸⁵ y qué tan activos, agresivos, seguros, emocionales, comprensivos o pasivos se espera o se permite que sean.⁸⁶ Como sugiere el trato dado a las mujeres que salían con hombres del Departamento de Bomberos de Providence, los estereotipos de género se extienden también a los roles sexuales respectivos de mujeres y hombres, la disponibilidad esperada y la presunta firmeza de carácter. Se recompensa o se acosa a las trabajadoras según desempeñen correctamente sus roles de género.

El patrullaje de género da forma a las vidas y restringe las oportunidades de las personas de cualquier orientación sexual. Pero quienes son lesbianas, gays o bisexuales resultan particularmente amenazantes para los estereotipos de género, y por lo tanto amenazados por ellos. Hay que tener cuidado aquí. A veces se cree, y lo preocupante es que lo piensen los jueces federales,⁸⁷ que el estereotipo prescriptivo que afecta a los hombres homosexuales y a las mujeres lesbianas es simplemente “ser heterosexual”. Expresado de ese modo, el estereotipo suena como “una creencia acerca de lo que todas las personas deberían ser o hacer: para... que haya atracción sexual o tener relaciones sexuales solo con miembros del sexo opuesto”, según escribió el juez Lynch en disidencia con el fallo plenario del Segundo Circuito en *Zarda v. Altitude Express*.⁸⁸ En este nivel de generalidad, el mismo estereotipo se aplica a ambos sexos y, por lo tanto, no cuenta como discriminación sexual. Como escribió la jueza Sykes en su disidencia en *Hively v. Ivy Tech Community College*, fallo plenario paralelo del Séptimo Circuito sobre el tema, “la heterosexualidad no es un estereotipo femenino; no es un estereotipo masculino; no es en absoluto un estereotipo específico de sexo”.⁸⁹

Ambas disidencias están equivocadas. Para ver esto, hay que comparar los hechos de *Zarda* con los de *Franchina*. En *Zarda*, un instructor de paracaidismo gay “a veces les hablaba a sus clientas sobre su orientación sexual para calmar cualquier preocupación que pudieran tener por saltar en paracaídas

⁸⁵ Véase, por ejemplo, *EEOC v. Boh Bros. Constr. Co.*, 731 F.3d 444, 450 (5th Cir. 2013) (en banc).

⁸⁶ Véase, por ejemplo, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 234-35 (1989).

⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100, 158 (2d Cir. 2018) (en banc) (Lynch, J., disenso); *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, 853 F.3d 339, 370 (7th Cir. 2017) (en banc) (Sykes, J., disenso).

⁸⁸ 883 F.3d at 158 (Lynch, J., disenso).

⁸⁹ 853 F.3d at 370 (Sykes, J., disenso); véase, asimismo, *Zarda*, 883 F.3d at 158 (Lynch, J., disenso) (“[La desaprobación de los homosexuales no surge del deseo de discriminar a alguno de los sexos, ni es resultado de algún estereotipo referente el sexo”).

atadas a un hombre”.⁹⁰ Zarda habló de su sexualidad para contrarrestar el estereotipo de género según el cual los hombres persiguen o deberían perseguir sexualmente a las mujeres, “a ver qué pueden conseguir”, a la menor oportunidad. Una mujer atada a un hombre es, en esa lógica, una invitación a la agresión sexual, a menos que el hombre sea gay.

Los roles de género que se esperan de las mujeres y que las lesbianas como Franchina incumplen son muy diferentes. Si Franchina fuera paracaidista, no tendría que hablar con sus clientas de su orientación sexual porque no se preocuparían de que una instructora intentara aprovecharse sexualmente de ellas.⁹¹ No se espera que las mujeres sean agresoras sexuales; en cambio, se les anima a atraer la atención sexual de los *hombres*, especialmente a través de su apariencia. Eso es lo que Franchina, como mujer lesbiana en una posición de autoridad sobre los hombres, no pudo hacer.

En *Hively*, un caso presentado por una profesora lesbiana por discriminación en el trabajo, la jueza Rovner describió este punto especialmente bien:

Las lesbianas y los hombres homosexuales trastornan el estatus mismo de nuestros paradigmas de género, haciendo que nos cuestionemos... ideas anticuadas y anacrónicas sobre qué roles deben desempeñar hombres y mujeres en sus relaciones. ¿Quién es dominante y quién es sumiso? ¿Quién está a cargo de ganar dinero y quién lleva el hogar? ¿Quién es padre y quién madre? De esta manera, las raíces de la discriminación por orientación sexual y la discriminación por género se entrelazan inextricablemente.⁹²

⁹⁰ 883 F.3d at 108. Zarda demuestra que la manera en que los conceptos sexualizados del acoso sexual pueden acabar por sobrerregular incluso las conversaciones inocuas acerca del sexo en el lugar de trabajo. Ésta es la dinámica que Schultz criticó hace 15 años en Schultz, Vicki, “The Sanitized Workplace”, 112 *TALE L.J.* 2061, 2064 (2003). Schultz se anticipa para argumentar que las minorías raciales y sexuales son las que mayor probabilidad tiene de ser sancionadas bajo las políticas en contra del acoso sexual, cuando éstas son demasiado amplias. *Ibidem*, en 2158- 63 (al argumentar cómo “los gays pueden ser acusados de acoso sexual nada más por revelar su identidad sexual”).

⁹¹ Esto no pretende sugerir que las lesbianas y las mujeres no conformes con su género no sean consideradas problemáticas de otras maneras. Un estudio reciente encontró que las lesbianas reciben castigos en la escuela a una tasa 13% mayor que el de las estudiantes mujeres heterosexuales. Joel Mittleman, “Sexual Orientation and School Discipline: New Evidence from a Population-Based Sample”, 47 *EDUC. RESEARCHER* 181, 187 (2018) (al argumentar que “para las mujeres de minorías sexuales, una expresión de género más masculina y «no propia de una dama» puede ser interpretada por los adultos como una amenaza que exige controles más formales”).

⁹² *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, 830 F.3d 698, 706 (7th Cir. 2016), rev’d en banc, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017).

El punto a tener en cuenta es que los homosexuales y las lesbianas, respectivamente, incumplen *de modo diferente* los estereotipos de género. Las mujeres con autoridad y las que son buenas en los deportes (Franchina, como se recordará, era ambas cosas) son habitualmente tildadas de lesbianas. ¿Alguien pensaría que un hombre seguramente es gay por su destreza atlética? Y por el contrario, ¿alguien “acusaría” a una mujer de homosexualidad porque le importa demasiado su apariencia? (con seguridad no es una coincidencia que el apodo elegido en el Departamento para Franchina describiera su vello púbico como poco arreglado;⁹³ para los hombres, por el contrario, la depilación suele considerarse gay⁹⁴).

Entonces, desde diferentes direcciones, las mujeres y los hombres no heterosexuales desafían los roles de género que siguen limitando las oportunidades disponibles para mujeres y hombres, tanto en sus lugares de trabajo como en el mundo en general. Les académiques han discutido al respecto durante décadas.⁹⁵ Incluso, el juez Lynch, en disidencia en *Zarda*, reconoce que puede haber homofobia en relación con “creencias sobre los roles de la vida familiar apropiados para hombres y mujeres que subyacen al menos a cierta discriminación laboral contra las mujeres”.⁹⁶ Pero sostiene que el título VII se ocupa de actos manifiestos, y no de “eliminar las «raíces profundas» de las actitudes discriminatorias” ni las ideas misóginas “sobre cómo se estructuran mejor las familias”.⁹⁷ Aquí, el juez Lynch confunde la acción adversa del título VII y los requisitos del “por motivos de sexo”. Nadie puede dudar de que hubo acciones adversas en contra de Franchina. La única pregunta es si fue acosada por alguna de las razones en las que pensaba el Congreso en 1964. En tanto Franchina fue maltratada por haber subvertido los roles de género esperados en su trabajo, la respuesta es “sí”.⁹⁸

⁹³ Véase la nota 27 y el texto que la acompaña.

⁹⁴ Véase, Tracy Moore, “Here’s What Men Are Doing with Their Pubes These Days”, *MEL* (17 de agosto de 2021), disponible en: <https://melmagazine.com/heres-what-men-are-doing-with-their-pubes-these-days-2907a-42eb1d8> [<https://perma.cc/DBB9-SPE6>] (“Vamos a empezar con los estereotipos: Depilar y recortar el vello púbico es cosa de homosexuales; los varones heterosexuales piensan en acicalarse el pubis casi tanto como en sus sentimientos”); Schott, Ben, “Manscaping”, *N.Y. TIMES: SCHOTT’S VOCAB* (30 de marzo de 2009, 6:00 PM), disponible en: <https://schott.blogs.nytimes.com/2009/03/30/manscaping> [<https://perma.cc/NP5E-6M7T>].

⁹⁵ Una lista de 22 académiques y 4 tribunales que han desarrollado este argumento desde 1980 hasta el día de hoy se encuentra en Soucek, Brian, “Hively’s Self-Induced Blindness”, 127 *YALE L.J.F.* 115, 121 n.36 (2017).

⁹⁶ *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100, 160 (2d Cir. 2018) (en banc) (Lynch, J., disenso).

⁹⁷ *Ibidem*, 161.

⁹⁸ Véase, Soucek, supra note 93, at 124-25.

Volviendo, entonces, a la pregunta inicial de esta sección: ¿hay alguna diferencia entre un reclamo de discriminación por orientación sexual y un reclamo de discriminación *sex-plus* que hace una mujer lesbiana en función de estereotipos de género? Tiendo a pensar que no. No he visto todavía un caso de discriminación por orientación sexual que no implique patrullaje de género, el intento de mantener a hombres y mujeres en carriles separados, fijos en sus roles tradicionales. Desde mi punto de vista, la discriminación por orientación sexual siempre es provocada por estereotipos específicos de género y apunta a hacerlos cumplir. La discriminación por orientación sexual comprende así *categóricamente* la discriminación por razón de sexo, prohibida por el título VII.

En este punto, sin embargo, Schultz y yo podríamos tomar temporalmente caminos distintos. En *Reconceptualizing Sexual Harassment*, Schultz imaginó estereotipos sobre los hombres homosexuales (“por ejemplo, como portadores del SIDA”) que “no necesariamente se basarían en el género”⁹⁹ y, por lo tanto, no podrían usarse para respaldar una demanda con base en el título VII. En la medida en que tales estereotipos estén alimentados por una repugnancia de género que establece un vínculo entre enfermedad, fluidos corporales y sexo anal receptivo,¹⁰⁰ por mi parte insistiría en una demanda por discriminación sexual también en ese caso. Pero el punto clave de la hipótesis de Schultz es que no hay acuerdo unánime en que la discriminación por orientación sexual siempre cuente como estereotipación sexual de acuerdo con el título VII.¹⁰¹ Y aunque por mi parte no estoy de acuerdo, reconozco que tal vez sea ése el motivo por el que el argumento de los estereotipos sexuales, para mí el más convincente de los que se ofrecen,¹⁰² todavía no predomine en las sentencias de apelación y los

⁹⁹ Schultz, nota 9, 1787 n.533.

¹⁰⁰ Véase, Soucek, Brian, “The Case of the Religious Gay Blood Donor”, 60 *WM. & MARY L. REV.* (publicado en 2019) (p. 39 del manuscrito) (en los archivos del autor).

¹⁰¹ Comparar con *Zarda*, 883 F.3d en 119 (“La discriminación por causa de orientación sexual casi siempre se origina en estereotipos acerca de varones y mujeres”) y 122 (“Podemos concluir que la discriminación por causa de orientación sexual se origina en estereotipos de género y que por lo tanto es un subconjunto de la discriminación sexual”). Sin embargo, estas afirmaciones solamente alcanzaron 6 de los 13 votos del panel de *Zarda*.

¹⁰² Véase, Brief for Anti-Discrimination Scholars as Amici Curiae Supporting Petitioner at 6-7, *Evans v. Ga. Reg'l Hosp.*, 850 F.3d 1248 (11th Cir. 2017) (No. 17-370); véase, asimismo *Zarda*, 883 F.3d at 156 (Lynch, J., disenso) (“Quizá uno de los enfoques más atractivos de las perspectivas de la mayoría es su esfuerzo por tratar a la discriminación por causa de orientación sexual como una instancia de estereotipación sexual”). Para una descripción de los otros argumentos acerca de por qué la discriminación por orientación sexual está prohibida por el

alegatos que recurren al título VII para prohibir la discriminación basada en la orientación sexual.¹⁰³

V. CONCLUSIÓN

¿Qué sabe realmente cualquiera de nosotros sobre los demandantes de otros circuitos en casos recientes de discriminación por orientación sexual como Jameka Evans,¹⁰⁴ Kimberly Hively¹⁰⁵ o Donald Zarda?¹⁰⁶ Pobres en su recuento de los hechos y débiles en manifestar su indignación, las sentencias en esos casos podrían comenzar por simplemente decir, “un hombre gay o una mujer lesbiana sufrieron discriminación en el trabajo” y nada sería sustancialmente diferente. No es así con Lori Franchina. Es posible que los lectores de *Franchina v. City of Providence* no conozcan todas las potencialidades de Franchina como persona, pero sabemos muy bien lo que tuvo que soportar en el trabajo. Sabemos qué la llevó a presentar esas cuarenta denuncias por acoso.¹⁰⁷ También sabemos hasta qué punto la gente de Providence estaba en riesgo por los bomberos varones que preferían dejarla morir antes que permitir que su supervisora lesbiana lograra sus objetivos.¹⁰⁸ Y conocemos nuestra indignación porque la ciudad de Providence apeló el fallo en lugar de disculparse con la mujer que pasó de ser la mejor de su clase de bomberos a padecer una discapacidad permanente.

Sabemos todo esto porque la jueza Thompson nos contó el relato de Franchina, mientras la ciudad de Providence se negó rotundamente a hacerlo.¹⁰⁹ Al igual que otras en el movimiento #MeToo, Franchina se puso

título VII —incluyendo los argumentos comparativos y asociativos ciegos al género—, véase, Soucek, *supra* note 93, at 117-21.

¹⁰³ Véase, por ejemplo, *Zarda*, 883 F.3d 100 (reunió 8 de 13 votos para un argumento ciego al género, el cual decía que Zarda no hubiera sido discriminada si él hubiera sido una mujer atraída hacia los varones, y 8 votos para un argumento asociativo, en el cual se dijo que discriminar en contra de un empleado debido al sexo de aquellos con quienes convive se considera como discriminación sexual); Petición de Revisión, *Evans*, 850 F.3d 1248 (No. 17-370) (que abría con el argumento de que una empleada lesbiana no fue discriminada por su orientación sexual, sino por su sexo).

¹⁰⁴ *Evans*, 850 F.3d 1248.

¹⁰⁵ *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc).

¹⁰⁶ *Zarda*, 883 F.3d 100.

¹⁰⁷ Véase, *Franchina v. City of Providence*, 881 F.3d 32, 44 (1st Cir. 2018).

¹⁰⁸ Véase, *ibidem*, 41 y 42.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 38 (“Si bien la Ciudad pretende trivializar el maltrato infligido a Franchina mientras trabajaba en el Departamento al darle escasa atención en su informe, declinamos el ser tan inclementes al narrar su difícil situación”).

de pie y, a través de la sentencia de la jueza Thompson, se hizo pública la demoledora historia del acoso que sufrió.

El maltrato que experimentó Franchina muchas veces apuntaba a su orientación sexual. Pero tenía raíz en su género, porque era una mujer en (lo que los hombres querían que fuera) un mundo de hombres. Y aunque el acoso a veces tuvo formas sexualizadas, no era el deseo su motivación; sus motivos eran el poder y la exclusión. El acoso sexual es acoso sexista. El acoso por orientación sexual es acoso sexista. Ambos son sexistas porque apuntan a controlar roles, rasgos y oportunidades de género claramente definidos. *Franchina v. City of Providence* cuenta la historia de cómo sucede esto, una historia que merece ser contada como parte del movimiento #MeToo, y una historia que ayuda a aclarar qué podría tratar de cambiar este movimiento.

Nota de los editorxs: este artículo fue originariamente publicado como “Queering Sexual Harassment Law”, *Yale Law Journal Forum*, The Yale Law Journal Company, vol. 128, 2018, pp. 67-84.