

DISCRIMEN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LAS ORGANIZACIONES SIN FINES DE LUCRO

ARTÍCULO

CAROLINE LÓPEZ BEAUCHAMP & ALEXIS J. LEBRÓN BRAYFIELD*

Introducción	1247
I. Boy Scouts of America v. James Dale: la protección a la asociación expresiva sobre la igualdad de la comunidad gay.....	1249
A. La Disidencia en Boy Scouts of America	1251
II. Los factores de Rotary International v. Rotary Club of Duarte Board of Directors	1252
A. Tamaño.....	1253
B. Propósito.....	1253
C. Selectividad	1254
D. Participación del público en actividades de la organización	1254
III. Privilegio de corporaciones sin fines de lucro: la exención contributiva.....	1256
IV. Consideraciones de política pública en el discrimen por orientación sexual	1257
V. Sin exención los cabilderos y sin expresión las escuelas graduadas en contra del Solomon Act	1260
VI. La orientación sexual como clase protegida a nivel federal.....	1262
VII. Propuesta para armonizar la doctrina del Tribunal Federal en casos de asociación expresiva.....	1264
Conclusión	1265

INTRODUCCIÓN

LAS ORGANIZACIONES SIN FINES DE LUCRO SON ENTIDADES PRIVADAS QUE juegan un papel importante en nuestra sociedad. Existen varias categorías de organizaciones sin fines de lucro, tales como las que existen para ayudar a sus miembros, las religiosas, las que proveen donativos a otras y las que proveen servicios caritativos en beneficio de la sociedad.¹ Debido a la impor-

* Caroline López Beauchamp, J. D., Universidad de Puerto Rico, Escuela de Derecho y Alexis Lebron Brayfield, J.D. 2010, Universidad de Puerto Rico, Escuela de Derecho. Agradecemos de manera muy especial al Profesor Carlos Díaz Olivo y a la Profesora Vivian Neptune, cuyos consejos fueron esenciales a la preparación de este artículo.

¹ Carlos Díaz Olivo, Las Organizaciones Sin Fines de Lucro: Perfil del Tercer Sector en Puerto Rico, 69 REV. JUR. UPR. 719 (2000).

tante labor y función social de este tipo de entidad, el Código de Rentas Internas Federal provee para su exención contributiva, siempre y cuando la organización se encuentre dentro de una de las categorías enumeradas en la ley.² Como resultado el erario deja de recibir miles de millones de dólares en rentas,³ lo que implica que cada contribuyente, de manera indirecta, es donante de este tipo de organización.

Existen grupos que se asocian bajo el palio de la organización sin fines de lucro y promueven una política de discriminación contra comunidades marginadas históricamente como, por ejemplo, los afroamericanos, los incapacitados y los gays.⁴ Este mensaje de intolerancia podría contar con la protección del derecho constitucional a la libertad de expresión y a la libre asociación, pues según el Tribunal Supremo de Estados Unidos puede tratarse de una asociación expresiva.⁵ En este contexto, la Primera Enmienda conflige con el derecho de todo ser humano a ser tratado con igualdad y dignidad cuando una asociación expresiva le niega membresía a una persona por pertenecer a una comunidad dada.⁶ Así por ejemplo, Boy Scouts of America [en adelante, BSA] discrimina contra la comunidad gay, ya que expulsa a personas identificadas abiertamente con esta comunidad. En *Boy Scouts of America v. Dale* [en adelante, *Boy Scouts of America*] el Tribunal Supremo de Estados Unidos lamentablemente validó esta conducta.⁷

Complementamos nuestro análisis con otra opinión del Tribunal Supremo que pudo haberse utilizado para proteger a la igualdad de la comunidad gay. *Rotary Clubs International v. Rotary Club*⁸ creó un precedente en el cual prevaleció la protección contra el discrimen por razón de sexo ante las prácticas discriminatorias contra las mujeres en los clubes Rotarios. De manera similar analizaremos otro caso de la década de los 80 donde un grupo de afroamericanos prevaleció contra una universidad en el sur de los Estados Unidos que discriminaba por razón de raza en su política de admisión de estudiantes.⁹

Debido a que el estado actual de Derecho no esboza criterios claros para evaluar este tipo de controversia y que el último caso en que se ventiló el asunto, *Boy Scouts of America*, la comunidad gay quedó indefensa, analizaremos en

² 26 U.S.C. § 501(c)(3) (2006).

³ Véase Nicholas A. Mirkay, *Is It Charitable to Discriminate? The Necessary Transformation of Section 501 (c)(3) into de Gold Standard for Charities*, 2007 WIS. L. REV. 45 (2007).

⁴ Utilizamos la palabra “gay” a través de nuestro trabajo por entender que es la manera más apropiada de referirse al grupo, a diferencia de homosexual que puede tener connotaciones indeseables.

⁵ Véase *Rotary Clubs Internacional v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987).

⁶ U.S. Const. amend. I.

⁷ Véase *Boy Scouts of America v. James Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

⁸ Véase *Rotary Clubs Internacional*, 481 U.S. 537 (1987).

⁹ Véase *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983).

nuestra investigación las diversas controversias jurídicas que surgen de los casos antes mencionados. Ello con el propósito de plantear posibles soluciones y alternativas para analizar el conflicto entre el derecho a asociarse y expresarse libremente y la protección de toda persona contra el discrimen ilícito. El fin último de un esfuerzo como éste es evitar que organizaciones sin fines de lucro con prácticas discriminatorias ilícitas, en contra de los gays u otras comunidades, gocen de exención contributiva.

I. BOY SCOUTS OF AMERICA V. JAMES DALE: LA PROTECCIÓN A LA ASOCIACIÓN EXPRESIVA SOBRE LA IGUALDAD DE LA COMUNIDAD GAY

La controversia comenzó en el 1990 cuando los BSA le revocaron la membresía a James Dale, miembro en el estado de Nueva Jersey.¹⁰ Para el año 1990, Dale era estudiante de la Universidad de Rutgers y Co-Presidente de la Alianza Gay y Lesbiana. La carta de revocación de membresía se le envió luego de que el mismo participara de una conferencia pro-gay donde fue entrevistado por un periódico local y expresó su apoyo a la causa. Dicha entrevista fue publicada con su foto, por tal razón ese mismo mes fue expulsado de los BSA.

Dale acudió al Tribunal estatal al amparo del Título 10 del Código de Nueva Jersey,¹¹ que prohíbe el discrimen por orientación sexual en lugares de acomodo público.¹² El Tribunal Supremo de Nueva Jersey falló a favor de James Dale; tomó en cuenta factores tales como el gran tamaño de la organización y sus políticas de membresía inclusivas, por lo que no les merecía un alto grado de protección de asociación expresiva. Como veremos más adelante, estos son los factores de *Rotary*, que en su revisión por vía de certiorari el Tribunal Supremo parece ignorar. Éste revoca al Tribunal Supremo de Nueva Jersey en una decisión de 5-4. Se establece que este estatuto infringe el derecho de la asociación expresiva de los BSA, el cual está cobijado por la Primera Enmienda.¹³ El criterio utilizado por el Tribunal constó en determinar si la asociación de los niños escuchas tiene un propósito expresivo. La mayoría convalidó dicho propósito, y determinó que la inclusión compulsoria de un miembro homosexual infringía el derecho de la libertad de asociación en su componente expresivo. Fundamentó su determina-

¹⁰ Véase *Boy Scouts of America*, 530 U.S. en la pág. 644.. Véase además *Boy Scouts of America*, 530 U.S. en la pág. 665, donde en la disidencia se señala que Dale llevaba en la organización más de 10 años y había ganado más de 25 medallas por sus méritos dentro de los BSA.

¹¹ N. J. Stat. Ann. §§10:5—4

¹² N. J. Stat. Ann. §§10:5—4: All persons shall have the opportunity to obtain employment, and to obtain all the accommodations, advantages, facilities, and privileges of any place of public accommodation, publicly assisted housing accommodation, and other real property without discrimination because of race, creed, color, national origin, ancestry, age, marital status, affectional or sexual orientation, familial status, disability, nationality, sex or source of lawful income used for rental or mortgage payments, subject only to conditions and limitations applicable alike to all persons. This opportunity is recognized as and declared to be a civil right.

¹³ U.S. Const. amend. I.

ción en que la inclusión de una persona gay afecta significativamente la habilidad de la organización de expresar su visión en público y en privado. No obstante, enfatiza el Tribunal que este derecho se puede limitar cuando el Estado tenga un interés apremiante no relacionado con suprimir ideas, y que no exista un medio menos restrictivo para implementar dicha regulación. La opinión mayoritaria apoya el razonamiento planteado por los BSA, de que se expresan abiertamente en contra de la homosexualidad. Ello por entender que la misión general de los BSA es inculcar valores a la juventud. Encuentra esta misión en el Juramento y Reglamento, que dispone:

Juramento: Sobre mi honor haré todo lo posible para cumplir con mi deber hacia Dios y mi patria y para obedecer la Ley del Scout; para ayudar a los demás en todo tiempo; para mantenerme físicamente fuerte, mentalmente alerta y *moralmente recto*; *Reglamento:* Un Scout es: Digno de confianza, leal, servicial, amistoso, cortés, bondadoso, obediente, alegre, ahorrativo, valiente, *limpio*.¹⁴

La alegación de los BSA es que la homosexualidad es inconsistente con los valores que ellos intentan promover. En particular, señalan que no es “moralmente recto” ni “limpio”. La mayoría acoge estos planteamientos, basándose en que los ejecutivos principales de dicha organización habían expresado públicamente su posición en contra de la homosexualidad, siendo esto suficiente para cumplir con el componente expresivo de la Primera Enmienda.¹⁵ Además, el Tribunal procede a evaluar si el reinstalar a Dale en su posición constituye una carga demasiado onerosa sobre el deseo de la organización de no promover la homosexualidad como un componente legítimo de nuestra sociedad. Debido a que la orientación sexual de Dale salió a la luz pública, el Tribunal expresa que su reinstalación forzaría a BSA a enviar un mensaje a sus miembros y a la sociedad de que la homosexualidad es un comportamiento legítimo y aceptable para ellos como grupo.

Sobre la asociación expresiva, el Tribunal sostiene que, para obtener la protección de la Primera Enmienda, no es requisito indispensable que las asociaciones o grupos se asocien con el propósito de diseminar información particular.¹⁶ Solamente se tiene que demostrar que la asociación hace expresiones de cierta naturaleza. El caso aclara que no es necesario que todos los miembros del grupo respalden el mensaje para que se pueda invocar este derecho, sino que es suficiente con que la organización haya divulgado su posición oficial, como lo hizo BSA. El Tribunal decide que el estatuto de Nueva Jersey infringe el derecho de asociación expresiva de BSA. Se basa principalmente en que la definición de

¹⁴ Boy Scouts of America, <http://www.scoutingvalelapena.org> (última visita, 20 de mayo de 2009) (énfasis suplido).

¹⁵ El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios.

¹⁶ Véase *Boy Scouts de America*, 530 U.S. en la pág. 655

acomodo público es una muy abarcadora lo que crea conflicto entre la Primera Enmienda y la ley de Nueva Jersey¹⁷ por lo cual no está bajo la definición de acomodo público.

A. *La Disidencia en Boys Scouts of America*

El Honorable Juez Stevens¹⁸ disiente de manera convincente y ataca los fundamentos de la mayoría. Stevens entiende que los BSA no gozan de la protección de la Primera Enmienda, por no expresar su política homofóbica ni en el juramento, ni en el reglamento. Este silencio institucional derrota el componente expresivo de la asociación, por lo cual no procedía que se convalidara la revocación de la membresía de Dale por razón de su orientación sexual. El manual de los BSA define *moralmente recto* de la siguiente manera:

To be a person of strong character, guide your life with honesty, purity, and justice. Respect and defend the rights of all people. Your relationship with others should be and open. Be clean in your speech and actions, and faithful in your religious beliefs. The values you follow as a Scout will help you become a virtuous and self-reliant.¹⁹

En la disidencia se argumenta que de esta definición no se desprende la homosexualidad como señal de la falta de rectitud moral. El concepto de “limpio” está definido como, “[a] scout keeps his body and mind fit and clean. He chooses the company of those who live by these same ideas. He helps keep his home and community clean”.²⁰ Este término tampoco revela indicios anti-gay. Stevens expresa que el hecho de que BSA utilice como fundamento el que los padres de los niños escuchas no estén de acuerdo con la homosexualidad, no debería ser base suficiente para que la organización discrimine contra este grupo. Los BSA son una organización no-secular, por ende no promueve los valores de ningún grupo religioso en particular.

En más de una ocasión, se ha establecido en la jurisprudencia que el reclamo del ejercicio del derecho de asociación expresiva no es base suficiente para evadir el cumplimiento de una ley anti-discrimen.²¹ Además, se señala en la opinión disidente que no es suficiente con que se adopte una política abiertamente discriminatoria ni que se articule que hay un nexo entre las expresiones de la organización y su política excluyente.

¹⁷ N. J. Stat. Ann. §§10:5—4:

¹⁸ Véase *Boy Scouts de America*, 530 U.S. en la pág. 676

¹⁹ Boy Scouts of America, <http://www.scouting.org/Media/FactSheets/02-503.aspx> (último acceso el 20 de mayo de 2009).

²⁰ *Id.*

²¹ Véase *Roberts v. United States Jaycees*, 468 US 609 (1984); *Rotary*, 481 U.S. 537 (1987).

Según la opinión disidente, los hechos de este caso en particular no indican que haya una clara expresión de los BSA para excluir a las personas homosexuales, ya que no se hace mención alguna en su visión como organización. Tampoco hay conexión entre sus prácticas anti-gay y su misión de desarrollar a los jóvenes. Sobre esto abundaremos más adelante. Conforme a estos precedentes, no se debió sostener que BSA estaba exento de cumplir con la ley anti-discrimen de Nueva Jersey. La inclusión de Dale no hubiera impuesto ninguna carga onerosa a BSA ya que la ley de Nueva Jersey no les obligaba a cambiar su mensaje, funciones o visión. Procedemos a resumir un caso normativo, previo a *Boys Scouts of America*, y de suma importancia en esta discusión.

II. LOS FACTORES DE *ROTARY INTERNATIONAL V. ROTARY CLUB OF DUARTE BOARD OF DIRECTORS*

Para el año 1987, el Club Rotario cuestionó la constitucionalidad del Unruh Civil Rights Act, un estatuto del estado de California.²² El estatuto prohibía la discriminación por sexo en establecimientos de negocios.²³ El Club Rotario alegaba que el estatuto violentaba su derecho de asociación.²⁴ El Club internacional llevaba políticas excluyentes contra las mujeres, quienes no podían ser socias del club. El Tribunal Supremo expresó que la inclusión de mujeres no interfería *necesariamente* con el derecho de asociación privada de los miembros de dicha organización. Se impuso a los Rotarios la obligación de eliminar su política discriminatoria contra mujeres. El Tribunal articula los siguientes factores para determinar si una organización es lo suficientemente personal o privada para estar cobijada por el derecho a la libre asociación de la Primera Enmienda: tamaño, propósito, selectividad, y si otros son excluidos de los aspectos fundamentales y críticos de la relación.²⁵

Según se desprende de los hechos de *Rotary* y *Boys Scouts of America*, ambos casos dilucidan una controversia en cuanto al derecho de asociación expresiva contra una ley anti-discrimen estatal. No obstante, el Tribunal no es consistente en sus criterios al emitir las decisiones. Aunque para *Boy Scout of America* ya existían los factores de *Rotary*, el Tribunal parece ignorarlos y articular una protección mayor, casi absoluta, del derecho a la asociación expresiva de esta entidad. Seguido hacemos un breve análisis para determinar si el reclamo de Dale hubiese triunfado a la luz de los factores esbozados en *Rotary*.

²² Cal. Civ. Code Ann. 51.

²³ *Id.*

²⁴ *Rotary*, 481 U.S. 537 (1987).

²⁵ *Id.*

A. *Tamaño*

Como regla general, mientras más íntima una organización, mayor protección de Primera Enmienda recibirá.²⁶ Por ejemplo, es más fácil organizar un grupo de veinte personas que discriminen contra los demás, que sostener una práctica discriminatoria de un grupo internacional de miles de miembros. De los hechos de *Rotary* se desprende que para ese tiempo los Rotarios tenían aproximadamente 908,000 miembros.²⁷ Además, constantemente estaban buscando añadir más personas a la organización. En comparación, los BSA tenían como miembros a 4 millones de jóvenes y a más de 1 millón de adultos para el 1991.²⁸ Desde sus comienzos en el 1910, los niños escuchas habían tenido más de 87 millones de miembros.²⁹ El Consejo al cual pertenecía Dale contaba para el año 1991 con 8,400 jóvenes y 2,700 adultos.³⁰ Vemos que la membresía de los BSA es numerosa y considerable. Conforme este criterio, se desprende que ambas organizaciones se alejan de ser íntimas por su gran número de miembros. Es forzoso concluir que si se hubiese utilizado el criterio de *Rotary* de tamaño, BSA hubiese contado con menos protección de libertad de asociación, en su componente expresivo, que la que logró tener.

B. *Propósito*

En cuanto al propósito, los Clubes Rotarios proveían servicio humanitario, apoyaban altos estándares éticos en todas las vocaciones y buscaban la paz mundial.³¹ Los BSA, por otro lado, alegaban que parte de su misión era preparar a los jóvenes para tomar decisiones éticas y rectas durante su vida, infundiéndoles los valores del Juramento y la Ley del Scout.³² Como se puede ver, los fines de ambas organizaciones van dirigidos al servicio a la comunidad. Por un lado, los clubes rotarios proveen servicios a la sociedad, mientras que los BSA inculcan valores en sus miembros, para el resto de sus vidas. Ambas organizaciones se fundan en el desarrollo del carácter de sus miembros, para que éstos a su vez contribuyan a la sociedad. A nuestro entender, bajo este factor, el Tribunal Supremo hubiese encontrado que los BSA tenían un propósito similar al Club de Rotarios, y, por ende, haber fallado a favor de Dale.

²⁶ Véase *Id.* en la pág. 544.

²⁷ *Id.* en la pág. 540.

²⁸ Véase *James Dale v. Boy Scouts of America*, 160 N.J. 562, 571 (1999).

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* en la pág. 598-599.

³¹ Véase *Rotary*, 481 U.S. en la pág. 537.

³² Véase *Boy Scouts de America*, 530 U.S. en la pág. 640.

C. *Selectividad*

Para el año 1987, los Clubes Rotarios no tenían políticas exclusivas al seleccionar sus miembros. Al revés, buscaban expandir su membresía mediante el reclutamiento de más miembros varones.³³ De igual manera, los BSA tampoco eran selectivos al escoger los niños que ingresan a la entidad. Por ejemplo, se aceptaba la membresía de niños de cualquier religión o creencia moral.³⁴ Aún más, los BSA se han comprometido a una membresía representativa, utilizando fuertes campañas publicitarias por revistas, radio y televisión. Definitivamente, esto apunta a una política inclusiva, por lo cual notamos una vez más que, bajo este factor, las decisiones hubiesen podido ser iguales y en protección a la clase discriminada. Veamos por último el cuarto factor para comprobar que, en efecto, el Tribunal de *Boy Scouts of America* tuvo las herramientas para impedir este discrimen y, aún así, no lo hizo.

D. *Participación del público en actividades de la organización*

Cuando se dieron los hechos del caso de *Rotary*, muchas de las actividades de los Rotarios estaban abiertas al público. Incluso, el club llevaba a cabo reuniones con otras organizaciones.³⁵ En dichas reuniones, se contaba con la participación de mujeres, aunque éstas no eran socias de la organización. De igual manera, los BSA colaboran con organizaciones religiosas, educativas, y cívicas.³⁶ A cada organización se le asigna una persona enlace con BSA para fungir como representante y preservar la conexión entre las dos entidades. Además, los BSA llevan a cabo muchas de sus actividades en las cuales participan personas que no son miembros.³⁷

Este último factor, tomado en cuenta con los otros tres, nos lleva a concluir, tal como hizo la Corte Suprema de Nueva Jersey, que los BSA no merecían la protección de una entidad íntima y como resultado de esto, sus actuaciones no debieron haber estado cobijadas por este derecho constitucional.

Además, vamos más allá para determinar si la inclusión de la persona excluida conlleva una carga onerosa tanto para la organización como para el mensaje que ésta desea llevar. Aunque esto se tomó en cuenta en *Rotary* y en *Boy Scouts of America*, se llegó a conclusiones inconsistentes. En *Rotary*, el Tribunal determinó que la inclusión de mujeres no era una carga muy onerosa, ya que las mujeres participaban activamente en las actividades de la organización. También,

³³ Véase *Rotary*, 481 U.S. en la pág. 546.

³⁴ Véase *James Dale*, 160 N.J. en la pág. 600.

³⁵ Véase *Rotary*, 481 U.S. en la pág. 547.

³⁶ BOY SCOUTS OF AMERICA CHARTERED ORGANIZATIONS FACTSHEET, disponible en http://scouting.org/About/FactSheets/operating_orgs.aspx (última visita, 6 de agosto de 2010).

³⁷ Véase *James Dale*, 160 N.J. en la pág. 609.

expresa que su inclusión no cambiaría las funciones de los miembros ya existentes. En *Boy Scouts of America*, por otro lado, se alega que el incluir a un gay implicaría que los BSA estuvieran adoptando su visión homosexual como parte de su mensaje. Este análisis es cuestionable y parece forzado.

Primero, no es requisito para ser niño escucha que se divulgue su orientación sexual. Además, la inclusión de un homosexual no implica que la organización deba articular su apoyo a favor de la homosexualidad o que cambie las funciones de los miembros ya existentes. Segundo, no se desprende de la misión, visión o reglamento que los gays no pueden ser parte de esta entidad. Es totalmente especulativo el concluir que Dale utilizaría su membresía en los BSA para promover su orientación sexual. Evidencia que respalda esto es el hecho de que por más de diez años Dale participó de la organización con conducta intachable y sin propagar un mensaje pro-gay, llegando a adquirir el título más alto en la organización, el de "Eagle Scout".³⁸ Consecuentemente, se pudo haber aplicado este análisis al igual que en *Rotary* para concluir que el estatuto de Nueva Jersey aplica a los BSA y la inclusión de Dale no contravenía la asociación expresiva de la organización.

Tal como se desprende de este análisis, si bien ambos casos tratan el derecho a la asociación expresiva, existe una inconsistencia en las decisiones. Esto acarrea consecuencias inmensas en las prácticas discriminatorias. Encontramos que dicha inconsistencia se debe al hecho del grupo que busca protección. En *Rotary* eran las mujeres las que solicitaban del Tribunal que se erradicara al discrimen por razón de sexo. Se buscaba la igualdad entre los sexos, lo que trastoca los derechos más fundamentales de la dignidad del ser humano. Por otro lado, en *Boy Scouts of America* se trataba del discrimen por orientación sexual. Pensamos que para el año 1987, el año en que *Rotary* fue decidido, el movimiento feminista había llegado a un alto nivel de aceptación y el Tribunal estuvo inclinado a protegerlo. Pero esto no fue así con la comunidad gay al año 2000, el año de *Boy Scouts of America*. En ese momento el movimiento de protección de los derechos de la comunidad gay no había llegado al mismo nivel que el feminista, y el Tribunal no estuvo en posición de protegerlo.

Parece interesante que el mismo Tribunal en la opinión mayoritaria expresara que la conducta homosexual ha tenido más aceptación social que en tiempos anteriores.³⁹ No obstante, no se encuentra preparado para otorgarle igualdad y protección a este grupo en vez de permitir que la organización exprese sus prácticas discriminatorias al amparo de la Primera Enmienda. Este comentario sobre la aceptación social nos lleva a discutir el caso de *Bob Jones*,⁴⁰ decidido en el año 1983, en el cual se discute la política pública y cómo ésta se utiliza para denegar la exención contributiva a una entidad con prácticas discriminatorias contra los

38 *Boy Scouts of America*, 530 U.S. en la pág. 644.

39 *Id.* en la pág. 660.

40 Véase *Bob Jones University v. U.S.*, 461 U.S. 574 (1983).

afroamericanos. Sin intención de añadir a la confusión analizando otro criterio utilizado por nuestros tribunales, proseguimos a discutir esta opinión. Pero antes resumimos la ley en cuestión en ese caso, el Código de Rentas Internas Federal,⁴¹ en especial el Artículo que ofrece la exención contributiva.

III. PRIVILEGIO DE CORPORACIONES SIN FINES DE LUCRO: LA EXENCIÓN CONTRIBUTIVA

El Código de Rentas Internas Federal provee exención contributiva para organizaciones, entre ellas las siguientes: “[c]orporations . . . organized and operated exclusively for religious, *charitable* . . . or educational purposes . . . no part of the net earnings of which inures to the benefit of any private shareholder or individual . . .”.⁴²

En *Bob Jones University v. U.S.*⁴³ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo la oportunidad de expresarse sobre una resolución del Internal Revenue Service (en adelante “IRS”) de no darle la exención contributiva de esta sección a entidades educativas con prácticas discriminatorias. Este caso trataba de una universidad mormona con políticas discriminatorias de admisión y expulsión de personas que no tuvieran las creencias que la Universidad apoyaba. Entre estas creencias religiosas estaba la segregación de las razas humanas, en especial la prohibición de vínculo matrimonial entre personas de distintas razas. La Universidad logró tener la exención contributiva de la sección 501 pero en el 1970, el IRS emitió una resolución disponiendo que la sección 501 (c) (3) no aplicará a escuelas privadas que llevaran a cabo prácticas de admisión discriminatorias por razón de raza.⁴⁴ El IRS se basó en la política nacional de desalentar la discriminación racial en la educación. Con esta formulación de política pública, el IRS impuso dos requisitos a las organizaciones que quisieran la exención; primero, estar calificadas dentro de las ocho categorías dispuestas en la sección 501 (c) (3) y segundo, que la actividad que lleve a cabo no sea contraria a la política pública establecida. A principios del año 1976 se revocó finalmente el estatus de organización exenta de contribución, retroactivo a la fecha de notificación de la resolución en el 1970. La Universidad cuestionó la facultad de IRS para decidir que este tipo de organización no es caritativa, y por ende, no le aplica la exención dispuesta por ley.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace una interpretación del Código de Rentas Internas Federal dentro de la estructura del IRS y los propósitos del Congreso. Expresa la Corte que el Código tiene, de manera implícita, la intención de ofrecer la exención contributiva a organizaciones que cumplan con

⁴¹ 26 U.S.C. § 501(c)(3) (2006).

⁴² 26 U.S.C. § 501(c)(3) (2006) (énfasis suplido).

⁴³ Véase *Bob Jones University v. U.S.*, 461 U.S. 574 (1983).

⁴⁴ Rev. Rul. 71-447, 1971-2 C.B. 230.

ciertos estándares del Derecho común, es decir, que sirva un propósito público y que no sea contraria a la política pública ya establecida. Conjuntamente se interpreta la sección 170 del Código,⁴⁵ que provee una deducción de ingreso para los donantes de entidades caritativas.⁴⁶ Esa sección se refiere a instituciones caritativas, por lo que se encuentra que ésa fue la intención del Congreso. De esta manera, se logra incentivar la formación de este tipo de organización privada, que a su vez llevan a cabo actividades de fines públicos.

Determina el Tribunal que el discrimen racial es contrario a la política pública firmemente establecida y, por ende, no es una institución caritativa. El Tribunal fundamenta esto expresando que desde la decisión de *Brown v. Board of Education*⁴⁷ en el año 1954, todo pronunciamiento de la Corte, del Congreso y el Ejecutivo ha sido acorde con la política nacional en contra de la segregación racial. Además, ante el reclamo constitucional de libertad de culto, el Tribunal expresa que se podrá limitar este derecho cuando exista un interés apremiante de parte del Estado. La Corte expresa que en este caso el interés del gobierno sopesa la carga que esto podría tener en la institución religiosa, y que no hay manera menos restrictiva de proteger el interés del gobierno de impedir el discrimen por raza.

Como se puede ver, el Tribunal fundamenta su análisis en la interpretación de la ley a la luz de la política pública articulada y la libertad de culto. En ninguna parte de la opinión hace alusión al derecho de asociación expresiva. Es por esto que *Bob Jones* no es totalmente comparable con *Rotary* y *Boy Scouts of America*, no obstante deben ser armonizados. Nos preguntamos si de haberse alegado libertad de asociación en su modalidad expresiva la decisión hubiese sido la misma.

Al igual que determinamos que *Boy Scouts of America* y *Rotary* pudieron decidirse a favor de la protección de la clase discriminada, pasamos a analizar si existe una política pública articulada en contra del discrimen por orientación sexual. El efecto de que esto se contestara en la afirmativa es que los BSA no podrían gozar de esta exención contributiva por divulgar un mensaje en contra de la política pública. Analizamos los cambios habidos desde la decisión de *Boy Scouts of America* en el año 2000 hasta el presente, prestando atención a las ramas ejecutivas, judiciales y legislativas y a la opinión pública.

IV. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA PÚBLICA EN EL DISCRIMEN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

Desde la decisión de *Boy Scouts of America* en el 2000 han surgido cambios trascendentales y significativos que apuntan a una política pública en contra del

⁴⁵ 26 U.S.C. § 170 (2008).

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Brown et. al. v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

discrimen por orientación sexual. Por lo menos, se puede percibir una tendencia a proteger a la comunidad gay, lesbiana, bisexual, transexual y transgénero (en adelante, "GLBTT"). Esta política pública cambiante se reflejó cuando, el 20 de marzo de 2009, Estados Unidos expresó su deseo de unirse a la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, la Orientación Sexual y la Identidad de Género junto a sesenta y seis otros Estados.⁴⁸ Esta declaración la inició Francia con el fin de erradicar el discrimen y la persecución por orientación sexual. La Secretaria de Estado de los Estados Unidos, Hillary Rodham Clinton, resaltó que la persecución y discriminación en contra de los gays es algo que los Estados Unidos toma en serio.⁴⁹

Desde el año 1969 la Rama Ejecutiva, a través de la orden ejecutiva 11478 del entonces Presidente Richard Nixon, prohibió el discrimen por orientación sexual en el campo laboral federal.⁵⁰ En el 1998 el ex-Presidente Bill Clinton enmendó esta orden mediante la orden ejecutiva 13087 para que estas prácticas anti-discriminatorias sean uniformes en el campo laboral federal.⁵¹ Esto es sumamente relevante ya que desde hace décadas existe una política articulada en contra del discrimen por orientación sexual en el gobierno central de los Estados Unidos. A nivel estatal veinte Estados, el Distrito de Columbia, 100 ciudades y *counties* prohíben el discrimen por orientación sexual en el empleo.⁵² En Puerto Rico el 14 de noviembre de 2008 el ex-gobernador de Puerto Rico, Aníbal Acevedo Vilá, emitió una orden ejecutiva parecida a la 11478, la cual prohíbe el discrimen por orientación sexual en todas las agencias del gobierno.⁵³ Esta orden ejecutiva no ha sido derogada por el gobernador actual de Puerto Rico, Luis Fortuño.

En la Rama Legislativa se han implementado leyes contra crímenes de odio y reconocido legalmente las parejas del mismo sexo. El derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo ha cambiado significativamente desde el 2000; actualmente las personas del mismo sexo se pueden casar en Vermont, Iowa, Massachusetts, Connecticut, Maine y el Distrito de Columbia.⁵⁴ En Nueva York y

⁴⁸ Véase Jane Morse, U.S. Joins Call to End Discrimination Based on Sexual Orientation (2009), disponible en <http://www.america.gov/st/hr-english/2009/March/20090320123336ajesromo.9563105.html#ixzzoGYUapSYI&B>.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Exec. Order No. 11478, 34 Fed. Reg. 12985 (Aug. 8, 1969), disponible en <http://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/EO11478.htm>.

⁵¹ Exec. Order No. 13087, 63 Fed. Reg. 30097 (Jun. 2, 1998), disponible en <http://clinton6.nara.gov/1998/05/1998-05-28-statement-on-amendment-to-eeo-executive-order.html>

⁵² Human Rights Campaign, *Statewide Employment Laws and Policies*, 2007, disponible en http://hrc.org/state_laws.

⁵³ Orden Ejec. No. 008-57 (14 Nov. 2008), disponible en <http://pedrojulioserrano.com/2008/11/15/gobernador-firma-orden-ejecutiva-contr-el-discrimen/>.

⁵⁴ Human Rights Campaign, *Marriage Equality and Other Relationship Recognition Laws*, disponible en: http://www.hrc.org/documents/Relationship_Recognition_Laws_Map.pdf, (última visita, 6 de agosto de 2010).

Maryland se reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo que se hayan contraído válidamente en otras jurisdicciones.⁵⁵ En cinco estados y el Distrito de Columbia se han reconocido los *domestic partnerships* o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo.⁵⁶ Estas figuras ofrecen beneficios similares a los concedidos por el matrimonio en los estados.⁵⁷ Por otro lado, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el *Mathew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009*,⁵⁸ una medida para que se incluya la orientación sexual como uno de los crímenes de odio prohibidos en el ámbito federal.⁵⁹ Dicha ley fue firmada por el Presidente Obama el 28 de octubre de 2009.⁶⁰

En el ámbito laboral también se le han otorgado más beneficios y protecciones a la comunidad GLBTT. Así se demostró en una publicación de la Comisión de Derechos Humanos en el año 2007-2008,⁶¹ que evidencia que los negocios en la lista de Fortune 100 son los más que protegen y otorgan beneficios a los empleados GLBTT. Esto se ve ya que 94% de las corporaciones de más altos recursos, según la revista Fortune, ofrecen protección en contra del discrimen por orientación sexual.⁶² Además, 85% de los negocios de los Fortune 500 ofrecen protecciones en contra del discrimen por orientación sexual, comparado con el 2000 en que se publicó *Boy Scouts of America*, en el cual se ofreció protección en un 55% de las compañías.⁶³

Estamos convencidos que aún si no existiera una protección articulada per se contra el discrimen por orientación sexual, nos encaminamos a ésta. Esta batalla está en pie, tal y como cada movimiento que busca la igualdad y lucha por los derechos humanos ha estado en pie a través de la historia. Mas el estado de Derecho actual después de la opinión de *Boy Scouts of America*, y las exenciones contributivas que estas organizaciones continúan gozando, causa preocupación y nos preguntamos hasta cuándo. La cifra impactante de \$282 billones es el ingreso que deja de recibir el erario por las exenciones contributivas otorgadas a las corporaciones sin fines de lucro.⁶⁴ Más importante aún, el Tribunal Supremo

55 *Id.*

56 *Id.*

57 *Id.*

58 Pub. Law No. 111- 84, disponible en: http://www.hrc.org/laws_and_elections/5660.htm (última visita, 6 de agosto de 2010).

59 *Id.*

60 *Id.*

61 Human Rights Campaign Foundation, *The State of the Workplace for Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgendered Americans* (2007-2008) disponible en http://www.hrc.org/documents/HRC_Foundation_State_of_the_Workplace_2007-2008.pdf (última visita, 6 de agosto de 2010).

62 *Id.* en la pág. 1.

63 *Id.*

64 Véase *supra* nota al calce 3.

de los Estados Unidos ha expresado que las exenciones y deducciones contributivas son una especie de subsidio que ofrece el sistema contributivo.⁶⁵ Vemos entonces que indirectamente se les está dando un subsidio a estas organizaciones, que a veces expresan causas discriminatorias.

El gobierno debería escoger a quién le ofrece el privilegio de exención contributiva y a quién no. Es decir, el que quiera discriminar y, por ejemplo, divulgar un mensaje anti-gay, que pague el precio, las contribuciones. Esta idea no es descabellada, ya que hay un caso que discute este particular y que de manera breve resumimos. Además, discutimos otro caso que resulta paradójico, en el cual se limitan las expresiones de una organización que recibe fondos federales.

V. SIN EXENCIÓN LOS CABILDEROS Y SIN EXPRESIÓN LAS ESCUELAS GRADUADAS EN CONTRA DEL SOLOMON ACT⁶⁶

En *Regan v. Taxation With Representation*⁶⁷ el IRS le exigió a la organización *Taxation Without Representation* no cabildar en el Congreso como requisito para preservar su exención contributiva bajo la sección 501 (c) (3) del Código de Rentas Internas. El Tribunal validó esta acción del Congreso y estableció que se le puede revocar la exención contributiva a una organización caritativa si la organización no desiste de ciertos ejercicios cobijados por su derecho a la libertad de expresión. Fundamenta su decisión en que la exención contributiva es un privilegio estatuario que emana de la sección 501 (c) (3), no un derecho constitucional. Además, el Tribunal explica que una ley federal no estará sujeta al escrutinio estricto cuando el Congreso decide no subsidiar el ejercicio de derechos fundamentales, tal como el derecho a la libertad de expresión.⁶⁸ Si este mismo análisis se utilizara con el ejercicio del derecho a la asociación expresiva, el IRS podría dejar de proveer exención contributiva a organizaciones 501 (c) (3) que discriminan contra los gays ya que no es un derecho absoluto; cede ante otros intereses. El efecto de la decisión de *Regan* es que impide que fondos públicos se utilicen para promulgar expresiones que el gobierno no está dispuesto a subsidiar.

Resulta interesante el análisis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*⁶⁹ El mismo gira alrededor de la interpretación del Solomon Act,⁷⁰ que dispone que las instituciones de educación superior que nieguen igual acceso a reclutadores militares perderán ciertos fondos federales. Esta actuación del Congreso se debió a los actos

⁶⁵ Véase *Regan v. Taxation with Representation*, 461 U.S. 540, 541 (1983).

⁶⁶ 10 U.S.C. § 983.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Véase *Regan*, 461 U.S. en la pág. 549.

⁶⁹ Véase *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*, 547 U.S. 47 (2006).

⁷⁰ 10 U.S.C. § 983.

de la Forum for Academic and Institutional Rights, Inc. (FAIR), una asociación de escuelas de Derecho en contra de las políticas discriminatorias de la milicia con los homosexuales. El efecto del Solomon Act fue que la institución tendría que escoger entre expresar su política no discriminatoria negándole el acceso a los militares, o continuar recibiendo fondos federales. Aunque se invoca, al igual que en *Boy Scouts of America*, el derecho de expresión y asociación de FAIR, el Tribunal lo distingue de *Boy Scouts of America* fundamentándose en que permitir el acceso a reclutadores militares no implica que se esté incluyendo al militar en la institución, como en *Boy Scouts of America*. En un pronunciamiento interesante, el Tribunal explica que las políticas anteriores de las escuelas de Derecho consistentes en dar trato diferente a los reclutadores militares, por ejemplo que las entrevistas se hicieran en otras instalaciones que no fuera el campus universitario, no le permite a un observador de esa conducta entender la política anti-discrimen de la escuela. La entrevista en otro edificio puede interpretarse de muchas maneras, como por ejemplo que no había dónde realizar la entrevista en la escuela o que simplemente el militar la quiso hacer en otro lugar. Entonces, los actos de las escuelas eran sólo conducta, y no estaban acompañados de una expresión o articulación de la política anti-discrimen.⁷¹ El Tribunal señala que la explicación articulada es evidencia de que la conducta en sí no es expresiva y no tiene las protecciones que esto conlleva.

Pero más allá del derecho de expresión de las organizaciones, también se ha reconocido el derecho a asociarse con el propósito de expresar algo, o la asociación expresiva. El Tribunal no encuentra que se le violenta este derecho constitucional a las escuelas de la FAIR al recibir a los militares en sus predios. Esta interacción, dice el Tribunal, es con el único propósito de intentar reclutar estudiantes, no para volverse miembros de su asociación.⁷² Lo distinguen de la ley de acomodo público en *Boy Scouts of America* ya que en esta última se forzaba la inclusión de un individuo no deseado en una asociación en su componente expresivo.

Estos dos pronunciamientos del más alto foro federal sorprenden, el primero de forma positiva y el segundo de forma negativa. Con *Regan*⁷³ tenemos un buen fundamento para que el gobierno pueda revocar la exención contributiva a organizaciones que divulguen mensajes discriminatorios por orientación sexual. Por otro lado, con *Rumsfeld*⁷⁴ nos encontramos con otro malabarismo del Tribunal Supremo para proteger prácticas discriminatorias, en particular las de los militares con el Solomon Act.

Es evidente que la jurisprudencia no ha articulado criterios claros y en armonía para atender los diferentes derechos y argumentos legales que surgen de

71 Véase *Rumsfeld*, 547 U.S. en la pág. 66.

72 Véase *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*, 547 U.S. 47 (2006).

73 Véase *Regan v. Taxation with Representation*, 461 U.S. 540, 541 (1983).

74 Véase *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*, 547 U.S. 47 (2006).

las situaciones ya discutidas. Primeramente, tenemos el importante derecho de asociación expresiva y del cual no tenemos duda que merece protección constitucional. De la misma manera que un grupo anti-gay se reúne para expresar sus ideas, un grupo pro-gay se reúne para expresar su mensaje también. No obstante, hay que desvincular este derecho de la gran ventaja que se le ha dado a las organizaciones que cualifican para la exención contributiva al amparo del Código de Rentas Internas Federal, cuando cierta organización expresa un mensaje discriminatorio. Una de las razones para dar este incentivo es delegar en manos privadas servicios que de otra manera no los podría ofrecer el gobierno por sus procesos lentos y burocráticos.⁷⁵ Pero deberían ser organizaciones que van acorde con la política pública que el gobierno desea promover. Según ya hemos visto, cuando analizamos la política pública, parece ser que el gobierno no está inclinado a incentivar actuaciones discriminatorias por orientación sexual. Al contrario, ha penalizado los crímenes de odio por la homofobia y declarado en el foro internacional su interés en erradicar el discrimen por orientación sexual.⁷⁶

Más allá de esta intervención activa de la Asamblea Legislativa, es menester atender la falta de consistencia en los casos sobre este particular y articular una guía para que los Tribunales puedan utilizar para tomar decisiones consistentes. Es ésta nuestra propuesta para intentar llegar a decisiones justas y promover la igualdad de todos los seres humanos, sin importar su orientación sexual. Comenzamos con la inclusión de la orientación sexual como clase protegida, fundamentado en la teoría de género, y luego articulamos una guía a seguir en estas controversias.

VI. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CLASE PROTEGIDA A NIVEL FEDERAL

Las inconsistencias que se han desarrollado en la jurisprudencia podrían solucionarse si se incluye la orientación sexual como clase protegida. De esta manera sería inescapable que los Tribunales decidan estas controversias de una manera consistente con los casos de *Rotary* y *Bob Jones*. En éstos se enfatizó el interés sustancial y apremiante que tiene el Estado en evitar el discrimen por razón de sexo y raza, respectivamente. Históricamente, la lucha para erradicar el discrimen por raza y sexo se toparon con los prejuicios que hoy día enfrenta la comunidad GLBTT. A pesar de que ha habido un avance en esta lucha, todavía este discrimen está latente en nuestra sociedad. Por eso es necesario que se examine la teoría de género cabalmente para poder atender esta disyuntiva.

El género es la construcción *social e histórica* que se le ha atribuido al sexo de una persona y se refiere a los comportamientos que se esperan de ésta a base

⁷⁵ Véase Carlos Díaz Olivo, *La Revolución Asociativa: Triunfo y Consolidación del Tercer Sector*, 76 REV. JUR. UPR 307, 317 (2007).

⁷⁶ Véase notas al calce 50 y 61.

de su sexo. Por otro lado, el sexo es una clasificación estrictamente *biológica*.⁷⁷ El Informe de la Rama Judicial: *El Discrimen por Razón de Género en los Tribunales* describe esto como:

El género según esta concepción, no es, pues, una realidad “natural, sino el resultado de las creencias y entendidos que se han ido generando social y culturalmente sobre cuáles deben ser los comportamiento y funciones de los hombres y las mujeres en todos los aspectos de la vida, desde *los relacionado con sexualidad* y ocupaciones en una comunidad dada.⁷⁸

Se puede argumentar que esta teoría fue acogida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Price Waterhouse v. Hopkins*,⁷⁹ en donde se estableció que una persona no puede ser discriminada en su empleo por no actuar conforme a los estereotipos del sexo de una persona. El Título VII del *Civil Rights Act* del 1964 prohíbe el discrimen en el empleo por razón de sexo, raza, color, u origen nacional.⁸⁰ Price Waterhouse le negó el ascenso en el empleo a Ann Hopkins por comportarse de una manera masculina o “macho”. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos expresó que el discrimen por género está cobijado por el Título VII bajo la modalidad de discrimen por sexo.⁸¹ Consecuentemente, es forzoso concluir que esta opinión constituye un paso a que se reconozca el discrimen por orientación sexual como una clase protegida, ya que indirectamente se protege a las personas gay.

Este planteamiento es relevante para eliminar el discrimen por orientación sexual porque éste resulta como consecuencia del rechazo a toda persona que no siga los roles tradicionales que se han creado por nuestra sociedad. Las personas gay no sólo son discriminadas en base a la persona con quien se relacionan sexualmente sino por lo que representa su sexo.⁸² Muchos niños gay son victimizados porque no actúan masculinamente. Nuestra sociedad ha creado unas expectativas para los niños y los hombres esperándose de ellos que sean agresivos, fuertes y no emocionales. Muchos de estos niños son criticados, mofados y humillados porque no actúan conforme a los roles de géneros atribuidos por la sociedad.⁸³

⁷⁷ Véase, Comisión Judicial Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico, *El Discrimen por Razón de Género en los Tribunales*, en la pág. 18 (2005).

⁷⁸ *Id.* en la pág. 18. (énfasis suplido).

⁷⁹ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

⁸⁰ 42 U.S.C. § 2000e-2(a) (1994).

⁸¹ Véase *Price Waterhouse*, 490 U.S., en la pág. 234.

⁸² Véase, Comisión Judicial Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico, *El Discrimen por Razón de Género en los Tribunales*, en la pág. 25 (2005).

⁸³ A. Varona y J. Monks, *En/Gendering Equality: Seeking Relief Under Title VII Against Employment Discrimination Base don Sexual Orientation*, 7 WM. & MARY J. OF WOMEN & L. 67, 68 (2000).

A pesar de que el Tribunal se ha rehusado a extender esta disposición como discrimen por orientación sexual, es factible que se incluya como parte del discrimen por sexo. El *Informe sobre el Discrimen por Razón de Género* apoya esta aseveración al expresar que “[e]n estos casos se dispensa un trato discriminatorio contra una persona por razón de que ha optado por comportamientos, incluyendo los relativos a la sexualidad, que se diferencian de aquéllos que se han asignado tradicionalmente a los hombres y a las mujeres en virtud de su sexo”.⁸⁴

Esta perspectiva también se puede sustentar con lo decidido en un caso posterior, *Oncale v. Sundowner*.⁸⁵ El Tribunal Supremo estableció que una persona hostigada sexualmente por otra de su mismo sexo tendrá una acción bajo el Título VII como discrimen por razón de sexo.⁸⁶ Además, de proponer que se incluya la orientación como un grupo protegido por nuestro ordenamiento jurídico, entendemos que es necesario que se armonice la doctrina de la asociación expresiva a nivel Federal.

VII. PROPUESTA PARA ARMONIZAR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL FEDERAL EN CASOS DE ASOCIACIÓN EXPRESIVA

Primeramente, la guía que proponemos debe ser aplicada y analizada caso a caso. Estas organizaciones son únicas, con tamaños, propósitos y mensajes diferentes. Por esta razón articulamos estos pasos que deben ser aplicados a la luz de cada situación particular. Se debe comenzar con la determinación de si la organización cuenta con la protección constitucional de asociación expresiva. Es sólo cuando se responda esta interrogante en la afirmativa que se deberá proseguir al segundo paso. En este paso se dilucida, utilizando los factores de *Rotary*,

⁸⁴ Véase, Comisión Judicial Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico, *El Discrimen por Razón de Género en los Tribunales*, en la pág. 24 (2005).

⁸⁵ *Oncale v. Sundowner*, 523 US 75 (1998).

⁸⁶ Véanse en general, A. Varona y J. Monks, *En/Gendering Equality: Seeking Relief Under Title VII Against Employment Discrimination Based on Sexual Orientation*, 7 WM. & MARY J. OF WOMEN & L. 67 (2000); R. Martin, *Comment and Casenote: Return to Gender: Finding a Middle Ground in Sex Stereotyping Claims Involving Homosexual Plaintiffs Under Title VII*, 75 U. CIN. L. REV. 371 (2006) y Z. Kramer, *Heterosexuality and Title VII*, 103 NW. U.L. REV. 205 (2009). Estos artículos ofrecen un análisis detallado sobre la íntima relación entre el género y la orientación sexual y exploran más a fondo la viabilidad de incluir la orientación sexual como un grupo protegido por nuestro ordenamiento jurídico. Ryan M. Martin analizó la jurisprudencia después de la decisión de *Price Waterhouse* y demostró la inconsistencia del Tribunal al aplicar la teoría de género. Él argumentó que a raíz de las diferentes opiniones las personas GLBTT pueden estar cobijados por el Título VII. Es así porque estas personas tienen relaciones íntimas con persona de su mismo sexo, y eso va en contra de los estereotipos artificiales creados por nuestra sociedad; por ende es factible que se incluya la orientación sexual dentro del concepto de género. No obstante, dicho autor expone que se podría argumentar lo contrario por la dificultad que ha tenido el Tribunal en entender la conexión entre el género y la orientación sexual. Zachary Kramey, argumentó que la orientación sexual constituye parte del discrimen por razón de género a raíz de la íntima conexión entre los conceptos género, sexo y orientación sexual.

cuánta protección merece la organización con un factor que hemos modificado. Éstos son tamaño, propósito, selectividad, si otros son excluidos de los aspectos fundamentales y críticos de la relación, y si existe una política de exclusión clara y articulada. Modificamos este último factor para evitar que pase nuevamente lo ocurrido en *Boy Scouts of America* y atendido en la disidente de ese caso explicado anteriormente. Según mencionado más arriba, mientras más íntima la organización, menos protección de Primera Enmienda debe cobijarla.

Además, se debe analizar cuán oneroso es la inclusión del grupo marginado y discriminado para la entidad. Para atender esto, proponemos algunos factores a tomar en cuenta, sin ser éstos exhaustivos: si ocurre un cambio en las funciones de la organización, si una persona prudente y razonable pensaría que la inclusión cambia el propósito/mensaje de la organización, y si la persona ya ha sido aceptada por la organización. Escogimos éstos como guía, y como se podrá notar, son factores que se mencionaron en *Rotary* o se utilizaron como fundamento en *Boy Scouts of America* para fallar en contra de Dale.

Por último, armonizamos a *Rotary* con *Bob Jones* y su factor de política pública. El Tribunal que dilucide la controversia deberá determinar si existe un interés apremiante del Estado en evitar discrimen por orientación sexual y que a su vez éste sea mayor al derecho de asociación expresiva de la organización. Para determinar esto no nos enfocamos tanto en la existencia de algún pronunciamiento de una sola agencia reguladora como ocurrió con el IRS en *Bob Jones*. Creemos que hay que analizar todos los indicios que haya en apoyo a la clase discriminada. Se deberá analizar las actuaciones de las tres ramas de gobierno para determinar si existe una política pública articulada o, de no existir, si existen pasos afirmativos encaminados a establecerla. Si el Tribunal encontrara que existe un interés apremiante por existir política pública, debería proseguir a revocarle la exención contributiva, para que el gobierno no continúe otorgando un subsidio a una entidad que expresa un mensaje que contraviene la política pública. De esta manera se hace que pague el precio de discriminar, y quizás así se promueve que las organizaciones desistan de hacer este tipo de expresiones.

CONCLUSIÓN

Lo preocupante de esta situación no sólo está en el hecho del tratamiento fiscal especial a organizaciones como los BSA. Más allá de esto, existe el deseo de la comunidad gay de gozar de la igualdad que goza cualquier otro ser humano. Estas decisiones le han implantado un sello de *homosexual* en la frente,⁸⁷ cuando muchas veces estas personas no tienen el deseo de divulgar el mensaje y promoverlo. Lo que desean es vivir en comunidad, participar de actividades para desarrollarse como cualquier otra persona. Un gay que ha hecho pública su orientación sexual hoy en día jamás podrá ser niño escucha. El mensaje debajo

⁸⁷ Véase *Boy Scouts of America*, 530 U.S. en la pág. 696 (Opinión Disidente del Juez Stevens) (para un interesante análisis de esta idea).

de esto es de odio y de intolerancia, y se le está inculcando a los millones de miembros dentro y fuera de la organización, muy especialmente a los niños. Esto es alarmante y el gobierno debe reaccionar ante ello. Si bien es cierto que cada persona tiene derecho a expresarse, este derecho no es absoluto, y encuentra su límite cuando hay un interés apremiante del gobierno de limitar esa expresión.