

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

8 de junio de 2018

REPOSTERÍA Y DERECHO (II)
LA REPOSTERIA COMO UNA DE LAS BELLAS ARTES

En la última edición se comentó un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La decisión tiene efectos sobre la relación entre el derecho y el arte.

En el caso comentado en nuestro último número¹, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió por mayoría revocar una decisión de una agencia administrativa del Estado de Colorado por violar la Constitución al sancionar a Jack Phillips, un pastelero, por discriminación cuando éste dijo haber actuado por *razones religiosas*. (Otros tres que actuaron como él pero sobre la base de *convicciones morales* fueron absueltos).

Cabe preguntarse cómo puede ser que haya tantos pasteleros en Colorado...

La cuestión resuelta fue planteada desde muchos ángulos. Dos de los jueces (que adhirieron a la mayoría) resaltaron que los tres pasteleros absueltos no violaron las normas antidiscriminatorias cuando se negaron a hornear tortas con frases contrarias al matrimonio entre personas del mismo sexo, *porque ellos nunca harían tortas semejantes para nadie*. En efecto, trataron al cliente que los acusó de discriminar *de igual modo que a cualquier otro*. En cambio, cuando una pareja gay

pidió una torta a Phillips (igual a las que él hacía para parejas heterosexuales) y se negó, *violó la norma que le exige igual trato a todos sus clientes cualesquiera sea su orientación sexual*..

Por eso, para estos dos jueces en particular, “las leyes pueden tratar a un pastelero que discrimina basado en la orientación sexual de sus clientes de modo diferente que a otro que no discrimina sobre base alguna, pero *sólo si esas leyes no están infectadas de hostilidad hacia una religión en particular*”.

Otros dos magistrados (que también dieron la razón a Phillips) reconocieron que el voto mayoritario no se detuvo lo necesario en los aspectos relativos a la libertad de expresión. Para ellos, la conducta de Phillips consistente en “rehusar el diseño y creación de una torta para celebrar un matrimonio homosexual” estaba amparada por la libertad de expresión.

Estos dos jueces recordaron que esa libertad está amparada por la Constitución. Y si bien la discriminación *como conducta* está prohibida, *no es lícito prohibir opiniones sobre la discriminación*. Citaron como antecedente el caso de una ley

¹ In re “Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission”, US Supreme Court, October Term 2017, No. 16-111, 4 de junio de 2018.

antidiscriminatoria que exigió que una procesión por el día de San Patricio incluyera a un grupo de gays, lesbianas y bisexuales de origen irlandés. Cuando ese caso llegó a los tribunales, se reconoció que una procesión era un modo de expresarse, por lo que esa ley *afectaba la libertad de expresión*.

En el mismo sentido, los tribunales han concluido que existe una cantidad de conductas que constituyen ejemplos de expresión, y por lo tanto, deben ser protegidas: desde danzar desnudo a quemar la bandera, izarla al revés con el signo de la paz adherido, izar una bandera roja, usar uniformes o crespones de luto. Todas son manifestaciones protegidas por la libertad de expresión.

Esas conductas, para los tribunales, *deben ser comunicativas*: el espectador debe, razonablemente, interpretarlas como transmisoras de un mensaje. “Y una vez que se considera que una conducta es ‘expresiva’, la Constitución limita los poderes del gobierno para restringirla”.

En el caso de Phillips, estos dos jueces consideraron que crear y diseñar una torta de casamiento *a pedido* era “expresivo”. Además, (en palabras de los jueces) “Phillips se considera un artista. El logo de su empresa es una paleta de pintor con un pincel y una batidora de mano. Detrás del mostrador, hay una pintura que lo muestra [a Phillip] como un artista ante la tela. Esboza la torta en papel, elige el esquema de colores, crea las decoraciones y la cobertura, la esculpe y hornea y finalmente la entrega en mano. Phillips es un participante activo en las celebraciones matrimoniales: se sienta con la pareja para consultarlos acerca de sus preferencias, sus personalidades y los detalles del casamiento para asegurarse de que cada

torta refleje la personalidad de los contrayentes. Ve también en las tortas de casamiento su simbolismo implícito, puesto que comunican que un casamiento ha sido celebrado, que la vida matrimonial comienza y que se rinde homenaje a una pareja”.

Los jueces recordaron que las tortas de casamiento datan de la época victoriana y que sus colores, texturas y sabores y hasta el hecho mismo de cortarlas están cargados de símbolos. “Si una persona promedio entrara en una habitación y viera una torta blanca de varios pisos, se daría cuenta de inmediato de que está en un casamiento [y] ningún casamiento, por espartano que sea, omite una torta”.

“Por lo tanto, dijeron los jueces, la creación de tortas a medida por Phillips era *expresiva*. El uso de su talento artístico para crear un símbolo bien reconocido para celebrar el inicio de la vida matrimonial claramente comunica un mensaje”. En consecuencia, “al obligar a Phillips a crear una torta por encargo para un matrimonio homosexual, la ley *altera el contenido expresivo de su mensaje*”. Más aún: “al obligarlo, se le impone reconocer que un casamiento homosexual *es un matrimonio* y que debe ser festejado: exactamente lo que él cree que su religión prohíbe”. Para los jueces, ello viola la libertad de expresión.

Los magistrados objetaron las decisiones anteriores según las cuales la creación de Phillips “no era suficientemente expresiva” y por lo tanto no merecía protección constitucional. Esa posición “justificaría cualquier ley que afecte la libertad de expresión”, y recordaron que en todos los casos en que ella estuvo en discusión, los tribunales siempre rechazaron los

argumentos a favor de quienes ostentaban el poder.

“Los gobiernos nunca pueden forzar a alguien a alterar su propio mensaje”, ni tampoco pueden “sancionar a quien emite una opinión porque otros consideren que esa opinión es ofensiva, dañina, estigmatizante, irrazonable o indigna [...] o prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra ofensiva o desagradable”. El principio contrario “permitiría al gobierno eliminar, a su capricho, cualquier opinión”. Tampoco “corresponde a las autoridades prescribir qué debe ser considerado ofensivo”.

Los jueces insistieron: “ahora que el matrimonio gay ha sido legalizado, las opiniones en su contra deben recibir una protección aun mayor. [...] Si la adhesión de Phillips al matrimonio heterosexual como único matrimonio válido es ahora minoritaria, mayor razón aun para protegerla”.

Como explicamos, las sentencias que condenaron a Phillips fueron revocadas fundándose en que su aplicación fue motivada por el desprecio a sus convicciones religiosas. El argumento de la libertad de expresión, —que protege, entre otros, a los artistas— no constituyó el meollo de la decisión.

Por eso la sentencia eludió resolver la cuestión de fondo: ¿se puede discriminar sobre la base de convicciones religiosas? ¿Puede llevar la libre manifestación artística a discriminar a terceros?

Los jueces que consideraron que Phillips era un artista omitieron considerar lo ocurrido en las audiencias preliminares ante la Corte. Uno de los magistrados (que luego votaría contra él) le preguntó si quien diseña las invitaciones a un casamiento era también un artista. Y continuó: “Si lo era, ¿podía rehusarse a diseñar una para un matrimonio gay? ¿Y el joyero que diseña las alianzas? ¿Y el peluquero? ¿Acaso no son artistas? ¿Podrían negarse a atender a homosexuales? ¿Hay una “expresión” protegida por la Constitución en esos casos?” Phillips y sus abogados dudaron.

El juez continuó: “¿La maquilladora era una artista? ¿Y el chef? Y si el chef no era un artista, ¿por qué el repostero sí lo era? Si el chef *no se expresa* ¿el confitero sí?”

En definitiva, la cuestión de fondo será resuelta sólo cuando se sepa cómo marcar la frontera entre lo que es arte y lo que no lo es. En los Estados Unidos, ahora esa es una cuestión candente.

En la Argentina también.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**