

**EL AMICUS CURIAE COMO HERRAMIENTA DE PARTICIPACIÓN DE LA
SOCIEDAD CIVIL EN LAS DECISIONES JUDICIALES TRASCENDENTES.**

El caso de la Iglesia Adventista del Séptimo Día*

**THE AMICUS CURIAE AS A TOOL FOR PARTICIPATION OF CIVIL
SOCIETY IN JUDICIAL DECISIONS CONSEQUENTIAL.**

The case of the Seventh-day Adventist Church

Juan Martin Vives**

Larisa Plenc***

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la figura del *amicus curiae* y su relación con la sociedad civil en general, y con las minorías religiosas en lo particular. Para ello, se conceptualiza la figura a la luz del derecho comparado y se realiza un breve desarrollo histórico. Asimismo, se consideran ciertos tipos de causas judiciales que tienen gran repercusión en la sociedad civil, y la contribución que la figura del *amicus curiae* puede hacer respecto a ellas. A continuación se explora la utilidad que esta figura tiene para un sector particular de la sociedad civil, las minorías religiosas. Se contemplan las dificultades que los grupos religiosos minoritarios tienen para influir en cuestiones críticas de la organización social, y se valora el *amicus curiae* como herramienta de acceso a esa participación. Finalmente, se contrastan estas hipótesis con el ejemplo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, minoría que ha utilizado esta figura para tomar parte en decisiones judiciales relevantes.

PALABRAS CLAVE: calidad de *amicus curiae*; la sociedad civil; grupos religiosos minoritarios

* Data de recebimento: 09.11.2015

Data de aprovação: 30.12.2015

** Abogado (UNC), Máster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Austral), Profesor Universitario de Derecho (UAP), Doctorando en Derecho Público Global (UAB). Docente universitario de grado y posgrado, especializado en temas de Derecho y religión. Miembro del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa y del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa. **Universidad Adventista del Plata, San Martin, Entre Ríos, Argentina. E-mail: juanmartin.vives2@e-campus.uab.cat**

*** Abogada (UNC). Universidad Adventista del Plata, San Martin, Entre Ríos, Argentina.



ABSTRACT: This study analyzes the institution of the *amicus curiae*, and its relation with the civil society in general, and with the religious minorities in particular. In order to do so, the institution will be conceptualized on the light of the comparative law, and a brief historical description will be made. In the same way, certain kinds of cases which have a big effect on the civil society will be considered, together with the contribution that the institution of the *amicus curiae* might make as regards them. Next, it will explore the utility that this institution has for a particular sector of the civil society, the religious minorities. It will contemplate the problems that religious minority groups have to affect social organization, and the *amicus curiae* will be valued as a tool of access to that participation. Finally, this hypothesis will be contrasted with the example of the Seven Day Adventist Church, a minority that has used this institution to take part on relevant judges' decisions.

KEYWORDS: *amicus curiae*; civil society; religious minority groups

1. El *amicus curiae*. Conceptualización

El término *amicus curiae* –proveniente del latín– significa literalmente “amigo de la corte”. Se trata de un tercero, que no reviste calidad de parte, pero que se presenta en un litigio en el que se debaten cuestiones de interés público, a los fines de aportarle al juez elementos jurídicos o científicos mayores a los traídos por las partes¹.

El amigo del tribunal podrá ser una persona tanto física como jurídica, con interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta². En ese marco, podrá dar aviso al juez sobre cuestiones que este no ha considerado, permitiéndole conocer los diversos argumentos sobre el tema que se considera, y así arribar a una mejor solución del caso³.

¹ Víctor Bazán, "Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional", *Revista Derecho del Estado*, no. 33 (2014).

² Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, vol. 3 (Buenos Aires: La Ley, 2010).

³ Marcos Arias Amicone y Laura Casas, "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional:



En el mismo sentido, se ha definido al *amicus* como el instrumento por el cual los terceros interesados acceden a la justicia para hacer oír su voz y sus argumentos⁴.

El autor Pascual Vives se embarcó en la tarea de caracterizar la institución procesal del *amicus curiae* en el derecho internacional general, arribando a la conclusión de que pueden identificarse una serie de rasgos comunes a esta institución procesal en el derecho comparado. Los rasgos comunes identificados son: en primer lugar, el órgano jurisdiccional competente que posee una facultad discrecional para admitir las alegaciones efectuadas por un particular en calidad de *amicus curiae*. Segundo, el interviniente debe poseer un interés distinto al que presentan las partes en la controversia, puesto que, afirma, asume una condición procesal distinta a la de parte. Y en tercer lugar, la participación del particular puede adoptar forma escrita u oral⁵.

El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 2.3 ha definido la institución del *amicus curiae* como la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

Por último, resulta oportuno destacar que a diferencia de otras figuras, el *amicus* no cumple una función probatoria, sino, como ya se mencionara, la de ayudar al juez a resolver a través de un amplio aporte de conocimientos⁶.

hacia una tutela más inclusiva", *La Ley* DJ2007-I (2005): 131.

⁴ Martín Bohmer, "Introducción a los Amici Curiae", *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, segundo semestre 1997.

⁵ Francisco José Pascual Vives, "El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional", *Revista electrónica de estudios internacionales* n° 21 (2011).

⁶ Osvaldo A. Gonzáini, "Las pruebas de colaboración", *La Ley, Suplemento de Doctrina Judicial Procesal*, marzo (2010): 7



Pareciera no haber uniformidad en la doctrina comparada en relación al origen de la figura. Mientras muchos lo colocan en el derecho romano, otros afirman que el *amicus* proviene del derecho anglosajón⁷.

Así, se afirma que los primeros registros donde aparece codificado son de 1403 en el Reino Unido, donde la figura se ha utilizado con frecuencia desde el siglo XVII⁸. Con posterioridad, la institución fue incorporada paulatinamente a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona⁹, como Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos. Fue en este último país donde la figura se robusteció más, y donde se encuentra, según se afirma, la doctrina más desarrollada y completa sobre el tema¹⁰.

Paulatinamente la institución comenzó a utilizarse con mayor frecuencia en diferentes instancias internacionales y supranacionales. Actualmente, presentaciones de este tipo son habituales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como ante sus pares de Europa y África. Ello ha dado lugar a que en los últimos años dicha práctica se convierta en una costumbre en el derecho interno de los países que antes no la acogían¹¹.

En suma, con los elementos expuestos, y a la luz del derecho comparado, podemos decir que el *amicus curiae* es un tercero en relación a un

⁷ Jorge Mena Vázquez, "El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa", *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* Vol. 1, n° 6, Cuarta época (2010): 173

⁸ José Salinas Ruiz, "Amicus curiae: institución robusta en Inglaterra y Estados Unidos, incipiente en México", *Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey* (2008).

⁹ Carola Capuano Tomey, "El amicus curiae", *La Ley* 2005-E (2005): 1061

¹⁰ Cassio Scarpinella Bueno, "Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae", *Revista de Escola Nacional de Magistratura* abril(2008); citado por Mena Vázquez, "El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa".

¹¹ María Eugenia Jiménez, "El "amicus curiae". Vía y órgano de implementación. Libertad probatoria. Medidas para mejor proveer medios idóneos", *La Ley* LLC2005, septiembre (2005): 839



proceso judicial, en el sentido de que no se trata de alguna de las partes, por lo que tiene un interés distinto a las mismas¹², pero que participa en dicho proceso a través del aporte de elementos no acercados por las partes, y que escaparon al análisis efectuado por el juez. Esto no quita que el *amicus* tenga, de hecho, un interés en la resolución de la causa, lo cual motiva su presentación.

2. El amicus curiae y la sociedad civil

Los jueces tienen a su cargo la difícil tarea de resolver los casos concretos, aplicando la normativa vigente, en el marco de la justicia, y de manera ajustada a una realidad actual. Para ello, han de interpretar las normas que puedan tener relación con el caso y con los derechos allí cuestionados.

Esta labor se ha ido complejizando, especialmente en el ámbito de los derechos humanos, donde se conjugan el alto grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho doméstico y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (como la Comisión y la Corte Internacional de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes y jurisprudencia deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales¹³.

El estudio que el juez haga de dichas normas, su interpretación, y posterior aplicación tendrá un gran impacto en las sociedades civiles, especialmente cuando se resuelvan causas de transcendencia social o de interés público. Además, está la resolución de aquellos casos que pueden ser

¹² Pascual Vives, "El desarrollo de la institución del amicus curiae en la jurisprudencia internacional".

¹³ Bazán, "El amicus curiae".



conceptualizados como “difíciles”¹⁴, es decir, aquellos que tratan asuntos que dividen a la sociedad, por versar sobre cuestiones morales o de coyuntura afectan las visiones de vida de los miembros de la comunidad, donde esta pondrá una especial atención.

Resulta de utilidad referir lo que al respecto de los “casos difíciles” menciona Bazán, citando a Hart y a Dworkin, cuando los define como aquellos en los que existe incerteza, sea porque converjan varias normas que determinan sentencias contradictorias, sea porque no exista norma exactamente aplicable. El propio autor conceptualiza, citando a Atienza, los llamados “casos trágicos”, refiriendo que son aquellos casos difíciles que se presentan como mayores dilemas, donde cualesquiera sean las respuestas que se seleccionen, no cabría encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral¹⁵.

Frente a esta realidad, podría surgir la pregunta ¿cómo podrían los jueces, pero sobre todo la sociedad en su conjunto a través de ellos, resolver dichos asuntos de una manera en que la democracia y los derechos humanos sean respetados y valorizados? Es innegable la ayuda que en este sentido puede ofrecer el diseño de instituciones o herramientas que actúen en el marco de la administración de justicia. ¿No resultaría útil, entonces, para la sociedad civil un instrumento procesal que permita ampliar el debate judicial, y donde la misma pueda participar de manera que enriquezca jurídicamente la discusión en su propio beneficio? Consideramos que la figura del *amicus curiae* podría contribuir al cumplimiento de dichos objetivos.

¹⁴ Mena Vázquez, "El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa".

¹⁵ Bazán, "El amicus curiae".



A continuación desarrollaremos de manera muy breve algunas de las ventajas traídas por la institución del *amicus curiae* a la sociedad civil y que, juzgamos, dan fundamento a lo expresado *ut supra*, sin pretender acabar el análisis del asunto.

3. Democratización del debate judicial

Mientras mayor participación haya en el debate judicial, y con el aumento de ideas en la discusión constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas¹⁶.

En relación a esta misma temática, se ha argumentado que a pesar de que la figura *amicus curiae* no abre la posibilidad de que todo el mundo pueda intervenir en el proceso, sí da la posibilidad de que algunas personas relevantes, por su conocimiento o la afectación de sus intereses puedan participar en el proceso aunque no sean parte de él. En definitiva, se otorga un derecho más para lograr que los foros públicos de decisión sean más democráticos y transparentes, con lo que se logra desarrollar mayor justicia procedimental¹⁷.

Puede argüirse que la apertura hacia diversos actores políticos y jurídicos tiene una doble ventaja. Por un lado, abre las puertas de los casos de trascendencia pública a un debate que suele afectar a muchas más partes que al actor y al demandado. Asimismo se trata de temas en los que se ventila mucho más que meros intereses individuales circunscriptos a las partes nominales que participan en el litigio, y que la intervención de todos los sectores de la comunidad hace más sincero al proceso como mecanismo de solución de conflictos plurales y

¹⁶ Juan Vicente Sola, "El recurso extraordinario y el debate constitucional", *Jurisprudencia Argentina*, 03/26/2003.

¹⁷ Mena Vázquez, "El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa".



complejos. Al mismo tiempo, se dota a los jueces de una perspectiva más amplia acerca de las repercusiones sociales y políticas que tienen las sentencias que se dictan en casos en los que se encuentra comprometida toda la comunidad¹⁸.

En este sentido, el amicus es una forma de abrir los tribunales a la comunidad en general, especialmente en aquellos casos cuya resolución dista de ser indiferente para ella (o al menos para un grupo o sector)¹⁹.

4. Enriquecimiento del debate en torno a los derechos humanos

En un marco donde la mayoría de los Estados existentes forman parte de organizaciones supranacionales o interregionales, que suelen ser cuna para el nacimiento de normativa internacional sobre derechos humanos, los *amici* pueden cumplir un papel significativo al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los diferentes órganos del sistema protectorio interamericano. De este modo se llegaría a un mejor cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y se podría evitar que éste incurra en responsabilidad internacional; tareas en cuya realización la magistratura judicial asume un rol protagónico²⁰.

Profundizando el mismo argumento, Bazán cita el caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que

¹⁸ Marcos Arias Amicone y Laura Casas, "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tutela más inclusiva", 131

¹⁹ Carlos José Laplacette, "El Amicus Curiae y su actuación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

²⁰ Víctor Bazán, "El amicus curiae", 1325



los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiae* tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte²¹.

5. Participación y compromiso de la sociedad civil en el tema que se somete a decisión judicial

9

A través de la institución que nos ocupa, la intervención de los actores de la sociedad civil no queda reducida a un mero comentario al fallo ya dictado, sino que invita a todos los actores que se sientan con alguna posibilidad de aportar algún esfuerzo útil a participar en forma activa y comprometida con todo el proceso de discusión jurídica. De esta manera, el debate que precede a la sentencia se transforma en amplio, público y comprometido, lo que impide que la comunidad se desentienda de la suerte de los casos con repercusiones sociales o institucionales en los que se encuentran en juego intereses de toda la comunidad, y al mismo tiempo colabore activamente en la formación de la decisión de los jueces²².

6. Recaudación de información valiosa.

Desde una perspectiva democrática, podemos afirmar que la pluralidad enriquece. A través del *amicus curiae* se pueden introducir a la discusión judicial elementos que provengan de agentes de la comunidad especializados en el tema a tratar, o cuyos derechos se verían afectados de manera negativa en caso de no ser considerados a la hora de tomar la decisión que ponga fin al litigio. Estos elementos pueden resultar desconocidos para el juez, o no ser incluidos por las

²¹ Ibid.

²² Marcos Arias Amicone y Laura Casas, "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tutela más inclusiva", 131



partes. Al momento de tomar decisiones, abrir las ventanas del despacho judicial hace que el debate jurídico se vea no solamente ampliado, si no también elevado, merced a la luz traída por las mayores herramientas incorporadas.

En una investigación realizada entre distintos jueces de todos los estamentos de la justicia federal estadounidense, un porcentaje ampliamente mayoritario de los consultados consideraba que el *amicus* resulta útil para ofrecer nuevos argumentos que estén ausentes en las presentaciones de las partes²³. En esa misma encuesta se afirmaba, mayoritariamente, que la identidad, el prestigio y la experiencia del *amicus* tienen una influencia entre moderada y significativa en la valoración que se hará del informe. Por ello, los informes que ilustran al tribunal sobre asuntos técnicos complejos o advierten de los impactos potenciales de una decisión sobre terceros ajenos al litigio ofrecen información valiosa para el proceso de toma de decisiones.

7. Legitimación de los tribunales en los casos difíciles

Los tribunales legitiman su actuación en la medida en que sus argumentos son sólidos y convencen de que están justificados de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate²⁴. Cuanto mayor y más diverso sea el debate previo a la sentencia, menor será su cuestionamiento posterior.

Por otro lado, los *amici* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas, en las que la decisión adoptada sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes. Esto es especialmente cierto respecto de los asuntos en los

²³ Carlos José Laplacette, "El Amicus Curiae y su actuación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

²⁴ Jorge Mena Vázquez, "El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa".



que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas; en otras palabras, temáticas que excedan el mero interés de las partes. A modo de ejemplo, Bazán menciona algunas hipótesis como la autorización para proceder a la interrupción del embarazo por anencefalia, el debate sobre la viabilidad de la eutanasia o la discusión en torno a la desincriminación del aborto²⁵. Al estar abierto el debate, las sentencias dictadas tendrán mucho más consenso por parte de la comunidad.

8. La formación de antecedentes para futuros casos análogos

En relación al tema, Böhmer ha analizado el peso de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sociedad, al afirmar que los casos que esta selecciona para decidir son paradigmáticos de alguna situación determinada y sientan jurisprudencia sobre el tema para el futuro. La importancia de tales causas se hace evidente a partir de la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión de la Corte²⁶.

No deja de observarse la importancia e influencia en casos análogos que una sentencia –producto de un debate enriquecido y fruto de la participación de diferentes agentes que surgen de la sociedad civil, especialmente si la misma proviene de tribunales superiores– tiene en sistemas distintos al *common law*.

9. Amicus curiae y minorías religiosas

9.1. Laicidad y participación de la religión en el discurso público

Cuando en los años '60 del siglo pasado comenzó a imponerse el paradigma de la secularización como piedra angular del análisis de la sociología

²⁵ Víctor Bazán, "El amicus curiae", 1325

²⁶ Bohmer, "Introducción a los Amici Curiae".



de la religión, muchos especialistas vaticinaron la desaparición de la religión de la esfera pública. En las sociedades modernas, argumentaron, la religión podría únicamente sobrevivir como un fenómeno privado, alejado del espacio público²⁷.

El desarrollo de la historia desde entonces ha demostrado que esta predicción no podría haber estado más errada. En su interpretación, aquellos expertos confundieron la mutación a la que estaba sujeto el fenómeno religioso con su completa desaparición. Aunque ciertamente ha sufrido modificaciones, la religión ha estado lejos de desaparecer de la vida de las personas y de la escena social. Por el contrario, en los últimos años las religiones (y las cuestiones relacionadas a la religión en general) han irrumpido con fuerza en la esfera pública de la sociedad. Hoy no cabe duda que, sea que se la valore positiva o negativamente, la religión es un factor de importancia no sólo para muchos individuos, sino para los mismos Estados y hasta para la configuración del escenario internacional.

Esto implica que el desafío de compaginar la influencia y participación de la religión en la esfera pública con las exigencias de las modernas sociedades democráticas, como la laicidad y la igualdad, está más vigente que nunca. Una de las respuestas posibles, que ciertamente ha sido planteada no pocas veces, es rebajar (o incluso vedar) la participación de las religiones del ambiente público. Sin embargo, esta solución cae en la paradoja de generar otra especie de religión, una religión secularizada que viene a reemplazar a las religiones en el sentido tradicional del término. Al igual que puede ocurrir con las religiones tradicionales, una religión secular como la descripta puede derivar en un fundamentalismo militante. En definitiva, la diferencia entre las creencias fundamentalistas y las que no lo son no radica en la convicción de la existencia de elementos sobrenaturales,

²⁷ Itziar Basterretxea and Manuel María Urrutia León, "Pluralismo religioso en América Latina y Europa", *Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política*, no. 46 (2009): 9.



ni en la certeza de detentar la verdad, sino en la falta de respeto a las creencias ajenas, la intolerancia y la aspiración de crear un escenario donde las voces disidentes no tengan espacio en los debates²⁸.

Los Estados laicos en las sociedades modernas, por otro lado, no pretenden eliminar ciertas visiones del espacio público, sino antes bien gestionar la convivencia pacífica y respetuosa de las posturas diferentes en el seno de la sociedad. Por esto es que un Estado democrático, liberal, igualitario y plural debe ser neutro en términos de religión, porque esta es la garantía de una esfera pública de participación con espacio para todos. Un Estado de ese tipo renuncia a adoptar una respuesta única y uniforme sobre las cuestiones trascendentes (como el origen, el sentido y el fin último de la existencia), por lo que también evita rechazar *a priori* cualquier respuesta que pueda ofrecerse al respecto. Así, “una sociedad de ese tipo no sólo es consciente de que su unidad no se encuentra en la unanimidad sobre el sentido y los objetivos de la existencia, sino también de que cualquier tentativa que forzase esa uniformidad acarrearía consecuencias devastadoras para la paz social”²⁹. O, como lo definió el Tribunal Constitucional de España, “el mandato de neutralidad en materia religiosa [...] se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática”³⁰. Deberíamos agregar, también, entre convicciones religiosas y no religiosas.

Si bien la participación de las religiones en los debates públicos constituye una discusión que está lejos de resolverse (cuyos contornos exceden ampliamente los márgenes de análisis del presente trabajo), baste decir que aquí

²⁸ Dilson Cavalcanti Batista Neto, “Límites éticos del discurso de la laicidad”, *Derecho, Estado y Religión* 1, no. 1 (2015): 101.

²⁹ Jocelyn Maclure and Charles Taylor, *Laicidad y libertad de conciencia* (Madrid: Alianza, 2011), 29-30.

³⁰ Tribunal Constitucional de España, *Sentencia 177/1996 de 11 Nov. 1996*, rec. 2996/1994 (1996).



que en nuestra opinión en un Estado laico no puede negarse *a priori* el potencial de verdad de las visiones religiosas del mundo, ni vedar a los ciudadanos y organizaciones religiosas el derecho a aportar en los debates públicos mediante el uso de un lenguaje religioso³¹.

9.2. Limitación de las minorías religiosas en el sistema democrático

14

Ahora bien, admitido que los ciudadanos y las organizaciones religiosas pueden participar en la esfera pública para expresar sus posiciones, resta todavía el problema de establecer cómo han de hacerlo efectivamente. En las modernas sociedades democráticas, las cuestiones de organización de la sociedad se dirimen en general en la arena política por medio de la participación ciudadana a través del voto. Esto implica un problema para las minorías religiosas, que no poseen la masa de votantes suficientes para hacer valer sus intereses por esa vía³².

Resulta indiscutible que en una moderna democracia sea el criterio de la mayoría el que se imponga en el ordenamiento de la sociedad. No obstante, el propio sistema democrático debe garantizar también el respeto por las minorías religiosas. En relación a esto, todavía tiene vigencia la célebre expresión vertida por los príncipes alemanes reformados en 1529 durante la Dieta de Espira: “en asuntos de conciencia la mayoría no tiene poder”³³.

Una alternativa a esta limitación de las minorías religiosas a acceder mediante el proceso legislativo a la defensa de sus posiciones y la protección de sus derechos es acudir a la vía judicial. Como ha señalado Nussbaum, “siendo

³¹ Cavalcanti Batista Neto, “Límites éticos del discurso de la laicidad”, 94.

³² Martha Nussbaum, *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, 1º ed.(Barcelona: Tusquets, 2009), 125.

³³ Jean H. Merle d'Aubigné, *History of the great reformation of the sixteenth century*, vol. IV (New York: Robert Carter 58, Canal Street, 1846), 69.



prácticamente inviable para las minorías imponerse en la contienda electoral destinada a conformar los poderes ejecutivo y legislativo, dependen en gran medida del poder judicial para su protección”³⁴. Desde este punto de vista, es el Poder Judicial el encargado de garantizar los derechos de las minorías religiosas, ofreciéndoles por ejemplo las excepciones a la normativa general que permitan aliviar los efectos negativos que pudieran producir.

Evidentemente, hay diversos medios para hacerse oír en el ámbito de las decisiones judiciales, desde el ejercicio de las acciones judiciales disponibles hasta el lobby, la participación en audiencias públicas o la presentación como *amicus curiae*.

9.3. Participación de las religiones en el proceso judicial y laicidad estatal

La utilización de los medios válidos de participación en los debates públicos en el ámbito judicial no viola la laicidad del Estado, sino por el contrario – como se ha visto– asegura y fortalece el funcionamiento democrático. No hay impedimento, incluso, para que esa participación se realice en términos expresamente confesionales. Sin embargo, en un Estado laico las decisiones públicas no pueden basarse en dogmas religiosos.

Por lo tanto, conviene a los grupos religiosos traducir sus argumentos religiosos en términos jurídicos, que puedan ser aceptados por la comunidad general³⁵. Un buen ejemplo de esto es el principio bíblico cristiano de “dar a César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios”, traducido en el principio jurídico de separación de Estado e iglesias.

³⁴ Nussbaum, *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, 125.

³⁵ Joana Zylbersztajn, "O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988" (Tesis Doctoral, Universidade de São Paulo, 2012), 96.



Otra cuestión a tener en cuenta está relacionada a los temas sobre los cuáles es legítimo que los grupos religiosos expresen sus puntos de vista. Aunque se considere válido que las iglesias y comunidades religiosas expresen su posición sobre todos los aspectos de la realidad social, parece evidente que su opinión tendrá mayor legitimidad cuanto más cercano se encuentre el tema a la religión³⁶. Así, la posición de una iglesia sobre cuál es el mejor sistema económico para un país, aunque válida, será una opinión entre tantas; mientras que la postura sobre un caso de libertad religiosa puede tener una mayor relevancia jurídica.

En resumen, la adecuada traducción de los dogmas religiosos en argumentos jurídicos y el grado de pertinencia de la temática abordada parecen influir en la efectividad de la influencia en el debate público.

Dentro de ese marco, analizaremos a continuación la participación en algunos debates públicos relevantes de una minoría religiosa –los adventistas del séptimo día– mediante la herramienta del *amicus curiae*, y en relación al tema de la libertad religiosa.

10. El caso de la IASD

Dice Nussbaum que “los adventistas se centran en intereses tanto espirituales como temporales”. Como consecuencia, “la promoción de la libertad religiosa para todos los credos ha sido una causa política central para la Iglesia [Adventista]”³⁷. Martha Nussbaum ciertamente no es adventista, sino una protestante convertida al judaísmo, como ella misma se define. Sin embargo no tiene dudas en expresarse de ese modo porque durante más de ciento veinte años

³⁶ Ibid.

³⁷ Nussbaum, *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, 142-43.



la Iglesia Adventista del Séptimo Día [IASD] ha procurado siempre estar a la vanguardia en la defensa de la libertad religiosa y de conciencia.

Los adventistas, una pequeña minoría protestante, creen que la lucha contra la opresión religiosa y la defensa del derecho de cada uno a adorar de acuerdo a su propia conciencia, independientemente de la religión a la que se pertenezca, son parte de su misión religiosa. Por eso en 1893, pocos años después de la organización formal de su iglesia, establecieron la Asociación Internacional de Libertad Religiosa (IRLA, por sus siglas en inglés) con el objetivo de difundir los principios de la libertad de conciencia en todo el mundo. IRLA es un organismo no denominacional, donde colaboran expertos de diversas religiones, desarrollando su misión en muchos países alrededor del mundo; como tal, está reconocida por las Naciones Unidas, y es parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. La IASD cuenta también con el Departamento de Deberes Cívicos y Libertad Religiosa, una oficina cuya finalidad es mantener relaciones con las autoridades gubernamentales, líderes religiosos y organizaciones nacionales e internacionales, con el objetivo de promover y defender la libertad religiosa.

A través de estos entes, y de otras oficinas relacionadas (como por ejemplo diversos departamentos jurídicos), la IASD es un activo actor de la sociedad civil, que sostiene numerosas iniciativas en defensa de la libertad religiosa, como coordinar reuniones de expertos, realizar declaraciones ante temas acuciantes, organizar festivales de difusión, realizar presentaciones legales, etc. Una de las herramientas que la IASD utiliza en la defensa de este derecho es la presentación como *amicus curiae* en casos relacionados a la libertad religiosa, sea que involucren o no a adventistas.

Tomemos por ejemplo el caso de Estados Unidos³⁸. Allí la IASD es una pequeña minoría³⁹, que llega apenas al 0,5% de la población. Los adventistas en

³⁸ Aunque el fenómeno referido no se limite a ese país. En Sudamérica, por ejemplo, la IASD está esperando la etapa procesal oportuna para presentarse como *amicus curiae* en sendos casos en



EEUU destacan por ser la iglesia étnicamente más diversa (37% blancos, 32% afroamericanos, 15% hispanos, 8% asiáticos, y 8% otros orígenes). Su feligresía se concentra principalmente en la región sur (40%) y oeste (31%). Aunque recientemente han atraído la atención general por la pre-candidatura presidencial de Ben Carson, un médico adventista, la IASD está lejos de ser una iglesia con la influencia de masas de otros grupos religiosos.

Por ello, resulta un modelo ideal para mostrar cómo una minoría religiosa puede participar en el proceso de definición de algunos asuntos críticos – en este caso, referidos a la libertad religiosa- a través de la intervención como *amicus curiae*. Repasaremos a continuación algunos de los casos más importantes en los cuales la IASD ha participado en esta condición frente a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

10.1. Catholic Charities of Albany v. Dinallo

En el caso, Catholic Charities of Albany (una agencia católica de asistencia social, filial local de Cáritas internacional) solicitó la revisión de la Corte Suprema de una decisión de la Corte de Apelaciones del Estado de New York. En esa sentencia, el máximo tribunal estatal había sostenido la aplicabilidad de la Women's Health and Wellness Act [Ley para la Salud y Bienestar de la Mujer, WHWA por sus siglas en inglés]. Esta ley estatal requiere que las compañías de seguro asuman el costo de los anticonceptivos dentro de los planes que cubren

Brasil y Argentina. En el primer caso, a definirse ante el Supremo Tribunal Federal, se trata de una persona que se presentó como aspirante en un concurso público del Poder Judicial, y cuya prueba de oposición fue fijada para un sábado. Mediante una decisión judicial pudo rendir (y fue aprobado), pero al haber sido apelada aquella decisión no podrá asumir el cargo hasta que el STF dirima la cuestión, la que tendrá repercusión general. En el caso de Argentina, se trata del examen de la constitucionalidad de una ley provincial de descanso dominical obligatorio, impugnada por algunas cadenas de supermercados ante la Cortes Suprema de Justicia de la Nación.

³⁹ Pew Forum on Religion & Public Life, "U.S. Public Becoming Less Religious", (Washington, D.C.: Pew Research Center, 2014).



otros tipos de medicaciones. La propia ley provee una excepción para los empleadores cuyo principal propósito es promover una fe en particular y quienes principalmente emplean personal que comparte sus mismas creencias religiosas (tales como iglesias, mezquitas y templos).

El máximo tribunal neoyorquino había sostenido que la WHWA es una ley neutral, que por lo tanto no viola la libertad religiosa. El tribunal entendió que “cuando una organización religiosa elige contratar no-creyentes debe, al menos hasta cierto punto, estar preparada para aceptar regulaciones neutral impuestas para proteger los intereses legítimos de esos empleados en actuar conforme a lo que sus propias creencias permiten”⁴⁰.

Catholic Charities junto con otras nueve organizaciones religiosas (principalmente católicas y bautistas) apelaron esa decisión ante la Corte Suprema. La IASD se presentó como *amicus curiae* en apoyo de los apelantes, solicitando que el caso sea escuchado por la Corte⁴¹. Aun cuando los adventistas no comparten la posición de católicos y otras denominaciones sobre los métodos anticonceptivos, argumentaron en su escrito que el Estado no puede –sin afectar la libertad religiosa– dictar leyes que requieran que algunos grupos religiosos violen sus principios religiosos al financiar conductas que su doctrina condena. Por otra parte, la decisión de la Corte de Apelaciones entra en conflicto con

⁴⁰ [“...when a religious organization chooses to hire non-believers it must, at least to some degree, be prepared to accept neutral regulations imposed to protect those employees' legitimate interests in doing what their own beliefs permit.”] U.S. Supreme Court, *Catholic Charities of the Diocese of Albany, et al., v. Eric R. Dinallo, Superintendent, New York State Insurance Department*, (2007).

⁴¹ Es decir, que se otorgue el pedido de certiorari. Un “escrito de certiorari” (a veces llamado simplemente “certiorari” o “cert”) es un escrito del sistema jurídico del *Common Law* por el que un tribunal superior envía a uno inferior solicitando reexaminar un caso u obtener mayor información respecto de un caso que ha sido apelado. En Estados Unidos, el certiorari es utilizado por la Corte Suprema como un medio de revisar cuestiones de derecho, o cuando se requiere una revisión inmediata de la decisión de un tribunal inferior. Es usual que el certiorari sea solicitado a la Corte por alguna de las partes de un proceso. Se requiere el voto de al menos cuatro de los nueve jueces de la Corte para que el certiorari sea concedido y se acepte el caso para revisión. Ver “certiorari”, in *Encyclopædia Britannica Online* (2015).



precedentes donde la Corte Suprema interpreta que la Primera Enmienda constitucional asegura que “cada denominación debería tener una libertad igual para ejercer y propagar sus creencias”, y que “tal igualdad sería imposible en una atmósfera de preferencia oficial por una denominación religiosa”⁴². Por lo tanto, cuando una norma establece distinciones entre grupos religiosos debe satisfacer el criterio del “escrutinio estricto”.

Finalmente la Corte Suprema rechazó revisar la decisión.

10.2 Reed v. International Union⁴³

Jeffrey Reed era un empleado de la fábrica de vehículos AM General. Como resultado de un acuerdo entre su empleador y el sindicato United Auto Workers (UAW), Reed se vio obligado a afiliarse al sindicato. Aunque existía una excepción para aquellos que solicitaran no afiliarse en base a sus convicciones religiosas, la política establecida obligaba a pagar una cuota superior a la que pagaban quienes oponían objeciones basadas en cuestiones seculares o incluso que los mismos afiliados⁴⁴.

⁴² [“The First Amendment was designed to ensure that ‘every denomination would be equally at liberty to exercise and propagate its beliefs’ and that ‘such equality would be impossible in an atmosphere of official denominational preference.’ Larson, 456 U.S. at 24”] *Catholic Charities of the Diocese of Albany, et al., v. Eric R. Dinallo, Superintendent, New York State Insurance Department*, del escrito de *amicus curiae* de la IASD.

⁴³ U.S. Supreme Court, *Jeffrey J. Reed v. International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America*, 130 S.C. 2343 US Reports (2010).

⁴⁴ En el caso, Reed solicitó una acomodación que le permitiese, en lugar de pagar la cuota sindical, realizar un pago alternativo a una entidad de beneficencia que sirve a los veteranos de guerra. Las cuotas sindicales está compuestas básicamente de dos partes: los costos políticos y los costos de negociación. El estatuto de UAW reconoce a los afiliados el derecho de objetar la parte política de la cuota, y de recibir un reintegro por ese monto. Los no afiliados pueden abstenerse de pagar esa porción política de la cuota. Sin embargo, deben todavía pagar la porción correspondiente a costos de negociación. UAW calcula que en torno a 22% del dinero va a los gastos políticos, y el resto a gastos corrientes de administración, negociación, etc. Por lo tanto, mientras esperaba la aprobación de su solicitud de acomodación, Reed tuvo que pagar el 78% de la cuota. Sin embargo, el sindicato



Reed argumentó que esa previsión era discriminatoria y que violaba el derecho a recibir una acomodación razonable. La Corte de Apelaciones, Sexto Circuito, decidió que como Reed no había sido despedido ni disciplinado a consecuencia de sus creencias religiosas, no había necesidad de considerar la razonabilidad de la acomodación ofrecida. Más aún, sostuvo que no podía considerarse que hubiese habido discriminación, toda vez que los afiliados al sindicato pagan voluntariamente el 100% de la cuota.

Esta posición del Sexto Circuito difiere radicalmente de lo sostenido por otros circuitos. El Noveno, por ejemplo, permite un reclamo basado *prima facie* en la falta de acomodación religiosa, simplemente demostrando la amenaza de una acción adversa por parte del empleador. Esa amenaza puede incluso ser implícita. Esta disparidad entre circuitos ha conducido a una también dispar aplicación de las normas de protección contra la discriminación en el trabajo.

La IASD presentó un escrito de *amicus curiae* solicitando a la Corte que acepte la petición de Reed de que el caso sea revisado. De esta manera, esperaban que “se elimine el conflicto entre circuitos acerca de qué es lo que debe probar un empleado de fe para solicitar una acomodación religiosa, y se provea una guía a las cortes inferiores, empleadores y personas de fe en cuanto a cuales opciones forzadas están proscriptas por el Título VII [de la Ley de Derechos Civiles]”⁴⁵. En el escrito se argumentó que ha habido intentos de sancionar legislación que unifique la aplicación de esta cuestión en relación a la discriminación religiosa en el lugar de trabajo. Aunque la vía legislativa podría ser

le exigió, luego de autorizar la acomodación, pagar el 22% adicional. Si Reed no hubiera sido un objetor religioso, sino de otra clase, ese 22% no hubiese sido un problema.

⁴⁵ [“...eliminate the conflict among the circuits over what an employee of faith must prove to claim a religious accommodation, and to provide guidance to the lower courts, employers and persons of faith as to what forced choices are proscribed by Title VII.”] *Jeffrey J. Reed v. International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America*, del escrito de *amicus curiae* de la IASD.



la mejor solución, hasta que la misma no se concretase no se podía esperar más que un proceso de “ensayo y error” mientras no se aclare y unifique el criterio.

Dada la disparidad de criterios y la incertidumbre que esto producía, se esperaba que la Corte Suprema acepte revisar el caso y fije una posición al respecto. Sin embargo, finalmente declinó hacerlo, rechazando la petición.

10.3 Susan B. Anthony List v. Driehaus⁴⁶

De cara a las elecciones de 2010, SBA List (una ONG pro-vida, es decir, opuesta al aborto) anunció su intención de colocar un cartel en el distrito del congresista Steven Driehaus. El cartel diría que el voto de Driehaus a favor de la Affordable Care Act [la ley de Cuidado de Salud Asequible, conocida popularmente como *Obamacare*] implicaba un voto a favor del aborto financiado por los contribuyentes. Refiriendo a amenazas de acciones legales por parte de Driehaus, la compañía propietaria del espacio para el cartel se rehusó a colocar el letrero de SBA List. Driehaus presentó una denuncia ante la Comisión Electoral de Ohio alegando que el cartel que SBA List tenía intención de colocar constituía una violación a las leyes de campaña del estado. La ONG, a su vez, demandó en el Distrito Federal argumentando que esa reglamentación de Ohio infringía su derecho de libertad de expresión. Finalmente Driehaus perdió su bancada en las elecciones. La Corte de Apelaciones, Sexto Circuito, rechazó la demanda de SBA List por falta de legitimación y por no ser una cuestión justiciable. La ONG apeló ante la Suprema Corte.

Una de las principales cuestiones a debatir era la siguiente: ¿es correcta la interpretación realizada por la Corte de Apelación en el sentido de que las leyes que prohíben el falso discurso político no están sujetas a una revisión anticipada de constitucionalidad, siempre que quien se expresa afirme que su

⁴⁶ U.S. Supreme Court, *Susan B. Anthony List, et al., v. Driehaus, et al.*, (2014).



discurso es verdadero, e incluso si otros que están sujetos a la ley manifiestan su desacuerdo?

Lo curioso de este caso es que la IASD haya decidido participar como *amicus curiae* a pesar de no tratarse de una cuestión directamente relacionada a la libertad religiosa. Sin embargo, al discutirse la cuestión de la limitación al derecho de libertad de expresión, la IASD observó una potencial limitación a la posibilidad de los grupos religiosos de difundir sus ideas. Muchas organizaciones cristianas, por ejemplo, siguen la “Gran Comisión” de Jesús de predicar el evangelio a todo el mundo. Un método por el cual estos grupos han intentado cumplir este mandato religioso es mediante el colportaje, es decir, la visita puerta a puerta para compartir testimonios, conversar de asuntos religiosos, distribuir literatura y solicitar donativos. En su escrito como *amicus curiae*, la IASD sostuvo que cualquier restricción a la libertad de expresión política podría también significar una restricción a la libertad de expresión religiosa. En relación al colportaje, los misioneros frecuentemente encuentran normativa a nivel local que limita su posibilidad de visitar a la gente puerta a puerta. Si bien es cierto que el proselitismo religioso ha sido amparado como un derecho por la Corte Suprema, ese derecho permanece siempre bajo constante amenaza.

Muchas veces la solución ante las reglamentaciones locales restrictivas se alcanza mediante la negociación entre los grupos religiosos y las autoridades municipales. Sin embargo, de imponerse el criterio sostenido por el Sexto Circuito, cualquier negociación previa a la aplicación de la norma se vería entorpecida, ya que las autoridades locales no tendrían en ese caso ningún incentivo para negociar. Los misioneros se verían de ese modo obligados a optar entre autocensurarse o enfrascarse en un prolongado litigio, ninguna de cuyas opciones resuelve apropiadamente su situación. Al contrario, ambas alternativas erosionan la libertad religiosa. Por lo tanto, el *amicus* solicita que la Corte Suprema rechace el criterio excesivamente restrictivo de la Corte de Apelaciones, Sexto Circuito.



El tribunal supremo aceptó por unanimidad el criterio de los apelantes, estableciendo que las demandas previas a la aplicación de la norma son admisibles cuando las circunstancias indican que la intimación de aplicación es suficientemente inminente. El voto, redactado por el Justice Thomas, sostuvo además que había una amenaza de aplicación de la normativa a futuro aun cuando los apelantes sostuvieran que sus declaraciones eran verdaderas. Siguiendo un argumento similar al presentado por la IASD en su escrito de *amicus*, la Corte señaló que rechazar la apelación equivaldría a dejar la cuestión sin aclarar, obligando a los apelantes a optar entre auto censurar su discurso político o enfrentar duras sanciones y hasta persecución penal.

10.4 Reed v. Town of Gilbert⁴⁷

Clyde Reed, pastor de la comunidad religiosa Good News, alquiló un espacio en una escuela primaria de Gilbert (Arizona), y colocó 17 carteles en la zona anunciando la hora y lugar de los servicios religiosos que allí se realizarían. El municipio de Gilbert tiene una ordenanza que restringe el número, tamaño, duración y lugar de ciertos tipos de carteles indicadores, incluyendo los temporales, para prevenir el exceso de señales de tránsito. Después de que Good News hubo recibido un apercibimiento del municipio de Gilbert diciendo que había violado la ordenanza, la iglesia demandó al municipio reclamando que esa ordenanza a su vez violaba la libertad de expresión y la igualdad ante la ley, ambas garantizadas en la Constitución federal.

Tanto la Corte de Distrito como la Corte de Apelaciones, Noveno Circuito, fallaron por la constitucionalidad de la ordenanza, ya que la misma era neutral en cuanto al contenido de las señales, y era razonable a la luz de los intereses estatales. La sentencia de la Corte de Apelaciones sostuvo además que

⁴⁷ U.S. Supreme Court, *Reed et al. v. Town of Gilbert, Arizona et al.*, (2015).



la ordenanza dejaba abiertos otros canales de comunicación para el grupo religioso. Good News apeló esa decisión, por lo que la Corte Suprema debía decidir sobre la constitucionalidad de la ordenanza.

La participación de la IASD como *amicus curiae* se dio, como en el caso anterior, a la luz del proselitismo puerta a puerta y del colportaje misionero. El escrito, presentado en apoyo del apelante, expresaba la preocupación por el hecho de que si la Corte sostenía el criterio del Noveno Circuito, entonces los gobiernos municipales podrían dictar ordenanzas que restrinjan indebidamente la libertad religiosa y de expresión, sea mediante la regulación de las señales, sea por medio de la regulación de la venta puerta a puerta (lo que afectaría al colportaje).

Las restricciones respecto de tiempo, lugar y modo en que se ejerce la libertad de expresión pueden ser aceptables, argumentó la IASD, pero no puede tratarse al discurso religioso de una forma distinta a la que se lo hace con otros tipos de expresión. Desde este punto de vista, la posición del Noveno Circuito no era absolutamente clara en torno a cuando una restricción está basada en el contenido y cuando no, abriendo la puerta a limitar la expresión religiosa, y permitiendo al mismo tiempo otros tipos de comunicaciones, como las políticas o las de servicios públicos.

Nuevamente en una decisión unánime, la Corte Suprema concordó con ese criterio. El voto redactado por el Justice Thomas sostuvo que en el caso las restricciones estaban de hecho basadas en el contenido, y por lo tanto estaban sujetas a un escrutinio estricto de constitucionalidad. El argumento del municipio de Gilbert de que las restricciones no apuntaban a un grupo religioso particular, sino a todos los grupos religiosos por igual, no resulta atendible, ya que la propia Corte ha establecido que no puede censurarse un tipo determinado de discurso (en este caso, religioso) como un todo. Las limitaciones planteadas por la ordenanza no superaban el estándar del escrutinio estricto ya que no se probó un



interés apremiante en contemplar restricciones adicionales sólo para un tipo de carteles.

10.5 EEOC v. Abercrombie⁴⁸

Abercrombie & Fitch Stores, Inc. (Abercrombie)⁴⁹ es una cadena nacional de tiendas de ropa que exige a sus empleados cumplir con una “política de etiqueta” que refleja el estilo de la tienda y que prohíbe, entre otros, el uso de ropas negras y gorros, aunque el significado del término “gorro” no está definido en la mencionada política. Si una pregunta surge acerca de la política de etiqueta durante la entrevista, o si un solicitante necesita una variación, se requiere que el entrevistador contacte el departamento de recursos humanos de la empresa, quien determinará si la acomodación será concedida o no. En el año 2008, Samantha Elauf, una musulmana practicante, aplicó para una posición en una tienda de Abercrombie. Ella usaba un pañuelo en la cabeza, o *hijab*, todos los días, y así lo hizo también en su entrevista.

Elauf no menciona su pañuelo durante la entrevista, y no indicó que ella necesitaría una acomodación de la política de etiqueta. Tampoco su entrevistador mencionó el pañuelo, aunque contactó a su gerente de distrito, quien le dijo que bajara la calificación de Elauf en la sección de apariencia de la aplicación, lo que bajó la puntuación total y le impidió ser contratada. La Comisión de Oportunidades Igualitarias de Empleo (EEOC) demandó a Abercrombie en nombre de Elauf y afirmó que la compañía había violado el Título VII de la ley de derechos civiles de 1964 por negarse a contratar Elauf por su pañuelo en la cabeza. Abercrombie argumentó que Elauf tenía el deber de informar al entrevistador que ella requería una adaptación de la política de etiqueta y que el velo no era la expresión de una

⁴⁸ U.S. Supreme Court, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, (2015).

⁴⁹ "Sumario: EEOC v. Abercrombie", *Derecho, Estado y Religión* 1, no. 1 (2015).



sincera creencia religiosa. El tribunal de distrito concedió un juicio sumario para la EEOC.

La Corte Federal de Apelaciones, Décimo Circuito, revirtió y sostuvo que el juicio sumario debería haber sido decidido a favor de Abercrombie porque no hay ningún problema real derivado del hecho de que Elauf no notificó a su entrevistador que tenía un conflicto con la política de etiqueta. La EEOC apeló entonces ante la Corte Suprema, para que esta decida la siguiente cuestión: ¿Puede un empleador ser responsable bajo el título VII de la ley de derechos civiles de 1964 por negarse a contratar a un solicitante sobre la base de una observancia o práctica religiosa si el empleador no tenía conocimiento directo de que era necesaria una acomodación religiosa?

La IASD se presentó como *amicus curiae*, en apoyo de la apelante, para solicitar a la Corte que acepte el caso. Uno de los argumentos era que el criterio del Décimo Circuito pone indebidamente sobre los aspirantes a un puesto de trabajo la responsabilidad de generar aprehensión sobre su observancia religiosa. Por otro lado, los aspirantes no siempre conocen todos los requerimientos de los empleadores. “Frecuentemente, un aspirante no estará al tanto del posible conflicto entre trabajo y religión, simplemente por su conocimiento limitado de los requerimientos del empleador para el trabajo”⁵⁰.

La simple ignorancia, por su parte, permitiría a los empleadores abstraerse de la obligación de acomodación razonable, es decir, eliminaría la protección de las creencias religiosas de los aspirantes en el espacio laboral. Aunque en el caso se trataba de una musulmana pretendiendo vestir *hijab*, en el fondo el asunto no difería si se tratase de un sikh portando un *kirpan* o un

⁵⁰ [“Frequently, an applicant will be unaware of a work-religion conflict simply because of her inferior knowledge of the employer’s work requirements.”] *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, del escrito de *amicus curiae* presentado por la IASD.



adventista del séptimo día procurando guardar el sábado. Después de todo, la vestimenta ritual y la observancia de días sagrados son dos cuestiones que generan mucha de la conflictividad entre los requisitos laborales y las creencias de los empleados.

La respuesta de la mayoría de los ministros de la Corte Suprema fue en ese sentido, al afirmar que Abercrombie había actuado de manera ilegal. El voto de la opinión mayoritaria (7-2), redactado por el Juez Scalia y al que adhirieron otros seis jueces, sostuvo que la prohibición legal de discriminación en el trato no contiene un requerimiento de conocimiento, sino ante bien prohíbe ciertos motivos –independientemente del conocimiento del empleador al respecto. Si el aspirante puede mostrar que la decisión del empleador de no contratarlo estuvo basada en el deseo de evitar tener que realizar la acomodación razonable de su práctica religiosa, entonces se comprueba que el empleador violó la ley. Esto es así porque la ley no demanda meramente la neutralidad de trato, sino que crea una obligación afirmativa de acomodar las prácticas religiosas.

10.6 Obergefell v. Hodges⁵¹

Los demandantes en este caso⁵² fueron catorce parejas del mismo sexo, y dos hombres cuyas parejas del mismo sexo habían fallecido a la fecha del dictado de la sentencia. James Obergefell era uno de estos demandantes. El demandado, llamado Richard Hodges, es Director del Departamento de Salud de Ohio.

Ohio, Michigan, Kentucky y Tennessee definen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, y no reconocen los matrimonios entre

⁵¹ U.S. Supreme Court, *James Obergefell, et al., v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, (2015).

⁵² Los hechos del caso han sido tomados de "Sumario: Obergefell v. Hodges", *Derecho, Estado y Religión* 1, no. 1 (2015).



personas de un mismo sexo. Los demandantes desafiaron estas leyes bajo la decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos mediante la presentación de demandas en la Corte Federal de Distrito en sus Estados de origen. Los actores argumentaron que la decimocuarta enmienda requería que los estados permitan los matrimonios entre personas del mismo sexo, y que reconozcan la validez de dichos matrimonios contraídos en otras jurisdicciones.

En cada caso, los tribunales federales de distrito fallaron a favor de los demandantes. En la apelación, la Corte de Apelaciones, Sexto Circuito, consolidó los casos y revocó las sentencias. Los demandantes apelaron ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Aquí nuevamente se presentó la IASD en carácter de *amicus curiae*. La novedad es que esta vez no lo hizo de parte del apelante o del replicante, sino en apoyo de ninguna de las dos partes. El escrito no sugirió a la Corte que acepte o rechace el matrimonio legal homosexual (el meollo de la cuestión), sino que se limitó a establecer su posición en defensa de la libertad religiosa. El escrito de *amicus* señaló que la IASD no apoya ni se opone a ninguna definición estatal (legal) de matrimonio. Simplemente la acepta. Defiende una estricta separación entre la iglesia y el Estado, y por tanto renuncia a imponer sus ideas religiosas como normas legales estatales. Entiende y admite que a veces debe cumplir su misión en una sociedad que adopta posiciones distintas a la de la Iglesia, sin que esto signifique comprometer sus valores. El objetivo final de la IASD es poder llevar adelante su misión. Para ello no necesita ni desea el apoyo del Estado; intenta, en cambio, que el Estado no interfiera (o lo haga lo menos posible) en el cumplimiento de esta misión.

Nada de esto significa que la IASD (así como cualquier otro grupo religioso) deba verse impedido de expresar su opinión de manera pública en el seno de la sociedad. La IASD no sólo tiene el derecho, sino también la obligación de dar a conocer su postura respecto a los temas de moral pública y privada. En



definitiva, sostiene que si la Corte finalmente aceptase la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo, deberían también contemplarse ciertas excepciones para las personas e instituciones religiosas que tengan objeciones a esa clase de matrimonios en base a sus creencias religiosas.

Finalmente, la Corte Suprema no fue unánime al decidir sobre la legalidad del matrimonio homosexual. La postura mayoritaria fue expuesta por el Justice Kennedy, a la cual adhirieron los Justices Ginsberg, Breyer, Sotomayor y Kagan. Los otros cuatro jueces discreparon, redactando cada uno su propio voto en disidencia. El voto de la mayoría reconoció que la interpretación tradicional de la Corte había sido que el matrimonio era una institución que ligaba a un hombre y a una mujer. Sin embargo, ese es un supuesto definido por el mundo y el tiempo en el que se formulan, y actualmente no se encuentran motivos suficientes para no ampliar el concepto y ofrecer la misma protección a las parejas del mismo sexo.

El Justice Thomas, en su voto en disenso, se hizo eco de la preocupación expresada por la IASD y otros *amici curiae* en relación al efecto de la sentencia sobre la libertad religiosa. Citando expresamente el escrito de la IASD, sostuvo que “la decisión [de la Corte] ‘tendrá amplias e inevitables implicaciones para la libertad religiosa’”. El propio voto de la mayoría reconoce que la decisión no debería tener un impacto negativo la libertad religiosa. Sostienen que

hay que remarcar que las religiones, y los que adhieren a las doctrinas religiosas, pueden continuar abogando con la máxima convicción sincera que, por preceptos divinos, el matrimonio entre personas del mismo sexo no debe ser tolerado. La Primera Enmienda garantiza que se dé a las organizaciones religiosas y a las personas una protección adecuada en su intento de enseñar los principios que son tan plenos y tan centrales en sus vidas y creencias, y para sus propias aspiraciones profundas para continuar con la estructura de la familia que han venerado a través de los años [...] La Constitución, sin embargo, no permite al Estado prohibir el



matrimonio a las parejas del mismo sexo en los mismos términos que el otorgado a las parejas del sexo opuesto⁵³.

Esto significa, de algún modo, reconocer y amparar las preocupaciones expresadas entre otros por la IASD.

11. Conclusiones

Consideramos que el uso de la institución del *amicus curiae* puede ser de significativa ventaja para la sociedad civil. Más allá de los intereses de actor y demandado, en aquellas causas de interés público, o “casos difíciles”, como se los ha referido, es ésta quien se ve afectada –de manera positiva o negativa- por las decisiones de los jueces. Por ello, además de una labor concienzuda por parte de los funcionarios judiciales, instrumentos procesales como el *amicus curiae* podrán hacer su aporte a la realización de la justicia. Ello porque, según se analizara en el texto, la intervención de *amicus curiae* puede contribuir a la democratización del debate judicial, el enriquecimiento del debate en torno a los derechos humanos, la participación y compromiso más activo de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil en el tema que se somete a decisión judicial, la recaudación de información jurídica valiosa, a la legitimación de los tribunales en los casos difíciles, y a la formación de antecedentes para futuros casos análogos, entre otros beneficios.

Por ello mismo, el *amicus curiae* es una herramienta idónea para facilitar el acceso de las minorías religiosas al debate de algunos temas relevantes

⁵³ [“...it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. [...] The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.”] *James Obergefell, et al., v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, del voto del Justice Thomas.



en el marco de la sociedad. Esta forma de participación cobra relevancia a la luz de la dificultad de las minorías religiosas para influir en esos temas mediante los poderes ejecutivo y legislativo (que se eligen por mayoría de votos), por lo que se refuerza la importancia de la actuación del poder judicial en la protección de sus derechos. El aseguramiento de la participación de los grupos religiosos – mayoritarios y minoritarios–, lejos de atentar contra la laicidad del Estado, la refuerza, evitando la imposición de una visión monopólica (tanto religiosa como irreligiosa). Esto es aún más cierto en la medida en que los grupos religiosos realizan esa participación en términos jurídicos, y en torno a temas vinculados a la religión.

Las posibilidades y los límites del uso de esta herramienta por parte de las minorías religiosas han sido ejemplificados con el caso de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, mediante el repaso de algunos procesos judiciales en los que ha participado como *amicus curiae* frente a la Corte Suprema de Estados Unidos en casos relacionados a la libertad religiosa. El somero análisis de esos casos ha permitido observar cómo la figura del *amicus curiae* resulta una herramienta versátil para la participación de una minoría en el proceso de decisión de temas de interés público.

La IASD se ha presentado en solitario en algunas ocasiones, y en una coalición con otros *amici* en otras, permitiendo configurar distintas alianzas conforme a la convergencia de los intereses en juego en cada caso. Por otro lado, se ha presentado algunas veces secundando la posición de alguna de las partes intervinientes en el proceso, mientras que en otros casos lo ha hecho en apoyo de ninguna de las partes. Este último caso hace patente la posibilidad de ingresar al proceso para ser oído aun cuando los intereses de las partes no se alineen completamente con los del *amicus*, pero sí se debatan cuestiones con implicancias que van más allá de la resolución del caso concreto. Por último, se ha observado también que la figura del *amicus* ha permitido la participación tanto en



procesos directamente relacionados a la temática en la cual se tiene un interés explícito o reconocida competencia (en la especie, la libertad religiosa), cuanto en otros que indirectamente puedan tener efectos sobre ese tema.

En definitiva, la casuística analizada demuestra que el tribunal ha considerado expresamente los argumentos del amicus en algunos casos, mientras que en otros parece haberlos descartado. Como quiera que sea, el objetivo de la institución jurídica está cumplido: ser una herramienta de participación en la toma de decisiones de interés público, en este caso para una minoría religiosa.

12. Notas

Arias Amicone, Marcos , and Laura Casas. **Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tutela más inclusiva.** La Ley DJ2007-I, 2005: 131.

Badeni, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional.** Vol. 3, Buenos Aires: La Ley, 2010.

Basterretxea, Itziar, and Manuel María Urrutia León. **Pluralismo religioso en América Latina y Europa.** Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política, no. 46 (2009): 9-14.

Bazán, Víctor. **Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional.** Revista Derecho del Estado, no. 33 (2014): 3-34.

———. **El amicus curiae.** La Ley, 2009: 1325. doi: AR/DOC/2619/2009.

Bohmer, Martín. **Introducción a los Amici Curiae.** Perspectivas Bioéticas en las Américas, segundo semestre 1997, 101/02.

Capuano Tomey, Carola **El amicus curiae.** La Ley, 2005-E. doi: AR/DOC/2512/2005.

U.S. Supreme Court, **Catholic Charities of the Diocese of Albany**, et al., v. Eric R. Dinallo, Superintendent, New York State Insurance Department, (2007).



Cavalcanti Batista Neto, Dilson. **Límites éticos del discurso de la laicidad.** Derecho, Estado y Religión 1, no. 1 (2015): 71-113.

"**certiorari.**" In Encyclopædia Britannica Online, 2015.

U.S. Supreme Court, **Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.** (2015).

Oswaldo A. Gonzáini, **Las pruebas de colaboración.** La Ley. Sup. Doctrina Judicial Procesal, 2010.doi: AR/DOC/722/2010.

U.S. Supreme Court, **James Obergefell, et al., v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.**, (2015).

U.S. Supreme Court, Jeffrey J. Reed v. International Union, **United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America**, 130 S.C. 2343 US Reports (2010).

Jiménez, María Eugenia **El "amicus curiae". Vía y órgano de implementación. Libertad probatoria. Medidas para mejor proveer medios idóneos.** La Ley C, 2005: 839. doi: AR/DOC/2714/2005.

Laplacette, Carlos José **El Amicus Curiae y su actuación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.** La Ley, 2010.doi: AR/DOC/5954/2010.

Maclure, Jocelyn, and Charles Taylor. **Laicidad y libertad de conciencia.** Madrid: Alianza, 2011.

Mena Vázquez, Jorge. **El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa.** Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010: 173-196.

Merle d'Aubigné, Jean H. **History of the great reformation of the sixteenth century.** Vol. IV, New York: Robert Carter 58, Canal Street, 1846.

Nussbaum, Martha. **Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa.** 1º ed. Barcelona: Tusquets, 2009.

Pascual Vives, Francisco José. **El desarrollo de la institución del amicus curiae en la jurisprudencia internacional.** Revista electrónica de estudios internacionales, 2011: 1697-5197.



Pew Forum on Religion & Public Life. **U.S. Public Becoming Less Religious.** Washington, D.C.: Pew Research Center, 2014.

U.S. Supreme Court, **Reed et al. v. Town of Gilbert**, Arizona et al., (2015).

Salinas Ruiz, José. **Amicus curiae: institución robusta en Inglaterra y Estados Unidos, incipiente en México.** Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2008, 11-23.

Scarpinella Bueno, Cassio. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae.** Revista de Escola Nacional de Magistratura abril (2008).

Tribunal Constitucional de España, **Sentencia 177/1996 de 11 Nov. 1996**, rec. 2996/1994 (1996).

Sola, Juan Vicente. **El recurso extraordinario y el debate constitucional.** Jurisprudencia Argentina, 03/26/2003 2003, 95.

"Sumario: EEOC v. Abercrombie." **Derecho, Estado y Religión 1**, no. 1 (2015): 194 .

"Sumario: Obergefell v. Hodges." **Derecho, Estado y Religión 1**, no. 1 (2015): 181.

U.S. Supreme Court, **Susan B. Anthony List, et al., v. Driehaus**, et al, (2014).

Zylbersztajn, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988.** Doctoral, Universidade de São Paulo, 2012.