

# Libertad de culto e igualdad

Aportes para delimitar sus tensiones



**INCLO**

INTERNATIONAL NETWORK OF  
CIVIL LIBERTIES ORGANIZATIONS

## Libertad de culto e igualdad: Aportes para delimitar sus tensiones

Septiembre 2015

Este documento fue realizado por la International Network of Civil Liberties Organizations (INCLO), integrada por 11 organizaciones nacionales de derechos humanos: la American Civil Liberties Union, la Association for Civil Rights in Israel, la Canadian Civil Liberties Association, el Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina), la Egyptian Initiative for Personal Rights, la Human Rights Law Network (India), la Hungarian Civil Liberties Union, la Irish Council for Civil Liberties, la Kenya Human Rights Commission, el Legal Resources Centre (South Africa), and Liberty (United Kingdom). Cada organización trabaja en múltiples cuestiones en el ámbito nacional, con total independencia de sus respectivos gobiernos. Ellas trabajan en representación de todas las personas en sus respectivos países a través de la combinación del litigio estratégico, las campañas legislativas, la educación pública y la incidencia, en conjunto con organizaciones de base. Estas organizaciones se unieron para trabajar conjuntamente por la promoción de derechos y libertades fundamentales.

La traducción al español y edición de este documento estuvo a cargo del CELS.

©2015, International Network of Civil Liberties Organizations (INCLO)



# Libertad de culto e igualdad

Aportes para delimitar sus tensiones



# Índice

## **INTRODUCCIÓN 1**

## **UN MARCO PARA EL ANÁLISIS 4**

## **LIBERTAD DE CULTO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT 7**

- I. Funcionarios, matrimonios, uniones de parejas del mismo sexo y exenciones religiosas 8
- II. Proveedores de bienes y servicios, clientes LGBT y exenciones religiosas 13
- III. Instituciones de filiación religiosa, clientes LGBT y exenciones religiosas 17
- IV. Instituciones religiosas y de filiación religiosa, empleados LGBT y exenciones religiosas 20
- V. Conclusión y recomendaciones 22

## **LIBERTAD DE CULTO Y DERECHOS REPRODUCTIVOS 24**

- I. Instituciones, derechos reproductivos y exenciones religiosas 25
- II. Individuos, suministro de servicios y exenciones religiosas 29
- III. Individuos, asesoramiento en materia de salud reproductiva y exenciones religiosas 33
- IV. Conclusión y recomendaciones 36

## **LIBERTAD DE CULTO Y VESTIMENTA RELIGIOSA 37**

- I. Lugares públicos y vestimenta religiosa 38
- II. Instituciones gubernamentales y vestimenta religiosa 42
- III. Empresas y vestimenta religiosa 47
- IV. Conclusión y recomendaciones 49

## **CONCLUSIÓN 51**

# Agradecimientos

Los principales autores del presente informe son Louise Melling (Directora Legal Adjunta de la *American Civil Liberties Union* - ACLU), Marvin Lim (ex Gruber Fellow de ACLU), Rosie Brighthouse (Directora de Asuntos Jurídicos de Liberty) y Noa Mendelsohn Aviv (Directora del Programa Igualdad de la *Canadian Civil Liberties Association* - CCLA). En cada una de sus etapas, el informe contó con la asistencia editorial de la *Association for Civil Rights in Israel* (ACRI), el Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina (CELS), la *Egyptian Initiative for Personal Rights* (EIPR), la *Human Rights Law Network* de India (HRLN), la *Hungarian Civil Liberties Union* (HCLU), la *Irish Council for Civil Liberties* (ICCL), la *Kenya Human Rights Commission* (KHRC), y el *Legal Resources Centre* de Sudáfrica (LRC).

La *International Network of Civil Liberties Organizations* (INCLO) también agradece las contribuciones de: Brigitte Amiri, Jennifer Dalven, Rebecca Guterman, Brian Hauss, Daniel Mach, Priya Nair, Rose Saxe, Neil Shovelin y Kelsey Townsend de la *American Civil Liberties Union*; Stephen O'Hare del *Irish Council for Civil Liberties*; Bella Sankey y Holly Williams de *Liberty*; y, en particular, de Lucila Santos de la INCLO. La INCLO también agradece a Grace Duggan y a Brucie Rosch por el diseño y la asistencia editorial.

La INCLO agradece a la Open Society Foundations y a la Fundación Ford por su generoso apoyo a su trabajo en esta área.



# INTRODUCCIÓN\*

**E**l 23 de mayo de 2015, Irlanda se convirtió en el primer país del mundo en adoptar el matrimonio legal para parejas del mismo sexo a través del voto popular. Con el 62 % de los votos a favor de la medida, el Primer Ministro Enda Kenny declaró: "La elección de hoy ha revelado quiénes somos. Somos un pueblo generoso, compasivo, audaz y alegre, que le dice sí a la inclusión, sí a la generosidad, sí al amor, sí al matrimonio gay"<sup>1</sup>.

El cardenal Pietro Parolin, Secretario de Estado del Vaticano, describió el mismo resultado "no sólo como una derrota para los principios cristianos, sino como una derrota para la humanidad"<sup>2</sup>.

Los miembros de la INCLO, organizaciones que trabajan en la defensa de las libertades civiles y los derechos humanos en los cinco continentes, están comprometidos con el sostenimiento de las libertades de culto y de conciencia como derechos humanos que han de ser valorados, defendidos y protegidos. Al mismo tiempo, apoyamos y estamos comprometidos con distintas iniciativas para promover el trato igualitario de grupos que han sido oprimidos durante años, como las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT), las mujeres y las minorías raciales y religiosas.

A lo largo de la historia, las creencias religiosas han sido una fuente inagotable de motivación e inspiración para toda aquella persona que busca fomentar la justicia y la igualdad. También ha sido una fuente de conflicto. Como ilustra el severo contraste con la respuesta al resultado del referéndum irlandés, estos conflictos pueden revelar un abismo entre visiones enfrentadas. Un resultado que nosotros, como miembros de la INCLO, vemos como un paso absolutamente necesario y como una larga deuda para con la igualdad, representa, para otros, un motivo de real aflicción y preocupación.

En los últimos años, nuestras organizaciones han sido testigo de distintos modos de cuestionar los derechos a la libertad de culto y a la igualdad. Podemos destacar una serie de temas:

- En varios países, los preceptos religiosos se incorporaron a las leyes de forma tal que constituyen violaciones de facto de otras libertades, especialmente de las mujeres. Esto resulta más patente en normativas y prácticas religiosas y consuetudinarias sobre divorcio,

\* En este documento se procuró evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como "@" o "-a/as". En aquellos casos en los que no se pudo evitar el genérico masculino deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración.

1. Henry McDonald, "Irlanda se convierte en el primer país que legaliza el matrimonio gay mediante el voto popular", *The Observer*, 23 de mayo de 2015, disponible en <http://www.theguardian.com/world/2015/may/23/gay-marriage-ireland-yes-vote> [18/11/2015].  
 2. Stephanie Kirchgaessner, "El Vaticano dice que el voto irlandés a favor del matrimonio gay es una 'derrota para la humanidad'", *The Guardian*, 26 de mayo de 2015, disponible en <http://www.theguardian.com/world/2015/may/26/vatican-ireland-gay-marriage-referendum-vote-defeat-for-humanity> [18/11/2015].

segundas nupcias, sucesión, herencia y en prácticas violentas como la mutilación genital femenina. Por otra parte, se invocan conceptos de moralidad y costumbre religiosa para justificar la criminalización de la homosexualidad.

- Hemos asistido a la estigmatización de miembros de la fe musulmana en nombre de la seguridad nacional y la igualdad de género; a restricciones al uso de accesorios religiosos, desde cadenas con cruces hasta pañuelos para cubrirse la cabeza y aros en la nariz; y a discriminaciones de personas que no profesan ninguna fe en países dominados por la fe.
- Nos hemos encontrado con creyentes que se apoyan en su derecho a la libertad de culto de un modo que colisiona con el derecho de terceros a un trato igualitario. En distintas partes del mundo, dueños de tiendas y otros se han considerado impedidos por su religión de atender a personas lesbianas y gays. Asimismo, hospitales y doctores han invocado la libertad de culto y de conciencia para rechazar a las mujeres que solicitaban un aborto o acceso a métodos anticonceptivos. En algunos países, los hombres homosexuales carecen de acceso a la atención médica.
- Hay lugares donde la fe sigue siendo inseparable del Estado, según una modalidad que complica las cuestiones de pluralismo religioso e igualdad.

**Independientemente del país y del contexto, manifestamos nuestro compromiso profundo y duradero con la libertad de culto y la igualdad.**

Como organizaciones defensoras de las libertades civiles y los derechos humanos nos preocupa la invasión a la libertad de practicar ritos religiosos o consuetudinarios. Al tener en alta valoración la libertad de culto, consideramos que sólo puede ser correctamente restringida por el Estado cuando tal limitación se ve justificada por fundamentos sólidos, probados e inspirados en principios. Toda afirmación de que el interés de la mayoría justifica la restricción de la libertad de culto de la minoría debe ser sometida al más riguroso examen.

Independientemente del país y del contexto, manifestamos nuestro compromiso profundo y duradero con la libertad de culto y la igualdad.

Por otra parte, al valorar la igualdad, consideramos que las demandas relativas a la libertad de culto también deben quedar sujetas al más riguroso examen cuando son invocadas para justificar un perjuicio a terceros, y nos preocupa que el derecho a la igualdad no siempre sea sopesado como corresponde cuando se lo confronta con esas reivindicaciones.

Como organizaciones que trabajamos para defender los derechos civiles y los derechos humanos en países a lo largo de diferentes continentes, hemos estado involucradas en algunos debates públicos y en la definición de políticas sobre estas cuestiones, incluso directamente en algunos casos legales

abordados en este informe. Trabajamos en nombre de las personas afectadas en entornos que difieren sustancialmente. Por ejemplo, cómo se valoran los derechos al ejercicio de la religión y al trato igualitario es diferente en Egipto que en Canadá, y cada uno de nosotros tiene sus prioridades a la hora de trabajar estas cuestiones. Sin embargo, con independencia del país o del contexto, manifestamos nuestro compromiso profundo con la libertad de culto y la igualdad.

Es con ese compromiso que publicamos este informe, “Libertad de culto e igualdad: Aportes para delimitar sus tensiones”, que examina varios de los temas que ahora son materia de litigio, debate público y diálogo político. Para empezar, comenzamos estableciendo un marco que debería guiar nuestro análisis, antes de centrarnos en tres áreas específicas: libertad de culto y derechos de las personas LGBT; libertad de culto y derechos reproductivos; y libertad de culto y vestimenta religiosa. A través de la evaluación de casos clave que nos sirven como muestra, apuntamos a articular principios y recomendaciones que puedan orientar a abogados, abogadas y legisladores. Esperamos que este informe resulte útil para quienes desean avanzar hacia una resolución de estos debates basada en el respeto de los derechos humanos.

No obstante, es necesario hacer algunas advertencias. Como hemos señalado, el presente documento sólo se enfoca en una modesta selección de cuestiones ligadas a la libertad de culto y el trato igualitario. No lidia con muchos de los problemas de vida o muerte que lamentablemente también marcan estos conflictos en algunos países. Sin embargo, los temas que abordamos están dando origen a importantes tendencias legislativas donde creemos que nuestro análisis podría ser útil. La muestra de casos que presentamos es sólo eso, una muestra, y nuestras recomendaciones, un comienzo.





## UN MARCO PARA EL ANÁLISIS

*“Preferimos cerrar la panadería antes que negar nuestras creencias” [sobre la preparación de una torta para la boda entre personas del mismo sexo], Jack Phillips, dueño de Masterpiece Cakeshop<sup>3</sup>.*

*“La próxima vez que una pareja gay entre allí pidiendo una torta de boda, no tendrá la misma experiencia que tuvimos nosotros” [de que se los rechazara], David Mullins, cliente al que Masterpiece Cakeshop le negó una torta de boda<sup>4</sup>.*

**La libertad de culto es el derecho a nuestras creencias. Ese derecho es fundamental y debe ser defendido con vigor, pero no nos da derecho a imponer nuestra visión a los demás, discriminándolos o dañándolos de cualquier otro modo.**

El drástico contraste entre las reacciones frente al referéndum irlandés en torno al matrimonio igualitario –entre demandas de igualdad y libertad de culto– también emerge en interacciones personales en la esfera pública. Hay funcionarios que se niegan a expedir autorizaciones para celebrar matrimonios, hosterías que no quieren brindar alojamiento y panaderos que se niegan a preparar tortas para parejas homosexuales, alegando razones de credo. Hay médicos, enfermeras y hospitales que no facilitan ni derivan ni intervienen en abortos por razones de credo. Y hay gobiernos, escuelas y empleados que rechazan o criminalizan a determinadas personas por llevar una niqāb, un turbante o una cruz.

La libertad de culto es el derecho a nuestras creencias. Ese derecho es fundamental y debe ser defendido con vigor, pero no nos da derecho a imponer nuestra visión a los demás, discriminándolos o dañándolos de cualquier otro modo.

En cada interacción y en el litigio que muchas veces resulta de ella, hay principios y personas. El panadero que cree que el matrimonio es un sacramento para un hombre y una mujer se enfrenta a la decisión de acatar su fe y violar la ley, o adherir a la ley y violar sus más profundas creencias. La pareja

3. CBS News, “Same-sex couple denied wedding cake by bakery”, 30 de julio de 2012. Disponible en <http://www.cbsnews.com/news/same-sex-couple-denied-wedding-cake-by-bakery/> [18/11/2015]

4. Daily Mail, “Baker who lost discrimination case because he opposes gay marriage will stop making wedding cakes altogether”, 3 de junio de 2014. Disponible en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2647093/Baker-lost-discrimination-case-opposes-gay-marriage-stop-making-wedding-cakes-altogether.html> [18/11/2015]

a quien se le niega el servicio se enfrenta a un perjuicio a su dignidad, al ser rechazada por lo que es y al traicionarse la promesa de la tan esperada igualdad. Los casos que surgen de esas interacciones involucran creencias de sincera convicción, la promesa de igualdad y el equilibrio que ha de encontrar el derecho frente a estas demandas que entran en conflicto.

Como organizaciones defensoras de las libertades civiles y los derechos humanos, al abordar estos casos estamos guiadas por un principio sencillo pero fundamental: la libertad de culto es el derecho a tener nuestras creencias. Ese derecho es vital y debe ser defendido con vigor, pero no nos da derecho a imponer nuestra visión a los demás, discriminándolos o dañándolos. Por más sinceras que sean nuestras creencias, no podemos negar el servicio en nuestro restaurante a alguien de otra raza porque creemos que Dios tenía la intención de que las razas estuvieran separadas, no podemos negarle a nuestro hijo un tratamiento de emergencia porque nuestra fe se opone a la intervención médica y no podemos negarnos a asistir a una mujer en un hospital porque nuestra fe nos indica que no podemos tocar a una mujer ajena a la familia. Podemos tener todas esas creencias, pero mientras estemos en la esfera pública no podemos actuar según ellas en detrimento de los demás.

Al aplicar este principio hay que empezar por preguntarse quién está buscando la exención o el privilegio para incumplir con la ley, alegando razones de fe.

- ¿El privilegio es para una institución o un individuo? Las exenciones otorgadas por la ley a las instituciones –sean estas pequeñas empresas u hospitales– a menudo tienen repercusiones para terceros. A menos que la institución únicamente contrate y atienda a gente que comparta las creencias de sus dueños, toda exención tendrá implicancia en quienes la frecuentan o trabajan en ella. En otras palabras y dicho en líneas generales, las instituciones que operan en la esfera pública deben actuar siguiendo las reglas públicas.
- Si la exención es para un individuo, ¿ese individuo es un funcionario público? De ser así, surgen preguntas distintas de si se tratara de un empleado del sector privado. Cuando las exenciones recaen en funcionarios colocan un visto bueno del Estado respecto de la conducta en cuestión; esto es particularmente problemático en cuestiones de salud y discriminación.
- Si el individuo no es un funcionario público, ¿cuál es el costo de admitir sus creencias religiosas?

Si aplicamos nuestro principio central a las expresiones de fe tratadas en este informe, llegamos a algunas conclusiones esenciales:

- Las instituciones que abren sus puertas al público para ofrecer servicios –ya sea de alojamiento, catering o atención médica– no deberían poder reivindicar una exención religiosa frente a reglas que promueven la igualdad o la salud pública. Toda regla contraria permitiría que la institución imponga su fe a otros, con el consecuente perjuicio para la salud, la igualdad y la dignidad.

Las instituciones que brindan bienes o servicios al público difieren de las iglesias, sinagogas, mezquitas y otras casas de culto. En estas, las reglas de la fe son típica y únicamente impuestas a quienes han escogido aceptar o, por lo menos, explorar esa fe.

- Los funcionarios de gobierno, como los encargados de celebrar matrimonios, no deberían beneficiarse de ninguna exención a las leyes que fomentan la igualdad. Esto es así aun cuando el objetor pueda verse favorecido porque la persona o pareja acceda al servicio sin percatarse de la objeción. Todo tratamiento de favor a un funcionario público, por más que sea solapado, supone un visto bueno por parte del Estado ante la práctica discriminatoria.
- Fuera del contexto estatal, los individuos deberían recibir la exención siempre y cuando no resulte en un perjuicio a un tercero. De forma coherente con este principio, las expresiones de fe que se manifiestan en la vestimenta y/o apariencia deberían tolerarse si no se demuestra que constituye una ofensa para terceros, demostración que rara vez puede hacerse.

Entendemos las consecuencias de estas posiciones. Entendemos que estas conclusiones suponen un desafío para quienes su fe aconseja valores diferentes de los que encarna la ley. Pero se trata de conclusiones que están basadas en un sentido de la historia. En efecto, hace algunas décadas, en algunos de nuestros países, una significativa cantidad de personas creía, basada en su fe, que las razas debían estar separadas. Esas creencias motivaron el pedido de exenciones a leyes que prohibían la discriminación racial en el área educativa y en el suministro de bienes y servicios, por ejemplo. Decidimos en esos tiempos, como una cuestión legal, que la libertad de culto no significaba que las escuelas, las tiendas y las prácticas médicas podían negar sus servicios a distintas razas. Y aceptamos esa visión de la libertad de culto si bien implicaba que los dueños de las tiendas, los hospitales y las universidades se enfrentarían a la decisión de cumplir con normas públicas contrarias a su fe o de cambiar de trabajo. No encontramos principios que sustenten un razonamiento distinto hoy.

Es con este marco que evaluamos los casos que surgen en todo el mundo, plasmados en demandas que oponen la libertad de culto a la igualdad en distintos supuestos: libertad de culto y derechos de personas LGBT, libertad de culto y derechos reproductivos, libertad de culto y vestimenta religiosa.



# LIBERTAD DE CULTO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT

**E**l derecho a la no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero ha avanzado, en las décadas recientes, en muchos países del mundo. Esos avances, sin embargo, han venido acompañados de la demanda de un derecho a ser eximido del cumplimiento de leyes antidiscriminatorias, cuando tal cumplimiento entra en conflicto con creencias religiosas. Distintos tribunales de Canadá, Francia, Hungría, Israel, Sudáfrica y el Reino Unido, entre otros, han enfrentado este tipo de demandas.

En esta sección, nos detenemos en la tensión entre la libertad de culto y los derechos de las personas LGBT en cuatro supuestos: funcionarios que objetan la exigencia de registrar matrimonios o uniones de parejas del mismo sexo; empresas abiertas al público que reivindican el derecho a rechazar a clientes LGBT o a negarles algunos servicios; instituciones de filiación religiosa abiertas al público que se niegan a atender a personas LGBT; instituciones de filiación religiosa que se oponen a emplear a personas LGBT.

Hasta ahora los tribunales están llegando, a menudo, a resoluciones coherentes con las recomendaciones volcadas en este informe. Los tribunales han rechazado las demandas de funcionarios que buscan, por motivos religiosos, ser eximidos de cumplir con las leyes que permiten el matrimonio igualitario. Globalmente, se están rechazando los reclamos de instituciones que brindan servicios al público, ya sean laicas o de filiación religiosa, para no cumplir con la legislación contraria a la discriminación de personas LGBT. En materia de empleo por organizaciones de filiación religiosa, la tendencia no es tan clara, pero algunos tribunales han sostenido que la discriminación no es permisible, aun si está motivada por profundas creencias, excepto que se trate de un puesto inherente al ministerio religioso.

Las partes I a IV de esta sección presentan las novedades en casos jurídicos correspondientes a los cuatro escenarios enumerados. La parte V ofrece una conclusión y recomendaciones para abogados y legisladores que consideran reclamos similares. Estas recomendaciones derivan de nuestro principio central de que la libertad de culto no implica el derecho a infringir los derechos de terceros ni a perjudicarlos de ningún otro modo.

## I. Funcionarios, matrimonios, uniones de parejas del mismo sexo y exenciones religiosas

A medida que cada vez más países reconocen la unión de parejas del mismo sexo, ya sea a través del matrimonio o de una unión de hecho<sup>5</sup>, los funcionarios y agentes estatales han reivindicado el derecho a negarse a registrarlas. Alegan motivos religiosos para justificar su negativa. Los casos que abordan estos reclamos plantean muchos interrogantes, como por ejemplo, si la protección de la libertad de culto se extiende a funcionarios mientras están actuando en calidad de empleados públicos. Como muestra el siguiente debate, varios tribunales han concluido que los funcionarios públicos tienen el deber de aplicar las leyes, aun cuando tengan fuertes creencias que les sugieran otra cosa.

**El Tribunal reconoció que la exigencia de formalizar matrimonios entre parejas del mismo sexo tenía serias implicaciones para la libertad de culto de los oficiales. Sin embargo, concluyó que los efectos perjudiciales de las enmiendas propuestas sobrepasaban esos intereses.**

Un caso así nos llega desde Canadá, donde el matrimonio igualitario ha sido reconocido a escala nacional desde 2005. El caso “Re Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act”, plantea la constitucionalidad de algunas enmiendas a la ley de matrimonio de Saskatchewan, que habrían permitido a los oficiales civiles nombrados por el Estado poder negarse a formalizar matrimonios de parejas del mismo sexo basándose en sus creencias religiosas<sup>6</sup>. Las enmiendas fueron propuestas y los cuestionamientos acerca de su constitucionalidad fueron sometidos al tribunal, luego de una serie de instancias judiciales que incluyeron un juicio iniciado por tres oficiales solicitando que se dictamine que cualquier obligación de formalizar matrimonios igualitarios violaba su libertad de culto<sup>7</sup>.

La Cámara de Apelaciones de Saskatchewan concluyó que las enmiendas propuestas violarían la Carta Canadiense de Derechos y Libertades<sup>8</sup>. Al llegar a esa conclusión, el tribunal reconoció que la exigencia de formalizar matrimonios de parejas del mismo sexo tenía serias implicancias para la libertad de culto de los oficiales: “Los oficiales del registro civil deben elegir entre celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo o retirarse de sus funciones”<sup>9</sup>.

5. Para acceder a una lista de los países donde actualmente se reconoce el matrimonio igualitario, véase “Gay Marriage Around the World”, Pew Research Center, 26 de junio de 2015. Disponible en <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/> [18/11/2015].

6. [2011] 366 Sask. R. 48, párr.2 (Canadá). En la provincia de Saskatchewan, el único modo en que una pareja podía formalizar su matrimonio en una ceremonia no religiosa era ante un funcionario.

7. Id. párr. 13.

8. Id. párr. 3.

9. Id. párr. 65.

El Tribunal reconoció que la exigencia de formalizar matrimonios entre parejas del mismo sexo tenía serias implicaciones para la libertad de culto de los oficiales. Sin embargo, concluyó que los efectos perjudiciales de las enmiendas propuestas sobrepasaban esos intereses.

Permitir que los oficiales se nieguen a prestar servicios en función de la orientación sexual de la pareja “perpetuaría las desventajas y supondría estereotipos en cuanto al valor de las uniones del mismo sexo”<sup>10</sup>. El voto concurrente fue más allá al afirmar que: “Negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo con este fundamento expresa sin duda la condena de ese tipo de uniones... Negarse... es un acto abiertamente discriminatorio que causa un daño psicológico a las parejas objeto de la negativa y perpetúa el perjuicio y la desigualdad que las personas gays y lesbianas han sufrido históricamente”<sup>11</sup>.

**“Sería un significativo paso hacia atrás si, tras haber ganado la difícil pelea por el derecho al matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, las parejas gays y lesbianas pudieran ser rechazadas justamente por las personas encargadas por el gobierno provincial de formalizar tales uniones”.**

No importaría, enfatizó el tribunal, que la pareja pudiera obtener el servicio en otra parte. Tal análisis “pasa por alto, o subestima erróneamente, la importancia del impacto en una pareja gay o lesbiana de que un oficial del registro civil les diga que no formalizará una unión homosexual”<sup>12</sup>. El tribunal recalcó que el daño sería particularmente grave porque se haría en nombre del Estado: “Sería un significativo paso hacia atrás si, tras haber ganado la difícil pelea por el derecho al matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, las parejas gays y lesbianas pudieran ser rechazadas justamente por las personas encargadas por el gobierno provincial de formalizar tales uniones”<sup>13</sup>.

El tribunal también consideró la pertinencia del reclamo por parte de un agente estatal: “Las personas que voluntariamente eligen asumir determinadas funciones, como las que atañen a un oficial del

10. Id. párr. 45.

11. Id. párr. 142 (Smith, J., voto concurrente) (itálicas omitidas). Por varias razones, el voto concurrente concluyó que las exenciones propuestas no se justificaban en una sociedad libre y democrática. Entre otras razones, la Jueza Smith señaló que tolerar las objeciones religiosas del oficial socavaba la distinción entre los matrimonios religiosos y civiles, y que la desaprobación religiosa de las relaciones homosexuales podría existir en numerosos contextos. La Jueza Smith también cuestionó la idea misma de intentar admitir las objeciones por razones de credo cuando, a su entender, la creencia religiosa ha sido “la raíz de mucha, si no de la mayoría, de las conductas discriminatorias históricas contra los gays y las lesbianas”. Id. párr. 145.

12. Id. párr. 41.

13. Id. párr. 94.

registro civil, no pueden pretender amoldar directamente la intersección entre ellos y el público, de modo que se condiga con sus creencias religiosas u otras<sup>14</sup>. Y prosiguió:

Los funcionarios del registro civil no actúan como ciudadanos privados cuando se abocan a sus tareas oficiales, sino que se desempeñan como agentes provinciales y actúan exclusivamente en calidad de tales. Conforme a ello, un sistema que habilitara el servicio de celebración de matrimonios atendiendo a las creencias religiosas del funcionario... socavaría el principio básico de que los servicios públicos deben suministrarse según criterios imparciales y no discriminatorios<sup>15</sup>.

El Consejo Constitucional francés rechazó de manera semejante una objeción a la ley nacional de matrimonio igualitario. En ese caso, siete alcaldes alegaban que la libertad de conciencia consagrada en la Constitución exigía una exención religiosa para funcionarios que se negaran a celebrar matrimonios de parejas del mismo sexo<sup>16</sup>. En el caso "Franck M.", el tribunal destacó que el poder legislativo tenía interés en "la neutralidad de los servicios públicos"<sup>17</sup>.

En Hungría, que legalizó las uniones igualitarias en 2009<sup>18</sup>, algunas personas objetaron la ley argumentando que violaba el derecho constitucional a la libertad de conciencia de los oficiales civiles, a quienes ahora se obligaba a registrar uniones de este tipo<sup>19</sup>. Al igual que en Francia, el Tribunal Constitucional húngaro rechazó el reclamo y concluyó que el funcionario es un oficial estatal que debe permanecer neutral en sus funciones<sup>20</sup>.

Por último, en "Ladele v. London Borough of Islington" la Cámara de Apelaciones del Reino Unido entendió en la demanda de un funcionario británico que había sido despedido por negarse a celebrar una unión civil de una pareja homosexual<sup>21</sup>. Rechazando el argumento de la demandante, que

14. Id. párr. 97.

15. Id. párr. 98.

16. Conseil Constitutionnel [CC] [Consejo Constitucional] decisión nº 2013-353 QPC, 18 de octubre de 2013, Rec. 1000, párr. 1 (francés). Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/cc2013353qpc.pdf> [18/11/2015].

17. Id. párr. 10.

18. 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatokról (ley XXIX de uniones registradas) (húngaro).

19. Alkotmánybíróság [AB] [Tribunal Constitucional] 25 de marzo de 2010, nº 32/2010 (húngaro) (traducción de un resumen del fallo en archivo de los autores).

20. Id. Se han propuesto argumentos similares en otros casos. Por ejemplo, en "Rodríguez v. City of Chicago", la Cámara de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito descartó un reclamo por discriminación presentado por un oficial de policía que se negaba a custodiar una clínica de abortos por motivos de credo. Entabló la demanda luego de que se le ordenara custodiar el lugar o aceptar el traslado a otro distrito. 156 F.3d 771 (1998). El voto concurrente fue notable, al subrayar la importancia de la neutralidad de los agentes policiales: "El público sabe que sus protectores tienen motivaciones personales; todo el mundo las tiene. Pero uno quisiera pensar que esas personas dejan esas motivaciones en casa cuando están en funciones –o sea, que policías judíos protejan a manifestantes neonazis, que policías católicos protejan clínicas donde se practican abortos, que policías musulmanes y negros protejan a cristianos y judíos..." Id. 779 (Posner, J., voto concurrente).

21. [2009] EWCA Civ 1357. El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual mantuvo el fallo de la Cámara de Apelaciones. "Eweida v. United Kingdom" 37 Eur. Ct. H. R. (2013), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> [18/11/2015]. El TEDH entendió que, porque la práctica relativa al reconocimiento y la protección de las uniones igualitarias aún estaba evolucionando en Europa, el Reino Unido gozaba de un amplio margen de apreciación en cuanto a cómo alcanzarla. Id. párr. 105. (El margen de apreciación es una doctrina del TEDH según la cual el Tribunal evalúa si las medidas tomadas por los Estados son "justificadas en principio y proporcionadas". Id. párr. 84. Considerando la calidad de cuerpo supervisor del TEDH, la doctrina reconoce que las autoridades estatales en principio están en una mejor posición para evaluar la necesidad de una restricción a los derechos. Id.).

establecía haber sido discriminada por sus creencias religiosas, la Cámara enfatizó: “La mujer estaba empleada en un cargo público y trabajaba para una autoridad pública; se le estaba requiriendo que ejecutara una tarea puramente laica, que era considerada parte de su trabajo”<sup>22</sup>. Asimismo, el tribunal observó que su negativa a realizar tal tarea “incurría en discriminación contra las personas gays en la ejecución de ese trabajo”, en oposición con “el loable objetivo del Estado de impedir o, por lo menos, minimizar los actos discriminatorios... entre Islington (y sus empleados) y los miembros de la comunidad a quienes sirve”<sup>23</sup>.

Estos casos son dignos de atención en varios sentidos:

- Varios de los tribunales reconocieron las consideraciones especiales que entran en juego cuando un funcionario civil o agente gubernamental solicita una exención. Como ha sido señalado, tal reclamo entra en conflicto con la noción misma de oficial estatal y, en particular, con la neutralidad de esa función. Además, tal reclamo socava de modo excepcional el principio que subyace a la normativa en cuestión –en estos casos, las leyes que promueven la igualdad.
- Estas sentencias también explican en términos convincentes el daño que resultaría si se concedieran exenciones religiosas en tal contexto. Como establece el fallo “Marriage Commissioners” de Canadá: “Para la mayoría de las personas, no es difícil imaginar el dolor personal que implica que un empleado estatal le diga a un individuo ‘No te ayudaré porque eres negro (o asiático o canadiense), pero alguien lo hará’ o ‘No te ayudaré porque eres judío (o musulmán o budista), pero alguien lo hará’. Que le digan a uno ‘No te ayudaré porque eres gay/lesbiana, pero alguien lo hará’ es lo mismo”<sup>24</sup>. El perjuicio –reconoció el tribunal– se extiende más allá de los individuos rechazados: “Obviamente, toda la comunidad gay y lesbiana sentiría una versión más generalizada del mismo y, efectivamente, no caben dudas de que éste se propagaría entre los amigos y familiares de las personas gays y lesbianas, y entre la sociedad en su conjunto”<sup>25</sup>.

**“Saber que la legislación legitimaría tal discriminación es una afrenta en sí misma a la dignidad y al valor de las personas homosexuales”.**

- Lo que no se aborda directamente en estos casos es la pertinencia de conceder un tratamiento de favor “solapado” a un funcionario u oficial que se opone a expedir una autorización de matrimonio a una pareja homosexual –léase, cuando otro empleado brinda el servicio sin problemas, de modo tal que la pareja no advierte la objeción. El caso

22. “Ladele”, supran. 21, párr. 52.

23. Id.

24. “Marriage Comm’rs”, supran.6, párr. 41.

25. Id. párr. 96.



canadiense sólo menciona brevemente ese supuesto estableciendo que, si bien podría resultar relativamente menos perjudicial para los principios de igualdad, eso no sería necesariamente suficiente para demostrar “que un sistema de esa índole podría pasar con éxito el examen constitucional”<sup>26</sup>.

Para la INCLO, este tipo de excepción solapada también es inaceptable, pues pone en cuestión la neutralidad de la función y da el visto bueno del Estado a un acto discriminatorio. Si bien esa discriminación puede no ser visible para las parejas que buscan registrar una unión, sí lo es para otros en el despacho. Así, la Cámara de Apelaciones del Reino Unido señaló en el caso “Ladele...” que al menos dos colegas gays se habían quejado de que la negativa del oficial era ofensiva<sup>27</sup>. Por lo demás, como estableció el voto concurrente en el caso canadiense al considerar una autorización legislativa para negar un servicio, “saber que la legislación legitimaría tal discriminación es una afrenta en sí misma a la dignidad y al valor de las personas homosexuales”<sup>28</sup>.

Como prueban estos casos, la ley no debería dejar espacio para la discriminación por parte de los funcionarios públicos, independientemente de que tal discriminación tenga un fundamento religioso.

---

26. Id. párr. 89.

27. “Ladele”, supran. 21, párr. 52.

28. “Marriage Comm’rs”, supran. 6, párr. 107 (Smith, J., voto concurrente).

## II. Proveedores de bienes y servicios, clientes LGBT y exenciones religiosas

Los funcionarios no son los únicos que buscan exenciones al cumplimiento de leyes antidiscriminatorias por razones de orientación sexual e identidad de género. Las empresas y otras instituciones abiertas al público también las han solicitado amparándose en motivos religiosos. A menudo, esas demandas implican, aunque no exclusivamente, objeciones para atender a parejas que desean celebrar su unión. En esos casos, los dueños muchas veces argumentan que no se les puede exigir que ejecuten actos que faciliten o puedan ser interpretados como una aprobación de relaciones reprobadas por su fe.

Hasta la fecha, la tendencia jurisprudencial es oponerse a estos reclamos, con independencia de si las personas LGBT podrían haber obtenido el bien o el servicio en otro lugar. En este contexto, como en el que abordamos en la parte I, los tribunales entienden que los actos son en perjuicio de la igualdad y la dignidad.

La tendencia jurisprudencial es oponerse a estos reclamos, con independencia de si las personas LGBT podrían haber obtenido el bien o el servicio en otro lugar.

El caso del Reino Unido “Bull v. Hall” es ilustrativo. Allí, una posada le negó alojamiento a una pareja homosexual en virtud de las creencias religiosas de sus dueños<sup>29</sup>. La pareja les inició una demanda alegando que esa conducta equivalía a un acto discriminatorio ilegal. La Corte Suprema de ese país sostuvo su reclamo y estableció que, si bien la libertad de culto implica el derecho de una persona a manifestar sus creencias, ese derecho se ve limitado cuando entra en conflicto con los derechos de terceros<sup>30</sup>. En este caso, concluyó el tribunal, la pareja tenía “derecho a que no se la discriminara”<sup>31</sup>.

**La tendencia jurisprudencial es oponerse a estos reclamos, con independencia de si las personas LGBT podrían haber obtenido el bien o el servicio en otro lugar.**

La Corte destacó que autorizar los reclamos de los dueños perjudicaría la dignidad de las personas rechazadas, además de agravar el largo historial de discriminación sufrido por las personas LGBT<sup>32</sup>. Como afirmó la jueza Hale en su fallo:

Los homosexuales pueden gozar de la misma libertad y las mismas uniones que todos los demás. Pero no deberíamos subestimar el legado crónico de esos siglos de discriminación,

29. [2013] UK SC 73 párr. 10.

30. Id. párr. 44.

31. Id.

32. Id. párr. 36-37, 53.

persecución regular, que aún sigue vigente en muchas partes del mundo... Es por esa razón que debemos paulatinamente aceptar que la discriminación contra homosexuales por parte de los dueños de hoteles es una limitación desproporcionada de su derecho de expresar/manifestar su religión<sup>33</sup>.

La jueza Hale también remarcó que los dueños eran “libres de manifestar su religión de muchas otras maneras”, como “mediante el simbolismo de su papelería y varios artículos decorativos del hotel, la oferta de biblias y folletos religiosos y el uso de sus instalaciones por parte de iglesias locales”<sup>34</sup>.

El caso canadiense “Eadie v. Riverbend Bed and Breakfast” llega a un resultado similar<sup>35</sup>. La causa atañe a una pareja cuya reserva hotelera fue cancelada cuando los propietarios se dieron cuenta de que eran gays<sup>36</sup>. La pareja presentó una denuncia por violación a los derechos humanos contra la hostería; los dueños respondieron que les asistía el derecho constitucional a la libertad de culto, el cual justificaba la denegación de servicios<sup>37</sup>.

**“Los demandados son libres de pensar, decir, creer lo que deseen; pueden rezarle al Dios de su elección y, en su vida personal, seguir sus mandamientos donde sea que los conduzcan”.**

El Tribunal de Derechos Humanos de Columbia Británica reconoció que los dueños de la hostería poseían “una creencia religiosa sincera, personal y nodular de que el matrimonio es entre un hombre y una mujer”, que “el sexo fuera del matrimonio... es pecado” y que “permitir que una pareja del mismo sexo comparta una cama en su casa dañaría su relación con Dios”<sup>38</sup>. Sin embargo, esas creencias no les daba el derecho a una exención.

Al dictaminar lo anterior, el tribunal subrayó que cuando los dueños entraban en la esfera comercial, tenían la exigencia de cumplir con la normativa de derechos humanos que la rige<sup>39</sup> y señaló: “La función de Riverbend de brindar alojamiento temporario al público en general, sin restricción

33. Id. párr. 53. Un caso relacionado del Reino Unido es “McFarlane v. Relate”, expediente que fue acumulado con “Eweida” en el TEDH. En ese caso, un terapeuta sostenía que su empleador había incurrido en discriminación por motivos religiosos cuando lo despidió por negarse a brindar asesoramiento sexual a parejas del mismo sexo. “Eweida”, supran. 21, párr. 34-37. El TEDH desestimó la demanda y dictaminó que si bien perder el empleo es una consecuencia grave, el empleado había ocupado su puesto “sabiendo que el empleador ejecutaba una política de igualdad de oportunidades y que filtrar clientes basándose en su orientación sexual no sería posible”. Id. párr. 109. El TEDH también destacó el significativo interés del empleador en obtener la implementación de su política antidiscriminatoria.

34. “Bull”, supran. 29, párr. 39. Por supuesto que estas otras manifestaciones podrían dar lugar a una denuncia por discriminación. Una hostería cubierta de material que condena la homosexualidad puede crear un entorno tan hostil como si el lugar aceptara únicamente reservas de heterosexuales.

35. 2012 BCHRT 247 [Canadá].

36. Id. párr. 1.

37. Id. párr. 2.

38. Id. párr. 139.

39. Id. párr. 169.

expresa<sup>40</sup> operaba como una empresa con fines de lucro<sup>41</sup> y era “promocionada ampliamente y ante personas que podían tener creencias o visiones religiosas diferentes de aquellas sostenidas por los dueños”<sup>42</sup>. El tribunal también afirmó que si bien la pareja “pudo obtener un alojamiento alternativo relativamente rápido y no había pruebas de un trauma psicológico en curso, la misma había sufrido indignidad y humillación como consecuencia de la conducta discriminatoria de los dueños”<sup>43</sup>. Por consiguiente, le concedió una “indemnización por daño a la dignidad, a los sentimientos y al respeto por sí mismo”<sup>44</sup>.

Finalmente, un caso reciente de Estados Unidos también rechazó la solicitud de una empresa de ser eximida de cumplir con una ley contra la discriminación por razones de orientación sexual. En “*Elane Photography v. Willock*”, una pareja homosexual presentó una denuncia por discriminación contra un estudio que se negó a fotografiar su ceremonia de compromiso<sup>45</sup>. La Suprema Corte de Nuevo México desestimó el argumento del dueño del estudio, que afirmaba que brindar tal servicio violaría sus derechos al ejercicio de la religión y a la libertad de expresión<sup>46</sup>. El argumento más concluyente de ese caso proviene de un voto concurrente que dictaminó:

Los demandados son libres de pensar, decir, creer lo que deseen; pueden rezarle al Dios de su elección y, en su vida personal, seguir sus mandamientos donde sea que los conduzcan... En el universo más pequeño y focalizado del mercado, el comercio, la hotelería, [ellos] tienen que canalizar su conducta, no sus creencias, de modo tal que dejen espacio para otros estadounidenses que crean algo distinto<sup>47</sup>.

Las conclusiones de los tribunales en estos casos, así como los razonamientos que muchos de ellos proponen, son coherentes con los principios rectores de la INCLC. Reconocen la sinceridad de las creencias que motivan la conducta pero rechazan la noción de que la libertad de culto incluye el derecho a imponer esa opinión a terceros, admiten el significativo daño moral impuesto a una persona rechazada por una empresa, por ser quien es, y articulan el modo en que las exenciones socavan el principio mismo de igualdad que atienden las leyes.

En los argumentos que conducen a estas conclusiones, los tribunales también abordan otra serie de cuestiones que pueden resultar importantes para los abogados y legisladores implicados en estas problemáticas.

---

40. Id. párr. 141.

41. Id.

42. Id. párr. 142. El Tribunal aclaró que no estaba dando un veredicto acerca de si hubiera habido alguna diferencia si Riverbend se hubiera promocionado únicamente ante una clientela cristiana. Id. párr. 166.

43. Id. párr. 173.

44. Id.

45. 309 P3d 53 (N.M. 2013), cert. denegado, 134 S. Ct. 1787 (2014). Este es uno entre varios casos de este tipo en Estados Unidos. Los otros –que involucran a una florería, una panadería y distintas hosterías– aún no tienen sentencia firme.

46. Id. párr. 3.

47. Id. párr. 91-92 (Bosson, J., voto concurrente).

- En “Eadie...”, los dueños de una posada sostuvieron que no habían discriminado, ya que no tenían problemas con la orientación sexual sino únicamente con la conducta sexual<sup>48</sup>. El Tribunal de Derechos Humanos rechazó este argumento; citando un fallo de la Corte Suprema de Canadá, descartó la “idea de que fuera posible condenar una práctica tan central para la identidad de una minoría protegida y vulnerable sin discriminar de ese modo a sus miembros y ultrajar su dignidad humana e integridad personal”<sup>49</sup>. Asimismo, estableció que si tal razonamiento fuera aceptado, la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual ofrecería “escasa protección”<sup>50</sup>.
- Los demandantes en “Elane Photography...” dieron un argumento relacionado pero diferente. Sostuvieron que su objeción no era discriminatoria al no estar basada en la orientación sexual sino en la participación en una ceremonia que celebraba una unión del mismo sexo. La Suprema Corte de Nuevo México rechazó ese argumento en términos similares a los del fallo “Eadie...”: “Permitir la discriminación basada en una conducta tan estrechamente relacionada con la orientación sexual socavaría de modo severo” el propósito de la ley antidiscriminatoria<sup>51</sup>.
- En “Elane Photography...”, la Corte también rechazó un argumento, muy recurrente en algunas jurisdicciones, de que cualquier norma que ordene a la empresa brindar servicios para una boda entre personas del mismo sexo violaría el derecho de expresión del dueño del negocio, al exigirle que ejecute una actividad “que envía un mensaje positivo sobre el matrimonio igualitario que esa persona no comparte”<sup>52</sup>. Al decir esto, la Corte subrayó que el Estado no exigía a la empresa que emita el mensaje de un tercero, salvo en la medida en que “ya emite mensajes de terceros, por contrato, como parte de los servicios que brinda en tanto empresa privada”<sup>53</sup>.

Así pues, los tribunales han desestimado el reclamo –planteado de innumerables maneras– de que negar servicios a parejas homosexuales está justificado o no constituye un acto discriminatorio fundado en la orientación sexual. En el marco de esos bienes y servicios, los tribunales han establecido –y la INCLO concuerda– que, puesto en la balanza, el daño a los creyentes que niegan el servicio es superado por el daño de quienes son rechazados y de la comunidad LGBT en general.

---

48. “Eadie”, supran. 35, párr. 64.

49. Id. párr. 112-13 (citado en “Trinity Western Univ. v. British Columbia Coll. Of Teachers”, [2001] 1S. C. R. 772, párr. 69 (en disidencia pero no en este punto)).

50. “Eadie”, supran. 35, párr. 114 (citando “Hayes v. Vancouver Police Dept” [2005] BCHRT 590, párr. 22). Ver también “Lawrence v. Texas”, 539 U.S. 567, 583 (2003) (O’Connor, J., voto concurrente en el fallo) (“Si bien es cierto que la ley [que criminaliza la sodomía] se aplica sólo a la conducta, la conducta objeto de esa ley está estrechamente correlacionada con el hecho de ser homosexual. Bajo tales circunstancias, la ley de sodomía de Texas apunta a mucho más que una conducta. Está dirigida, por el contrario, a las personas gay como colectivo”).

51. “Elane Photography”, supran. 45, párr. 16; ver también id. párr. 17-19.

52. Id. párr. 23.

53. Id. párr. 57.

### III. Instituciones de filiación religiosa, clientes LGBT y exenciones religiosas

También hay una serie de casos que involucran a instituciones de filiación religiosa que abren sus puertas para brindar un servicio pero que se niegan a atender a personas LGBT. Para procurar esos servicios estas instituciones actúan en muchos sentidos como empresas; en consecuencia, los casos concluyen como en los párrafos anteriores. Apoyándonos en nuestro principio rector, la INCLUSO apoya ese enfoque, por más que las instituciones, dada su filiación, luchan por funcionar conforme con un conjunto de valores religiosos.

“Christian Youth Camps v. Cobaw Community Health Services”<sup>54</sup> es un caso ilustrativo de Australia. Un campamento para jóvenes perteneciente a una iglesia cristiana (CYC) se negó a alquilar las instalaciones a un grupo de jóvenes LGBT que trabajaba en la prevención de suicidios; lo hizo pese a una ley que prohíbe la discriminación por orientación sexual. La Cámara de Apelaciones de Victoria sostuvo que, porque el campamento operaba como una entidad comercial, no le era aplicable la exención religiosa según los términos del estatuto rector<sup>55</sup>.

El tribunal dictaminó que, conforme a ese estatuto, las instituciones de filiación religiosa que atienden al público no pueden discriminar por más que su trabajo público esté destinado a “manifestar” una fe religiosa<sup>56</sup>. Si bien reconocía que CYC estaba “informado por las creencias cristianas de quienes lo habían creado”<sup>57</sup>, el tribunal señaló que “no se imponían límites, ni en los estatutos de CYC, ni en su material publicitario, ni en su práctica a la hora de efectuar reservas, acerca de quién puede alquilar las instalaciones o con qué propósito”<sup>58</sup>. En otras palabras, CYC alquilaba sus instalaciones a “quienquiera se presentara” sin requerir ningún tipo de observancia religiosa por parte de esos grupos<sup>59</sup>. La sentencia concluye: “Dicho en términos sencillos, CYC ha elegido voluntariamente entrar en el mercado de los servicios de alojamiento y participa en él de un modo abiertamente comercial. En todos los aspectos pertinentes, las actividades de CYC no se distinguen de las de otros participantes en ese mercado”<sup>60</sup>. “En tales circunstancias”, prosigue el tribunal, “el hecho de que CYC fuera un cuerpo religioso no podría justificar el ser eximido de las prohibiciones de discriminación a las que están sujetos todos los demás proveedores de este tipo de servicios”<sup>61</sup>.

Un fallo de Israel, “Tal Ya’akovovich v. Yad Hashmona Guest House”, concluyó de manera similar que las instituciones de filiación religiosa que abren sus puertas al público no deberían poder rechazar a personas LGBT, pese a sus más hondas convicciones. “Tal Ya’akovovich...” fue una demanda por

54. [2014] VSCA 75 (Australia), disponible en <http://www.gaylawnet.com/laws/cases/14AUSCV-16AP.pdf> [18/11/2015].

55. Id. párr. 156,159. El estatuto en cuestión tenía dos exenciones, una para las instituciones “creadas con un propósito religioso” y otra por discriminación “de una persona a otra si el acto fuera necesario para que la primera persona cumpla con sus creencias religiosas o principios genuinos”. Id. párr. 160. El tribunal rechazó la idea de que CYC había sido creada con fines religiosos y sostuvo que tampoco podía ampararse en la segunda exención. Apuntó que las creencias son individuales, y que la ley mencionaba expresamente a las personas jurídicas cuando quería que la ley se les aplicara. Id. párr. 162,309-17.

56. Id. párr. 262-268.

57. Id. párr. 268.

58. Id. párr. 252.

59. Id. párr. 253.

60. Id. párr. 269.

61. Id.

discriminación presentada por una pareja homosexual cuando un salón de recepciones, perteneciente a una cooperativa mayoritariamente integrada por judíos mesiánicos, se negó a reservarles el lugar para la celebración de su boda<sup>62</sup>. En su defensa, el salón ratificó su propósito religioso. El tribunal falló a favor de la pareja<sup>63</sup>.

En su pronunciamiento, la Corte de Magistrados de Jerusalén subrayó que el salón “brinda servicios a todo el público, tanto religioso como laico, judío o no judío”, y que la empresa se promocionaba conforme a ello<sup>64</sup>. Así, “a partir del momento en que los demandados abren sus puertas a todos, no pueden cerrarlas a quienes ellos estiman que no cumplen con su interpretación de las exigencias del Antiguo y del Nuevo Testamento, ofendiendo su dignidad y sensibilidades”<sup>65</sup>.

No obstante, las decisiones de las cortes en la materia no son uniformes. En “St. Margaret’s Children and Family Care Society v. Office of the Scottish Charity Regulator”, por ejemplo, el Panel de Apelaciones de Caridad de Escocia revirtió una orden dada por la autoridad competente que sostenía que una agencia de adopción católica, con miras a preservar su estatus de organización caritativa, debía enmendar sus procedimientos y prácticas para asegurar el pleno cumplimiento de la normas relativas a la igualdad e impedir la discriminación ilegal contra potenciales padres por motivos de orientación sexual<sup>66</sup>. El Panel de Apelaciones destacó que, si bien la agencia incurría en actos discriminatorios<sup>67</sup>, las parejas homosexuales tenían acceso a otras agencias de adopción, así como a otros servicios caritativos brindados por la agencia en cuestión<sup>68</sup>.

**“A partir del momento en que los demandados abren sus puertas a todos, no pueden cerrarlas a quienes ellos estiman que no cumplen con su interpretación de las exigencias del Antiguo y del Nuevo Testamento, ofendiendo su dignidad y sensibilidades”.**

62. CS 5901/09 “Tal Ya’akovovich v. Yad Hashmona Guest House”, [2012] (Israel) (decisión en archivo del autor).

63. Id. párr. 34.

64. Id. párr. 32. El tribunal también observó que el salón “no señala que tiene exclusivas características religiosas e incluso omite mencionar que los dueños del lugar son judíos mesiánicos.” Id. párr. 33.

65. Id. párr. 35.

66. [2014] SCAP 02/13 (Escocia 70, disponible en <http://www.scap.gov.uk/pdf/Saint%20Margarets%20Children%20and%20Family%20Care%20Society.pdf> [18/11/2015]).

67. Id. párr. 56.

68. Id. párr. 27.

Asimismo, el Panel determinó que la agencia de adopción no podía continuar con sus actividades sin el apoyo de la Iglesia Católica y concluyó que semejante resultado sería desproporcionado respecto del daño planteado por la discriminación<sup>69</sup>.

Para la INCLO son correctos los casos que deducen que, al igual que otros establecimientos públicos, las organizaciones de filiación religiosa deben acatar la normativa vigente cuando abren sus puertas. Cuando proponen sus salones para alquilar, por ejemplo, no son materialmente distintas de una hostería o de otra empresa.

---

69. Id. párr. 65.



## IV. Instituciones religiosas y de filiación religiosa, empleados LGBT y exenciones religiosas

Otra vertiente de jurisprudencia aún en desarrollo atañe a las demandas por discriminación en el empleo, presentadas contra instituciones religiosas y de filiación religiosa, a quienes se les reconoce discreción para emplear a personas que actúan en calidad de ministros religiosos o docentes. La duda surge respecto del resto del personal. Si bien a las instituciones muchas veces se les concede un margen para contratar a personas del mismo credo, el tema es qué tan lejos debería expandirse la doctrina: ¿Pueden las instituciones limitar su personal a quienes juzgan que viven conforme con los preceptos de la institución, aun cuando eso equivale a discriminar a personas LGBT? Para la INCLO, los preceptos de fe no justifican una exención a las leyes de igualdad en el marco de empleos ajenos al ministerio religioso.

“Ontario Human Rights Commission v. Christian Horizons”, un caso presentado en Canadá, concierne a una mujer discriminada por su empleador por ser lesbiana; la demandante había sido asistente auxiliar en *Christian Horizons*, organización de servicios sociales de filiación cristiana<sup>70</sup>. La Corte Divisional de Ontario falló en su favor, rechazando la defensa de la asociación que alegaba que, congruentemente con su fe, abstenerse de participar en relaciones con personas del mismo sexo era un requisito *bona fide* para ocupar ese puesto<sup>71</sup>. La Corte reconoció que era “claro que *Christian Horizons* dirigía sus hogares colectivos... de forma tal que llevaran a cabo una misión cristiana, imitando la labor de Jesucristo en su servicio a los necesitados”<sup>72</sup>. La organización, prosiguió el tribunal, “de hecho está en primer lugar comprometida con atender los intereses de personas identificadas con su credo, con el consecuente beneficio para los individuos con minusvalías en su desarrollo que viven en los hogares y para las familias de los internos”<sup>73</sup>.

**Para la INCLO, los preceptos de fe no justifican una exención a las leyes de igualdad en el marco de empleos ajenos al ministerio religioso.**

Sin embargo, la Corte rechazó el siguiente argumento de la asociación: “Los valores religiosos impregnan el trabajo mismo que hacen los enfermeros y, por ende, el ministerio cristiano y el modo en que se realiza el trabajo no pueden distinguirse de un modo significativo”<sup>74</sup>. En cambio, la Corte concluyó: “No hay nada en la labor de... ayudar a los internos a comer, lavarse y utilizar el baño, llevarlos a una excursión o a alguna cita... que requiera la adhesión del enfermero a un estilo de vida que descarte las relaciones homosexuales”<sup>75</sup>.

70. [2010] ONSC 2105 (Canadá) párr. 11.

71. Id. párr. 105 (estableciendo que, aunque “pudiera resultar desde la perspectiva de *Christian Horizons* que el puesto de enfermero auxiliar es de naturaleza religiosa... no hay nada en la naturaleza del puesto mismo que convierta en una calificación necesaria para el empleo el prohibirle a los enfermeros la participación en una relación homosexual”).

72. Id. párr. 75.

73. Id. párr. 77.

74. Id. párr. 93.

75. Id. párr. 104.

El fallo sudafricano “Strydom v. Nederduitse” estipula que incluso una institución religiosa ha de cumplir con las leyes laborales vigentes cuando el empleado no desempeña una función de ministerio religioso. La demanda por discriminación fue presentada por un profesor de música en una iglesia al ser despedido por ser gay<sup>76</sup>. El acusado alegó que el empleado no estaría en condiciones de “llevar una vida cristiana ejemplar a raíz de su estilo de vida homosexual”<sup>77</sup>. La Corte Sudafricana para la Igualdad rechazó este argumento y señaló que “no había ni un ápice de prueba de que el empleado tuviera que enseñar doctrina cristiana”<sup>78</sup>. Tampoco encontró la Corte “prueba alguna de que el demandante quisiera influir en sus estudiantes o en ningún miembro de la iglesia” sirviendo como “modelo de cristiandad”<sup>79</sup>. Finalmente, afirmó que el compromiso del profesor “con los valores cristianos nunca había sido cuestionado... sólo se cuestionaron sus creencias cuando salió a la luz el hecho de que estuviera en una relación homosexual”<sup>80</sup>.

Esta jurisprudencia todavía está en desarrollo y no hay consenso en torno a ella. La ley por lo general respeta el derecho de las instituciones a tomar decisiones fundamentales relativas al ministerio religioso. En otros puestos, empero, como ilustran algunos de los casos detallados arriba, los tribunales a veces reconocen que las consideraciones relativas a la libertad de culto y a la igualdad tienen diferente peso. En este contexto, como en los contextos ya abordados en esta sección, los tribunales admiten el perjuicio de la discriminación que sufren quienes son apartados y el daño a la promesa de igualdad en general.

En el marco del empleo, hay un daño económico, además del ataque a la dignidad. Así pues, en “Christian Horizons...”, el tribunal interviniente decretó una indemnización compensatoria por la pérdida del empleo, así como por “la deliberada e imprudente imposición de una angustia psicológica”<sup>81</sup>.

En “Strydom...”, el tribunal otorgó una compensación “por la deficiencia de dignidad y el sufrimiento emocional y psicológico del demandante”<sup>82</sup>. Reconociendo que no había precedentes directos para tal resarcimiento, el tribunal justificó ese remedio reafirmando las palabras clarividentes de la jueza Sachs en una sentencia previa de la Corte Suprema de Sudáfrica:

Penalizar a las personas por ser quienes son es profundamente irrespetuoso de la personalidad humana y violatorio de la igualdad. La igualdad significa una igual preocupación y respeto en la diferencia... Como mínimo, la igualdad afirma que la diferencia no debería constituir una base para la exclusión, la marginalización y el estigma. Como máximo, celebra la vitalidad que la diferencia aporta a la sociedad<sup>83</sup>.

76. 2009 (4) SA 510 (Corte para la Igualdad) (Sudáfrica) párr. 1.

77. Id. párr. 21.

78. Id. párr. 17.

79. Id. párr. 22.

80. Id. párr. 18.

81. “Christian Horizons”, supran. 70, párr. 19, 111-12.

82. “Strydom”, supran. 76, párr. 37.

83. Id. párr. 35 (citando “Ministry of Home Affairs v. Fourie”, 2006 (1) SA 524 (CC) párr. 60 (Sudáfrica)).

## V. Conclusión y recomendaciones

Como surge del análisis anterior, las sentencias estudiadas sobre exenciones religiosas y derechos de las personas LGBT, concuerdan, en su mayoría, en cómo sopesar las cargas para el ejercicio de la religión que suponen las leyes que promueven la igualdad. En general, los tribunales han reconocido la sinceridad y honestidad de las personas o instituciones denunciadas con sus creencias, han admitido el perjuicio que causarían las exenciones a las leyes que promueven la igualdad y han concluido que, tratándose de empleados estatales, servicios abiertos al público y empleados que no ejercen un ministerio religioso, tal perjuicio sería demasiado grave como para ser tolerado.

Por supuesto que esta historia recién empieza. En algunos países, como los Estados Unidos, el desarrollo de la jurisprudencia en la materia está en sus comienzos, dado que la protección de las personas LGBT es demasiado nueva, o incluso tiene falencias. En otros países, las preguntas son incipientes –en Kenia, por ejemplo, la Alta Corte recién este año ordenó a la dependencia gubernamental encargada de facilitar el trabajo de las ONG que registrara a un grupo de defensa de derechos gay tras una objeción por razones morales<sup>84</sup>. Desde INCLO creemos que muchos de los casos abordados aquí pueden ofrecer a esos países una guía importante.

**En general, los tribunales han reconocido la sinceridad y honestidad de las personas denunciadas con sus creencias, han admitido el perjuicio que causarían las exenciones a las leyes que promueven la igualdad y han concluido que, tratándose de empleados estatales, servicios abiertos al público y empleados que no ejercen un ministerio religioso, tal perjuicio sería demasiado grave como para ser tolerado.**

La INCLO ofrece las siguientes recomendaciones para la resolución de reclamos que enfrentan a la libertad de culto con los derechos de las personas LGBT:

### ***Demandas relativas al credo:***

- Reconocer que la fe y la observancia religiosa son cuestiones profundamente personales. Las demandas sobre libertad de culto han de evaluarse basándose no en el contenido de una creencia o interpretaciones religiosas opuestas, sino en la sinceridad de esa creencia.

---

84. "Eric Gitari v. Non-Governmental Organizations Co-ordination Board", (2015) (Kenya), disponible en <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/108412/> [18/11/2015].

**Funcionarios:**

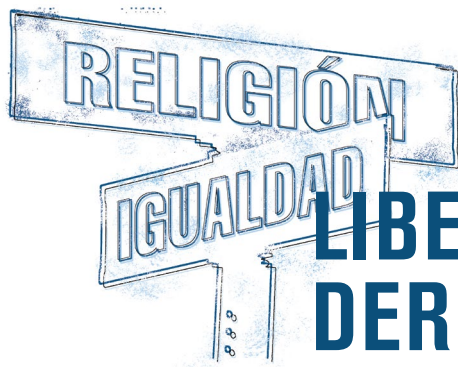
- Afirmar que los funcionarios deben cumplir y aplicar las leyes de forma neutral.
- Responder por el daño a la dignidad individual que se genera si los funcionarios son autorizados a negar un servicio a personas LGBT. Ese daño es tanto mayor cuanto que la persona que niega los servicios es un agente del Estado, de quien se espera que trate a las personas igualitariamente.
- Responder por el daño más amplio a la sociedad en su conjunto que se genera si los funcionarios son autorizados a negar un servicio a personas LGBT. Una vez más, ese daño se ve agravado por ser un representante del Estado quien niega el servicio.

**Proveedores de bienes y servicios:**

- Afirmar que las instituciones que brindan servicios al público, sean éstas organizaciones con fines de lucro, ONG o de filiación religiosa, no deben quedar exentas de cumplir con la normativa antidiscriminatoria, por más que los proveedores del servicio tengan objeciones religiosas.
- Responder por el daño que se genera cuando una empresa y otros establecimientos abiertos al público niegan servicios de un modo que resulta discriminatorio, aun si fuera por motivos de credo. El perjuicio –tanto para quien padece el rechazo como para la sociedad en general– no se evita tan sólo porque la persona pueda obtener el servicio en otro sitio.
- Negarse a aceptar argumentos que busquen justificar la discriminación por motivos de orientación sexual como objeciones al matrimonio o a la intimidad entre personas del mismo sexo.

**Empleadores religiosos o de filiación religiosa:**

- Respetar en la ley los derechos de las instituciones religiosas a apegarse a sus creencias a la hora de contratar a ministros religiosos.
- Afirmar que las leyes que permiten que las instituciones religiosas y de filiación religiosa favorezcan el empleo de personas del mismo credo no debería ser utilizado para justificar la discriminación de personas LGBT, entre otros grupos protegidos, para funciones ajenas al ministerio religioso.



# LIBERTAD DE CULTO Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

**H**asta la fecha, los tribunales que se pronunciaron en casos donde entraban en conflicto la libertad de culto y los derechos reproductivos han diferido más en sus análisis y conclusiones que los tribunales que abordaron cuestiones de libertad de culto y derechos de las personas LGBT. En efecto, la jurisprudencia es limitada en volumen y alcance. Esto puede ser, en parte, porque hay pocas leyes que requieran explícitamente que se brinden servicios de salud reproductiva y porque el contexto en el que surgen esas órdenes es limitado, por eso vemos menos demandas de exenciones o tratamientos de favor. La jurisprudencia en la materia tampoco compete fuertemente aún cuestiones de discriminación, estigmatización y daño moral.

Los casos presentados en adelante abordan tres modos principales en que se han manifestado las tensiones entre la libertad de culto y los derechos reproductivos: cuando instituciones como hospitales reclaman el derecho a una exención por razones de fe; cuando un profesional de la salud reivindica el derecho a negarse a brindar un servicio, ya sea un aborto o acceso a la anticoncepción, por razones de fe; y cuando un individuo reivindica el derecho a ser eximido de realizar una tarea que facilita un cuidado médico que objeta.

Son varios los casos que iluminan principios que, según la visión de la INCLO, deberían guiar futuras resoluciones. Primero, las instituciones, al igual que las empresas y demás organizaciones especificadas en la sección anterior, no deberían acceder a exenciones. Segundo, como mínimo, no se debería conceder un tratamiento de favor a individuos que se rehúsan a prestar un servicio de salud reproductiva cuando de ello resulte un perjuicio a la vida o la salud. Tercero, las exenciones no corresponden cuando un individuo se niega a realizar tareas que considera que pueden facilitar un aborto, la anticoncepción o el acceso a ambas prácticas. La conducta constituye un gesto mínimo con un sustento débil; la teoría es demasiado extensa y el perjuicio es demasiado grande.

Las partes I a III exponen las novedades de la jurisprudencia en estas tres áreas, y destacan los razonamientos más asequibles. La parte IV ofrece una conclusión y recomendaciones dirigidas a abogados y legisladores que están dedicados a este tipo de reclamos. Aquí, como en la sección anterior, las recomendaciones derivan del principio central de que la libertad de culto no incluye el derecho a infringir los derechos de los demás.

## I. Instituciones, derechos reproductivos y exenciones religiosas

Las demandas que oponen la libertad de culto con la igualdad emergen en el contexto de instituciones que objetan por razones de fe el cumplimiento de leyes que exigen servicios de salud reproductiva. Los casos cuya resolución argumental apoya la INCLO se niegan a conceder exenciones en virtud de los perjuicios que podrían resultar. Estos casos van en paralelo con los que mencionamos en la sección anterior, donde los tribunales denegaron exenciones a instituciones que prestan un servicio al público pero que, por motivos de credo, piden permiso para negar esos servicios a las personas LGBT.

**“Las exenciones religiosas pueden desencadenar o desatar consecuencias para terceros. Por ende, es imposible caracterizar la objeción de conciencia como un derecho que únicamente afecta a quienes lo ejercen”.**

A propósito, tenemos la Sentencia T-388/09 de la Corte Constitucional de Colombia<sup>85</sup>, basada en la discusión sobre el derecho a la objeción de conciencia presentada en sus fallos previos<sup>86</sup>, el tribunal propone un amplio marco para analizar las exenciones religiosas a la prestación de servicios de salud reproductiva<sup>87</sup> y reconoce la importancia de proteger “la libertad de culto, de conciencia y de pensamiento, así como la libertad de expresión”<sup>88</sup>, pero también recalca las limitaciones que se debe atender:

Las exenciones religiosas pueden desencadenar o desatar consecuencias para terceros. Por ende, es imposible caracterizar la objeción de conciencia como un derecho que únicamente afecta a quienes lo ejercen. Cuando uno objeta por razones de conciencia, necesariamente se ha violado una obligación legal... La pregunta es entonces cuáles son los límites a la objeción de conciencia –que *prima facie* pueden parecer justificados– dado el impacto negativo que puede tener en los derechos de terceros<sup>89</sup>.

85. Corte Constitucional [CC], 28 de mayo de 2009, Sentencia T-388/09 (Colombia), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm> [18/11/2015]. Para acceder a fragmentos del fallo en inglés, ver “Sentencia T-388/2009: Excerpts from the Colombian Constitutional Court Decision”, informe del O’Neill Institute sobre objeción de conciencia y aborto, 25, 25-57 (2014), disponible en <http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/research/documents/WLWT-388-09English-FINAL.pdf> [18/11/2015].

86. Corte Constitucional [CC], 10 de mayo de 2006, Sentencia C-355/06, § 10.1 (Colombia), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> [18/11/2015]. Para acceder a fragmentos del fallo en inglés, ver “Women’s Link Worldwide, excerpts of the Constitutional Court’s Ruling that Liberalized Abortion in Colombia”, 15 (29) *Reproductive Health Matters*, 160, 160-162 (2007), disponible en <http://www.jstor.org/stable/25475303> [18/11/2015]; ver también Corte Constitucional [CC], 28 de febrero de 2008, Sentencia T-209/08 (Colombia), disponible en <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/T-209-08-Colombia-2008.pdf> [18/11/2015].

87. Sentencia T-388/09, *supra* n. 85, § 5.2 (y Caso T-209/08 allí debatido). En T-388/09, la Corte desestimó el pedido de autorización de un juez para objetar por motivos religiosos la ejecución de un permiso administrativo para abortar. En su fallo, el tribunal estableció: “No es permisible que alguien que actúa como autoridad pública objete por razones de conciencia.” *Id.* Esto es, concluyó la Corte, porque “la decisión de un empleado judicial no está fundada en su libre voluntad... su deber primario es aplicar la ley.” *Id.* § 5.3. En este sentido, el razonamiento hace eco a los razonamientos de los casos tratados en la sección anterior respecto de las objeciones religiosas de funcionarios encargados de celebrar matrimonios.

88. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 37.

89. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 39.

Al tratar la demanda de instituciones que se niegan a intervenir en supuestos de aborto permitidos por la ley –siendo las instituciones en cuestión hospitales del sistema público de salud– la Corte destacó primero y principalmente que “las personas jurídicas no tienen derecho a la objeción de conciencia”, dado que no pueden experimentar “convicciones íntimas y arraigadas”<sup>90</sup>. De tal modo, no pueden “limitar la libertad de sus empleados individuales, quienes podrían verse forzados por las restrictivas posturas impuestas por el personal directivo de esas instituciones”<sup>91</sup>.

Si bien el debate de la Corte es específico sobre el reclamo institucional y no se focaliza en las consecuencias para los pacientes, el fallo manifiesta su preocupación por el perjuicio que sufrirían las mujeres si se les concediera un tratamiento de favor a los objetores al aborto por motivos religiosos. La Corte se refiere a la salud de las mujeres, así como a los “derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal y a la dignidad humana”<sup>92</sup>.

El Consejo Constitucional francés se abocó a un problema similar y llegó a una conclusión análoga<sup>93</sup>. El fallo 2001-446 atañe a una objeción constitucional a la ley de interrupción voluntaria del embarazo (aborto) y la contracepción. Entre otras cosas, la ley revocaba disposiciones del código de salud pública, que permitía que los “jefes de servicio de establecimientos sanitarios públicos negaran la práctica del aborto”<sup>94</sup>. El tribunal ratificó la ley<sup>95</sup>. Al igual que la Corte colombiana, los jueces franceses estimaron que, si bien el jefe de servicio puede poseer algún derecho al libre ejercicio religioso, no puede impedir que todo el personal a su cargo intervenga en esa práctica, pues hacerlo sería “a expensas de la conciencia de otros doctores y personal médico empleado en su servicio”<sup>96</sup>.

En por los menos otros dos casos, los tribunales denegaron exenciones solicitadas por farmacias en cuanto al cumplimiento de determinadas prescripciones médicas. En ambos casos, se trata de objeciones al control de natalidad por motivos religiosos. En “Pichon v. France”<sup>97</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmó el importante y conocido principio de que la libertad de culto abarca la libertad de manifestar las propias creencias, pero recalcó que la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (“la Convención”) “no siempre garantiza el derecho a comportarse en público de un modo regido por esa creencia”<sup>98</sup>. El TEDH concluyó que “mientras la venta de anticonceptivos sea legal y ocurra siguiendo una prescripción médica en ningún otro lugar que no sea una farmacia, los solicitantes no pueden dar prioridad a sus creencias religiosas e imponerlas a otros como justificación de su negativa a vender tales productos”<sup>99</sup>.

90. Sentencia T-388/09, § 5.2. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 44.

91. Id.

92. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 42.

93. Conseil Constitutionnel [CC] [Consejo Constitucional] fallo 2001-446 DC, 27 de junio de 2001 (Francia), disponible en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/anglais/a2001446dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a2001446dc.pdf) [18/11/2015].

94. Id. párr. 11.

95. Id. párr. 17.

96. Id. párr. 15.

97. 2001-X TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22644> [18/11/2015].

98. Id.

99. Id.

Un caso más reciente de los Estados Unidos, “Stormans, Inc. v. Wiesman”, rechaza la noción de que el Estado pueda tolerar la objeción de una farmacia permitiéndole derivar a la persona hacia otro local y señala que la derivación resultaría en una demora y “podría suscitar sentimientos de vergüenza en el paciente”<sup>100</sup>.

**“Mientras la venta de anticonceptivos sea legal y ocurra siguiendo una prescripción médica en ningún otro lugar que no sea una farmacia, los solicitantes no pueden dar prioridad a sus creencias religiosas e imponerlas a otros como justificación de su negativa a vender tales productos”.**

No todos los tribunales concuerdan. Por ejemplo, en “Imbong v. Ochoa”, la Corte Suprema de Filipinas abordó la pertinencia de una exención para una institución, del mismo modo en que aborda las exenciones para individuos<sup>101</sup>. Así, derogó sin reparos partes de una ley nacional que exige que el profesional derive al paciente para obtener información sobre salud reproductiva, tratándose de “hospitales no especializados en maternidad y cuyos dueños y directivos son un grupo y prestadores de servicios médicos religiosos”<sup>102</sup>, de la misma manera que derogó una exigencia similar para individuos<sup>103</sup>. En cuanto al perjuicio resultante, el tribunal sencillamente estableció: “Los problemas de salud de las mujeres pueden ser atendidos por otros profesionales que pueden brindarles cuidados de salud reproductiva con abierta disposición y motivación”<sup>104</sup>.

Otro caso que amerita atención, si bien su contexto es bastante diferente, es “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc”. Allí, la Corte Suprema de los Estados Unidos concedió a una empresa con fines de lucro una exención a la regla que exige que los planes médicos para empleados cubran ciertos anticonceptivos<sup>105</sup>. Varios factores influyeron en la decisión: se presentó bajo un estatuto que protegía la libertad religiosa<sup>106</sup>, la empresa estaba estrechamente controlada (léase no cotiza en bolsa)<sup>107</sup> y la Corte entendió que los empleados aún podían recibir la cobertura sin problemas<sup>108</sup>.

100. Nos. 12–35221, 12–35223, ---F.3d ---, 2015 WL 4478084,\*7 (Noveno Circuito, 23 de julio de 2015). Otros juzgados han llegado a resultados distintos. Un tribunal de apelaciones estatal en Illinois, por ejemplo, afirmó que una farmacia podía negarse a cumplir con órdenes médicas que prescribieran métodos para el control de natalidad. Al sostener ese punto, se remitió a una ley estatal que ofrece una vasta protección para las demandas de objeción de conciencia presentadas por personal médico. “Morr-Fitz, Inc. v. Quinn”, 976 N.E.2d 1160 (Ill. App. 4th Ct. 2012).

101. “Imbong v. Ochoa”, G. R. No. 204819, 74 (S. C., 8 de abril de 2014) (Filipinas), disponible en <http://sc.judiciary.gov.ph/pdf/web/viewer.html?file=/jurisprudence/2014/april2014/204819.pdf> [18/11/2015].

102. Id.

103. Id. 72.

104. Id. 78.

105. 134 S. Ct. 2751 (2014).

106. Id. 2760.

107. Id. 2774.

108. Id. at 2786 (Kennedy, J., concurring).



Los distintos resultados se apoyan, en gran parte, en diferencias en el razonamiento sobre dos puntos: primero, si una institución puede reivindicar una objeción de conciencia; segundo, si conceder exenciones a una institución puede derivar en un perjuicio. Es esto último lo que resulta relevante para este informe. En cuanto al análisis del perjuicio, algunos puntos merecen atención:

- Su discusión en esta serie de casos es limitada. Las cuestiones de dignidad e igualdad no aparecen destacadas en las reivindicaciones sobre derechos reproductivos, como sí sucede en los litigios que atañen a los derechos de las personas LGBT planteados en la sección anterior. Sin embargo, no debería ser así, pues los derechos reproductivos son intrínsecos a la igualdad de las mujeres, así como esenciales para la salud.
- La discusión en estos litigios muchas veces es pobre, incluso en aquellos casos en que rechazan el pedido de exención, y aún cuando se trate de consideraciones sobre el perjuicio para la salud o el acceso al cuidado médico. La sentencia del Consejo Constitucional francés, por ejemplo, incluye sólo una referencia y más bien oblicua<sup>109</sup>. Y en el caso filipino, no hay una indagación seria sobre el perjuicio que entraña conceder una exención. La Corte Suprema de Filipinas establece que, si los objetores de conciencia quedan exentos de las exigencias legales, otros profesionales podrían brindar el cuidado. No obstante, no hay análisis alguno en cuanto a cómo una mujer podría encontrar un proveedor de servicios alternativo y qué sucedería si tal proveedor se muestra o no disponible.

Sin embargo, algunos incidentes cercanos subrayan el perjuicio que puede sobrevenir cuando las instituciones intentan imponer una creencia religiosa particular. El caso estadounidense “Means v. United States Conference of Catholic Bishops” atañe a una demanda por negligencia presentada por una mujer que asevera que su salud fue puesta en riesgo cuando el hospital católico donde acudió a atenderse por un aborto espontáneo le negó información y cuidado oportuno<sup>110</sup>. En el juicio se acusó a la Conferencia de Obispos Católicos de Estados Unidos de ser responsable del daño sufrido por la mujer, por ser la institución que publica las directivas éticas que rigen a los hospitales católicos de ese país. Entre otras cosas, estas directivas prohíben que los hospitales católicos atiendan o recomienden la terminación de un embarazo antes de conocerse la viabilidad del feto, con independencia del riesgo para la salud de la mujer<sup>111</sup>.

Un caso más trágico viene de Irlanda e involucra la muerte de Savita Halappanavar en un hospital público. Ante el diagnóstico de un inevitable aborto espontáneo, Halappanavar solicitó en reiteradas ocasiones que se le practicara un aborto. Una de esas veces, se le negó con el pretexto de que los prestadores de servicios médicos consideraron que su vida no estaba en riesgo, condición necesaria para que el aborto sea legal en Irlanda<sup>112</sup>. Poco después, Halappanavar desarrolló una infección fatal.

109. El Consejo dijo únicamente que prohibir la negativa del servicio atendía “al principio constitucional de igualdad de los usuarios ante la ley y ante el servicio público.” Sentencia 2001-446, supran. 93, párr. 15.

110. Demanda 1-3, 12-17, “Means v. U.S. Conf. Of Catholic Bishops”, No. 2:13-cv-14916, 9 (E. D. Mich. 29 de noviembre de 2013), disponible en [https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/complaint\\_final\\_1.pdf](https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/complaint_final_1.pdf) [18/11/2015].

111. Id. 10-11. El tribunal del distrito desestimó el juicio, concluyendo, en parte, que la resolución del caso requeriría revisar la doctrina religiosa de un modo que consideró no permisible. Opinión 21-24, “Means v. U.S. Conf. Of Catholic Bishops”, No. 2:13-cv-14916, 9 (E. D. Mich. 30 de junio de 2015), disponible en [https://www.aclu.org/sites/default/files/field\\_document/06.30.15\\_means\\_opinion.pdf](https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/06.30.15_means_opinion.pdf) [18/11/2015]. Este caso está actualmente en apelación.

112. Health Service Executive, “Investigation of Incident 50278 from Time of Patient’s Self Referral to Hospital on the 21st of October 2012 to the Patient’s Death on the 28th of October”, 2012, 33 (junio de 2013), disponible en <http://www.lenus.ie/hse/bitstream/10147/293964/1/nimreport50278.pdf> [18/11/2015].

Según consta en el informe, en el momento de la solicitud, por lo menos un profesional le informó a la pareja que el aborto no era posible porque “Irlanda es un país católico”<sup>113</sup>. El dictamen del Servicio de Salud irlandés sobre la muerte de Halappanavar llegó a la conclusión de que la interpretación de la ley irlandesa sobre la interrupción legal del embarazo era un factor coadyuvante en el caso<sup>114</sup>.

**Sin embargo, algunos incidentes cercanos subrayan el perjuicio que puede sobrevenir cuando las instituciones intentan imponer una creencia religiosa particular.**

Los casos anteriores y, en particular, “Means...” y la historia de Savita Halappanavar, ponen de relieve por qué la INCLO manifiesta su apoyo a aquellos fallos que desestiman los pedidos de exenciones a instituciones que pretenden negar un aborto y otros servicios de salud reproductiva solicitados.

## II. Individuos, suministro de servicios y exenciones religiosas

Otro campo donde la reivindicación de la libertad de culto choca con los derechos reproductivos se configura cuando los prestadores de servicios médicos individuales –como sujeto distinto de las instituciones– se niegan a intervenir en abortos o a facilitar métodos anticonceptivos por motivos religiosos, cuando ese servicio es requerido. Estos supuestos difieren, pues, de aquellos presentados en la sección anterior, que implicaban a instituciones o a funcionarios públicos objetores por la misma razón. En la mayoría de los casos de esta sección, se plantean casos de abortos donde está en juego la salud de la mujer, problemas de suministro de información o derivación del paciente a otros profesionales.

En un extremo del arco, tenemos la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que ya vimos. Además de abocarse a una reivindicación institucional por objeción de conciencia, ese caso establece claras limitaciones al derecho de un profesional de la salud individual a negarse a practicar un aborto por motivos de fe. El fallo ha de entenderse en el marco del régimen jurídico de ese Estado, donde el aborto únicamente es legal cuando el embarazo supone una amenaza para la vida o la salud de la mujer; cuando el embarazo es fruto de una violación denunciada, incesto, o inseminación artificial no consentida; o cuando el feto presenta condiciones incompatibles con la vida<sup>115</sup>.

113. Paul Cullen & Kitty Holland, “Midwife Manager ‘Regrets’ Using ‘Catholic Country’ Remark to Savita Halappanavar”, *The Irish Times*, 10 de abril de 2013, disponible en <http://www.irishtimes.com/news/health/midwife-manager-regrets-using-catholic-country-remark-to-savita-halappanavar-1.1355895> [18/11/2015]

114. “Health Service Executive”, *supran.* 112,73.

115. Sentencia C-355/06, *supran.* 86, en § 10.1. Para versión en inglés, ver Women’s Link Worldwide, Excerpts, 160.

En esta sentencia, la Corte estableció que la objeción de conciencia es permisible sólo “cuando es factible que otro profesional de la salud intervenga en la terminación voluntaria del embarazo y la misma se desenvuelva de modo tal que se protejan los derechos de la mujer embarazada que pide el aborto...”<sup>116</sup>. Profundizando, el tribunal detalló:

Los profesionales de la salud pueden negarse a terminar un embarazo por razones de conciencia si y sólo si existe una garantía de que la mujer embarazada tendrá acceso al procedimiento en condiciones de igualdad y seguridad, que no enfrentará obstáculos suplementarios que interfieran con su capacidad para acceder a los servicios sanitarios necesarios y que sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, la salud sexual y reproductiva, la integridad personal y la dignidad humana no se vean transgredidos<sup>117</sup>.

**Al pronunciar su fallo, el tribunal subrayó que el libre ejercicio de las libertades está protegido sólo en la medida en que no resulte en “abuso o interferencia injustificada, desproporcionada o arbitraria de los derechos de otros individuos”.**

Dicho en otros términos, “Si sólo hay un profesional que puede intervenir en la terminación voluntaria del embarazo –bajo las circunstancias en las que está permitida–, entonces esa persona debe realizarla, independientemente de si está asociado a un hospital privado o público, religioso o laico”<sup>118</sup>.

Al pronunciar su fallo, el tribunal subrayó que el libre ejercicio de las libertades está protegido sólo en la medida en que no resulte en “abuso o interferencia injustificada, desproporcionada o arbitraria de los derechos de otros individuos”<sup>119</sup>; que esas personas deben reconocer su deber de promover una conducta “servicial, justa y equitativa, así como respetuosa del bien común”<sup>120</sup>; y que los profesionales de la salud tienen un papel especial dentro de la sociedad<sup>121</sup>.

Un caso del TEDH surgido en Polonia también sostiene el argumento de que un profesional médico objetor puede ser exceptuado sólo si existen otros procedimientos en curso para ofrecer el cuidado médico requerido. En “P&S v. Poland”<sup>122</sup>, el tribunal afirmó que Polonia había violado la Convención al no lograr garantizar que las exenciones religiosas no dificultaran el acceso de la mujer a servicios

116. Sentencia T-388/09, supran. 85, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 41.

117. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 42.

118. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 41.

119. Id.

120. Id.

121. Id.

122. (2012) TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx?i=001-114098> [18/11/2015].

de salud reproductiva legítimos<sup>123</sup>. Más específicamente, el TEDH señaló que Polonia violaba la Convención al no brindar a los pacientes la protección garantizada por la propia ley de derivaciones polaca, que permite que los médicos se nieguen a practicar procedimientos tales como el aborto, pero les exige derivar a los pacientes a profesionales dispuestos a hacerlo<sup>124</sup>.

El TEDH afirmó también que el derecho al ejercicio de la religión “no denota cada uno de los actos o formas de comportamiento motivados o inspirados por una religión o una creencia”<sup>125</sup>. Destacó que los Estados miembro “están obligados a organizar su sistema de salud de modo tal que al asegurar el efectivo ejercicio de la libertad de conciencia por los profesionales médicos, en un contexto profesional, no se impida que la paciente obtenga acceso a servicios a los que tiene derecho según la normativa aplicable”<sup>126</sup>. El TEDH estuvo cerca de aseverar que la ley de objeción de conciencia polaca, correctamente ejecutada, equivale a un estándar que otros países del Consejo Europeo deben cumplir. Así y todo, destacamos que el TEDH dictaminó que un país había violado la Convención al no ofrecer al paciente la protección garantizada por su propia legislación.

**“Creemos que la confianza y seguridad públicas exigen que el personal de un hospital público, con obligaciones profesionales y éticas de cuidar al enfermo y al herido, brinde asistencia en tiempos de emergencia”.**

Y en “Shelton v. University of Medicine & Dentistry”, la Cámara de Apelaciones de Estados Unidos del Tercer Circuito desestimó la demanda de discriminación presentada por una enfermera al ser despedida de un hospital público por haberse negado a participar por motivos religiosos en dos procedimientos de emergencia, que hubieran requerido la terminación de embarazos<sup>127</sup>. No haciendo lugar al reclamo, el tribunal expresó: “Resultaría normal que los agentes de protección pública, como policías y bomberos, fueran neutrales a la hora de prestar servicios. Entre esos protectores públicos, incluiríamos a los prestadores de servicios médicos... Creemos que la confianza y seguridad públicas exigen que el personal de un hospital público, con obligaciones profesionales éticas de cuidar al enfermo y al herido, brinde asistencia en tiempos de emergencia”<sup>128</sup>.

123. Id. párr. 106, 110-12.

124. Id. párr. 107. Además de exigir la derivación, la ley exige que el objetor registre por escrito su negativa y el motivo de la misma, e incluya tal información en el historial médico del paciente. Id.

125. Id. párr. 106.

126. Id.

127. 223 F.3d 220 (3d Cir. 2000). Primero, el hospital ofreció mutar a la enfermera a otro servicio, pero ella lo rechazó. Id. 223-24.

128. Id. 228. El caso remite entonces a Rodríguez v. City of Chicago tratado en supran. 20.

El caso filipino “Imbong...” ofrece una visión contrastada. Allí, el problema radicaba en la orden de que profesionales médicos brindaran información sobre anticoncepción. La ley permitía que los objetores se negaran a hacerlo, pero les exigía que derivaran al paciente a un profesional “que estuviera en condiciones de responder a las necesidades del paciente”<sup>129</sup> y estipulaba que los profesionales calificados que fueran funcionarios no podían ser considerados objetores de conciencia<sup>130</sup>. El tribunal sostuvo que ambas disposiciones violaban la protección de la libertad de culto, alegando que: “Si bien se ha dicho que el acto de derivar a un paciente es una cláusula optativa, se trata de un falso consenso porque eso convierte al profesional de la salud, ‘*pro-life*’ en cómplice de la ejecución de un acto que para él es moralmente repugnante u ofensivo... Por más que no sea su autor principal, es igualmente culpable si induce el acto ofensivo...”<sup>131</sup>.

Asimismo, el tribunal rechazó sumariamente toda distinción que se haga entre profesionales que actúen como funcionarios públicos y aquellos que operan a título privado, ya que “no es perceptible la distinción” de por qué los actores públicos no deberían también verse exentos<sup>132</sup>. El tribunal fue aún más lejos al establecer que “el manto protector” que garantiza el libre ejercicio “no se quita por más que uno adquiera un empleo en el Estado”<sup>133</sup>.

**Los casos presentados son casi unánimes al sostener que, más allá de la fuerza de la objeción de fe, los prestadores no pueden quedar exentos de brindar cuidados toda vez que eso resulte necesario para la vida o salud de la mujer.**

Los casos discutidos abordan un abanico de escenarios donde los individuos objetan el deber de prestar servicios de salud reproductiva. Aquellos que tratan específicamente la cuestión del cuidado necesario para impedir daños a la vida o la salud de la mujer son unánimes al afirmar que el prestador no puede quedar exento de cumplir. Los casos de esta sección también son casi unánimes al sostener que los profesionales médicos no deben quedar exentos de derivar a pacientes, pese a su objeción de que eso les exige facilitar una conducta que ellos estiman inmoral.

Es dable destacar algunos puntos particulares:

- Como hemos señalado, cuando se aborda la cuestión específica del aborto, las opiniones son uniformes al dictaminar que los prestadores no pueden ser eximidos toda vez que la práctica resulte necesaria para la vida o la salud de la mujer. Esta uniformidad acaso se deba

129. “Imbong”, supran. 101,61.

130. Id. 74-75 (itálicas omitidas).

131. Id. 72 (en itálicas en el original).

132. Id. 75.

133. Id. El fallo Imbong se sitúa, pues, en el otro extremo de las sentencias relativas a demandas de funcionarios, tratadas en la sección anterior.

a que estos casos surgen, en su mayoría, en contextos donde el aborto es legal en limitadas circunstancias. Todavía no sabemos qué entenderán los tribunales cuando se presente el supuesto de un prestador que se niega a intervenir o a derivar al paciente en un escenario distinto.

- El principio que anima el presente informe es que la libertad de culto no significa el derecho a limitar los derechos de terceros; por eso se debería exigir, como mínimo, la obligación de realizar derivaciones en todos los casos. Esto es así porque la derivación es necesaria tanto si la mujer necesita obtener un cuidado oportuno, como por el daño a su dignidad que resultaría en caso contrario.
- Los casos de esta sección difieren de los que tratan sobre la libertad de culto y los derechos de las personas LGBT en el modo de pensar el perjuicio. En el marco de los derechos reproductivos, los casos están más relacionados con el acceso al cuidado y menos con la dignidad y la expectativa de igualdad, pese a que existe una clara estigmatización de la mujer cuando el profesional de la salud se niega a practicarle un aborto legal.

---

### III. Individuos, asesoramiento en materia de salud reproductiva y exenciones religiosas

Cada vez más, llegan a los tribunales casos que involucran a un profesional de la salud que se niega a efectuar tareas que estima que facilitan de algún modo el aborto o la anticoncepción y, por consiguiente, violan su credo. Algunos empleados han objetado, por ejemplo, la labor de tomar la presión arterial a pacientes que habían abortado o la de asegurarse que pudieran ser llevados de vuelta a sus casas<sup>134</sup>.

El fallo T-388/09 de la Corte Constitucional de Colombia versa sobre este asunto. Allí, la Corte reafirmó “que la objeción de conciencia sólo se aplica al personal directamente implicado en la ejecución del procedimiento médico necesario para poner fin al embarazo”<sup>135</sup>. El derecho, sostuvo la Corte, “no se extiende al personal administrativo, al personal médico que realiza únicamente tareas preliminares o brinda asistencia durante la fase de recuperación del paciente”<sup>136</sup>. El tribunal recalcó sobre las objeciones a tareas durante la recuperación que: “La negativa a efectuar ese tipo de trabajo no puede basarse en ninguna legítima convicción moral, religiosa o psicológica, e indica meramente que se desapruueba una conducta que ya ha tenido lugar, lo cual no constituye un sustento adecuado para una demanda de objeción de conciencia”<sup>137</sup>.

---

134. También hay casos, en variadas jurisdicciones, de individuos que objetan los impuestos o aranceles estudiantiles que brindan apoyo al aborto o la contracepción. Este informe no se detiene en esos casos. Sólo señalamos que, hasta donde llega nuestro conocimiento, los tribunales parecen rechazar bastante uniformemente esas excepciones. Ver por ejemplo “Imbong”, supran. 101,71.

135. Sentencia T-388/09, supran. 85, §5.1.

136. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 42-43.

137. Sentencia T-388/09, § 5.1. Para versión en inglés, ver Excerpts, O’Neill Institute, 43.

Más recientemente, la Corte Suprema del Reino Unido falló en un asunto similar presentado por un grupo de parteras católicas luego de que el hospital escocés donde trabajaban se negara a confirmarles que no se les “exigiría delegar, supervisar y/o asistir a otros empleados en la participación y suministro de cuidados a pacientes” que optaran por un aborto<sup>138</sup>. El caso giraba en torno a la interpretación de la ley de aborto del Reino Unido de 1967, la cual permite objeciones religiosas a los profesionales de la salud que “participan” en el aborto<sup>139</sup>. El supremo tribunal civil de Escocia había fallado a favor de las parteras, alegando que la ley se extendía “no sólo a la propia terminación médica o quirúrgica sino a todo el proceso de tratamiento que se brinda para tal propósito”<sup>140</sup>. El tribunal escocés invocaba que intentar distinguir entre una intervención “directa” e “indirecta” era inviable, ya que “siempre habrá incertidumbre en cuanto a dónde trazar la línea”, incertidumbre que podría “comprometer la seguridad y ser difícil de manejar”<sup>141</sup>.

**“Es improbable que al promulgar la cláusula de conciencia el Parlamento haya tenido en mente... a los directivos del hospital que deciden ofrecer un servicio de aborto... al servicio de catering que provee la comida a los pacientes y al personal de limpieza”.**

La Corte Suprema del Reino Unido revocó ese fallo en los siguientes términos:

Es improbable que al promulgar la cláusula de conciencia el Parlamento haya tenido en mente la multitud de tareas auxiliares, administrativas y directivas que podrían estar asociadas con esos actos. El Parlamento no habrá tenido en mente a los directivos del hospital que deciden ofrecer un servicio de aborto, a los administradores que deciden cómo organizar mejor ese servicio dentro del hospital... al servicio de catering que provee la comida a los pacientes y al personal de limpieza que les provee un entorno seguro e higiénico... Las tareas directivas y de supervisión llevadas a cabo por los coordinadores de sala [Labour Ward Coordinators] están más cerca de estos roles que del rol de brindar el tratamiento que trae aparejada la terminación del embarazo. “Participar”, a mi entender, significa tomar parte en términos prácticos<sup>142</sup>.

138. “Doogan v. Greater Glasgow Health Board”, [2013] CSIH 36, párr. 6.

139. “Greater Glasgow Health Board v. Doogan”, [2014] UK SC 68, párr. 10.

140. “Doogan”, [2013] CSIH 36, párr. 37.

141. Id. párr. 34.

142. “Greater Glasgow Health Board”, [2014] UK SC 68, párr. 38.

Al llegar a esta conclusión, el tribunal mencionó un fallo anterior que sostuvo que la protección de la ley a la objeción de conciencia no se extendía a una recepcionista que se negara a escribir una carta para derivar a una mujer por un posible aborto, ni a un médico encargado de firmar el certificado autorizando esa práctica<sup>143</sup>. El caso es significativo, pues resalta qué tan amplio es el espectro de la objeción de conciencia. No obstante, no analiza si la ley de derechos humanos de 1998 o la ley de igualdad de 2010 exigían que los empleadores de las parteras hicieran ajustes razonables para hacer lugar a las creencias religiosas de sus empleadas; el tribunal dejó la resolución de esa cuestión a los procedimientos relacionados del fuero laboral<sup>144</sup>.

Otro caso que merece atención es el ya mencionado “Burwell v. Hobby Lobby”, donde la Corte Suprema de Estados Unidos se abocó a los reclamos de empresas que solicitaban no cumplir con una normativa federal que exige a los planes médicos cubrir ciertos anticonceptivos. El caso no versa sobre el reclamo de un individuo –el tema de esta parte– pero amerita ser tratado por el alcance de la demanda y el modo en que fue analizada. En este caso, las empresas se negaban al deber de brindar dicha cobertura porque, al hacerlo, decían facilitar el control de natalidad que los dueños objetaban. La Corte de los Estados Unidos falló a favor de las empresas<sup>145</sup>, rechazando el argumento de que cualquier carga impuesta por la regulación era demasiado atenuada, ya que las compañías sólo estaban brindando un seguro médico –un acto bastante alejado de la situación concreta de una mujer que utiliza métodos anticonceptivos<sup>146</sup>. Y, tal como señalamos, el tribunal estimó que el Estado podía acordar una excepción que asegurara que las mujeres obtuvieran la cobertura sin problemas<sup>147</sup>.

Si bien valoramos la sinceridad y honestidad con su fe de los profesionales que objetan, la INCLO apoya las conclusiones a las que en última instancia llegaron los tribunales de Colombia y el Reino Unido. Creemos que la exigencia de desarrollar tareas indirectas, preparatorias o auxiliares es mínima, y sus consecuencias, demasiado extensas, como para autorizar tales exenciones, máxime cuando amenazan con interrumpir seriamente el cuidado y comprometer la dignidad de las mujeres involucradas.

---

143. Id. párr. 36 (citando “Janaway v. Salford Health Authority” [1989] AC 537, 572).

144. Id. párr. 23-34. Estados Unidos ha tenido pleitos similares. En un caso, un grupo de enfermeras empleadas por un hospital público reivindicaron su derecho a abstenerse de brindar cuidados pre y posoperatorios a mujeres que habían realizado un aborto. Defs. ‘Br. in Opp’n to Pls.’ Appl. For Prelim. Inj. Relief 1-5, “Danquah v. Univ. Of Med. & Dentistry of N.J.”, No. 11-cv-6377 (D.N.J. Nov. 22, 2011). Este caso se resolvió cuando el hospital accedió a eximir a las enfermeras de asistir abortos, con independencia de la tarea que efectuaran, excepto cuando no hubiera otra enfermera presente en “situaciones de emergencia.” Transcripción del procedimiento que tuvo lugar el 12 de diciembre de 2011, 6, “Danquah v. Univ. Of Med. & Dentistry of N.J.”, No. 11-cv-6377 (D.N.J. 3 de enero de 2012).

145. 134 S. Ct. 2785.

146. Id. 2777-79.

147. Id. 2786 (Kennedy ,J., voto concurrente).



## IV. Conclusión y recomendaciones

Como ya hemos planteado, la jurisprudencia en este campo aún no es cuantiosa. A medida que pensamos estas cuestiones, un punto merece nuestra atención. Los casos debatidos en esta sección surgen en el contexto especial de la salud. Por consiguiente, no cumplir con el deber de dar información, servicios o derivar a pacientes puede tener consecuencias mayores que la negativa a prestar un servicio en otros contextos. Con el aborto, también entran en juego consideraciones de tiempo que pesan en el balance final.

La INCLO ofrece las siguientes recomendaciones para la resolución de reclamos que enfrentan a la libertad de culto con los derechos reproductivos:

### ***Demandas relativas al credo:***

- Reconocer que la fe y la observancia religiosas son cuestiones profundamente personales. Las demandas sobre libertad de culto han de tratarse basándose no en satisfacer una creencia o interpretaciones religiosas opuestas, sino en la sinceridad y honestidad de esa creencia.

### ***Instituciones:***

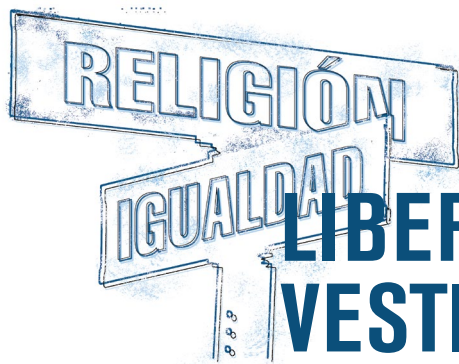
- Afirmar que cuando las instituciones atienden a personas de todos los credos, la ley no puede eximir las obligaciones que apuntan a impedir un perjuicio, sea a la salud, a la dignidad o a la igualdad.

### ***Ejecución directa o suministro de cuidados:***

- Las objeciones de los prestadores de servicios médicos a la salud reproductiva no pueden ser toleradas cuando ello comprometiera la salud o la vida de las mujeres.
- Sostener que la ley no debería eximir al profesional de derivar al paciente y brindarle información, dado el perjuicio que de ello resulta.

### ***Facilitación de cuidados de salud reproductiva:***

- Reconocer que, pese a que las objeciones a las tareas que facilitan la asistencia médica están ancladas en la fe, las mismas no pueden ser admitidas. La conducta de cuidado o de limpieza, como vimos, es menor respecto de otras que implican una participación en términos prácticos, y las implicaciones de una exención a ellas son demasiado extensas, al poner en riesgo la dignidad de la mujer y crear un marco potencial para una seria interrupción de la atención médica.



## LIBERTAD DE CULTO Y VESTIMENTA RELIGIOSA

Los debates planteados hasta ahora en este informe se refieren a las circunstancias en las que el ejercicio de la religión entra en conflicto con el derecho de terceros, alguien que solicita un servicio a una empresa, una mujer en busca de atención en materia de salud reproductiva o de una pareja que desea celebrar un matrimonio. Pero no todo ejercicio cuestionado de la libertad de culto presenta un motivo de perjuicio tan claro. Esta sección explora una variación del ejercicio de la religión –que se manifiesta en la vestimenta y la apariencia física– donde el perjuicio consecuente a menudo es difuso, no está corroborado y, por ende, resulta insuficiente a nuestro juicio para justificar restricciones a tal derecho.

La siguiente discusión presenta sólo una muestra de los casos relevantes. Cada uno involucra un reclamo del derecho del individuo privado a presentarse –en su atuendo o en su comportamiento– de un modo coherente con su fe, en lugares públicos y en su empleo. Muchas veces los casos tienen que ver con la vestimenta de los miembros de una comunidad minoritaria, frecuentemente musulmana. Los intereses invocados a la hora de restringir la vestimenta y/o apariencia son de amplio espectro e incluyen la salud o la seguridad pública, la laicidad, la igualdad de género y la identidad de marca.

**En muchos de los casos, la expresión religiosa está siendo inadecuadamente restringida, en detrimento de la libertad y la igualdad.**

Esta sección del informe está abordada de una forma distinta de las precedentes. En lugar de resolver una discreta cantidad de cuestiones que actualmente ocupan el debate público, presenta una muestra de los muchos campos en los que la apariencia está siendo restringida y el despliegue de justificaciones ofrecidas. Se ilustran los modos en que, demasiado a menudo, la libertad de culto está siendo inadecuadamente limitada, cuando aquí, contrariamente a las secciones anteriores, rara vez existe un perjuicio a terceros.

Las partes I a III de esta sección tratan las restricciones a la vestimenta y/o apariencia religiosa en lugares públicos, instituciones gubernamentales y empresas. La parte IV propone una conclusión y recomendaciones para los abogados y legisladores que tratan estas temáticas. Para la INCLO, la resolución de estos casos descansa en los mismos principios que deberían informar los debates sobre libertad de culto, derechos de las personas LGBT y derechos reproductivos: la libertad religiosa no debería ser restringida, a menos que su ejercicio perjudique a terceros. En muchos de los casos, la expresión religiosa está siendo inadecuadamente restringida, en detrimento de la libertad y la igualdad.

## I. Lugares públicos y vestimenta religiosa

Entre las restricciones de mayor alcance y, por ende, que tienen las consecuencias más significativas para los seguidores de una religión, están aquellas que atañen a los lugares públicos. Ante semejantes restricciones, los creyentes se enfrentan con la difícil elección de renunciar a las manifestaciones de fe o limitar su movimiento. Los casos recientes que han obtenido una considerable atención tienen que ver con la prohibición del uso del velo islámico. En esos y otros casos se alega una amplia gama de intereses para justificar la limitación del atuendo religioso en lugares públicos, entre ellos, la igualdad de género, la tradición, la laicidad y la volatilidad política.

**Las restricciones a la vestimenta y/o apariencia a menudo equivalen a estereotipar y discriminar grupos minoritarios, violando el principio de igualdad.**

Como argumentaremos en esta parte, las restricciones a la vestimenta y/o apariencia religiosa rara vez son necesarias para promover tales objetivos. Además, de forma más significativa para el propósito del análisis que proponemos, la libertad de culto expresada en la vestimenta y/o apariencia rara vez daña a terceros. Tales restricciones equivalen a estereotipar y discriminar a grupos minoritarios, violando el principio de la igualdad.

Uno de los juicios más prominentes de este tipo es “S.A.S. v. France”, el reciente caso del TEDH que aborda la prohibición en Francia del ocultamiento del rostro en público<sup>148</sup>. La medida prohíbe efectivamente el uso del velo musulmán que cubre la cara, excepto en circunstancias específicas<sup>149</sup>. El Estado justificó la normativa basándose en tres aspectos: la igualdad, la seguridad y las condiciones necesarias para “vivir juntos” como sociedad, de conformidad con los valores de la República francesa. El TEDH se enfocó en este último interés para sostener la medida<sup>150</sup>.

Los diecisiete jueces manifestaron que la prohibición era desproporcionada respecto del objetivo declarado por el gobierno francés, a saber, la promoción de la igualdad de género<sup>151</sup>. En su dictamen, el tribunal argumentó que el Estado “no puede invocar la igualdad de género con miras a prohibir una práctica que es defendida por las mujeres –como era la solicitante”<sup>152</sup>. Asimismo, al abordar la afirmación de que el atuendo podría herir la dignidad de otros, el tribunal estableció que el Estado no “tenía ninguna prueba apta para llevarlo a considerar que las mujeres que lucen el velo total buscan expresar alguna forma de desprecio hacia las personas con las que se cruzan u ofender de otro modo la dignidad de terceros”<sup>153</sup>.

148. 2014 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466> [18/11/2015].

149. Id. párr. 28. La prohibición no aplica “si el atuendo es prescripto o autorizado por legislación primaria o secundaria, si está justificado por razones de salud o empleo, o si se luce en el marco de actividades deportivas, festividades o eventos artísticos o tradicionales.”

150. Id. párr. 137-63.

151. Id. párr. 118-19.

152. Id. párr. 119.

153. Id. párr. 120.

El tribunal tampoco se mostró convencido por la lógica de la seguridad pública: “Teniendo en cuenta el impacto en los derechos de las mujeres que desean llevar el velo que cubre el rostro por razones religiosas, la prohibición total del uso en lugares públicos de un atuendo diseñado para ocultar el rostro puede ser visto como proporcionado únicamente en un contexto donde exista una amenaza general para la seguridad pública. El Estado no ha demostrado que la prohibición... se encuadre en tal contexto”<sup>154</sup>.

Sin embargo, quince de los jueces estimaron que la normativa era proporcionada respecto del objetivo del Estado de facilitar “la comunicación social y, más ampliamente, las exigencias del ‘vivir juntos’”<sup>155</sup>. Al sostener eso, el tribunal enfatizó que la prohibición no estaba basada expresamente en la religión, sino que se aplicaba a todo ocultamiento del rostro<sup>156</sup> y que la pena por violar la normativa era relativamente leve<sup>157</sup>. Para el fallo fue crucial la conclusión de que el Estado francés tenía un “amplio margen de apreciación” –léase significativa discreción– para “proteger un principio de interacción entre los individuos, lo cual, a su juicio, es esencial para la expresión no sólo del pluralismo, sino de la tolerancia y la apertura”<sup>158</sup>.

**El Estado no “tenía ninguna prueba apta para llevarlo a considerar que las mujeres que lucen el velo que cubre el rostro buscan expresar alguna forma de desprecio hacia las personas con las que se cruzan u ofender de otro modo la dignidad de terceros”.**

A su vez, el tribunal señaló la dificultad que el fallo plantearía a las mujeres que llevan el velo como expresión de fe; la preocupación de la comunidad musulmana; la gran cantidad de actores, tanto internacionales como nacionales, que tildan la prohibición total como desproporcionada; la intolerancia –que los magistrados repudiaban por inapropiada– que puede motivar; y el hecho de que la prohibición podría ser vista como restrictiva del pluralismo<sup>159</sup>. Pero el tribunal regresó a la doctrina del margen de apreciación y así admitió la invocada necesidad del Estado de “proteger un principio de interacción entre los individuos”, que Francia juzgaba esencial para el valor de “fraternidad” y, por consiguiente, para su sociedad democrática<sup>160</sup>. El TEDH le otorgó al Estado francés amplio margen para definir el significado del concepto de “vivir juntos”, permitiéndole decidir que el modo de alcanzar tal meta era eliminando algunas formas de vestimenta religiosa de lugares de reunión pública.

154. Id. párr. 139.

155. Id. párr. 153.

156. Id. párr. 151.

157. Id. párr. 152.

158. Id. párr. 153, 155; ver también supran. 21 para una definición del margen de apreciación.

159. Id. párr. 144-53.

160. Id. párr. 153-55.

Un fallo de Israel, también relativo a restricciones a la vestimenta religiosa en lugares públicos, aunque en este caso se trate de un sitio sagrado, ofrece una visión contrastada. En “Estado de Israel v. Ras”, el tribunal del distrito de Jerusalén tuvo una mirada más severa para con los intereses reivindicados por el Estado. El reclamo de discriminación por motivos de fe fue presentado por mujeres judías que habían sido arrestadas por rezar en el Muro de los Lamentos vestidas con el chal religioso (tallitot)<sup>161</sup>, por violar la “costumbre local” y por provocar disturbios públicos<sup>162</sup>. “A la luz de la tensa atmósfera que prevalece en ese sitio”, señaló el Estado, tal conducta es susceptible de “dar origen a severas confrontaciones”<sup>163</sup>. El tribunal rechazó el argumento: “El mero temor a que surjan confrontaciones, a falta de un argumento que sostenga que alguna de las demandadas recurrió a la violencia... no es suficiente para dar origen a una base razonable de sospecha de que las demandadas fueron quienes pusieron en riesgo la seguridad pública o de cualquier persona presente en la explanada del Muro de los Lamentos”<sup>164</sup>.

Israel también apeló a una ley que califica de ilegal la violación de la “costumbre local”<sup>165</sup>. Sin rechazar la idea de que la costumbre podría servir como interés legítimo para la regulación, el tribunal estimó que “la expresión ‘costumbre local’ no necesariamente debería ser interpretada conforme con la ley judía o conforme con el *statu quo*. La naturaleza de una costumbre es que cambia de acuerdo de los tiempos que cambian y ese concepto debería expresar un enfoque plural y tolerante de las opiniones y conductas ajenas...”<sup>166</sup>. En este caso, el pluralismo fue, pues, un argumento para derogar, y no para sostener, la restricción.

Otro caso de esta sección que merece consideración, si bien su contexto difiere, es “Şahin v. Turquía”, donde también se expresó el TEDH. Esa demanda planteaba la prohibición en Turquía de llevar el velo islámico en las aulas universitarias<sup>167</sup>. Tal prohibición, al igual que la prohibición francesa de ocultamiento del rostro, fue sostenida por el tribunal, que en su fallo resalta que la libertad de culto, de conciencia y de pensamiento son vitales<sup>168</sup>, al tiempo que advierte que “puede resultar necesario colocar restricciones a la libertad de manifestar la propia religión”, citando como razones “la necesidad de proteger los derechos y libertades ajenas, preservar el orden público y obtener la paz civil y un auténtico pluralismo religioso, crucial para la supervivencia de una sociedad democrática”<sup>169</sup>.

161. DC (Jer) 23834-04-13 “State of Israel v. Ras” [2013] (Israel), disponible en [http://womenofthewall.org.il/wp-content/uploads/2012/06/Final-File\\_Women-of-the-Wall-Ruling\\_April-25-2013-2.pdf](http://womenofthewall.org.il/wp-content/uploads/2012/06/Final-File_Women-of-the-Wall-Ruling_April-25-2013-2.pdf) [13/08/2015] (traducción al inglés). Para algunas autoridades religiosas judías, no es apropiado ni permisible que las mujeres luzcan el chal para rezar, [http://www.chabad.org/library/article\\_cdo/aid/587787/jewish/Is-it-appropriate-for-a-woman-to-wear-a-tallit.htm](http://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/587787/jewish/Is-it-appropriate-for-a-woman-to-wear-a-tallit.htm) [18/11/2015], mientras que movimientos judíos igualitarios no sólo la permiten sino que alientan esa práctica, <https://en.wikipedia.org/wiki/Tallit> [18/11/2015].

162. Id. párr. 2, 8, 9.

163. Id. párr. 4.

164. Id. párr. 9 (alteración en el original) (itálicas omitidas).

165. Id. párr. 2,8.

166. Id. párr. 8 (citando HCJ 257/89, “Hoffman v. Official in Charge of the Western Wall” [1994] IsrSC 48(2) 265, 357 (opinión de S. Levin, J.) (alteración en el original).

167. 2005-XI TEDH., disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956> [18/11/2015]. La prohibición también recaía en el uso de la barba. La excepción de la solicitante apuntaba únicamente al pañuelo.

168. Id. párr. 104.

169. Id. párr. 106-10.

Al dar cabida a la prohibición, el TEDH se centró en el margen de apreciación del Estado y en el contexto en el que se había promulgado la medida. Para Turquía, subrayó el tribunal, el laicismo era “el garante de los valores democráticos” y, por consiguiente, “el punto de encuentro entre la libertad y la igualdad”<sup>170</sup>. En cuanto a las universidades, apuntó:

Allí donde se enseñan y aplican en la práctica los valores del pluralismo, del respeto de los derechos de terceros y, en particular, de la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es entendible que las autoridades competentes deseen preservar la naturaleza laica de la institución en cuestión y así considerar contrario a tales valores permitir el uso de un atuendo religioso, incluso, como se plantea en el presente caso, tratándose del velo islámico<sup>171</sup>.

El tribunal también detalló que la laicidad es necesaria “para proteger al individuo no sólo de las interferencias arbitrarias del Estado sino también de la presión externa de movimientos extremistas”<sup>172</sup>.

**En estos casos, el perjuicio causado a las mujeres musulmanas –por ejemplo, al limitar su acceso a la educación– no está justificado dada la ausencia de un daño concreto a terceros.**

La disidencia del juez Tulkens reprende a la mayoría al señalar que no habría perjuicios a terceros ni a la laicidad si las mujeres llevaran el velo<sup>173</sup>. Lo preocupante es, enfatiza el disidente, no tanto el velo como “la amenaza que suponen los ‘movimientos políticos extremistas’, que buscan ‘imponer al conjunto de la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad fundada en preceptos religiosos’”<sup>174</sup>. Pero cualquier necesidad de prevenir el islam radical no podría justificar una prohibición a toda expresión religiosa de esa índole, concluyó el magistrado<sup>175</sup>.

Destacamos algunos puntos de estos casos:

- Los fallos del TEDH aceptan las restricciones a la vestimenta religiosa como necesarias para la democracia, la diversidad y el pluralismo. Es una visión drásticamente distinta de aquella adoptada en otros casos, que entienden que las restricciones a la vestimenta y/o apariencia limitan el pluralismo y así fomentan la discriminación.

170. Id. párr. 113.

171. Id. párr. 116.

172. Id. párr. 113.

173. Id. párr. 5-9 (Tulkens, J., voto disidente).

174. Id. párr. 10 (Tulkens, J., voto disidente).

175. Id. (Tulkens, J., voto disidente).

- Resulta interesante que, tanto en “S.A.S...” como en “Ras...”, los tribunales abordaron la cuestión de la vestimenta religiosa femenina vista como “chocante” por estar fuera de la norma cultural. En ambos casos, aplaudimos a los magistrados por haberse negado a sostener las restricciones por constituir una ofensa a terceros. (Decimos esto sabiendo que, en “S.A.S...”, la restricción se sostuvo en base a otros fundamentos).
- Como sugieren algunos de los términos en “Şahin...”, el interés por la laicidad o por facilitar la comunicación puede traducirse en una preocupación por que los estudiantes u otros se vean presionados a amoldar su apariencia y conducta si se tolera cierto atuendo religioso. Aún queda por abordar si tal presión podría constituir un perjuicio para terceros. Los casos expuestos no presentan tal hipótesis.
- El TEDH concede una significativa deferencia a los intereses reivindicados por Francia y Turquía, apelando al margen de apreciación para justificar tal consideración. Desde el punto de vista de la INCLO, semejante deferencia y las conclusiones que siguen no logran un equilibrio adecuado. En estos casos, el perjuicio causado a las mujeres musulmanas –por ejemplo, al limitar su acceso a la educación– no está justificado dada la ausencia de un daño concreto a terceros.

---

## II. Instituciones gubernamentales y vestimenta religiosa

Las restricciones a la vestimenta y/o apariencia religiosa también surgen en el contexto de las instituciones gubernamentales –tribunales, cárceles, escuelas, hospitales públicos, etc. La pregunta es si las restricciones a esas manifestaciones de fe son necesarias para que las instituciones cumplan con sus responsabilidades y, en particular, impidan el perjuicio a terceros. Como se establece más abajo, en este ámbito, como en los ya tratados, muchas veces no hay suficientes pruebas de perjuicio que justifiquen las restricciones. A continuación, una muestra de casos.

### A. Tribunales y vestimenta religiosa

A veces la vestimenta y/o apariencia religiosa se ve restringida en nombre del derecho al debido proceso y, en especial, del derecho a confrontar a los testigos de la querella.

Un caso que ilustra el problema es “R. v. N.S.”, donde la Corte Suprema de Canadá se pronunció en una apelación presentada por una mujer musulmana a quien se le había exigido quitarse el velo que cubre el rostro (o niqāb) para testificar ante el tribunal<sup>176</sup>. La mujer era querellante en una causa penal por ataque sexual<sup>177</sup>. Uno de los acusados alegó que su derecho a un juicio justo se vería vulnerado si se permitía que la querellante testificara luciendo su niqāb, ya que eso impediría un interrogatorio eficaz e interferiría en la evaluación de su credibilidad<sup>178</sup>.

---

176. [2012] 3 S.C. R.726 (Canadá), disponible en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csv.scc-csv/en/12779/1/document.do> [12/08/2015].

177. Id. 736.

178. Id. 740.

La Corte sostuvo que esa cuestión ha de ser decidida caso por caso, tomando en cuenta las consecuencias para la testigo de la exigencia de quitarse la niqāb, las implicancias para el juicio, los enfoques alternativos y un balance de los daños que incluya “los perjuicios más amplios para la sociedad” planteados por esa exigencia, como desalentar las denuncias y la participación en el sistema judicial de las mujeres que visten esa prenda<sup>179</sup>. Habiendo sentado estas líneas directrices, el tribunal remitió el caso al juzgado de instrucción para que determinara si la mujer debía quitarse el velo; el magistrado interviniente concluyó que debía hacerlo<sup>180</sup>.

Finalmente, la Corte de Canadá reconoció el perjuicio para la libertad de culto y acceso a la justicia de la demandante, al tiempo que admitió el potencial daño a terceros que podría resultar del ejercicio de la religión. No se presentaba, empero, ningún testimonio de experto que refutara la importancia de ver el rostro de una persona para evaluar su credibilidad, dejando así al tribunal en peores condiciones de examinar el interés del Estado<sup>181</sup>.

**La pregunta es si las restricciones a esas manifestaciones de fe son necesarias para que las instituciones cumplan con sus responsabilidades y, en particular, impidan el perjuicio a terceros.**

## B. Cárceles y vestimenta religiosa

La cárcel es otro contexto donde se imponen este tipo de restricciones, tanto al personal como a las personas detenidas. La lógica para justificarlas a menudo es la seguridad o un interés alineado con las obligaciones de la institución. Dos casos son ilustrativos.

En “Department of Correctional Services v. Police and Prison’s Civil Rights Union”, el Supremo Tribunal de Apelaciones de Sudáfrica entendió en un reclamo por discriminación religiosa presentado por un oficial correccional<sup>182</sup>. Algunos agentes habían sido despedidos por negarse a cortarse las rastas que lucen en observancia de sus creencias rastafaris y usos culturales xhosa<sup>183</sup>. El Tribunal Superior de Apelaciones sostuvo el fallo del tribunal inferior, que determinaba que la institución penitenciaria había incurrido en discriminación ilegal<sup>184</sup>. En defensa del código de vestimenta reglamentario, la institución alegó que las rastas confieren visibilidad al personal rastafari, haciéndolos susceptibles de manipulaciones por parte de los internos de ese mismo credo que buscan ingresar en el penal una droga ilegal utilizada en sus rituales religiosos<sup>185</sup>.

179. Id. 747-48. El voto concurrente se expresó en un lenguaje semejante al de S.A.S., caracterizando al juicio como un “acto de comunicación con el público en general” y a la niqāb como “factor que no facilita los actos de comunicación.” Id. 730.

180. “N.S. v. H.M.Q.”, [2013] ONSC 7019 (Canadá), disponible en <http://canlii.ca/t/g1vz7> [18/11/2015].

181. “R. v. N.S.”, *supran.* 176, 741-42.

182. 2013 (4) SA 176 (SCA) (Sudáfrica), disponible en <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2013/40.pdf> [18/11/2015].

183. Id. párr. 6-9.

184. Id. párr. 22-26.

185. Id. párr. 19-20.



El tribunal concluyó que no había prueba alguna de tal vulnerabilidad<sup>186</sup> y, rechazando la legitimidad de esa justificación, estimó, por el contrario, que la cárcel estaba discriminando a la religión rastafari y los usos culturales del pueblo xhosa<sup>187</sup>: “Sin lugar a duda, una política que efectivamente castiga la práctica de una religión y una cultura degrada y menosprecia a sus miembros en la sociedad; constituye una invasión tangible de su dignidad, que sugiere que su religión o cultura no son dignas de protección; el impacto de tal limitación es profundo”<sup>188</sup>.

Al entender en un caso de temática afín, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo de forma unánime, en “Holt v. Hobbs”, que la política de una prisión estatal que había prohibido que un interno llevara una barba de aproximadamente un centímetro, de acuerdo con sus creencias musulmanas, violaba un estatuto federal que protege el derecho al libre ejercicio religioso de los reclusos<sup>189</sup>. La institución defendió su política por ser necesaria para la seguridad, argumentando que un interno podía esconder mercancía de contrabando en su barba, o podía alterar su apariencia para evadir medidas de seguridad<sup>190</sup>. Al desestimar el reclamo, la Corte afirmó que si bien las cárceles tienen margen para instituir regulaciones de seguridad razonables que podrían suponer una carga para el ejercicio de la religión, no puede hacerlo cuando, como en este caso, no había pruebas de que tal ejercicio pudiera plantear una amenaza para la seguridad<sup>191</sup>.

## **El Estado no debería poder incurrir en discriminación por motivos religiosos, violando el principio de igualdad, bajo pretexto de regulaciones aparentemente neutrales.**

En ambos casos, los tribunales examinaron los fundamentos propuestos por los Estados. En ambos, concluyeron que las justificaciones eran deficientes. Los dos fallos son coherentes, pues, con el principio de que las instituciones no deberían restringir la expresión religiosa inofensiva. En un caso explícitamente, en el otro implícitamente, los magistrados afirmaron que el Estado no debería poder incurrir en discriminación por motivos religiosos, violando el principio de igualdad, bajo pretexto de regulaciones aparentemente neutrales.

186. Id. párr. 254.

187. Id. párr. 19.

188. Id. párr. 22.

189. “Holt v. Hobbs”, 135 S. Ct. 853 (2015).

190. Id. 863-64.

191. Id. 863-67.

## C. Escuelas y vestimenta religiosa

Las escuelas también limitan, a veces, el uso de vestimenta y/o apariencia religiosa, como una cuestión legal –el TEDH detalló muchas de esas políticas en el fallo “Şahin”<sup>192</sup> o como la política de una institución en particular. Suelen defender esas restricciones por ser necesarias para lograr un entorno de aprendizaje eficaz. A continuación, algunos casos ilustrativos.

En “Kwazulu-Natal v. Pillay”, la Corte Constitucional de Sudáfrica sostuvo que los directivos de una escuela pública habían discriminado por motivos religiosos al prohibirle usar a una estudiante de credo hindú un aro en la nariz<sup>193</sup>. Para justificar tal restricción, la escuela alegó que la uniformidad era necesaria para la disciplina y, por ende, para la educación<sup>194</sup>.

**Decirle a la alumna que se quite el aro de la nariz, enfatizó la Corte, enviaba el mensaje de que ella, su religión y su cultura no eran bienvenidas.**

Básicamente, el tribunal era escéptico en cuanto a la lógica explicitada por el Estado. Sostuvo que el objetivo de la escuela de “promover la uniformidad y la aceptable convención entre los estudiantes” era legítimo<sup>195</sup>. No obstante, afirmó que una exención no socavaría esos intereses<sup>196</sup>: “No hay motivo para creer, y tampoco la escuela había presentado pruebas que lo demostraran, que un estudiante a quien se le concede una exención de las disposiciones del código será menos disciplinado o afectará negativamente la disciplina de los demás”<sup>197</sup>. En otras palabras, no había perjuicio concreto que justificara restringir la apariencia religiosa de la alumna. Asimismo, a falta de perjuicio, el tratamiento de favor de la alumna era esencial para el pluralismo y la dignidad<sup>198</sup>. Decirle a la alumna que se quite el aro de la nariz, enfatizó la Corte, enviaba el mensaje de que ella, su religión y su cultura no eran bienvenidas<sup>199</sup>.

“Dogru v. France”, con fallo del TEDH<sup>200</sup>, brinda una visión contrastada. Allí, el TEDH sostuvo la decisión de una escuela de exigir que sus estudiantes se quitaran el velo islámico en clase de educación física<sup>201</sup>. Mientras que en “Kwazulu-Natal...” el tribunal apeló a la diversidad para justificar la exención,

192. “Şahin”, supran.167, párr. 30-35,55-65.

193. 2007 (1) SA 474 (CC) párr. 119 (Sudáfrica), disponible en <http://www.saflii.org/za/cases/ZACV.2007/21.html> [13/08/2015].

194. Id. párr. 96.

195. Id. párr. 14,98.

196. Id. párr. 100-02.

197. Id. párr. 101.

198. Id. párr. 103-07. Puede argumentarse que los fieles de una religión que se oponen a brindar servicios a personas LGBT o a mujeres que solicitan asistencia en materia de salud reproductiva también sufren un daño moral cuando sus creencias religiosas no son reconocidas. Sin embargo, en esos casos, en contraste con Pillay, la expresión de las creencias religiosas sí acarreo un perjuicio para terceros.

199. Id. 85.

200. [2009] TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90039> [18/11/2015]. Mientras que el caso atravesaba las instancias judiciales, el Estado francés promulgó una ley que prohíbe en las escuelas los signos que “vuelven inmediatamente identificable la filiación religiosa de quien los lleva”. Id. párr. 29-32.

201. Id. párr. 5-16, 78, 84.

en “Dogru...”, el TEDH invocó el pluralismo para justificar la denegación de una exención. Así, apuntó que “en una sociedad democrática, donde coexisten en el seno de una misma población varias religiones, puede resultar necesario colocar restricciones al derecho al ejercicio de la religión, con miras a reconciliar los intereses de los distintos grupos y asegurar que las creencias de cada uno sean respetadas”<sup>202</sup>. El TEDH estimó que el interés por la laicidad era suficiente, subrayando su estatus constitucional en Francia y el margen de apreciación como fundamentos de la sentencia<sup>203</sup>.

También se focalizó en la seguridad de la estudiante para justificar la restricción, estableciendo una analogía con otro caso donde había mantenido la exigencia de utilizar casco por parte de los motociclistas, en contra de un reclamo presentado por un sikh que quería seguir llevando su turbante<sup>204</sup>. El tribunal señaló: “La conclusión a la que llegan las autoridades nacionales de que llevar un velo, como el islámico, es incompatible con la clase deportiva por razones de salud o seguridad no es poco razonable”<sup>205</sup>.

Estos casos evidencian enfoques muy distintos del pluralismo y la dignidad. Allí donde el tribunal sudafricano ve las restricciones a la vestimenta como perjudiciales para la dignidad y la igualdad, el TEDH las concibe como esenciales para el pluralismo. Basándonos en los principios que animan este informe, es el tribunal sudafricano el que da cuenta como corresponde del perjuicio a la alumna, sin que haya perjuicio para terceros en el otro extremo de la balanza.

## D. Hospitales y vestimenta religiosa

Los hospitales públicos también han restringido la vestimenta y/o apariencia religiosa, fundándose en la seguridad. En “Chaplin v. United Kingdom”, el TEDH<sup>206</sup> abordó tal restricción, en un caso iniciado por una enfermera que denunció haber sido discriminada por motivos religiosos, cuando un hospital le prohibió llevar una cadena con una cruz cristiana amparándose en su prohibición de casi todo accesorio de joyería<sup>207</sup>.

Aunque el tribunal reconoció que esta regulación imponía una carga al ejercicio de la religión de la enfermera, sostuvo que el interés del empleador justificaba tal obstáculo: “La razón para pedirle que se quite la cruz, a saber, la protección de la salud y la seguridad en una sala de hospital, es inherentemente de mayor magnitud que la limitación aplicada a la Srta. Eweida”<sup>208</sup>. Según el tribunal,

---

202. Id. párr. 62.

203. Id. párr. 71-72.

204. Id. párr. 64 (citando “X v. United Kingdom”, App. No. 7992/77, 14 Comisión Europea de Derechos Humanos. Dec. & Rep. 234 (1978)).

205. Id. párr. 64,73.

206. El TEDH acumuló “Chaplin” con el caso “Eweida”: “Eweida v. United Kingdom”, 2013, TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115881> [18/11/2015].

207. Id. párr. 18-22.

208. Id. párr. 99.

“había un riesgo de que un paciente trastornado pudiera agarrar la cadena y tirar de ella, dañándose a sí mismo o a la solicitante, o de que la cruz pudiera, a raíz de un movimiento, entrar en contacto con una herida abierta”<sup>209</sup>.

Básicamente, dada la especificidad del contexto, es difícil evaluar si el análisis del tribunal se condice con el marco de la INCLO. Aparentemente, la institución no estaba reglamentando la vestimenta y/o apariencia religiosa por hostilidad hacia la fe; además no es claro si el uso de una cadena con una cruz causaría daño o si no había alguna alternativa razonable que pudiera tolerar el reclamo de la solicitante y, a su vez, proteger la salud y la seguridad.

### III. Empresas y vestimenta religiosa

Otra línea de casos que amerita una breve exposición se plantea en la esfera privada. En este supuesto, lo que se reivindica para justificar la restricción a la vestimenta y/o apariencia religiosa es el interés por una marca comercial, lo cual es correctamente rechazado.

**Según el tribunal, no había pruebas de que el atuendo religioso de cualquier empleado, ni mucho menos una pequeña cadena con una cruz, jamás le hubiere restado valor a la imagen de marca de una compañía.**

De eso se trata “Eweida v. United Kingdom”<sup>210</sup>, donde una empleada no pudo persuadir a los tribunales británicos de que British Airways la había discriminado por motivos religiosos cuando le ordenó que ocultara su cadenita con una cruz cristiana, en virtud de la política de uniforme de la compañía<sup>211</sup>. El TEDH falló a favor de la demandante, detallando que esa política era desproporcionada en relación con el objetivo de la aerolínea de mantener una imagen profesional particular<sup>212</sup>. Según el tribunal, no había pruebas de que el atuendo religioso de cualquier empleado, ni mucho menos una pequeña cadena con una cruz, jamás le hubiere restado valor a la imagen de marca de una compañía<sup>213</sup>. Asimismo, el TEDH destacó que, después de que la causa fuera interpuesta, la empresa había enmendado sus reglas para permitir el uso de joyería visible de carácter religioso, lo cual demostraba que la prohibición anterior “no era de vital importancia”<sup>214</sup>.

209. Id. párr. 98.

210. “Eweida v. United Kingdom”, 2013, TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115881> [13/08/2015].

211. Id. párr. 9-17.

212. Id. párr. 94.

213. Id. La prueba del caso estableció que British Airways había autorizado a empleados sikh a usar turbantes y al personal musulmán femenino en tierra a usar hijabs de los colores aprobados por British Airways, por ejemplo. Id. párr. 11.

214. Id. párr. 94.

Más recientemente, en “EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.”, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que la preocupación de una compañía por su imagen no bastaba para justificar su negativa a contratar a una mujer que llevaba una hijab<sup>215</sup>. En ese caso, una mujer musulmana acusaba a la firma de discriminación por motivos de credo por haberse negado a contratarla en virtud de que su hijab chocaba con la “política estética de la compañía”<sup>216</sup>. La empresa sostenía no ser responsable de discriminación por motivos de credo, dado que la mujer nunca había informado que llevaba la hijab por motivos religiosos<sup>217</sup>. El tribunal rechazó este argumento, entendiendo que una compañía puede ser responsable por discriminación cuando su decisión de no contratar a una potencial empleada está motivada por un deseo de evitar amoldarse razonablemente a una creencia religiosa, por más que la potencial empleada no pueda demostrar que la compañía tenía “conocimiento efectivo” de que ella necesitara tal excepción<sup>218</sup>.

## “Los tribunales no deberían implicarse en la determinación de la centralidad objetiva de las prácticas”.

Los fallos en estos casos son coherentes con una línea de casos relacionada, que ha sostenido que los intereses comerciales y económicos no justifican discriminaciones basadas en la raza, el género u otros factores. En Canadá, por ejemplo, los juzgados y tribunales han establecido que las empresas no pueden discriminar a una postulante femenina porque los clientes prefieren ser atendidos por un hombre; los propietarios no pueden rechazar inquilinos en base a los prejuicios de otros inquilinos; y un restaurante no puede negarle la entrada a una persona minusválida por temor de que la empresa sufra por las reacciones de otros clientes<sup>219</sup>. A la luz del principio de la INCLO, los tribunales intervinientes en “Eweida...” y en “Abercrombie & Fitch...” hicieron bien al rechazar el argumento de que los intereses empresariales deberían prevalecer sobre los derechos religiosos de los individuos, en particular dado el perjuicio que puede acarrear tal discriminación en quienes deberían, en ese caso, optar entre sus creencias religiosas y su empleo.

215. 135 S. Ct. 2028 (2015).

216. Id. 2031.

217. Id. 2032.

218. Id. 2032-33.

219. “Giguere v. Popeye Restaurant”, 2008 HRTO 2 (Can LII) párr. 72-77, disponible en <http://canlii.ca/t/1vgzm> [18/11/2015] (expedientes acumulados).

## IV. Conclusión y recomendaciones

Los fallos destacados en materia de vestimenta y/o apariencia religiosa a veces han adherido y otras veces han rechazado los principios que la INCLO cree que deberían orientar los casos donde están en juego la libertad de culto y el trato igualitario, a saber, que la libertad de culto puede ser restringida sólo si su manifestación daña a otros. Si bien los fallos varían en términos de adhesión a esta idea, varios puntos positivos ameritan ser señalados:

- Los tribunales reconocen bastante uniformemente que no deberían abocarse a la tarea de investigar si un credo particular requiere la manifestación en cuestión, sea la barba, un aro en la nariz o un pañuelo en la cabeza. La Corte Constitucional de Sudáfrica apreció, por ejemplo, que es dable esperar que las personas que suscriben a una misma fe manifiesten sus creencias personales de un modo individual y diverso. Y enfatizó: “Los tribunales no deberían implicarse en la determinación de la centralidad objetiva de las prácticas, pues esto exigiría que sustituyan su juzgamiento del significado de una práctica por el juzgamiento de la persona que tienen delante y, a menudo, que tomen partido en amargas disputas internas”<sup>220</sup>.
- Por más que se pronunciaron a favor de ellas, muchos tribunales han reconocido el perjuicio que estas restricciones imponen. Sus consecuencias para los creyentes son significativas, ya sea que se trate del uso de vestimenta o de otras expresiones de fe tratadas en las secciones anteriores. Sin embargo, en esos supuestos existen perjuicios a terceros como resultado de esas acciones.

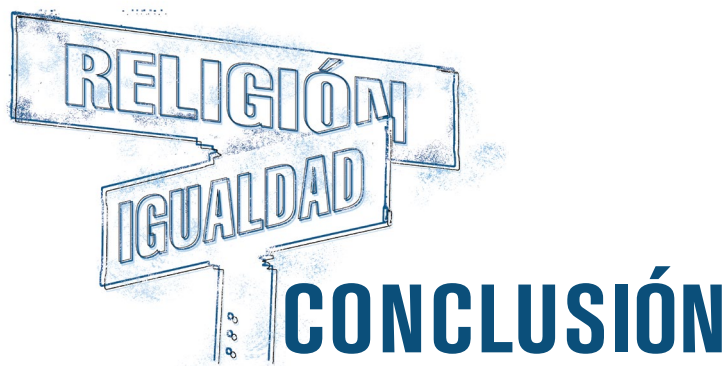
De modo congruente con el marco que anima este informe, lo que básicamente importa es si las manifestaciones de la libertad de culto provocan un perjuicio a terceros. Las cargas impuestas a la vestimenta y/o apariencia religiosa, si deben mantenerse, deben estar justificadas en un daño, del mismo modo que las cargas impuestas a la libertad de culto son únicamente aceptables en el marco del suministro de bienes y servicios, incluida la salud, en virtud del perjuicio que podrían causar a las personas LGBT y a las mujeres.

---

220. “KwaZulu Natal”, *supran.* 193, párr. 87.

Avanzando, la INCLO ofrece las siguientes recomendaciones para la resolución de reclamos que enfrentan a la libertad de culto con la vestimenta y/o apariencia religiosa:

- Reconocer que la fe y la observancia religiosas son cuestiones profundamente personales. Las demandas sobre libertad de culto han de abordarse basándose no en el contenido de una creencia o en interpretaciones religiosas opuestas, sino en la sinceridad y honestidad de esa creencia.
- Sostener el principio de que la libertad de culto manifestada en la vestimenta y/o apariencia no debería ser restringida si de ello no resulta un daño a terceros.
- Indagar en los intereses reivindicados por los Estados para justificar restricciones a la vestimenta y/o apariencia religiosa –si esos intereses se emparentan con la laicidad, la salud u otros, amplios o específicos.
- Comprobar que las justificaciones de las restricciones a la vestimenta y/o apariencia religiosa no descansen en estereotipos o motivos discriminatorios.



# RELIGIÓN IGUALDAD CONCLUSIÓN

**L**a libertad de culto y la igualdad son derechos fundamentales, ambos consagrados por leyes relativas a los derechos humanos y constituciones, y ambos férreamente defendidos por los miembros de la INCLO en todo el mundo. Este informe, “Libertad de culto e igualdad: Aportes para delimitar sus tensiones”, examina tres aspectos interrelacionados de estos derechos: libertad de culto e igualdad para las personas LGBT; libertad de culto y derechos reproductivos; y libertad de culto expresada en el atuendo, el cabello u otras formas de vestimenta y/o apariencia religiosa. Estos casos son sólo una muestra de las formas en que la religión interactúa, y a veces choca, con la igualdad en distintas sociedades en el presente. No obstante, a nuestro juicio, estas cuestiones representan una importante clave de lectura para empezar a entender cómo abordar la interacción entre la libertad de culto y la igualdad en cualquier contexto.

Como organizaciones de derechos civiles y derechos humanos, los miembros de la INCLO han participado en debates públicos, en acciones de incidencia y en litigios en estos temas, incluyendo la participación directa en algunos casos expuestos en este informe. Así como valoramos la igualdad, también tomamos en consideración la posición de las personas que creen que su fe les impide participar en algunas actividades o les exige que desarrollen determinadas prácticas. Si bien valoramos la libertad de culto, entendemos el perjuicio real que se genera cuando las personas son privadas de ciertos servicios y del derecho a la dignidad simplemente por ser quienes son.

En última instancia, como hemos sentado en la introducción del presente documento, adherimos a la idea de que la libertad de culto significa tener derecho a nuestras creencias, pero que la misma no nos da derecho a imponer nuestra visión a los demás, discriminándolos o perjudicándolos de cualquier modo. Tal es el principio que anima este informe y nuestra labor.

Esperamos que los legisladores, abogados y otros puedan beneficiarse de nuestra experiencia, perspectiva y conocimiento en estas cuestiones, y de su interacción en múltiples contextos.