

Dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos a favor de la libertad religiosa y la consejería provida en el debate judicial del aborto(*)(), Por Lafferrière, Jorge Nicolás y Romero Rivero, Diego de Guadalupe - El Derecho 258-955**

1

Introducción

Dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos dictadas en junio de 2014 han actualizado el debate sobre el aborto en ese país. Desde que en "Roe v. Wade"(1) y "Doe v. Bolton"(2) en 1973 la Corte decidiera una amplia legalización del aborto a simple petición de la mujer, los Tribunales han sido uno de los terrenos en los que se ha jugado la confrontación en torno al derecho a la vida.

En tal contexto, en junio de 2014 la Corte Suprema ha reafirmado la libertad de expresión y la libertad religiosa ante el mandato abortivo:

– El 26 de junio de 2013 la Corte Suprema de Estados Unidos dictó sentencia en la causa "McCullen vs. Massachusetts" (Docket 12-1168) y revocó una ley del Estado de Massachusetts de 2007 que consideraba un delito estar parado en una calle o vereda dentro de los 35 pies de la entrada de cualquier servicio de salud reproductiva, con la excepción de los empleados de las clínicas.

– El 30 de junio de 2014 en los expedientes "Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et al." (Docket 13-354) y "Conestoga Wood Specialties Corporation et Al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al." (Docket 13-356)(3), la Corte Suprema, por 5 votos contra 4, en razón de la libertad religiosa protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (Religious Freedom

Restoration Act, en adelante RFRA), decretó la invalidez del mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud y Servicios Humanos (Department of Health and Human Services, en adelante HHS), que obligaba a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos que tienen efecto abortivo.

A fin de analizar ambas decisiones en su contexto, presentamos inicialmente un recorrido por algunos hitos en el debate judicial sobre el aborto en ese país. Posteriormente, presentamos las dos sentencias y realizamos algunas reflexiones conclusivas.

2

Un sintético repaso de algunas sentencias decisivas

Consideramos bueno comenzar recordando algunos hitos en la disputa judicial sobre el aborto(4).

1) "Roe v. Wade" (1973)(5). El 22 de enero de 1973, por 7 votos contra 2, la Corte invalidó una ley penal de Texas que prohibía el aborto excepto en el caso de que fuera necesario para preservar la vida materna. En su línea argumental, la Corte alegó que el derecho a la privacidad de la Enmienda 14 incluía el derecho de la mujer a decidir terminar o no su embarazo. De esta forma, se consagraba en el máximo nivel judicial de los Estados Unidos el supuesto derecho a elegir, con grave retroceso del derecho a la vida.

El fallo también se refirió al niño por nacer, al que no llamó persona, y estableció la famosa e influyente división en trimestres del desarrollo prenatal del ser humano a los fines de su protección:

– Primer trimestre - Aborto libre: según "Roe", durante el primer trimestre el profesional de la salud, en consulta con su paciente, es libre para determinar, sin ninguna regulación del Estado, que, a su juicio médico, se debe terminar con el embarazo de su paciente. Es decir, hay aborto libre sin ninguna posibilidad de restricciones.

– Segundo trimestre - Aborto libre salvo restricciones en atención a la salud materna: según "Roe", durante el segundo trimestre de desarrollo surge un "interés sustancial" (compelling) para que el Estado dicte medidas de limitación del aborto en orden a proteger la salud de la madre.

– Tercer trimestre - Aborto libre salvo restricciones en razón de la viabilidad del feto: según "Roe", durante el tercer trimestre el Estado tiene "interés sustancial" como para, eventualmente, limitar el derecho a abortar. Este "interés" surge en el momento de la viabilidad y ello por cuanto, desde entonces, "el feto presumiblemente tiene la capacidad de vida útil fuera del útero materno. Entonces, las regulaciones estatales protectoras de la vida fetal después de la viabilidad tienen justificación lógica y biológica. Si el Estado tiene interés en proteger la vida fetal después de la viabilidad puede incluso llegar a proscribir el aborto durante ese período, salvo cuando sea necesario para preservar la vida o salud de la madre".

2) "Doe v. Bolton" (1973)(6). Esta sentencia fue dictada el mismo día que "Roe v. Wade" y de alguna manera fue intención de la Corte que la complementara. Por 7 votos contra 2, la Corte invalidó una ley de Georgia que autorizaba el aborto sólo cuando la continuidad del embarazo podía poner en riesgo la salud o vida de la mujer, incluyendo la salud mental, en caso de que el feto fuera a nacer con un serio defecto, o en caso de embarazo proveniente de violación. "Doe" es frecuentemente citado por su definición "ilimitada" de salud materna, dado que para la Corte esta incluiría factores físicos, emocionales, psicológicos, familiares y aun la edad materna en función del bienestar de la paciente. Dado que en "Roe" se autorizaba el aborto incluso luego de la viabilidad si estaba en riesgo la vida o salud de la madre, la doctrina de "Doe" significó, en los hechos, la legalización completa del aborto hasta el 9º mes.

3) "Harris v. McRae" (1980)(7). En virtud de esta sentencia, la Corte Suprema sostuvo la validez de la denominada Enmienda Hyde, que restringe la utilización de fondos federales para financiar abortos en el sistema público de salud sólo a casos de peligro de vida (y, desde 1994, para casos de violación o incesto). La Corte también sostuvo que los estados no estaban obligados a financiar abortos médicamente indicados que no fueran reembolsables en virtud de la Enmienda Hyde. En su fundamentación, sostuvo la Corte que el gobierno podía distinguir entre el aborto y otros procedimientos médicos, porque "ningún otro procedimiento involucra la terminación intencional de una vida potencial". Este fallo constituye un cierto límite para "Roe" y "Doe".

4) "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey" (1992)(8). En esta sentencia, por 5 votos contra 4, la Corte mantuvo la validez de una ley de Pennsylvania que requería 1) que los médicos proveyeran a las pacientes información escrita para el consentimiento, incluyendo los riesgos médicos del aborto y del parto, y fotos del niño por nacer en varias etapas de su desarrollo; 2) un período de reflexión obligatorio de 24 horas luego de recibir la información; 3) que los médicos completaran reportes sobre aborto para fines estadísticos, incluyendo información sobre la edad de la mujer, edad gestacional del niño abortado y causa del aborto; y 4) el consentimiento de al menos

un padre para los menores, con la posibilidad de un proceso judicial alternativo. La mayoría, sin embargo, abandonó el criterio del escrutinio estricto aplicado a los derechos fundamentales, por un estándar de "carga indebida" (undue burden), que las restricciones de la ley de Pennsylvania superaron. Se invalidó el requerimiento de dar aviso al esposo. Cuatro jueces votaron por la validez de esta ley y por revocar completamente "Roe v. Wade". Con esta sentencia se reconoce un importante margen de actuación a las legislaturas de cada estado en orden a dictar restricciones al aborto.

5) "Stenberg v. Carhart" (2000)(9). Por 5 votos contra 4, la Corte invalidó una ley de Nebraska que prohibía el denominado "aborto por nacimiento parcial", que es una forma de aborto que se realiza en el tercer trimestre y consiste en quitar la vida del niño antes de que se complete el nacimiento. Como consecuencia de "Stenberg", fueron invalidadas otras 29 leyes estatales de prohibición de este aborto. Para la Corte, estas leyes eran inconstitucionales por su vaguedad, pues podían afectar no sólo al aborto por nacimiento parcial, sino también a otros abortos durante el segundo trimestre. También objetó que la ley no contuviera una excepción por razones de salud de la mujer.

6) "Gonzales v. Carhart" (2007)(10). Nuevamente la Corte Suprema aborda el denominado "aborto por nacimiento parcial". En este caso, por 5 votos contra 4, la Corte declaró la validez de una ley federal de prohibición del aborto por nacimiento parcial que se había aprobado en 2003. La Corte supera su precedente "Stenberg" y, de alguna manera, restaura los lineamientos de "Casey" con relación a las leyes estatales. También sostuvo que la prohibición federal no requería una excepción de salud, en esencia, porque existían otras alternativas. Además, la Corte parece limitar la amplia interpretación de salud de "Doe v. Bolton", enfocando la cuestión durante el tercer trimestre en "riesgos de salud significativos", y sostuvo con relación al consentimiento informado que "parece incuestionable que algunas mujeres se arrepienten de su opción por el aborto de la vida del niño que alguna vez crearon y sostuvieron", advirtiendo que "una depresión severa y pérdida de autoestima pueden seguirse". Finalmente, concluyó que el Estado tiene un interés en asegurar que una decisión tan grave sea bien informada.

3

La sentencia en el caso "McCullen"

El 26 de mayo de 2014 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó sentencia en la causa "McCullen vs. Massachusetts" (Docket 12-1168) y revocó una ley del estado de Massachusetts de 2007 que consideraba un delito estar parado en una calle o vereda dentro de los 35 pies de la entrada de cualquier servicio de salud reproductiva, con la excepción de los empleados de las clínicas.

Para la Corte Suprema, si bien estas zonas sirven al interés de cuidar la seguridad pública en las zonas adyacentes a los servicios de salud reproductiva, imponen serias restricciones a la libertad de expresión de los demandantes, privándolos de dos métodos de comunicarse con las pacientes: conversaciones personales y cercanas y entrega de literatura.

3.1. La ley cuestionada

En 2007, Massachusetts reformó la ley sobre Clínicas de Salud Reproductiva (Reproductive Health Care Facilities Act), que había sido aprobada en el año 2000 y tenía por finalidad resolver los enfrentamientos entre quienes se oponen al aborto y las clínicas. Según la reforma del 2007, es delito estar parado conscientemente en la calle o vereda, dentro de los 35 pies de la entrada o de la calle de acceso a cualquier servicio de salud reproductiva, definido como un lugar, distinto de un hospital, en el que se realizan abortos(11). La ley exceptúa de esta prohibición a algunos individuos, entre ellos a los empleados o agentes de las clínicas que estuvieron obrando dentro de sus funciones como empleados(12). Además, la ley prohíbe obstruir deliberadamente el acceso a una clínica de aborto(13). En virtud de la ley, en la entrada de las clínicas abortistas se trazaron líneas demarcatorias de la llamada "zona de exclusión" (buffer zones), que indicaban los límites hasta donde podían llegar los consejeros provida.

3.2. El reclamo

McCullen y otros demandantes querían tomar contacto con las mujeres que se acercaban a las clínicas de aborto a través de una consejería al paso, que involucraba ofrecer información sobre alternativas al aborto. Consideraban que la zona que prohíbe el acercamiento (buffer zone) dispuesta por la ley de Massachusetts los desplazó de sus posiciones previas frente a las clínicas y ello obstaculizaba su tarea. En la sentencia, la Corte distingue a McCullen de otras personas que se paran frente a las clínicas para protestar. Las accionantes intentan contactar a las mujeres que se aproximan a las clínicas haciendo consejería al paso (sidewalk counseling), que comprende ofrecer información sobre alternativas al aborto y ayudarlas a conseguir tales opciones. La sentencia cuenta que Eleanor McCullen, por ejemplo, usualmente inicia una conversación de esta forma: "Buenos días, ¿podría entregarte mis folletos? ¿Hay algo que yo pueda hacer por ti? Estoy a disposición si tienes alguna pregunta". Si la mujer se muestra receptiva, McCullen le brinda información adicional. Para las personas que iniciaron la acción es esencial mantener un cuidado comportamiento, un tono de voz calmo y un contacto directo a los ojos durante estos encuentros y consideran que esta forma de interacción es mucho más efectiva para disuadir a las mujeres de realizar un aborto. Según testimonios no refutados, las accionantes afirman haber persuadido a cientos de mujeres de no realizarse un aborto.

3.3. La decisión de la Corte

Para la Corte, la ley de Massachusetts viola la Primera Enmienda, que dispone: "El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios"(14). Para comprender los alcances de la decisión, podemos considerar los siguientes aspectos:

a) La calle y la vereda como "tradicionales foros públicos": un primer punto de partida de la Corte es considerar a las calles y a las veredas como lugares que ocupan un lugar especial en la protección de la Primera Enmienda, "por su histórico rol como lugares de discusión y debate"(15). Para la Corte, esos lugares son "tradicionales foros públicos" (traditional public fora)(16). Según esta, aun hoy en día son de los pocos lugares en los que el orador puede estar confiado de que no está simplemente predicando a su propio auditorio, y el hecho de que los tradicionales foros públicos sean un lugar para un intercambio libre de ideas en el que la verdad prevalecerá en última instancia es una virtud y no un vicio(17).

b) Una restricción a la libertad de expresión: para la Corte, cuando el gobierno dificulta este tipo de comunicación, impone una carga sustancial sobre una libertad reconocida en la Primera Enmienda. La Corte refiere a las dificultades que encuentra McCullen, por ejemplo, para distinguir quiénes van a la clínica y quiénes están simplemente caminando por allí, o bien cuenta que cuando va conversando debe detenerse abruptamente en la línea amarilla y ello genera suspicacias y sospechas en sus interlocutoras. Y por tanto no puede desarrollar el modo de comunicación compasivo que es su estilo. Además, se dificulta la entrega de folletos. La Corte cita un precedente, "Schenck", que había invalidado una zona de exclusión y que, por tanto, había impedido el intercambio de puntos de vista, que es la esencia de la Primera Enmienda(18). Y se señala que desde que se aprobó la ley han crecido las dificultades de encuentro y comunicación de ideas en ese lugar.

c) La ilegitimidad de la restricción: para la Corte, las zonas de exclusión fuera de las clínicas de aborto dispuestas en la ley cuestionada imponen una restricción a la libertad de expresión más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Gobierno. Además, se señala que no hay otro Estado con zonas de exclusión como las fijadas por la ley de Massachusetts. Para la Corte, si el gobierno tiene interés en asegurar la seguridad pública fuera de las clínicas de aborto, prevenir el hostigamiento y la intimidación de pacientes y de empleados de las clínicas y combatir la obstrucción deliberada de la entrada de las clínicas, debería actuar sobre la base de penalidades civiles y criminales caso por caso, teniendo en cuenta que ya hay leyes que prohíben esas

conductas(19). La ley cuestionada, en cambio, al excluir a todos, termina excluyendo a personas inocentes y a su libertad de expresión.

d) La conclusión: para la Corte, "los accionantes quieren dialogar con sus conciudadanos sobre un tema importante en las calles públicas y las veredas, lugares que han acogido discusiones sobre los temas del momento a lo largo de la historia. Los demandados hacen valer innegables y significativos intereses por mantener la seguridad pública en esas mismas calles y veredas, así como también por preservar el acceso a las clínicas adyacentes. Pero el gobierno ha perseguido estos intereses por la medida extrema de cerrar una porción sustancial de un tradicional foro público a todos los oradores. Ha hecho eso sin considerar seriamente el problema a través de alternativas que dejan el foro abierto a sus fines tradicionales. El Gobierno no puede hacer eso por razón de la Primera Enmienda. Se revoca la decisión de la Corte de Apelaciones del 1er. Circuito y el caso se remite para una nueva sentencia conforme a este juicio de la Corte"(20).

En torno a la sentencia, Mark Rienzi, abogado de Alliance Defending Freedom y profesor de derecho constitucional en la Universidad Católica de América, sostuvo: "Los americanos tienen la libertad de hablar con quien ellos quieran en las veredas públicas. Ello incluye a pacíficos provida como Eleanor McCullen, quien sólo quiere ofrecer información y ayuda a las mujeres que lo quisieran. La Corte Suprema ha afirmado una libertad crítica que ha sido parte esencial de la vida americana desde la fundación de la nación".

4

La sentencia en la causa "Hobby Lobby"

El 30 de junio de 2014 la Corte Suprema dictó sentencia en los expedientes "Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et al."(21) (Docket 13-354) y "Conestoga Wood Specialties Corporation et al., v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al." (Docket 13-356)(22) y resolvió que el mandato abortivo dictado por el HSS violó la libertad religiosa protegida por la RFRA.

La RFRA de 1993 prohíbe que el Estado limite sustancialmente el ejercicio de la libertad religiosa de una persona aun cuando el límite resulte de una ley de aplicación general, salvo que el Estado demuestre que la aplicación de ese límite: 1) sea en persecución de un interés gubernamental superior(23); y 2) y mediante las medidas menos lesivas de perseguir ese interés gubernamental

superior.

El problema en este caso han sido las regulaciones promulgadas por el HHS llevadas a cabo principalmente reglamentando la ley de seguridad social, que requiere que un grupo específico de empleadores proporcione una cobertura obligatoria de salud. Según la reglamentación del HHS, se incluyen en esa cobertura anticonceptivos para mujeres.

Sobre la base de estas regulaciones, los empleadores están generalmente obligados a proporcionar cobertura para 20 métodos anticonceptivos aprobados por la Food and Drug Administration (FDA) –Administración de Drogas y Alimentos–, que incluyen cuatro que pueden tener como efecto prevenir que un óvulo fertilizado continúe desarrollándose al evitar que se adhiera al útero. Esto incluye las comúnmente llamadas pastillas "del día después" y dos tipos de dispositivos intrauterinos. Los empleadores religiosos, como las iglesias, están exentos de estas obligaciones sobre anticonceptivos. El HHS también exceptuó a las organizaciones religiosas sin fines de lucro que tengan objeciones religiosas para proveer la cobertura de servicios anticonceptivos. Bajo este régimen de excepción, el asegurador debe excluir la cobertura de anticonceptivos del plan de empleadores y proveer a aquellos pertenecientes al plan con pago por separado para servicios anticonceptivos, sin generarles ninguna obligación de pago a los empleadores, al plan de seguro, o a los empleados beneficiarios.

En estos casos, los dueños de tres sociedades anónimas cerradas(24) tienen una sincera creencia cristiana de que la vida comienza al momento de la concepción. El hecho de facilitar a otras personas el acceso a métodos anticonceptivos va en contra de sus creencias religiosas. Si se opusieran a los requerimientos de proveer cobertura de salud respecto de los anticonceptivos que objetan, tendrían que pagar multas excesivamente costosas que los ponen ante la decisión de conservar el negocio o seguir sus creencias religiosas.

En acciones distintas, las personas morales demandaron al HHS, con fundamento en la RFRA, en busca de que no les fuera aplicado el mandato que les requiere proveer cobertura de salud respecto de los cuatro anticonceptivos objetados.

4.1. Las partes

a) "Conestoga Wood Specialties" (los Hahn)

Norman y Elizabeth Hahn y sus tres hijos son miembros devotos de la Iglesia Menonita, una denominación cristiana. La Iglesia Menonita está en contra del aborto y tiene una firme creencia de que la vida comienza al momento de la concepción.

Hace 50 años, Norman Hahn comenzó un negocio de madera en su garaje y al paso de los años fue creciendo. Ahora es una compañía que tiene 950 empleados. Conestoga está constituida bajo las leyes de Pensilvania como una sociedad anónima, es decir, con fines de lucro.

Los Hahn son los únicos accionistas, controlan la asamblea de accionistas y ejercen de manera absoluta la administración de la sociedad. Sus creencias los obligan a dirigir el negocio en apego a sus creencias religiosas, así como a sus principios morales. Incluso, la misión y la visión de la empresa están relacionadas con principios cristianos.

Por tanto, estar involucrados en la terminación de la vida humana después de la concepción atenta contra las creencias de los Hahn, quienes están convencidos de que eso es un pecado y va en contra de la voluntad de Dios.

b) "Hobby Lobby" (los Green)

David y Barbara Green y sus tres hijos, todos cristianos, son dueños y dirigen dos negocios familiares. Hace 45 años, David Green comenzó una tienda de artes y manualidades que ha crecido hasta convertirse en una cadena nacional llamada Hobby Lobby. Ahora hay 500 tiendas o sucursales de esta, y la compañía tiene más de 13.000 empleados. Hobby Lobby se encuentra constituida como una sociedad anónima, es decir, con fines de lucro, bajo las leyes de Oklahoma.

Uno de los hijos de David comenzó un negocio afiliado llamado Mardel, que consta de 35 librerías cristianas y emplea alrededor de 400 personas. Mardel también se encuentra constituida bajo las leyes de Oklahoma.

A pesar de que ambos negocios, Hobby Lobby y Mardel, se han expandido a través de los años, ha permanecido en manos de los Green el control total de ellos. Se han comprometido a honrar al Señor en todas sus acciones realizadas durante la dirección de la compañía, siempre en apego a los principios bíblicos.

Incluso las tiendas de Hobby Lobby y Mardel, entre otras políticas basadas en sus principios religiosos, cierran los domingos, a pesar de que los mismos Green calculan que pierden millones en ventas anuales por llevar a cabo esta política.

Al igual que los Hahn, los Green creen que la vida comienza al momento de la concepción y que el hecho de facilitar el acceso a anticonceptivos o a otros dispositivos que operen después de la concepción atenta contra sus convicciones religiosas. Ellos objetan exactamente los mismos cuatro métodos anticonceptivos que los Hahn.

4.2. ¿Cómo resolvieron los tribunales inferiores de los Estados Unidos (District, Third y Tenth Circuit)?

a) Los Hahn y Conestoga Wood Specialties

La Corte de Distrito negó a los Hahn y a su negocio la petición de que no les fuera aplicable el mandato que les requiere proveer cobertura de salud respecto de los cuatro anticonceptivos objetados.

La Corte de Apelaciones del Tercer Circuito confirmó la decisión en una opinión dividida, al sostener que las sociedades laicas con fines de lucro no son sujetos que puedan ejercer la religión. Por tanto, el Tercer Circuito concluyó que el mandato del HHS no impone ningún requerimiento a los Hahn en su esfera o capacidad personal.

b) Los Green, Hobby Lobby y Mardel

La Corte de Distrito negó a los Green y a sus negocios la petición de que no les fuera aplicado el mandato que les requiere proveer cobertura de salud respecto de los cuatro anticonceptivos objetados.

La parte actora apeló la decisión, y la Corte del Décimo Circuito revocó la sentencia en una opinión dividida. A diferencia de lo establecido por el Tercer Circuito, el Décimo Circuito sostuvo que las dos sociedades con fines de lucro de los Green sí son "personas" con relación al significado de la RFRA y que, por lo tanto, pueden demandar con fundamento en esa ley. La Corte concluyó que la obligación de proporcionar los mencionados anticonceptivos limita sustancialmente el ejercicio de la religión al requerir a las compañías que elijan entre comprometer sus convicciones religiosas y pagar una costosa multa(25).

Posteriormente, sostuvo que el HHS no había demostrado un interés gubernamental superior, y tampoco que forzar el cumplimiento de la obligación en contra de los negocios de los Green fuera la medida menos lesiva para perseguir el interés gubernamental.

4.3. Los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

En la sentencia propiamente se sostiene que las regulaciones del HHS que imponen la obligación de facilitar anticonceptivos, en la forma como han sido aplicadas a las sociedades anónimas cerradas en comento, violan la RFRA.

La sentencia establece y justifica tres conclusiones:

a) La RFRA es aplicable respecto de aquellas normas que regulan las actividades de sociedades anónimas cerradas como Conestoga, Hobby Lobby y Mardel.

b) La obligación de proporcionar anticonceptivos impuesta por el HHS limita el ejercicio de la religión.

c) La Corte asume que el interés de garantizar el acceso gratuito a los cuatro anticonceptivos objetados es un interés gubernamental superior, pero el Estado ha fallado en demostrar que la obligación de proporcionar anticonceptivos es la medida menos lesiva para perseguir ese interés.

La Corte, desde luego, expone las razones o los argumentos que las fundamentan, los cuales abordaremos a continuación.

a) La RFRA es aplicable respecto de aquellas normas que regulan las actividades de sociedades anónimas cerradas como Conestoga, Hobby Lobby y Mardel.

De acuerdo con el HHS, las compañías no pueden demandar porque lo que ellas buscan es una ganancia para sus propietarios y, por tanto, los propietarios no pueden ser escuchados porque las normas que regulan las actividades de las sociedades con fines de lucro, al menos desde un punto de vista formal, aplican únicamente para las compañías y no para sus propietarios como individuos.

La RFRA estuvo diseñada para proveer una protección más amplia para la libertad religiosa. Al promulgar la RFRA, el Congreso fue más allá de lo que la Corte Suprema había establecido como constitucionalmente necesario(26).

En la sentencia se justifica por qué el Congreso proveyó protección para gente como los Hahn y los Green, que emplean una figura legal familiar, es decir que las sociedades con fines de lucro sí están incluidas en la definición de "persona" de la RFRA. Es importante mantener en mente que el propósito de esta "ficción" (término usado por la Corte) es precisamente proveer protección a los seres humanos. Para la Corte, una corporación es simplemente una forma de organización utilizada por los humanos para alcanzar determinados fines. Cuando los derechos, constitucionales o legales, se extienden a las sociedades, el propósito es proteger los derechos de la gente. Es así que, al proteger los derechos de libertad de ejercicio de la religión de las empresas como Hobby Lobby, Conestoga y Mardel, se protege la libertad religiosa de los humanos propietarios y controladores de esas empresas.

El Tercer Circuito sostuvo que, en general, las sociedades con fines de lucro, separadas y más allá de las acciones o creencias de los individuos que las poseen o que trabajan para ellas, no ejercen una religión. Ellas, entre otras cosas, no rezan y no reciben sacramentos.

La Suprema Corte sostiene que lo anterior es correcto a excepción de un detalle. Las sociedades, separadas y más allá de los individuos dueños de ellas, no pueden hacer absolutamente nada.

Asimismo, se cuestiona por qué las sociedades con fines de lucro no son sujetos del derecho de libertad religiosa, mientras que una persona que busca un lucro sí puede invocar el derecho de libertad religiosa como humano. El hecho de que una sociedad tenga fines de lucro no implica o excluye la posibilidad de tener otro propósito. La propia ley y el derecho corporativo moderno son los que permiten a las sociedades tener cualquier objeto siempre y cuando sea lícito y legal. En ningún momento se los obliga a perseguir un lucro a expensas de cualquier otra cosa. Es así como existen empresas que apoyan financieramente causas humanitarias, ambientales o de altruismo. En muchos casos, el hecho de que una empresa apoye esas causas suele no ser exactamente lo más retributivo en términos financieros. Si pueden perseguir esos fines (ayudar al medio ambiente, combatir la pobreza, etc.), parece no haber razón alguna para prohibir la persecución de fines y objetivos religiosos.

b) La obligación de proporcionar anticonceptivos impuesta por el HHS limita el ejercicio de la religión.

La obligación de proveer métodos anticonceptivos que puedan tener como resultado la muerte de un embrión atenta directamente contra las sinceras creencias de los Hahn y los Green de que la vida comienza al momento de la concepción. Si las compañías de estas familias se rehusaran a proporcionar cobertura abortiva, tendrían que afrontar severas consecuencias económicas(27). Es más que claro el costo neto que tendrían que afrontar las compañías, sumado al hecho de que se tendría que decidir si se dirige el negocio conforme a sus convicciones.

El HHS argumenta que la conexión entre lo que objetan las partes y el fin que consideran moralmente incorrecto no es muy fuerte y que al final la decisión del tipo de cobertura y métodos anticonceptivos a usar corresponde al trabajador. Sin embargo, la Suprema Corte afirma que la pregunta con relación a la RFRA es si la obligación impone un límite sustancial en la capacidad de las partes para dirigir sus negocios basándose en sus creencias religiosas.

Las creencias de los Hahn y los Green implican una cuestión religiosa y moral importante respecto a las circunstancias en las que es inmoral que una persona lleve a cabo un acto inocente que tenga como efecto o consecuencia mediata facilitar a otro la comisión de un acto inmoral.

La Corte Suprema afirmó que no es ella quién para decir si la creencia religiosa de las partes es equivocada o irrazonable, sino que tiene una función acotada que se restringe a determinar si la parte actora refleja una convicción honesta, y no hay duda de que en este caso así es.

c) La Corte asume que el interés de garantizar el acceso gratuito a los cuatro anticonceptivos objetados es un interés gubernamental superior, pero el Estado ha fallado en demostrar que la obligación de proporcionar anticonceptivos es la forma menos lesiva para perseguir ese interés.

El estándar de la "medida menos lesiva" no se satisface en este caso. El HHS no ha demostrado que carece de otras formas o vías para alcanzar el objetivo que busca sin imponer un límite sustancial en el ejercicio de la religión.

La forma más adecuada de hacerlo sería aquella en que el Estado asume el costo de proveer esos cuatro anticonceptivos a toda mujer que no pueda obtenerlos bajo la póliza de su seguro de salud, debido a que su patrón o empleador tiene una objeción religiosa. Esto sin duda podría ser una medida menos lesiva de la libertad religiosa de las partes, y el HHS no ha demostrado que no es una opción viable.

Si realmente es tan importante, como el HHS establece, proveer a todas las mujeres el acceso gratuito a métodos anticonceptivos, es difícil de entender el argumento del HHS en el sentido de que no puede requerirse bajo la RFRA no pagar nada para poder alcanzar este objetivo.

El HHS no ha aprobado el test de la medida menos lesiva. Ha demostrado que ha creado una medida que es menos lesiva que la de requerir a los empleadores que financien métodos anticonceptivos que violan sus creencias religiosas. Tal y como se explicó anteriormente, el HHS previó un régimen diferente para las organizaciones sin fines de lucro que pudieran tener alguna objeción religiosa.

Bajo la perspectiva del HHS, la RFRA permitiría al Estado requerirle a todos los empleadores proveer cobertura para cualquier procedimiento médico permitido por la ley en la jurisdicción correspondiente (como abortos en el tercer trimestre o suicidio asistido). Los propietarios de

muchas de las sociedades anónimas cerradas se verían imposibilitados por temas de conciencia, y el HHS prácticamente excluiría por completo a esta gente de la vida económica del país.

De cualquier forma, la decisión de la Corte en estos casos concierne solamente a la obligación de proveer anticonceptivos. La Corte aclara que la decisión no debe ser entendida en el sentido de que se establece que la cobertura de seguro obligatoria debe ceder si existen conflictos con un empleador y sus creencias religiosas. Otros requerimientos de coberturas, como vacunas o transfusiones de sangre, quizá requieran argumentos diferentes respecto de la medida menos lesiva de proveerlas.

El punto central sería que existen alternativas menos lesivas para alcanzar el objetivo buscado por el HHS a través de la obligación de proveer anticonceptivos.

El juez Alito de la Corte Suprema de los Estados Unidos elaboró la opinión de la Corte, a la que los jueces Roberts, Scalia, Kennedy y Thomas se unieron. Kennedy elaboró una opinión concurrente. Ginsburg elaboró una opinión disidente, a la que Sotomayor se unió, y a la cual Breyer y Kagan se unieron parcialmente y elaboraron opinión disidente.

5

Algunas tendencias en la disputa legal sobre

el aborto

En los dos casos analizados ("McCullen" y "Hobby Lobby") estaban en juego regulaciones impuestas por el Gobierno que afectan a quienes sostienen una postura favorable a la defensa de la vida desde la concepción. Veamos algunas tendencias o conclusiones de ambos fallos:

– En el caso "McCullen" se encuentra en juego la libertad de expresión, mientras que en "Hobby

Lobby", la libertad religiosa.

– En "McCullen" la libertad que está en juego se vincula con la actuación en el foro público. En "Hobby Lobby" se trata de la libertad religiosa en el campo del desarrollo de fines de lucro corporativos.

– Podemos afirmar que estas libertades constituyen como una "última barrera" ante una creciente expansión del aborto legal, que no se conforma con recibir una "despenalización" sino que busca, primero, la legalización, luego la financiación pública y, finalmente, acallar las voces que pudieran oponerse a su realización, recluyendo todo disenso al exclusivo ámbito de la conciencia particular, sin ninguna relevancia social.

– Como hemos señalado, ya desde 1980 con la sentencia de "Harris v. McRae" que sostuvo la constitucionalidad de la Enmienda Hyde, existe una reconocida política de no utilizar fondos federales para financiar ningún tipo de aborto. Detrás de esta decisión podemos descubrir la voluntad de no imponer a nadie la carga de tener que financiar con sus impuestos una práctica que pudiera considerarse como contraria a la conciencia. Esta política de no financiación pública de abortos se ha mantenido incluso con relación a la posibilidad de destrucción de embriones humanos. En 2009, en una controvertida decisión, el presidente Obama habilitó la financiación con fondos federales de la investigación con células madre embrionarias pero excluyó los proyectos que importen la destrucción de embriones humanos(28).

– Podemos ver una cierta semejanza en las sentencias que hemos comentado: en "McCullen", la Corte protege a las personas que acuden a las clínicas para dar a conocer su mensaje de forma respetuosa y cuidada, sin hostigar ni significar una intromisión indebida en la vida de las personas que concurren a una clínica de aborto. McCullen y los otros accionantes estaban defendiendo, con respeto y cuidado, su derecho a expresar sus visiones sobre el aborto y procurando un encuentro personal "uno a uno" con cada mujer que quiere ir a una clínica abortista. En "Hobby Lobby", las familias quieren permanecer fieles al mandato de su conciencia, que les impide realizar acciones que colaboren con lo que consideran un mal grave, como es quitar la vida de un niño por nacer.

El 22 de enero de 1973 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictaba la famosa sentencia "Roe v. Wade" a través de la cual se legalizaba el aborto en ese país. En estos años, más de 55 millones de niños por nacer fueron legalmente muertos en ese país, generando una verdadera cultura de la muerte que influyó negativamente en otros lugares del mundo. Desde entonces, en los Tribunales se han verificado muy diversos planteos y debates en torno a los alcances de la pretensión de la mujer de disponer de su cuerpo en el marco de la privacidad, y el derecho a la vida. Esta tensión no ha quedado reducida al puro ámbito de la medicina, sino que se ha trasladado a otros terrenos,

entre ellos el de la libertad religiosa. Así, frente a la expansión del aborto que quiere imponerse a toda costa, la Corte Suprema ha reafirmado libertades fundamentales para la convivencia social, como son la libertad de expresión y la libertad religiosa.

VOCES: CULTO - IGLESIA CATÓLICA - RELIGIÓN - DERECHOS HUMANOS - DERECHO COMPARADO - ESTADO EXTRANJERO - BIOÉTICA - LEY - PERSONA - SALUD PÚBLICA - ABORTO - FAMILIA - MATRIMONIO - EDUCACIÓN - CULTURA - CÓDIGOS - TRATADOS Y CONVENIOS - DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El derecho a la vida: las ideas de Ronald Dworkin sobre el aborto y la eutanasia, por Ezequiel Coquet, ED, 176-957; Latido del corazón: Arkansas restringe el aborto, por Leonardo L. Pucheta, ED, 252-828; La historia del doctor Kermit Gosnell: aborto y homicidio de recién nacidos, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 252-869; Nueva restricción al aborto en los Estados Unidos Ley de Protección al No Nacido Capaz de Sentir Dolor, por Leonardo L. Pucheta, ED, 253-945; La "banalidad" del aborto (a propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia USA en la causa "Gonzales, Attorney General vs. Carhart et al."), por Rodolfo C. Barra, EDCO, 2008-178; Libertad religiosa en la Argentina, por Jorge Horacio Gentile, EDCO, 2008-479; "Hobby Lobby": la Corte Suprema de los Estados Unidos defiende la libertad religiosa ante el mandato contraceptivo, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, diario nº 13.526 del 17-7-14. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) Investigación desarrollada en la Pontificia Universidad Católica Argentina y con ocasión de la estancia de investigación de Diego Romero Rivero bajo el Programa Blackstone de Alliance Defending Freedom.

(1) 410 U.S. 113 (1973).

(2) 410 U.S. 179 (1973).

(3) Nos referiremos a la sentencia de forma simplificada como "Hobby Lobby", que es la denominación que se ha impuesto.

(4) Tomamos como guía un documento de Alliance Defending Freedom. Ver también Casillas Padrón, Neydy - Marcilese, Sebastián - Tozzi, Piero A., El aborto en el derecho internacional y en la jurisprudencia panamericana, ED, 244-607. Ver nuestra publicación A 40 años de "Roe v. Wade": el aborto y un debate judicial aún pendiente, en <http://centrodebioetica.org/2013/01/a-40-anos-de-roe-v-wade-el-aborto-y-un-debate-judicial-aun-pendiente/>.

(5) 410 U.S. 113 (1973).

(6) 410 U.S. 179 (1973).

(7) 448 U.S. 297 (1980).

(8) 505 U.S. 833 (1992).

(9) 530 U.S. 914 (2000).

(10) 550 U.S. 124 (2007).

(11) Mass. Gen. Laws, ch. 266, §§120E½(a), (b).

(12) §120E½(b)(2).

(13) §120E½(e).

(14) <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>.

(15) Cita el fallo el precedente "United States v. Grace", 461 U.S. 171, 180 (1983).

- (16)** La Corte cita "Pleasant Grove City v. Sumnum", 555 U.S. 460, 469 (2009), que a su vez cita "Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educator's Assn.", 460 U.S. 37, 45 (1983).
- (17)** Dice la Corte en "McCullen": "In light of the First Amendment's purpose 'to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail', FCC v. League of Women Voters of Cal., 468 U. S. 364, 377 (1984) (internal quotation marks omitted), this aspect of traditional public fora is a virtue, not a vice".
- (18)** "Schenck v. Pro-Choice Network of Western N.Y.", 519 U.S. 357, 376 (1997).
- (19)** Freedom of Access to Clinic Entrances Act of 1994 (FACE Act), 18 U.S. C. §248(a)(1).
- (20)** "Petitioners wish to converse with their fellow citizens about an important subject on the public streets and sidewalks-sites that have hosted discussions about the issues of the day throughout history. Respondents assert undeniably significant interests in maintaining public safety on those same streets and sidewalks, as well as in preserving access to adjacent healthcare facilities. But here the Commonwealth has pursued those interests by the extreme step of closing a substantial portion of a traditional public forum to all speakers. It has done so without seriously addressing the problem through alternatives that leave the forum open for its time-honored purposes. The Commonwealth may not do that consistent with the First Amendment. The judgment of the Court of Appeals for the First Circuit is reversed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion" ("McCullen").
- (21)** El caso es también conocido como "Sebelius v. Hobby Lobby", debido a que en el momento del litigio la ministra del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos (HHS) era precisamente Kathleen Sebelius. El nombre cambia a Burwell por ser esta persona la que se encontraba al frente de la HHS al momento de la resolución del caso.
- (22)** Como dijimos, nos referiremos a la sentencia de forma simplificada como "Hobby Lobby", que es la denominación que se ha impuesto.
- (23)** En algunos textos suele traducirse simplemente como "interés público".
- (24)** En inglés "closely held for-profit corporations". Hace referencia a aquellas empresas en las que los accionistas y el control de la empresa están en manos de un grupo determinado y cerrado de personas.
- (25)** Se estima un pago de \$ 475 millones más en impuestos cada año si simplemente se rehusaran a proveer cobertura sobre anticonceptivos y \$ 26 millones anuales si abandonaran los beneficios del seguro de salud de todos los empleados. Sentencia oficial publicada por la SCOTUS, pág. 15.
- (26)** En "City of Boerne" la Corte Suprema sostuvo que la RFRA, al imponer un test de "medida menos lesiva", fue más allá de lo que ella misma requirió en sus casos antes de "Smith".
- (27)** \$ 475 millones por año para Hobby Lobby, \$ 33 millones por año para Conestoga, y \$ 15 millones por año para Mardel. Si decidieran interrumpir la cobertura en su totalidad, las penas serían de \$ 26 millones para Hobby Lobby, \$ 1,8 millones para Conestoga y \$ 800.000 para Mardel.
- (28)** Lafferrière, Jorge N., La regulación jurídica de la investigación sobre células troncales (Legal regulation of stem cells research), en Medicina e Morale, Italia, 2010/2, págs. 241-266.