

SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

Excma. Corte Suprema de la Nación:

El Centro de Estudios sobre Derecho y Religión –CEDyR– instituto dependiente de la Universidad Adventista del Plata, perteneciente a la Asociación Colegio Adventista del Plata, representado en este acto por Juan Martin Vives, Director del CEDyR y apoderado de la Asociación Colegio Adventista del Plata, con el patrocinio letrado de Pablo Esteban Sánchez Badenas, abogado matriculado en el C.P.A.C.F. al T°61 F°337, C.U.I.T. 20-21162252-1, constituyendo domicilio en Helguera 2047, Ciudad de Buenos Aires (Tel./Fax. 4582-3770/2954), y constituyendo domicilio electrónico bajo CUIT 20211622521, en el expediente CSJ 1751/2018/RH1, caratulado “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, ante V.E. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

El objeto de esta presentación consiste en acercar a V.E., para su consideración al momento de resolver estos autos, un dictamen que contiene principios y argumentos jurídicos –a nivel nacional e internacional– que consideramos de relevancia para la resolución del caso de referencia. Analizaremos en particular las motivaciones y los efectos de la Ordenanza N° 1660/2014 de manera de establecer si violentan el principio de neutralidad estatal en materia de religión y el derecho de igualdad y libertad religiosa. Este desarrollo pretende contribuir a enriquecer el análisis jurídico de esta causa. En este sentido y sobre la base de los argumentos que a continuación se exponen, solicitamos se tenga al Centro de Estudios sobre Derecho y Religión (CEDyR) de la Universidad Adventista del Plata, por presentado en carácter de amigo del tribunal o *amicus curiae*, se incorpore este dictamen jurídico a estos autos, y se lo tenga en cuenta al momento de resolver.

II. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

II.1. CONDICIÓN DE AMICUS CURIAE

Venimos a presentarnos como *amicus curiae*, habida cuenta que nuestra entidad fue aceptada por vuestra Excma. C.S.J.N. en el registro respectivo, conforme Expediente Administrativo N° 2412/2017, habiendo sido incluida en el listado que da cuenta el registro informático de esta misma causa.

II. 2. INTERÉS DEL CEDYR EN LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CASO

El CEDyR es un espacio académico de análisis, reflexión y participación con relación al derecho de libertad religiosa y de conciencia, y a la relación del Estado con las religiones. Fue creado por resolución del Consejo Académico Universitario de la Universidad Adventista del Plata de fecha 14 de diciembre de 2015.

El CEDyR se propone hacer un especial foco en las minorías religiosas, los grupos habitualmente más desaventajados en la protección y disfrute de aquellos derechos. En este contexto, el CEDyR lleva a cabo diversas actividades en torno a la investigación, la enseñanza, el diálogo y la reflexión que resulten provechosos para la promoción del derecho de libertad religiosa para todos. Entre otras tareas, el CEDyR tiene a cargo la publicación de DER (Derecho, Estado y Religión), revista académica con referato. Asimismo, se gestiona un Observatorio de Libertad Religiosa destinado a monitorear, seleccionar y compartir novedades con relación al derecho de libertad de religión y conciencia. Además, se organizan periódicamente eventos y actividades en torno a esos mismos temas.

Toda vez que el derecho de libertad religiosa y de conciencia es uno de los derechos fundamentales que se encuentra en entredicho en el presente caso, solicitamos a V.E. que incorpore el presente a la causa, y, al tiempo de resolver, tenga en cuenta lo que aquí se expone.

II.3. RELACIÓN CON LAS PARTES

El CEDyR declara no tener relación de ningún tipo con las partes de este litigio.

III. ANTECEDENTES DEL CASO

El Sr. Shi Jinchui, propietario de un establecimiento comercial, dedujo acción declarativa de inconstitucionalidad en contra de la Ordenanza N° 1660/2014 del municipio de Arroyito. Posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba declaró la inconstitucionalidad de dicha ordenanza por entender que la comuna se extralimitó e invadió la esfera de la competencia reservada al Congreso Nacional. El municipio cuestionó esa decisión mediante un recurso extraordinario federal. Denegado éste, interpuso recurso de queja por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. LOS APORTES JURÍDICOS

IV.1. INTRODUCCIÓN

En nuestra opinión, el caso tiene importantes implicancias constitucionales que no han sido advertidas hasta ahora en el desarrollo del proceso. En atención a la finalidad de la participación de los amigos del tribunal, esto es, la aportación de elementos jurídicos o científicos diferentes a los ya aportados en el proceso,¹ centraremos nuestra presentación únicamente en uno de esos aspectos: la constitucionalidad de la norma cuestionada a la luz del derecho de libertad religiosa y de conciencia. Adelantamos que en nuestro criterio la ordenanza cuya validez constitucional se cuestiona quebranta el presupuesto de neutralidad del Estado en materia religiosa y vulnera los principios básicos de igualdad y libertad religiosa garantizados por el bloque constitucional.

Explicaremos como este tipo de normas, que en honor a la simplicidad llamaremos aquí "leyes dominicales",² consistentes en la imposición del descanso dominical con fundamentos total o parcialmente religiosos y con alcance universal (es decir, sin consideración de las creencias o increencias de los individuos alcanzados), constituye una discriminación incompatible con el actual sistema de derechos diseñado por los tratados internacionales de derechos humanos, del cual nuestro país forma parte.

Evidentemente, en el análisis de las leyes dominicales confluyen diversos y complejos intereses y derechos. Esto fue observado ya en la década de 1880 por el economista Richard Ely, quien señalaba que los sindicatos brindaban su apoyo a ciertos sectores religiosos en la promoción de las leyes dominicales.³ Más recientemente, se han sumado a ese grupo las cámaras de pequeños comerciantes, en su deseo de garantizarse el descanso semanal sin perder competitividad frente a los grandes comercios. En el extremo opuesto están los comerciantes que no desean verse forzados a cerrar, los consumidores afectados y los defensores de la neutralidad estatal en materia de religión y de la libertad

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

² En el Derecho anglosajón son conocidas como "Sunday closing laws" o simplemente "Blue laws".

³ Arthur M. Schlesinger, *The rise of the city, 1878-1898, A History of American life*, (New York.: The Macmillan company, 1933), 334.

religiosa (en este caso, de las minorías religiosas que guardan un día distinto del domingo).⁴ Nuestra presentación se limitará únicamente a este último aspecto.

En resumen, la cuestión por resolver es: una ley dominical como la ordenanza aquí cuestionada ¿infringe la neutralidad estatal en materia de religión y la libertad religiosa y de conciencia garantizadas por la Constitución argentina?

Existe en el derecho comparado una frondosa doctrina y abundante jurisprudencia en torno a la validez de las leyes dominicales, siendo consideradas un ejemplo clásico de norma que afecta al mismo tiempo a las relaciones Iglesia-Estado y al libre ejercicio de la religión.⁵ Las bases de los cuestionamientos constitucionales realizados a las leyes dominicales son los que adelantamos: constituyen una medida confesional impropia de un Estado religiosamente neutral, y limitan el libre ejercicio de la religión, especialmente de las personas que observan un día distinto del domingo como día religioso de reposo.⁶ Entendemos, sin embargo, que la CSJN no ha tenido hasta el momento oportunidad de expedirse sobre esta delicada e importante cuestión.

De la interpretación conjunta y armónica de los tratados internacionales se deriva un marco normativo protectorio de la igual dignidad de las personas humanas, de modo tal que se garantiza la igualdad ante la ley, se protege contra la discriminación, se promueve la educación para la tolerancia y convivencia y se tutelan especialmente los derechos de las minorías. En particular, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión se encuentra garantizado en diversos tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (Declaración universal de Derechos Humanos, art 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12).

Ese derecho se encuentra específicamente desarrollado por la "Declaración para la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones",⁷ que dispone que

⁴ Alan Raucher, "Sunday Business and the Decline of Sunday Closing Laws: A Historical Overview," *Journal of Church and State* 36, no. 1, 19-20.

⁵ Laurence H. Tribe, *American constitutional law* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978), 815.

⁶ Jerome A. Barron, "Sunday in North America," *Harvard Law Review* 79, no. 1 (1965): 44.

⁷ Naciones Unidas, "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones," Asamblea General, 36/55 (25/11/1981).

nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección (art. 1.2), y que este derecho comprende la libertad “de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción” (art. 6 inc. h). El propio documento compromete a los Estados a adoptar “medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural”, así como de hacer “todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia” (art. 4).

A nivel doméstico, el INADI –encargado de velar por un Estado igualitario e inclusivo– ha recomendado promover la sanción de una ley que permita a las diversas colectividades la posibilidad de contar con días no laborables en sus respectivas festividades o actividades religiosas.⁸ Como es evidente, de poco sirve a una persona tener libre el propio día de descanso religioso, si la legislación estatal viene a obligarla a descansar además otro día de la semana. La propia dinámica del mercado laboral y comercial se encargarán de excluir a esa persona. Como convincentemente sostuvo la Corte Suprema de Canadá, “si soy un judío o un guardador del sábado o un musulmán, la práctica de mi religión implica cuanto menos mi derecho a trabajar en domingo si así lo deseo”.⁹

La ordenanza cuestionada, del mismo modo que todas las leyes dominicales de igual naturaleza, no se ajusta a este marco normativo protectorio. La norma es inválida pues resulta incompatible con los derechos de igualdad y libertad religiosa garantizados por el bloque constitucional. Por el contrario, ella misma genera y promueve discriminación por motivos religiosos.

Según precedentes de esta Corte, la presunción de validez de las leyes cede en los casos en los que la norma restringe ostensiblemente ciertos derechos como la igualdad ante la ley y la no discriminación. Aquí se presenta, pues, un claro y manifiesto caso de colisión de normas de distinto rango. Con el fin de

⁸ Waldo Villalpando, *Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina*, 1ª ed. (Buenos Aires: Inadi, 2005), 327.

⁹ Supreme Court of Canada, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Supreme Court Reports [1985] 1 SCR 295, 338. Del voto de la mayoría, redactado por el Justice Dickinson.

mantener la supremacía constitucional (art. 31 CN) debería declararse la inconstitucionalidad¹⁰ de la ordenanza objetada.

En definitiva, a través del presente escrito nos proponemos demostrar:

- a) Que la normativa cuestionada resulta inconstitucional, pues vulnera la neutralidad del Estado en materia religiosa.
- b) Que la norma quebranta también los derechos de igualdad y libertad religiosa, en especial de las minorías religiosas que guardan un día distinto del domingo.

IV.3. MOTIVACIONES DE LAS LEYES DOMINICALES: VIOLACIÓN DE LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO EN MATERIA DE RELIGIÓN

LA NEUTRALIDAD ESTATAL EN CUESTIONES RELIGIOSAS

Ahora bien, aceptado que en nuestro país no existe uniformidad religiosa, sino que conviven en la sociedad argentina personas de las más variadas convicciones religiosas y filosóficas, y siendo doctrina de la CSJN que la neutralidad religiosa del Estado constituye un presupuesto central para la libertad religiosa y el tratamiento igualitario de las personas, el test inicial de constitucionalidad de una ley dominical (o de cualquier otro tipo) debe consistir en determinar si la motivación de la norma es religiosa. Dicho de otro modo, la neutralidad religiosa de nuestra Constitución Nacional resulta contraria a la validación de normas que impongan la doctrina de una religión determinada.¹¹ Si de ese análisis resultase, como es el caso, que el propósito de la norma es compeler a la observancia de una obligación religiosa, “esa ley agravia la libertad religiosa y torna innecesario considerar el impacto efectivo del cierre dominical sobre la libertad religiosa”.¹²

Así lo ha reconocido esta Corte, al señalar que “la neutralidad religiosa de nuestra Constitución Nacional que surge de la enfática declaración de la libertad de cultos resulta antagónica con la consagración de normas que impongan la doctrina de una religión determinada”.¹³ Dicho con otras palabras, los poderes

¹⁰ Aplica aquí el principio de *iura novit curia* sostenido por la Corte, por ejemplo, Fallos 327:3117.

¹¹ Fallos 340:1795.

¹² *Big M Drug Mart*, [1985] 1 SCR 295 296.

¹³ Fallos 308:2268 (del voto del Ministro Bacqué).

públicos deben ser imparciales frente a las convicciones religiosas de los individuos o grupos religiosos. El Estado simplemente no puede identificarse con ninguno de ellos, ni puede beneficiar o perjudicar a los individuos en base a sus creencias religiosas. Como ha sostenido la Corte Suprema de Estados Unidos, lo que se procura es proteger el derecho de todas las comunidades religiosas de “florecer de acuerdo con el celo de sus seguidores y el atractivo de su dogma” y conservar al gobierno “neutral cuando se trata de la competencia entre religiones”.¹⁴

Por ello, la legislación de los Estados democráticos no puede inspirarse en postulados o dogmas religiosos específicos de una determinada religión. A falta de uniformidad sobre las convicciones fundamentales, el Estado debe abstenerse de jerarquizarlas¹⁵ o de favorecer un concepto particular del mundo y del bien,¹⁶ dejando en cambio el máximo ámbito posible de libertad para que los individuos elijan a qué valores religiosos o filosóficos adherir. Las leyes dominicales incumplen este principio, y como consecuencia en diversas comunidades religiosas minoritarias se puede constatar una creciente inquietud respecto al impacto que producen en la vida cotidiana de sus miembros.

En el mismo sentido, esta Corte tiene dicho que [...]

en un sistema democrático se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechaza. Ello está instituido por el Art. 19 de nuestra Carta Fundamental, en el sentido que le dieron los constituyentes [...] La democracia, desde esta perspectiva, no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano. De otro modo, no se habrían establecido derechos individuales para limitar anticipadamente la acción legislativa; por el contrario, se hubiera prescrito al legislador la promoción del bienestar de la mayoría de la población, sin tener en consideración a las minorías. La garantía de la igualdad ante la

¹⁴ United States Supreme Court, *Zorach v. Clauson*, (28/04/1952), US Reports 343 U.S. 306, 314.

¹⁵ Jocelyn Maclure and Charles Taylor, *Laicidad y libertad de conciencia* (Madrid: Alianza, 2011), 25,26.

¹⁶ Thomas Nagel, "Moral Conflict and Political Legitimacy," *Philosophy & Public Affairs* 16, 3 (1987): 215-40.

ley carecería de sentido e imperarían, sin control, los intereses mayoritarios, sin importar el contenido que tuviesen.¹⁷

Quienes legislan, y en última instancia la judicatura, deberían tener en consideración que una de sus funciones es proteger a las minorías, los cuales no pueden imponerse en la arena pública por medio de las elecciones democráticas, y en muchas ocasiones no tienen otro recurso de protección.¹⁸ Esto es parte esencial del funcionamiento de una democracia moderna liberal. Como se ha mencionado, y se abundará más adelante, las leyes dominicales impactan directa y desproporcionadamente sobre las minorías religiosas.

Esta propia Corte también ha sostenido en reiteradas oportunidades que ninguna religión ha sido incorporada en Argentina como religión del Estado.¹⁹ Mas aún, ha establecido con toda claridad que "pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica en esta materia, supone la alteración de los límites de la legislación común [...] ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso".²⁰

En sentido similar se ha expresado, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al decir que

Ha sido frecuentemente enfatizado el rol del Estado como organizador neutral e imparcial del ejercicio de varias religiones, fes y creencias, y establecido que este rol conduce al orden público, a la armonía religiosa y a la tolerancia en una sociedad democrática. La Corte también considera que el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad es incompatible con cualquier poder de parte del Estado para establecer la legitimidad de creencias religiosas y que ello requiere que el Estado asegure la mutua tolerancia entre grupos opuestos.²¹

LAS LEYES DOMINICALES SON DE NATURALEZA RELIGIOSA

¹⁷ Fallos 312:496.

¹⁸ Martha Nussbaum, *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, 1º ed. (Barcelona: Tusquets, 2009), 125.

¹⁹ Ver, entre otros, Fallos 53:188; 151:403; 304:1139.

²⁰ Fallos 308:2268 (del voto del Ministro Petracchi).

²¹ European Court of Human Rights, *Case of Dogru v. France*, No. App. 27058/05, 04/12/2008, par. 62.

Ahora bien, no cabe duda de que la ordenanza que aquí se analiza, así como todas las normas que genéricamente hemos denominado “leyes dominicales”, tienen una clara motivación religiosa. Como ha expresado con elocuencia el Justice Douglas de la Corte Suprema de Estados Unidos, la pretendida racionalización no-religiosa de las leyes dominicales es transparentemente falsa, ya que las mismas hunden sus raíces en fuentes religiosas. De hecho, “domingo” es una palabra tan llena de connotaciones y tradiciones religiosas que “tiñe todos los juicios concernientes a ella. Es lo que los filósofos llaman una ‘palabra mágica’.”²²

Esto viene confirmado por la historia. En el año 321 el emperador Constantino promulgó la primera ley dominical como parte de su programa de unificación del imperio por medio de la uniformidad religiosa con base en el cristianismo.²³ Desde entonces ha quedado claro que la legislación dominical es religiosa tanto en origen como en propósito. Por eso se ha dicho que las leyes dominicales han sido “la primer progenie del matrimonio entre la Iglesia y el Estado, y así ha sido visto durante la mayor parte de los siguientes dieciséis siglos”.²⁴

No obstaría a esta conclusión el hecho de que sencillamente se omitiera en el texto o en los fundamentos de la ley la referencia a la autoridad religiosa. Tampoco que se identifique al domingo como un día de descanso común a la mayoría de las personas. No puede perderse de vista que, si el domingo es el día que la mayoría de la gente identifica como idóneo para descansar, no sólo lo es en virtud de la convicción individual de los miembros de la comunidad, sino también –y acaso, principalmente– como consecuencia de numerosos siglos de observancia religiosa de ese día impuesta con rigor por el brazo estatal.

²² United States Supreme Court, *McGowan v. Maryland*, (29/05/1961), US Reports 366 U.S. 420, 565.

²³ F. L. Cross, *The Oxford dictionary of the Christian Church* (London, New York,: Oxford University Press, 1957), 334, 35. No hay constancia de que los primeros cristianos cesaran sus actividades durante el día domingo. Aquella primera ley dominical aludía al *venerabili die solis*, el “venerable día del sol”. Posteriormente se dictaron otras leyes dominicales (en los años 386, 401, 425), en general prohibiendo el trabajo y el esparcimiento, con la intención de no distraer la atención de los servicios religiosos. Esto derivó en otras leyes, dictadas en tiempos de Carlomagno (años 800 y 813), que lisa y llanamente obligaban a la gente a asistir a misa. August Neander, *General history of the Christian religion and church*, 4 vols., vol. 2 (London, 1850), 300.

²⁴ Theodore R. Mann and Marvin Garfinkel, "Sunday Closing Laws Decisions: A Critique," *Notre Dame L. Rev.* 37 (1962): 328.

Por lo tanto, alegar que las leyes dominicales son normas desprovistas de todo propósito religioso, destinadas únicamente a proveer un día común de descanso, en la mayoría de los casos no es otra cosa que un intento por evadir las intenciones religiosas de sus impulsores.²⁵

En el caso que nos ocupa, sin embargo, los promotores de la norma no han intentado siquiera enmascarar sus intenciones. En la ordenanza objetada se encuentra claramente expresada la motivación de tipo religiosa desde los mismos considerandos, cuando dice "los obispos de nuestra Provincia se han pronunciado recientemente sobre el tema, citando conceptos del Papa Francisco sobre el descanso dominical; las máximas autoridades de la Iglesia [católica] en Córdoba han manifestado que 'Dios ha querido que un día a la semana descansemos para coronar con espíritu de fiesta y reposo, los días de trabajo transcurridos; para tomar fuerzas, también espirituales, que nos permitan proseguir con ánimo y alegría el curso de nuestra vida.'" Se afirma sin tapujos, además, que a nivel nacional la norma tiene el apoyo de la Iglesia Católica.

También el apoderado de la Ciudad de Arroyito, al interponer el recurso extraordinario federal, argumenta que se trata de una norma local que reconoce, consagra y da fuerza a un modo de ser local, totalmente arraigado y consustanciado con la idiosincrasia de la sociedad de Arroyito. Dice luego que la norma fue sancionada para favorecer que todos los habitantes de la ciudad pudieran dedicar a sus familias y actividades de culto, implicando que las costumbres de la gente de esa ciudad son uniformes, o que las mayorías tendrían derecho a imponer sus prácticas a las minorías, negando la pluralidad existente en la sociedad argentina y desconociendo los derechos individuales y de las minorías. Se llega a decir que el centro del debate no es la validez de una normativa laboral, sino que defiende un determinado estilo de vida, y asume que quienes no comulgan con dicho estilo de vida pierden su autonomía decisoria, al constituir una posición minoritaria de la ciudadanía. Por si quedase alguna duda de la motivación religiosa de la norma, en apoyo de estas ideas se invoca la autoridad religiosa del cura párroco local, afirmándose que es de público conocimiento que el catolicismo es la religión mayoritaria en esa ciudad. Huelga explicar que estos argumentos son desde todo punto de vista inválidos en un

²⁵ Para un repaso histórico de las motivaciones religiosas detrás de las leyes dominicales, y de los intentos por encubrirlos tras propósitos aludidamente seculares, véase Alvin W. Johnson, *The legal status of church-state relationships in the United States, with special reference to the public schools* (Minneapolis,: University of Minnesota Press, 1934), 231-46.

Estado neutral en materia religiosa, que respeta la diversidad social y garantiza el pleno goce de los derechos de igualdad y libertad religiosa.

Vale la pena, en cambio, señalar que los argumentos de la ordenanza municipal cuestionada han encontrado sin duda inspiración en un proyecto de ley nacional de descanso dominical promovida por la Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME). En el año 2005, la CAME presentó una iniciativa en la Cámara de Diputados de la Nación para prohibir la apertura de locales comerciales los domingos. El proyecto no prosperó. En el año 2010, la Cámara de Senadores aprobó el proyecto de Ley 0071-S-2010, mediante el cual se dispone el cierre dominical de los comercios desde las 13:00 horas del sábado hasta la medianoche del domingo. Al ver frustrados sus esfuerzos a nivel nacional, la CAME encabezó una cruzada para instalar el asunto en la mayoría de las provincias argentinas.

El objetivo declarado es la recuperación del "descanso dominical", imponiendo esta reivindicación en la agenda de los medios de comunicación y convenciendo a legisladores y gobernantes para que sumen apoyos. Los promotores, entre los que se destacan algunos sectores sindicales y clericales, además de decir que la propuesta se realiza por la humanización del trabajo y el reencuentro familiar el domingo, recurren a argumentos de tipo religioso. En este orden, sostienen que el domingo es el "día dedicado al Señor" y que el descanso, en ese día, responde a la tradición compartida por la mayoría de los miembros de la sociedad.²⁶

Entre los fundamentos que esgrimen se encuentra el apoyo del Papa. A modo de legitimación de la norma, han dado amplia difusión (mediante publicaciones online, solicitadas en medios, cartelera en la vía pública), al respaldo de Jorge Bergoglio a la iniciativa desde sus tiempos como arzobispo de Buenos Aires. En los fundamentos del proyecto modelo impulsado por CAME, que sirviera de inspiración tanto a las leyes de las provincias de La Pampa y Santa Fe, como a las ordenanzas de medio centenar de localidades a lo largo del país (incluida la ciudad de Arroyito), se explicita claramente la motivación religiosa:

²⁶ Confederación Argentina de la Mediana Empresa, "Proyecto de Ley Cierre Obligatorio los Domingos," 5. Disponible online en http://redcame.org.ar/adjuntos/proyecto_de_ley_-_cierre_obligatorio_los_domingos.pdf

¿Es lo mismo descansar cualquier día de la semana? No. Y el argumento no es económico sino ético, social y, para los más creyentes, incluso religioso. El Estado debe garantizar al trabajador un digno descanso semanal. Pero no cualquier día. Sino el día donde el descanso sea un objetivo compartido por la mayoría de los miembros de la sociedad.²⁷

La motivación religiosa de esta normativa es, pues, indiscutible. Como hemos dicho, es evidente que este problema no se soluciona simplemente omitiendo las referencias religiosas que pueda contener la ley. La historia de este tipo de leyes demuestra que a menudo las motivaciones religiosas se han revestido con argumentos orientados al bienestar general.²⁸ Por lo tanto, imponer la observancia de un día semanal de descanso universal, en coincidencia con los dogmas de una religión y por motivaciones religiosas, será siempre incompatible con la neutralidad del Estado en asuntos religiosos establecido en nuestro bloque constitucional según la interpretación de esta Corte.

IV.4. EFECTOS DE LAS LEYES DOMINICALES: AFECTACIÓN DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS INDIVIDUOS Y COMUNIDADES

El segundo eje de análisis de la constitucionalidad de las leyes dominicales desde el punto de vista del derecho de libertad religiosa está dado por el efecto que este tipo de normas tiene sobre el libre ejercicio de la religión por parte de los individuos. En particular, ha de considerarse el impacto desproporcionado que las leyes dominicales tienen sobre las personas cuya creencia religiosa les demanda guardar un día distinto del domingo.

EL EFECTO SOBRE LOS GUARDADORES DEL SÁBADO

Incluso si la Corte entendiese que las leyes dominicales persiguen motivaciones no religiosas, o aún si, siendo ese el caso, no las considerase inválidas, todavía deberían considerarse los efectos que esas leyes producen sobre la igualdad y libertad religiosa garantizadas a los individuos.²⁹ La ordenanza objetada, como cualquier otra ley dominical, limita severamente la posibilidad de los guardadores del sábado (por

²⁷ Confederación Argentina de la Mediana Empresa, "Proyecto de Ley Cierre Obligatorio los Domingos."

²⁸ Raucher, "Sunday Business and the Decline of Sunday Closing Laws: A Historical Overview," 13.

²⁹ Barron, "Sunday in North America," 52.

lo común, judíos y adventistas del séptimo día) de observar su día de reposo religioso sin violar la ley y sin sufrir por ello una fuerte desventaja económica, sea comercial o laboral.³⁰

Pero antes del efecto económico hay otro anterior, más general y simbólico, que no debe ser pasado por alto. Aunque no es función del operador jurídico establecer la verdad o falsedad de los dogmas religiosos, ni la importancia relativa de una obligación religiosa para las personas de diferentes creencias, conviene sí ofrecer una sucinta explicación de la base teológica de la obligación de guardar el sábado que alcanza tanto a judíos como a adventistas del séptimo día. Esto permitirá valorar más adecuadamente lo que implica para los creyentes de estas comunidades el verse forzados a guardar un día de reposo religioso ajeno y –aunque sea indirectamente– a transgredir el que consideran verdadero.

Para los observadores del sábado como día de reposo, su origen se remonta al relato bíblico de la creación en el Génesis: “Y acabó Dios en el día séptimo la obra que hizo; y reposó el día séptimo de toda su obra que hizo. Y *bendijo* Dios al día séptimo, y lo *santificó*, porque en él reposó de toda su obra que había hecho en la creación” (Génesis 2:2-3). Siendo declarado santo por Dios mismo se venera como monumento su obra creadora, pues así se contempla su observancia en el cuarto mandamiento de la Ley de Dios: “Acuérdate del día de reposo para santificarlo. Seis días trabajarás, y harás toda tu obra; más el séptimo día es reposo para Jehová tu Dios; no hagas en él obra alguna [...]” (Éxodo 20:8-10 y Deuteronomio 5:12-15).

Estas minorías entienden que en la Torá el sábado es considerado como un “pacto perpetuo” entre Dios y su pueblo,³¹ que continuó siendo observado por Jesús y sus discípulos,³² sin modificaciones en el texto bíblico neotestamentario.³³

Para los observadores del sábado, por tanto, este día se configura como día de culto y descanso semanal en el que se abstienen de toda actividad laboral o académica desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta de sol del sábado, tal y como establece el precepto bíblico.³⁴

³⁰ Mann and Garfinkel, "Sunday Closing Laws Decisions: A Critique," 336.

³¹ Éxodo 31:17; Isaías 56:2-7.

³² Marcos 1:21; 6:2; Lucas 4:16, 31; 13:10; 23:56; Hechos 13:14, 42-44; 16:12,13; 17:2; 18:4.

³³ Para un estudio histórico sobre el cambio gradual del sábado al domingo en los primeros siglos del cristianismo, véase Samuele Bacchiocchi, *From Sabbath to Sunday* (Roma: Pontifical Gregorian University Press, 1977).

³⁴ Levítico 23:32; Deuteronomio 16:6; Marcos 1:32.

Comprender esto permite valorar con mayor precisión el impacto simbólico que, en primer lugar, tienen las leyes dominicales sobre estas minorías religiosas. No ha de perderse de vista el significado ceremonial que el domingo tiene en nuestra cultura occidental,³⁵ con la carga simbólica de haber sido un día de descanso religioso impuesto durante siglos por medio del Estado. Ese históricamente forzado homenaje al domingo violenta uno de los preceptos esenciales de los guardadores del sábado: la creencia de que únicamente el séptimo día es el Shabbat, el día de descanso establecido por Dios. Esto de por sí ya se configura como una agresión estatal al libre ejercicio de la religión. Incluso si el legislador consigue divorciar el descanso dominical obligatorio y universal de su historia religiosa, “el judío ortodoxo, el adventista del séptimo día y el ateo, no pueden hacerlo”.³⁶

En este sentido se ha expresado con toda claridad el Justice Cartwright de la Corte Suprema de Canadá:

[U]na ley que impone un curso de conducta, ya sea positivo o negativo, por un propósito puramente religioso, infringe la libertad de religión. Una ley que, por motivos completamente religiosos, prohíbe realizar el domingo una actividad que de otra manera sería legal, difiere en grado, tal vez, pero no en naturaleza con otra que impone ese día un curso de conducta puramente religioso, como, por ejemplo, asistir al menos una vez al servicio divino en una iglesia específica.³⁷

De este modo, una legislación con tan fuerte trasfondo religioso se convierte en un “sutil y constante recordatorio” para las minorías religiosas de su “separación con la cultura religiosa dominante”.³⁸

Adicionalmente, las leyes dominicales tienen un impacto económico sobre los guardadores del sábado, lo que a su vez resulta en la vulneración de su libertad religiosa. Al imponer el cierre los domingos, obliga a los comerciantes que por su religión guardan el sábado a suspender sus negocios dos días por semana: uno por obligación legal (domingo) y otro por mandato de su conciencia (sábado), colocándolos en clara desventaja competitiva frente a aquellos a los que el calendario oficial beneficia por coincidir con sus preceptos religiosos. También afecta a los empleados que tienen el sábado como día de reposo religioso,

³⁵ Alvin W. Johnson, "Sunday Legislation," *Kentucky Law Journal* 23 (1934): 141.

³⁶ Barron, "Sunday in..." 53.

³⁷ Supreme Court of Canada, *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, Supreme Court Reports [1963] S.C.R. 651, 660-61. Del voto en disidencia del Justice Cartwright.

³⁸ *Big M Drug Mart*, [1985] 1 SCR 295 337.

ya que su imposibilidad de trabajar ese día y de trasladar sus obligaciones laborales al domingo los sitúan en una situación de alta vulnerabilidad al momento de conseguir o conservar el trabajo. La ley además coloca una carga sobre los consumidores que guardan el sábado, ya que dificulta sus compras o su contratación de servicios, al tener que circunscribirlos únicamente a los días de la semana laboral. Estas medidas resultan en una carga económica inconstitucional sobre el libre ejercicio de su fe, o, dicho aún más claramente, “una penalidad económica por la observancia religiosa”.³⁹ Como resumió el Justice Stewart de la Corte Suprema de Estados Unidos, este tipo de leyes fuerzan a los guardadores del sábado

a elegir entre su fe religiosa y su supervivencia económica. Esa es una elección cruel. Es una elección que creo que ningún Estado puede exigir constitucionalmente. Para mí esto no es algo que se pueda barrer debajo de la alfombra y olvidar en interés de una forzada unión dominical. Creo que el impacto de esta ley sobre estos recurrentes viola gravemente su derecho constitucional al libre ejercicio de su religión.⁴⁰

Desde luego, no cualquier carga que la legislación coloque sobre la práctica de una religión ofende al derecho constitucional de libertad religiosa. Si, por ejemplo, dicho gravamen fuese insignificante, podría ser considerado constitucionalmente válido. Sin embargo, como ha reconocido la Corte Suprema de Canadá, las leyes dominicales imponen una “presión para abandonar la observancia del sábado como Sabbath [que] no es insustancial ni trivial”, sino que en definitiva “vulnera significativamente la libertad de los guardadores del sábado para manifestar o practicar sus creencias religiosas”.⁴¹

Cabe remarcar que para arribar a esta conclusión hay que sostener una visión de la libertad religiosa que vaya más allá de la mera ausencia de persecución, e incluso más allá de la simple falta de oposición a sostener, modificar y compartir las creencias que uno escoja y de manifestarlas por medio del culto. Hay que reconocer, en cambio, que el hecho de que Estado trate desigualmente a sus ciudadanos con base en sus creencias religiosas impone –en mayor o menor medida– una restricción a la libertad

³⁹ Supreme Court of Canada, *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, Supreme Court Reports [1986] 2 SCR 713, 719. Del voto en disidencia parcial del Justice Wilson.

⁴⁰ United States Supreme Court, *Braunfeld v. Brown*, (29/05/1961) US Reports 366 U.S. 599, 617. Del voto en disidencia del Justice Stewart.

⁴¹ *Edwards Books*, [1986] 2 SCR 713 716.

religiosa, ya que quienes resultan perjudicados gozan de un grado menor de libertad que aquellos que son beneficiados. Dicho de otro modo,

Si una persona se ve obligada por el Estado o la voluntad de otro a tomar un curso de acción o inacción que de otro modo no hubiese tomado, no está actuando conforme a su propia voluntad y no puede decirse que sea realmente libre. [...] La coerción incluye no sólo formas flagrantes de compulsión, tales como órdenes directas de actuar o abstenerse de actuar bajo pena de sanción, sino también formas indirectas de control que determinan o limitan líneas de conducta alternativas que están disponibles para otros.⁴²

Esta es la razón por la cual trabajar en domingo, si así lo desea, forma parte del derecho de libertad religiosa de un guardador del sábado.

LAS MINORÍAS RELIGIOSAS Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La protección que una norma otorga a una determina religión o grupo de religiones en particular (de manera intencionada, como en el caso que nos ocupa, o aún sin esa intención) implica automáticamente la no protección de las demás religiones, con el impacto desigual que ello conlleva. Esto, en definitiva, se torna destructivo tanto para la neutralidad estatal en materia de religión como para la libertad religiosa. Esto es así porque cuando a la pequeña minoría que guarda el sábado se la obliga a descansar en domingo porque es el día que guarda la mayoría, la combinación de ayuda incidental para la religión mayoritaria y de obstáculo para las religiones minoritarias hace que el efecto se potencie,⁴³ colocando a las minorías en una situación sumamente desventajosa.

Por lo tanto, es extremadamente peligroso justificar (como reiteradamente lo hace el municipio en esta causa) la imposición de lo que la religión mayoritaria, o al Estado actuando en su nombre, considera bueno y verdadero, cuando esto alcanza incluso a los ciudadanos que tienen profundas convicciones en contrario. Esto equivale, en definitiva, a dejar libradas las minorías a "la tiranía de la mayoría".⁴⁴ En una

⁴² *Big M Drug Mart*, [1985] 1 SCR 295 336.

⁴³ Mann and Garfinkel, "Sunday Closing Laws Decisions: A Critique," 329.

⁴⁴ *Big M Drug Mart*, [1985] 1 SCR 295 337.

sociedad democrática y plural, por el contrario, hay cuestiones que no pueden depender exclusivamente de la fuerza de los números. Antes bien, en asuntos de conciencia, cuando hay un conflicto entre la libertad de las mayorías religiosas y la libertad de las minorías religiosas, el conflicto “no puede ser resuelto según el principio de la mayoría, pues el derecho fundamental a la libertad de creencias persigue, en forma especial, el respeto de las minorías”.⁴⁵

O, como bien lo resumiera Domingo F. Sarmiento:

El gobierno civil se ha instituido para asegurar el libre desarrollo de las facultades humanas [...] Si por tanto hay una minoría de la población, y digo más, un solo hombre que difiera honrada y sinceramente del sentimiento de la mayoría, el derecho lo protege [...] pues para ese fin, para la protección de su pensamiento, se ha construido el edificio de la Constitución: porque para él son las garantías establecidas por esta Constitución.⁴⁶

Por ello, ha acertado de lleno esta Corte al avanzar en el reconocimiento del derecho de las minorías religiosas a gozar de una igualdad real, que en el caso que nos ocupa ha sido claramente atropellada. Son fundamentales en este sentido los ejes delineados en el reciente fallo Castillo: ampliación del concepto de discriminación del art. 16 CN más allá de los límites de igualdad de trato en igualdad de circunstancias; incorporación con jerarquía constitucional de las categorías sospechosas de discriminación (entre ellas, la religión); y obligación del Estado de justificar los efectos desproporcionados y desiguales que una norma produzca sobre un individuo o grupo determinado, so pena de declarar su inconstitucionalidad.⁴⁷

De esta manera, el concepto de discriminación indirecta ha venido a complementar a la clásica concepción de discriminación directa, ampliando considerablemente el espectro de protección legal contra la misma. Ya no se hace foco exclusivamente en la intención de discriminar, sino también en los

⁴⁵ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 4ª ed. (Buenos Aires: La Ley, 2008), 178.

⁴⁶ Domingo Faustino Sarmiento, *Discursos populares* (Buenos Aires: El Ateneo, 1927), 115-17.

⁴⁷ Fallos 340:1795.

efectos negativos⁴⁸ que ciertas conductas aparentemente neutrales pueden tener sobre individuos o grupos específicos⁴⁹. Si la normativa, a pesar de ser aparentemente neutral en sus motivos, no lo es en sus efectos, afectando de manera perjudicial a un grupo de personas como resultado de sus elecciones religiosas, existe discriminación indirecta.

Esto es lo que habitualmente ocurre con las minorías religiosas. Se disimula la intolerancia y la discriminación hacia los que no comparten las creencias mayoritariamente aceptadas tras un velo de aparente neutralidad en las normas, lo que cual no permite detectarlas con facilidad. El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias de Naciones Unidas lo explica del siguiente modo:

Mientras que los adherentes de las religiones mayoritarias generalmente no encuentran grandes problemas cuando tratan de combinar sus obligaciones laborales con la celebración de sus fiestas religiosas, la situación de las minorías religiosas o de creencias puede ser mucho más complicada. Pueden surgir problemas adicionales para las personas que sienten la obligación religiosa de no trabajar en días específicos durante la semana. Por ejemplo, algunos judíos y adventistas del séptimo día han perdido su trabajo como resultado de su negativa a trabajar los sábados [...] Mientras que en la superficie tales regulaciones pueden afectar a todos los miembros del personal por igual, en la práctica pueden imponer cargas desproporcionadas para los miembros de minorías religiosas o de creencias que pueden enfrentarse con el dilema de vivir de acuerdo con sus convicciones o arriesgarse a ser despedidos u otras sanciones.⁵⁰

IV.5. CONCLUSIONES

Es evidente que algunos de los valores expresados en los fundamentos de la ordenanza cuestionada no pueden dejar de compartirse, como el descanso semanal o la protección de la familia. Sin embargo,

⁴⁸ De hecho, en parte del mundo anglosajón la discriminación indirecta se conoce como "*adverse effect discrimination*" [discriminación por efecto adverso]. También se utilizan los términos "*dispar impact*" [impacto desigual] e "*indirect discrimination*" [discriminación indirecta].

⁴⁹ Respecto a esta evolución en el concepto de discriminación, véase Denise G. Réaume, "Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination.," *Theoretical Inquiries in Law* 2, no. 1 (2001).

⁵⁰ United Nations, *Note by the Secretary-General transmitting the interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief* (05/08/2014 2014), 13-14.

impulsar esos principios de ninguna manera requiere de la uniformidad forzosa del día de descanso, y menos aún de hacerlo con base en consideraciones religiosas. Basta en cambio con garantizar el descanso semanal de los trabajadores, dejando flexibilidad para definir en qué día se ha de descansar, algo que por otra parte la ley argentina hace ya desde varias décadas.

Tampoco pueden realizarse aquellos valores al precio de sacrificar la igualdad y libertad religiosa de los individuos, en particular de las minorías que guardan el sábado. Paradójicamente, han sido algunas de esas comunidades las que históricamente han impulsado el hábito del descanso semanal, no a través de la imposición legal, no pidiendo ni recibiendo apoyo estatal, sino por medio de la educación y el ejemplo personal. Tal vez ese sea el camino por transitar.

Afortunadamente, el ideal de una sociedad religiosamente homogénea –durante mucho tiempo perseguido por líderes políticos y religiosos en nuestro país– ha ido cediendo terreno frente a la imposibilidad de su materialización, pero también como consecuencia de la revalorización de la diversidad religiosa. Estamos comprendiendo, al fin, que “una sociedad verdaderamente libre es aquella que puede acomodar una amplia variedad de creencias, diversidad de gustos y actividades, costumbres y códigos de conducta. Una sociedad libre es aquella que apunta a la igualdad con respecto al disfrute de las libertades fundamentales.”⁵¹

Para lograrlo, el Estado ha de ser particularmente minucioso en el respeto por las minorías religiosas, ya que “el respeto y la tolerancia por los derechos y las prácticas de las minorías religiosas constituyen uno de los sellos distintivos de las democracias modernas”.⁵² Especialmente porque, como se advirtió durante la discusión para la inclusión de la primera enmienda en la Constitución estadounidense, “los derechos de conciencia son, en su naturaleza, de una peculiar delicadeza, y apenas si resistirán incluso el toque más gentil de la mano gubernamental...”⁵³

Como corolario de lo hasta aquí expresado, en nuestra opinión la norma cuestionada:

⁵¹ *Big M Drug Mart*, [1985] 1 SCR 295 336.

⁵² Supreme Court of Canada, *Amselem v. Syndicat Northcrest*, Supreme Court Reports [2004] 2RCS 55, 563. Del voto de la mayoría, redactado por el Justice Iacobucci.

⁵³ United States Congress, “The debates and proceedings in the Congress of the United States with an appendix containing important state papers and public documents, and all the laws of a public nature,” (Washington: Gales and Seaton, 1834).

- 1) Se funda en el dogma de una confesión particular, por lo cual quebranta la neutralidad del Estado en materia religiosa.
- 2) Genera un efecto adverso desproporcionado sobre los integrantes de ciertas minorías religiosas, vulnerando el principio constitucional de igualdad ante la ley.
- 3) Agrede el derecho de libertad religiosa, ya que al aplicar una penalidad laboral y comercial basada en la religión agrava el costo económico y simbólico de optar por una fe distinta de la mayoritaria.

V. PETITORIO

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso, a V.E. solicitamos: 1) Se tenga al Centro de Estudios sobre Derecho y Religión (CEDyR) de la Universidad Adventista del Plata como *amicus curiae* en esta causa; 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.

Proveer de conformidad que,

Será Justicia