

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y ESTADO LAICO

Roberto SABA ¹

Una gran diferencia distingue a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de la Constitución Nacional argentina. Esta última establecía en 1853 un vínculo estrecho con la Iglesia Católica, que continúa existiendo hasta el presente aunque parcialmente moderado por medio de la única cláusula remanente en ese sentido de la versión original de nuestra Carta Magna, el art. 2, que establece que *“El Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano”*. Por su parte, la norma fundamental de la Ciudad no sólo carece de ese tipo de normativa, sino que a partir de la interpretación de algunas de sus cláusulas podría inferirse que se pronuncia a favor de un Estado laico inhibido de adoptar posturas que puedan ser directa o indirectamente interpretadas como la expresión de una preferencia por la adopción de creencias religiosas en general y, mucho menos, la adopción de una creencia religiosa en particular. Específicamente, el art. 21 de esta Constitución referido al derecho a la salud establece en su inc. 4to que *“la Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos: (...) 4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”*. Es sabido que uno de los conflictos más frecuentes entre algunos credos religiosos -así como sus organizaciones oficiales- y

1 Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires. Obtuvo sus títulos de maestría y doctorado en la Universidad de Yale. Fue Director Ejecutivo de la Fundación Poder Ciudadano (Capítulo Argentino de Transparencia Internacional) de 1995 a 1998; Co-fundador y Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles de 2001 a 2009 y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo de 2009 a 2016. Es profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires, de Palermo y del Litoral. Ha publicado sobre libertad de expresión, discriminación, derecho a la información pública, control judicial de constitucionalidad, transparencia y control de corrupción. Su último libro se titula *Más allá de la igualdad ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

el Estado, gira en torno a las objeciones de aquéllas a las políticas prestacionales, educativas e informativas referidas al ejercicio de los derechos reproductivos. Lo indicado por el art. 21, inc. 4 claramente desacopla a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de aquellas posturas confesionales y habilita al Estado local a desarrollar políticas sanitarias tendientes a asegurar la autonomía personal sin ningún tipo de restricción proveniente de credo alguno. Por otro lado, el art. 24, a través del cual se establece la protección del derecho a la educación, dicta expresamente que *“la Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal, laica y gratuita en todos los niveles y modalidades”*, y agrega que también *“incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual”*. Estas normas no podrían estar más alejadas de conexión alguna entre la Constitución y cualquier creencia religiosa, ni siquiera en el tenue sentido que sugiere hoy el art. 2 de la Constitución Nacional citado más arriba. Es también apropiado señalar que la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al derogar el requisito de abrazar la fe católica apostólica romana para acceder a la Presidencia de la Nación, así como también la obligación de ese mismo gobierno federal de *“convertir a los indios al catolicismo”*, pavimentó el camino hacia la paulatina separación entre la Iglesia Católica y el Estado en Argentina, a punto tal que podría interpretarse que el sentido que debiera otorgársele al mencionado 2º artículo de la Constitución Nacionales es el que inferiría la más débil de las relaciones posibles entre el gobierno federal y esa Iglesia -el parcial y limitado sostenimiento económico-.

I. Laicidad y Estado Nacional ²

Una posible caracterización de la laicidad estatal gira en torno a la separación entre Iglesia y Estado. Sin embargo, algunos autores sugieren que es conveniente distinguir entre laicidad del Estado y

2 **Nota del director del libro:** este trabajo fue entregado previamente a que la CSJN haya dictado la sentencia en el caso “Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”. Por ello, a los efectos de una actualización del tema que aquí se trata, se recomienda su lectura.

la separación de éste y de una Iglesia particular ³. La laicidad del Estado moderno es consecuencia del abandono de las teorías que fundamentaban su legitimidad a partir de la debida adhesión del gobierno a una creencia religiosa en particular. La justificación del ejercicio de la autoridad estatal en la soberanía popular desplazó la justificación asociada al su fundamento divino. De allí la relación necesaria que existe entre laicidad y democracia ⁴. Sin embargo, es posible identificar en la actualidad Estados democráticos considerados laicos en los que no se mantiene una separación total entre Iglesia y Estado, aunque esa relación puede ser más o menos intensa o expansiva. El caso de Inglaterra, por ejemplo, ilustra la situación de una monarquía democrática -de acuerdo a la paradójica nomenclatura aceptada por una parte importante de la academia- en la que la cabeza del Estado, el rey o la reina, es también la cabeza de la iglesia, en este caso la anglicana. En Argentina, por su parte, la fuerte influencia de la Iglesia Católica en la vida pública del país se remonta a la época colonial, que se extendió entre los siglos XVI al XIX, previos a la independencia del imperio español. Esta estrecha relación entre ambas organizaciones ha permeado las instituciones post-coloniales y perdurado hasta el presente, tanto a partir de normas de Derecho positivo, como por ejemplo a través del ya mencionado artículo 2º de la Constitución Nacional, como así también por medio de prácticas y costumbres tales como la identificación de feriados nacionales con fechas del culto católico o la participación en ceremonias religiosas por parte de las autoridades del gobierno nacional -las que han asistido a la celebración de la misa católica en la fecha celebratoria del inicio de la revolución independentista todos los 25 de mayo desde 1810 hasta el presente-. Es por ello que aún en la actualidad es clara la inexistencia de una separación total

3 BLANCARTE, Roberto, “El porqué de un Estado laico”, en https://laicismo.org/data/docs/archivo_1479.pdf. (Revisado por última vez el 09/10/2017).

4 Para una revisión histórica del concepto de laicidad ver BOVERO, Michelangelo, *Laicidad. Un concepto para la teoría moral, jurídica y política*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013. Acerca de la relación entre laicidad y democracia, ver SALAZAR UGARTE, Pedro, “La laicidad: antídoto contra la discriminación”, Cuadernos de la Igualdad, Número 8, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2007, pp. 39-41. Del mismo autor, “Laicidad y democracia constitucional”, Revista Isonomía, Número 24, México, 2006, pp. 37-49.

entre la Iglesia Católica y el Estado Federal en Argentina, aunque también resulta correcto afirmar que la legitimidad del gobierno y de la autoridad del Estado devienen exclusivamente del voto popular según lo establece la Constitución Nacional, por lo que, desde el punto de vista mencionado más arriba que asocia laicidad con democracia, el Estado federal argentino sería laico a pesar de no estar completamente separado de una Iglesia a la que se le reconocen prerrogativas y protagonismos simbólicos o reales.

La cuestión de la laicidad del Estado nacional y la de la separación entre el funcionamiento de éste y las prácticas o mandatos religiosos -o, en términos institucionales, la Iglesia Católica-, no es un tema central del debate público que tiene lugar en los medios de comunicación, la academia o la política en Argentina, o al menos no lo es en el sentido de que esa relación, que es profundamente estrecha, sea puesta en duda por grupos relevantes de la sociedad o de sus liderazgos ⁵. Nueve de cada diez argentinos dicen creer en Dios y el 77 % de la población del país -31 millones de personas- expresa profesar las creencias de la religión católica ⁶. Si bien el 95% de los argentinos está bautizado y el 73% manifiesta haberse casado o que se casará de acuerdo a algún rito religioso, sólo un 31% afirma ser católico practicante y el 46% se define como católico no practicante ⁷. Este contexto demográfico de claro predominio del catolicismo en la sociedad argentina se ha mantenido más o menos constante desde los tiempos coloniales hasta el presente, pasando por la etapa de la revolución independentista a comienzos del siglo XIX y los procesos constituyentes fallidos y exitosos que tuvieron lugar desde 1819 a

5 MALLIMACI, Fortunato, “Nacionalismo católico y cultura laica en Argentina”, en BLANCARTE, Roberto (coordinador), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, El Colegio de México, México, 2008.

6 En 1960 era el 90%. En la actualidad, los ateos y agnósticos representan el 11% de la población y los evangélicos el 9%. Ver “Primera encuesta sobre Creencias y Actitudes Religiosas en la Argentina”, elaborada por cuatro universidades nacionales y el CONICET en 2008. Ver también Informe de Chequeado, en <http://chequeado.com/el-explicador/los-numeros-de-los-catolicos-en-el-pais-del-papa/>

7 Encuesta realizada por Poliarquía en 2010. Ver “Religiosos en lo privado, laicos en lo público”, *La Nación*, 24/10/2010. <http://www.lanacion.com.ar/1317791-religiosos-en-lo-privado-laicos-en-lo-publico>

1994. El carácter mayoritario de la Iglesia Católica le ha dado a ésta una influencia política que se ha puesto de manifiesto tanto en normas constitucionales como legales, así como en prácticas estatales y políticas desarrolladas por el liderazgo de los partidos políticos, la burocracia estatal o estamentos específicos, como por ejemplo el militar. Como ha sucedido y sucede en muchos países de América Latina, esa influencia ha impactado en la regulación del matrimonio, el ejercicio de los derechos reproductivos -incluyendo, por supuesto, la regulación de la interrupción del embarazo-, los contenidos obligatorios de los planes de estudios escolares, el establecimiento de feriados nacionales, la asignación de recursos públicos para el funcionamiento de la Iglesia Católica y la exigencia de la adhesión a sus creencias como requisito para el ejercicio de cargos públicos. La relación entre el Estado y los políticos que ocupan cargos en el gobierno federal -o incluso aquellos que se encuentran fuera de él- con la Iglesia Católica, sus jerarquías y sus creencias no ha sido la misma de un modo constante a lo largo de los 200 años de historia nacional que han transcurrido desde el primer gobierno patrio en 1810, sino que pueden identificarse diferentes momentos en los que esa relación se ha hecho más o menos intensa. Salvo por dos breves momentos que podrían ubicarse casualmente en dos décadas separadas por un siglo, la de 1880 y de 1980, en los que se hicieran los esfuerzos más importantes para lograr avances en la realización de la laicidad del Estado y su independización de la influencia de la Iglesia Católica, el resto de la historia nacional se caracteriza por una más o menos fuerte incidencia de esa institución religiosa en la actividad política y en el funcionamiento del Estado, pero siempre partiendo de un piso elevado de injerencia de la religión y de la jerarquía eclesiástica en la actividad estatal.

En la última reforma constitucional acaecida en 1994 se derogaron las cláusulas incluidas en la Constitución Nacional desde el temprano momento de su sanción en 1853 que se referían al requisito de profesar la religión católica para ejercer la Presidencia de la Nación, la facultad del Jefe del Poder Ejecutivo de ejercer el Patronato -ya en desuso desde el Concordato entre Argentina y el Vaticano de 1966- y la obligación del gobierno de “convertir a los indios al catolicismo”. Además, fue a partir de una decisión de la Corte Suprema que declaró inconstitucional el impedimento de disolver el vínculo matrimonial justamente por considerarlo asociado a una creencia religiosa y por ello violatorio del principio de autonomía

establecido en el artículo 19, que el Congreso sancionó en 1987 la ley de divorcio, que había sido resistida por la Iglesia Católica desde el siglo XIX. Más allá de estos progresos, todavía hoy es marcada la enorme influencia de esa Iglesia en la vida pública nacional. Son varias las provincias en las que las escuelas públicas incluyen cursos obligatorios de religión -generalmente católica⁸-; prácticamente todas las dependencias del gobierno nacional, de los gobiernos provinciales y de los municipales, incluyendo los tribunales de esas jurisdicciones, exhiben imágenes de la Virgen María y crucifijos en ámbitos institucionalmente relevantes; un número importante de los feriados nacionales se corresponden con fechas relacionadas con el culto católico; y se destinan importantes recursos públicos al pago de sueldos de sacerdotes y subsidios a escuelas administradas por la Iglesia Católica. Además, esta institución, su jerarquía y la enorme cantidad de personas que adhieren a las creencias del catolicismo continúan teniendo una injerencia importante en las decisiones políticas del Estado, en las prácticas del liderazgo político-partidario y en la vida pública cotidiana de los argentinos. Sin embargo, a pesar de esta continua y sostenida influencia e injerencia de la Iglesia Católica en la actividad del Estado y del trato preferente que este último le dispensa a la comunidad y jerarquía católica, no existe un debate profundo ni demandas importantes contrarias a ese rol protagónico de una Iglesia en particular en la vida pública del país⁹. Ni los credos religiosos diferentes del católico, ni la abrumadora mayoría de aquellas personas que profesando o no un culto adhieren a los valores de un Estado laico que mantenga separados los ámbitos político y religioso se han pronunciado de un modo relevante contra ese trato preferente que ha recibido el credo católico en toda la historia del país, con excepción de los dos breves períodos referidos

8 El 41% de las escuelas privadas del país son confesionales. Ver la encuesta realizada por Poliarquía en 2010 y la Radiografía de la Educación Argentina del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), 2009. También ALEGRE, Marcelo y MAISLEY, Nahuel, "La educación pública laica está en peligro", Clarín, 09/09/2015. Versión digital en http://www.clarin.com/opinion/Ley_1420-Ley_Federal_de_Educacion-educacion_publica-laicidad_0_1427857246.html

9 MALLIMACI, F., "Nacionalismo católico y cultura laica en Argentina", en BLANCARTE, R. (coord.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, nota 3.

más arriba. Salvo por la aparición esporádica y marginal de voces que reclaman por una definitiva separación entre Iglesia y Estado, la mayoría de los argentinos parecen aceptar el *statu quo*.

En suma, el Estado federal argentino es laico en el sentido de que la legitimidad de su gobierno proviene exclusivamente de la voluntad popular que lo elige a través del voto universal, pero no es necesariamente un Estado que esté obligado constitucionalmente a mantener una separación absoluta de la Iglesia Católica, al menos en lo que se refiere a la realización de aportes para su mantenimiento, que es la versión más moderada del significado que se le asigna al art. 2 de la Carta Magna. Esta tesis asume que es posible compatibilizar la existencia de un Estado laico -en el sentido de que su legitimidad política proviene del voto popular y no de su vínculo con una Iglesia en particular-, que respeta la libertad de culto de todos sus habitantes (como lo expresa el art. 14 de la Constitución Nacional), pero que otorga un trato preferencial a aquellas personas que adhieren a una creencia en particular (la católica). Este último aspecto de la relación entre gobierno nacional y la comunidad y jerarquía católicas de Argentina expone tensiones o incluso contradicciones con el principio constitucional de igualdad entendido como trato no arbitrario, en el sentido de que el Estado estaría constitucionalmente impedido de propinar tratos desiguales basados en criterios irrazonables a los habitantes de la Nación bajo su jurisdicción ¹⁰. También enerva tensiones con la protección constitucional de la autonomía personal especialmente cuando el Estado avanza con políticas o decisiones de tinte perfeccionista, como lo dejó claramente planteado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sejean” ¹¹.

Sin embargo, es necesario destacar que esta paradoja del Derecho constitucional nacional no se reproduce a nivel del Derecho local porteño. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no sólo no obliga al gobierno local a mantener un vínculo, ni siquiera tenue y circunscripto al “sostenimiento económico” de la Iglesia Católica como interpreta alguna doctrina al art. 2 de la Constitución Fede-

10 Ver Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, Víctor Abramovich, en CSJN: “Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/amparo”, 10/03/2017.

11 CSJN: “Juan Bautista Sejean c/Ana María Zaks de Sejean s/Inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”, 27/11/1986.

ral, sino que además lo compele a implementar políticas de salud y educación que suponen su separación de todas las iglesias y credos, reconociendo además su laicidad. A partir de esta distinción, es entonces necesario plantearse qué tipo de obligaciones y restricciones constitucionales se aplican a la acción estatal del gobierno de la Ciudad a fin de que éste no incurra en prácticas o tome decisiones que lo pongan al margen de lo establecido por la Constitución local. En otras palabras, debemos determinar qué significa que el Estado de la Ciudad de Buenos es de carácter laico, separado de cualquier Iglesia o credo religioso y qué consecuencias tiene este régimen sobre las atribuciones y facultades estatales. Para ilustrar el tipo de respuestas que podríamos dar a estas preguntas, resulta útil analizar el caso “Rachid”, en estudio del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires mientras escribo estas líneas.

II. El caso “Rachid”¹²

En 1982, en tiempos en los que gobernaba la Argentina la última dictadura militar, se emitió la Ordenanza de la Legislatura Nro. 38397/82 según la cual se autoriza al Estado de la Ciudad de Buenos Aires a contratar capellanes y monjas pertenecientes a la Iglesia Católica para realizar algunas tareas -“brindar servicios religiosos”- en los hospitales públicos bajo su jurisdicción. Por medio de esa misma norma les asignó una serie de obligaciones y les concedió privilegios que no les reconoció ni reconoce a otros empleados de la Administración Pública local ni a religiosos de otras iglesias, las que deberían pedir autorización según esa norma a los capellanes designados para poder ingresar a los hospitales públicos de la Ciudad a realizar actividades confesionales. Frente a esta decisión, una legisladora de la Ciudad de Buenos Aires, María Rachid, interpuso un amparo en el que atacó constitucionalmente esa Ordenanza por violar la igualdad ante la ley por el trato discriminatorio que su aplicación implicaba para pacientes que no compartieran las creencias de la Iglesia Católica y para los miembros de otras comunidades religiosas que no reciben el mismo trato. También alegó la existencia de discriminación del resto de los empleados públicos que

12 Cámara de Apelaciones CAyT - Sala I “Rachid, María contra GCBA sobre amparo”, Exp: A20-2013/0.

no recibían el trato más favorable que sí establecía la ley para los capellanes y las monjas. El tribunal de Primera Instancia rechazó el amparo y la Cámara de Apelaciones revirtió esa decisión parcialmente. Los dos jueces de este último Tribunal que firmaron la sentencia -la tercera magistrada se excusó- no consideraron que el derecho a la libertad religiosa de los pacientes no-católicos estuviera afectado por el hecho de que en el hospital público simplemente estuvieran trabajando capellanes y monjas de la Iglesia Católica, pero sí entendió que se violaba el derecho a la igualdad ante la ley de los creyentes de otras religiones cuyos miembros no reciben el mismo trato. La Cámara se hace eco de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del principio de autonomía y su establecimiento por medio del texto del artículo 19 de la Constitución Nacional. En este sentido, el tribunal de alzada afirmó “que la norma relativa al deber de los religiosos que se desempeñen en los hospitales y hogares públicos de mantener la moral en esos establecimientos resulta inconstitucional, pues conculca la garantía de igualdad, la libertad de conciencia y de cultos y la autonomía personal garantizada en el artículo 19 de la Constitución Nacional”. De un modo un tanto confuso, este argumento anti-perfeccionista que la Cámara toma de la Corte Suprema, es utilizado para ordenar “que el GCBA adapte el servicio de asistencia espiritual brindado por capellanes y monjas en los hospitales y hogares a lo dispuesto en la presente sentencia. En concreto, la demandada deberá adoptar las medidas tendientes a que los ministros de la Iglesia Católica -a requerimiento del interesado- brinden asistencia y acompañamiento espiritual en los establecimientos mencionados en idénticas condiciones que los representantes de otros credos, sin ejercer funciones de coordinación o intermediación, ni desempeñando funciones vinculadas con el mantenimiento de la moral”; y sorprendentemente concluye afirmando que “es pertinente aclarar que lo decidido no significa, desde luego, desconocer la atribución constitucional que posee la Legislatura para reglamentar, en el marco que proporciona la Constitución local, todo lo referente al servicio de asistencia espiritual que se brinda en hospitales y hogares públicos”. La Cámara parece asumir la existencia de una obligación estatal de brindar “un servicio de asistencia espiritual”, cuya fuente no queda clara.

El Estado interpuso recurso extraordinario y la Cámara se lo concedió en el mes de julio de 2016. Mientras escribo estas líneas, se aguarda la resolución del máximo tribunal local.

III. La laicidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires

El reconocimiento de la libertad religiosa por las Constituciones Nacional y local deposita en el Estado la obligación de respetar y hacer respetar esa libertad de todos los habitantes bajo sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, la principal consecuencia del establecimiento de un régimen estatal laico, al menos de acuerdo con lo establecido con más claridad que en la Nación en la norma fundamental de la Ciudad, reside en que el gobierno no puede involucrarse en acciones que tengan un carácter evangélico promoviendo por sí o por medio de terceros el credo de ninguna creencia religiosa en particular o incluso la toma de posición sobre la adopción de creencias religiosas o no hacerlo. Este carácter prescindente del Estado argentino, nacional y local, en materia de opciones religiosas privadas se ve reforzado por la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha realizado del artículo 19 de la Constitución Nacional sobre todo a partir de su crucial decisión en el caso “Sejean”¹³ en 1986. En él se declaró inconstitucional la ley que impedía el divorcio vincular justamente por considerar que ella expresaba la creencia de una religión particular y no respetaba el principio de autonomía de la persona expresado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. A juzgar por la Corte Suprema, la prohibición del divorcio vincular por medio de una ley constituía una interferencia perfeccionista del Estado opuesta al principio de autonomía personal expresado en esa cláusula. De acuerdo con esta doctrina, el Estado debe abstenerse de identificar planes de vida ideales, como por ejemplo aquellos avalados por creencias religiosas particulares, y convertirlos en norma legal general, como ocurría con la prohibición de disolver el vínculo matrimonial previsto en la Ley de Matrimonio Civil de 1888 cuya constitucionalidad había sido confirmada previamente en el caso “Correa”¹⁴ decidido por esa misma Corte en 1893. El mandato

13 Caso “Sejean”.

14 CSJN: “Contra el Presbítero Jacinto Correa, por infracción del artículo 118 de la ley de matrimonio civil de 12 de noviembre de 1888 (110 de la ley de 12 de noviembre de 1889)”, 29/07/1893. En esta decisión se considera constitucional la sanción penal impuesta a un sacerdote en virtud de lo previsto por el art. 118 de la Ley de Matrimonio Civil por haber celebrado matrimonios religiosos sin tener a la vista copia del acta del matrimonio contraído previamente ante el Registro Civil. Mientras que el sacerdote argumentó que esa ley era

del artículo 19 de la Constitución Federal, aplicable en la Ciudad de Buenos Aires, combinado con el establecimiento de un Estado laico a nivel local, arroja como consecuencia una serie de restricciones al accionar del gobierno en cuanto a su relación con creencias religiosas particulares o con la adopción de creencias religiosas o no religiosas en general. Así como no es posible que el Estado adopte medidas legislativas o de otro carácter que supongan interferencias perfeccionistas en desmedro de la autonomía personal, tampoco es posible, como consecuencia lógica de ello, que implemente políticas que impliquen indirectamente la promoción de ideales o creencias religiosas particulares, incluso cuando no adopte una posición de preferencia respecto de una de ellas, tal como sucedía con la regulación del matrimonio impugnada en “Sejean”. No forma parte de las atribuciones conferidas por la Constitución local al gobierno de la Ciudad la de promover la religiosidad o la adopción de cultos particulares. Si bien es cierto que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no ha adoptado explícitamente una perspectiva similar a la establecida en la Constitución de los Estados Unidos en cuanto a la fijación de un estándar claro de separación entre Iglesia y Estado -conocido como “muro de separación” entre ambos-, es posible inferir de la ausencia de normas similares al artículo 2º de la Constitución Nacional y del establecimiento de cláusulas como los artículos 21 y 23 antes mencionados, que la Constitución de la Ciudad no reconoce al gobierno local la facultad de asignar recursos a la promoción o implementación de prácticas religiosas. Además, es sabido que un principio básico del Derecho público indica que el Estado sólo puede hacer aquello para lo que se lo faculta constitucionalmente, encontrándose impedido de desarrollar acciones por fuera de esas facultades. La pregunta a explorar, y para lo cual nos resulta de utilidad el caso “Rachid”, sería si existe algún fundamento constitucional que justifique el financiamiento estatal de un “servicio religioso”, como por ejemplo en este caso el que el Estado dice brindar en hospitales públicos, pues sólo en ese caso tendría lugar un planteo basado en la igualdad de trato en la provisión de ese servicio. Para ello, es preciso

“atea, antievangélica y anticristiana” y que su imposición violaba el compromiso constitucional del Estado de someterse a los mandatos de la Iglesia Católica, la sentencia confirmaba que la regulación de la legislación matrimonial y el control de esa institución clave del Derecho de familia debía estar en manos del gobierno civil y no de la Iglesia.

indagar sobre dos puntos. En primer lugar, si la libertad de cultos reconocida constitucionalmente -en la Nación y en la Ciudad- podría implicar también el reconocimiento de obligaciones de hacer por parte del Estado, como por ejemplo la de brindar servicios religiosos en hospitales públicos. Por otro lado, asumiendo que el Estado pudiera tener esa potestad, es necesario precisar de qué modo podrían ejecutarse esas obligaciones positivas. Los efectos y consecuencias del despliegue de los llamados servicios religiosos en esos establecimientos, podrían estar colocando al Estado, por medio del accionar de terceros, en la ejecución de prácticas perfeccionistas prohibidas en el artículo 19 de la Constitución Nacional o de acciones que favorecen la adopción de creencias religiosas en violación de la laicidad que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece para el Estado local. En este último caso, no sería relevante analizar si la política desarrollada por el Estado y avalada por una norma local, tiene relación directa con el principio de igualdad ante la ley, que fue el encuadre que le dio al litigio la demandante.

Según un principio generalmente aceptado de Derecho público, el Estado está impedido de hacer aquello para lo que no está facultado constitucionalmente, pues su poder es estrictamente aquel que recibió del pueblo por medio del mandato que éste exteriorizó en la Carta Magna. Por lo tanto, resulta relevante plantear el interrogante acerca de la fuente de la atribución de “brindar servicios religiosos” con fondos públicos desde la autoridad estatal que tanto el Estado de la Ciudad como la propia Cámara asumen como un hecho dado. Si no fuera posible encontrar fundamento a esa facultad, la política de provisión de un servicio religioso tercerizado en una o todas las iglesias o grupos religiosos de la Ciudad de Buenos Aires sería contraria a la Constitución más allá de si afecta o no el principio de igualdad de trato.

Por hipótesis, un fundamento posible de esa atribución podría ser el que la vinculara con el derecho a ejercer la libertad religiosa. Así, deberíamos preguntarnos si el reconocimiento de esta libertad, así como también del derecho a profesar libremente el propio culto, implica también el reconocimiento de una especie de derecho social a gozar de un servicio “público” religioso que haga posible el ejercicio de ese derecho por medio de una política activa del Estado como sucede, por ejemplo, con los derechos sociales a la educación o a la salud. La idea resulta un tanto forzada, aunque existen autores que han articulado una especie de obligación estatal de implemen-

tar políticas tendientes a hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa concebida como derecho-prestación¹⁵. Sin embargo, si bien esto podría asociarse con la asignación de recursos públicos para que algunos grupos religiosos reciban asistencia estatal, ello no parece justificar el “servicio religioso” en hospitales desde que nada impediría que, o bien aquellas personas que así lo deseen puedan invitar a los religiosos de su congregación a esos establecimientos, o bien que esos religiosos visiten a las personas hospitalizadas si ellas desean recibir esas visitas aunque no sean invitados, pero ello es muy diferente a que los capellanes y monjas reciban un salario del Estado por prestar sus servicios. Si así fuera, y si no media una obligación estatal a realizar una prestación de servicios religiosos como consecuencia de la protección del ejercicio de la libertad religiosa, entonces la contratación de religiosos de una congregación determinada para proveer esos servicios no constituye un problema de trato discriminatorio, sino que es un problema asociado a la falta de justificación constitucional para la acción estatal impugnada de brindar servicios religiosos. El trato discriminatorio, en términos de trato no arbitrario, requiere que la diferencia en el trato se funde en un criterio que guarde relación con el fin de la regulación, pero *también requiere* que el fin de la regulación o de la política implementada por el Estado sea legítimo o constitucional. La Ciudad de Buenos Aires, como se vio más arriba, no sólo no establece en su Constitución una facultad explícita del Estado a proveer ningún tipo de servicio religioso, sino que incluso posee indicios ciertos de que su gobierno adhiere a un régimen de laicidad que le impide implementar políticas que de algún modo puedan ser interpretadas como contrarias a la laicidad, como por ejemplo así lo dictan los artículos 21 y 24 que comenté anteriormente. Es correcto afirmar, sin embargo, que la libertad religiosa, como todas las libertades previstas en las Constituciones liberales suponen una obligación positiva del Estado para poder ser ejercidas, como por ejemplo la protección de la libertad de cultos frente a posibles ataques o amenazas por parte de terceros.

15 Para un desarrollo de esta idea y de la bibliografía respectiva, ver GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, “El tratamiento dogmático del derecho de la libertad religiosa y de cultos en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 123-148. <file:///Users/rpsaba/Downloads/Dialnet-ElTratamientoDogmaticoDelDerechoDeLibertadReligios-289402.pdf> (última visita 22 de marzo de 2017).

Sin embargo, este tipo de obligaciones de hacer son requeridas por el reconocimiento de la libertad en cuestión, mientras que la asistencia religiosa subsidiada y promovida por el Estado en hospitales públicos lejos de implicar una forma de hacer efectivo el ejercicio de la libertad religiosa, parece ser parte de la promoción por parte del Estado de la adopción de creencias religiosas o, aun más censurable, de una creencia en particular, lo que resulta contrario al establecimiento de un Estado laico como el que surge de la Constitución de la Ciudad. Asumiendo por hipótesis que la libertad religiosa requiriera de acciones estatales tendientes a asegurar su efectivo ejercicio, debemos preguntarnos si la política de brindar servicios religiosos pagados con fondos públicos constituye un mecanismo constitucional para lograrlo. En base al mandato constitucional de laicidad estatal en la Ciudad, la respuesta a esta pregunta sería consecuentemente negativa.

Argumentar que la Ordenanza viola la igualdad ante la ley en el sentido de que implementa un trato estatal arbitrario, es decir, fundado en un criterio irrazonable como es la creencia en una religión particular, produciendo un trato discriminatorio respecto de aquellas personas u organizaciones religiosas no católicas, supone que el trato sería razonable si no se hiciera esa distinción arbitraria y le otorgara a todas las personas y organizaciones religiosas, sin importar sus creencias, el mismo trato. Esta parece ser la posición de la Cámara. En este caso concreto, el reclamo por un trato igualitario implicaría habilitar a individuos y organizaciones no-católicas a recibir el mismo trato que reciben los capellanes y monjas católicas. Además, en el planteo de la amparista, también se identifica un trato discriminatorio respecto de los empleados públicos de la Ciudad que no reciben los mismos privilegios que los que los capellanes y las monjas poseen a partir de la Ordenanza en cuestión. Creo que este planteo de la cuestión constitucional del caso es erróneo. El problema de fondo no es el trato discriminatorio de la política de “servicios religiosos”, sino la constitucionalidad de la propia política como tal por expresar una acción del Estado que no se encuentra respaldada por ninguna competencia constitucional. Por el contrario, parece ser en verdad una política vedada al Estado por el mandato de la Constitución local al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Es cierto que este tipo de planteos resultan más evidentes en Constituciones como la de los Estados Unidos, cuya Primera Enmienda establece la separación entre Iglesia y Estado y prohíbe a este último tomar

cualquier tipo de decisión que pudiera ser interpretada como promoción de una creencia religiosa en particular. El marco jurídico del país del norte permite que personas u organizaciones impugnen judicialmente una decisión o una política estatal por violar esa prohibición constitucional, a pesar de que no se encuentre afectado el derecho de ninguna persona particular. En Estados Unidos, para poder arribar a la conclusión de que la decisión o la política confrontan con la Constitución, los jueces deben aplicar el test surgido del caso “*Lemon v. Kurtzman*” decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁶. El denominado “test de *Lemon*” exige que la parte demandante compruebe los siguientes extremos si quiere tener éxito en su impugnación constitucional: a) que la decisión del Estado no persigue un fin secular; b) que tiene como efecto principal la difusión de una creencia religiosa; y c) que crea un vínculo excesivo entre Iglesia y Estado¹⁷. Si bien la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no cuenta con una cláusula similar a la Primera Enmienda, la interpretación que surge de sus artículos 21 y 24 podría expresar un principio similar que podría justificar la aplicación de un test equivalente al del caso “*Lemon*”. Ahora bien, la imposición de ese principio de separación entre Iglesia y Estado a las acciones de este último con el fin de invalidarlas constitucionalmente requiere el reconocimiento de la legitimación activa para interponer la acción a un actor que no deba demostrar la existencia de afectaciones específicas a sus derechos o daños reales derivados de esas afectaciones, lo cual es casi imposible en este tipo de casos y que resulta muy difícil en nuestro Derecho procesal. Es comprensible entonces, en este contexto particular de nuestro Derecho procesal, que Rachid recurriera a la estrategia de la impugnación de la Ordenanza y de la política respectiva sobre la base del argumento de igualdad ante la ley, pues éste permite con cierta facilidad identificar a las personas u organizaciones damnificadas por un trato discriminatorio -los creyentes de credos no católicos o los empleados que no reciben el mismo trato que los capellanes y monjas incorporados a la planta del servicio público-. En principio, el Derecho procesal exige, para justificar la interposición de la demanda, que se demuestre la afectación producida por la vulneración de un derecho, y la exclusión de

16 Supreme Court of the United States: “*Lemon v. Kurtzman*”, 03/03/1971.

17 Ídem, pp. 612-613, 691, 2111-2112.

las religiones no católicas ofrece un caso claro de daño. Por su parte, la impugnación por inconstitucional de una política no neutral en materia religiosa puede no permitir identificar con claridad, o puede no existir, la afectación de personas individuales o de organizaciones. Es posible que la norma o política sesgada en materia religiosa atente contra el principio constitucional de separación de Iglesia y Estado o el principio de laicidad, sin otra víctima que los valores expresados en la Carta Magna que resultan ignorados y confrontados por la política en cuestión. Algo similar sucede con la decisión del Estado de exhibir imágenes religiosas en edificios públicos. Es muy difícil o casi imposible identificar el daño o afectación específica de una persona particular producida por la instalación de esas imágenes y, sin embargo, puede resultar palmaria la violación de un principio constitucional de separación entre Iglesia y Estado¹⁸. No todos los límites constitucionales a la acción estatal se corresponden con afectaciones de derechos. En las propias palabras de Rachid, la existencia, como en su caso, de un “agravio a la laicidad del Estado” de la Ciudad de Buenos Aires¹⁹ puede no implicar la afectación de derecho alguno de ninguna persona. Es en estos casos en los que el Derecho procesal diseñado para plantear controversias que impliquen afectaciones de derechos no resulta eficaz, pero fundar el reclamo en la afectación del derecho a la igualdad de trato en lugar de abrir la puerta a la aplicación del principio de laicidad del Estado parece clamar por un Estado que milite con sus políticas a favor de su fusión con las iglesias siempre que las respete en igualdad de condiciones. Tanto el fallo de la Cámara en su correcta interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional, como Rachid en su preocupación por no agraviar la laicidad del Estado, parecen acercarse a la meta de separar Iglesia de Estado del modo en que lo exige la Constitución de la Ciudad, pero luego, al reconocer una especie

18 SABA, Roberto P., “Laicidad y símbolos religiosos”, Universidad Autónoma de México, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Número 7, México, 2013. Ver <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2013/08/Colecci%C3%B3n-Jorge-Carpizo-%E2%80%93-VII-%E2%80%93-Laicidad-y-s%C3%ADmbolos-religiosos-%E2%80%93-Roberto-Saba.pdf>.

19 “Rachid, María contra GCBA S/Amparo”, Exp. A20-2013/0.

de obligación estatal a brindar servicios religiosos, incluso cuando exijan que se brinden respetando la igualdad de trato, contribuyen a alejar al Estado de la Ciudad del ideal de la laicidad.

En resumen, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en consistencia con la Constitución Nacional en cuanto a lo establecido en el artículo 19 y su interpretación por la Corte Suprema en “Sejean”, establece expresamente el principio de laicidad del Estado local. Ello obliga al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a evitar toda política que se oponga a ese principio, sin resultar relevante si esa política produce o no afectación alguna de derechos de una persona particular. El mandato constitucional no sólo impone sobre el Estado la obligación de no violar los derechos recodados en la norma fundamental, sino que también establece un modelo de Estado que las autoridades del gobierno no pueden alterar sin incurrir en una contradicción con el mandato que el pueblo le dio en ejercicio de su poder constituyente. La autoridad pública recibe su poder y legitimidad del hecho de haber sido creada por la voluntad constituyente del pueblo y toda decisión tomada por fuera de lo ordenado por esa voluntad carece de sustento y justificación constitucional. El pueblo de la Ciudad de Buenos Aires ha querido darse una organización pública que mantenga separadas las esferas de las iglesias y del Estado, y no puede el gobierno creado y facultado por la Constitución de la Ciudad desconocer esa voluntad.