

## I. LAS DOS DAMAS DE TRIBUNALES

El Palacio de Justicia de la Nación Argentina es el edificio más antiguo y clásico de todos los que albergan a los tribunales del sistema federal de cortes en la Ciudad de Buenos Aires. El cuarto piso lo ocupa la Corte Suprema de Justicia, el tribunal de máxima jerarquía de ese sistema. Se accede al *hall* principal de la planta baja por la céntrica calle Talcahuano a través de unas amplias escaleras. Luego de subir las, uno se encuentra en un enorme salón presidido por una imponente estatua de bronce de unos cuatro metros de altura, obra del escultor Rogelio Iruya. La imagen, erigida allí en 1959, nueve años después de la muerte del artista, es diferente a las tradicionales alegorías de la justicia: como en muchos otros casos, se trata de una joven mujer, pero en esta ocasión las manos de la dama no sostienen una balanza ni esgrimen una espada. Sus brazos están extendidos hacia adelante, y sus ojos cerrados no están vendados. Parece expresar la noción de equilibrio y, quizá, también de ceguera frente a la identidad de

las partes y aquello sobre lo que los magistrados deben juzgar.

El 28 de febrero de 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación accedió al pedido de un grupo de particulares y autorizó colocar la imagen de la Virgen María Reina de la Paz Medjugorje a los pies de la estatua de Irurtya en el *hall* central del Palacio de Justicia. Las representaciones de las dos damas dominaban el espacio de ese amplio *hall* central. Ambas en una misma línea vertical donde la oscura imagen de bronce de la ley extiende sus manos por sobre la imagen religiosa como si la primera amparara a la segunda. Si bien la autorización de la Corte se extendía solo por el mes de marzo, cuando ya corría mayo, la imagen continuaba allí, perseverante. Personas de credo católico comenzaron a tomar el hábito de acercarse a realizar sus plegarias delante de la imagen religiosa. Cuando el número de los feligreses crecía, se establecieron —supongo que por ellos mismos— dos horarios diarios para orar frente a la Virgen de Tribunales. En ese momento, una organización no gubernamental con sede en Buenos Aires dedicada a la protección de los derechos constitucionales por medio del litigio de interés público, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC),<sup>1</sup> se presentó ante la Administración General de la Corte y solicitó el retiro de la imagen sobre la base del argumento de que su permanencia en el *hall* de entrada del Palacio de Justicia era contrario al tratamiento igualitario que los tribunales debían asegurarles a aquellos que dirimieran sus conflictos ante ellos. El 9 de mayo llegó a la ADC la noticia de que la imagen había sido reemplazada por otra, la Virgen del Rosario de San Nicolás. La ADC solicitó su retiro, pero no recibió respuesta. El 7 de abril, y ante el silencio de

la Corte, la ADC interpuso una acción de amparo ante una jueza de primera instancia. El argumento principal allí esgrimido fue que la decisión del más alto tribunal de la nación de autorizar la instalación de una imagen religiosa en el *hall* de entrada del Palacio de Justicia confrontaba con el principio de neutralidad e imparcialidad que el Poder Judicial debe respetar, pues los justiciables podrían desprender de aquella decisión que los jueces comparten las creencias de una religión específica y que, por lo tanto, no serán juzgados con ecuanimidad. Tres jueces de los nueve integrantes que entonces conformaban la Corte Suprema, Enrique Petracchi, Augusto Belluscio y Juan Carlos Maqueda, manifestaron públicamente su acuerdo con los argumentos de la ADC, y estimaron que debía aceptarse el planteo. Petracchi señaló:

En cuanto se ubica la imagen en un sitio relevante de la sede de un Poder del Estado que (aunque resulte tautológico) ejerce el “poder”, aquél resulta institucionalmente comprometido con un culto con el que comulga sólo una parte de quienes lo integran y de los justiciables que a él recurren. El mentado compromiso institucional se acercaría peligrosamente a la adopción de una “religión del Estado” ...

En cuanto a los justiciables que concurren a los tribunales, se pueden producir los ya señalados efectos de discriminación y presión sobre sus legítimas convicciones en la materia.

El Tribunal Federal en lo Contencioso Administrativo aceptó la acción de amparo interpuesta por la ADC el 25 de noviembre de 2003 y le dio la razón a la demandante. La jueza a cargo señaló que su decisión se alineaba con lo que ya había sido comunicado por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Enrique Petracchi, quien, en el marco del debate interno de su

tribunal sobre el caso, había entendido que la instalación de la imagen “revelaría una implícita, pero no por ello menos clara, adhesión a un credo, en detrimento de otros”.<sup>2</sup> Por su parte, el juez Augusto Belluscio, en el mismo contexto, había señalado que la instalación de la imagen se había realizado sin que mediara “ningún acto administrativo [que] lo hubiera autorizado”.<sup>3</sup> La noticia de la sentencia de la jueza del tribunal de primera instancia fue recogida por los principales medios del país, y muchos editores de medios gráficos dieron a la novedad la tapa de los periódicos. A partir de ese momento, una cantidad impresionante de llamados telefónicos bloquearon las líneas de la ADC. La mayoría provenían de periodistas de radio y televisión queriendo hacer notas, pero también muchas eran personas que expresaban insultos, agravios o nos deseaban los más horribles de los males —recuerdo un e-mail advirtiéndome sobre una lanza que atravesaría nuestras lenguas—. Para nuestra sorpresa, la reacción de los medios, que atendimos sin excepción en una especie de afán pedagógico, fue adversa o muy crítica. Las preguntas que nos hacían indagaban sobre cuáles eran nuestros motivos para solicitar la remoción de la imagen religiosa, cuál era nuestra propia religión o cuáles eran nuestros fines últimos con esta acción. Solo recuerdo a un periodista que apoyaba la acción de la ADC; el resto la impugnaba en forma generalizada. Uno de los críticos incluso puso al aire en su programa de radio al jefe de gabinete de ministros del gobierno nacional de aquel momento, quien afirmaba enfáticamente que de ningún modo removería las imágenes religiosas que yacían depositadas debajo del vidrio que cubría su escritorio, cuando nadie le había pedido tal cosa. Esa tarde asistí a un programa

de televisión donde fui entrevistado por cinco periodistas al mismo tiempo durante dos bloques. El primero, a modo de bienvenida, me disparó: “lo que ustedes reclaman es inconstitucional”. Mi sorpresa fue indescriptible por semejante afirmación, a lo que respondí que nuestra Constitución no establecía ninguna religión de Estado, y que la causa iniciada se apoyaba justamente en derechos y principios constitucionales. El periodista se refería a lo establecido en el artículo 2o. de la Constitución argentina, que expresa que “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”, pero que la mayoría de los intérpretes sostienen que se refiere solo a un sostenimiento económico, pues de otro modo entraría en conflicto con derechos como la igualdad ante la ley (artículo 16) o la libertad de profesar libremente el culto que se desee (artículo 14).<sup>4</sup> El conductor del programa, en el segundo bloque, me indagó acerca de mis propias creencias religiosas, a lo que no respondí, pues, sostuve, no estábamos allí para hablar de ellas, sino de la causa constitucional que había sido dirimida en la justicia. Esa noche fui a cenar a un restaurante del centro de Buenos Aires con un amigo que, casualmente, profesa con enorme convicción la fe católica. Mientras comíamos, se acercó una pareja de personas de unos sesenta años cada una. El señor me preguntó si yo era la persona que había estado en la televisión aquella tarde. Cuando respondí afirmativamente, me dijo: “quiero felicitarlo por lo que han hecho”. Primero me sorprendí, pues nadie nos había felicitado aquel día, pero rápidamente comprendí que se trataba de una ironía, pues el señor, que luego supe era un juez de la Cámara de Apelaciones de la Nación, según lo dijo su esposa, me increpó preguntándome si no teníamos

nada mejor que hacer con nuestro tiempo que andar solicitando el retiro de imágenes religiosas de los edificios de tribunales. La mujer que lo acompañaba decía, en un tono de voz muy elevado, que las cosas no terminarían ahí, pues “somos mayoría”, supongo que refiriéndose a quienes profesan la fe católica en Argentina. Luego, tras de ser llamado por mi compañero de mesa, el gerente del lugar les pidió a quienes nos increpaban, que se retiraran. Mi amigo, que había salido en mi defensa, me confesó su vergüenza ajena por aquella reacción de personas que compartían su fe.

La Corte Suprema consintió la sentencia, aunque dos de los jueces disentían con esta postura, Antonio Boggiano y Roberto Vázquez; a la sazón, dos de los jueces conservadores designados bajo la presidencia de Carlos Menem. De este modo, el tribunal ordenó el retiro de la imagen religiosa, operación que estuvo a cargo del subintendente, Juan Das Dores, y que tuvo lugar en enero de 2004, en medio del periodo en que los tribunales argentinos cierran por vacaciones y los pasillos de sus edificios devienen desiertos. La remoción de la imagen se fundaba, aparentemente,<sup>5</sup> en lo decidido por la jueza del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo núm. 5, en los autos “Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y otros c/Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación, nota 68/02, sobre amparo ley 16.986”.

La imagen de la Virgen removida fue colocada en una cuarto dependiente de la Intendencia del Palacio de Tribunales, de donde deberían recogerla aquellos que, dos años antes, la habían llevado a los pies de la imagen de la Justicia. Además, en ese mismo acto de remoción, fueron también retirados un retrato de

San Cayetano, que alguna persona había agregado al improvisado altar, y una urna, que alguien había dejado para aquellas personas que quisieran dejar sus mensajes a la Virgen.

Un grupo de particulares y la Corporación de Abogados Católicos entendieron que el fallo de primera instancia agredía sus derechos constitucionales, y apelaron la sentencia. La jueza de primera instancia, sometida a grandes presiones mediáticas y políticas —un legislador ultraconservador había propuesto su juicio político por la decisión que había tomado— consideró admisible la petición y remitió el expediente a la Sala IV de la Cámara del fuero. Este tribunal, el 20 de abril de 2004, revocó el fallo de primera instancia y rechazó el amparo presentado por la ADC, sobre la base de que esta organización civil no tenía legitimación activa para interponer la demanda, pues la decisión de instalar una imagen religiosa en el *hall* del Palacio de Justicia no le causaba ningún agravio, ni se derivaba de ella ninguna violación a un derecho o principio constitucional. La ADC interpuso un recurso extraordinario, pero este fue rechazado por la Cámara, por lo que, entonces, fue en queja ante la Corte Suprema, último recurso, de acuerdo con el derecho procesal argentino. La Corte Suprema falló el 21 de noviembre de 2006, y en su pronunciamiento expresó que había sido el propio máximo tribunal el que había aceptado la sentencia de la jueza de primera instancia, razón por la cual había ordenado el retiro de la imagen religiosa. En consecuencia, la Corte revocó la sentencia de la Cámara respecto de la negativa a reconocer la legitimación activa de la ADC y declaró abstracta la cuestión de fondo, pues la imagen religiosa ya había sido retirada.

Algunas breves conclusiones de esta experiencia, que espero sirva como introducción al planteo que llevaré a cabo en este ensayo. En primer lugar, a quienes estuvimos involucrados en esta acción de la ADC nos llamó poderosamente la atención la masiva reacción de los medios contra la iniciativa. No tengo explicaciones contundentes para ofrecer, pero supongo que ello se debió a la necesidad de los medios de comunicación por intentar reflejar la perspectiva que ellos suponen que tiene su audiencia. Según datos no oficiales, siempre se habla de que 88% de las personas abrazan la fe católica en el país. Si ello fuera cierto, uno podría suponer que los periodistas y otros conductores de programas de noticias o de actualidad estaban tratando de representar a sus audiencias al hacer el tipo de planteos críticos que llevaban a cabo. Ello podría entenderse como una actitud coherente con el supuesto esgrimido por la acompañante del juez que me increpó en el restaurante cuando me decía que las cosas no quedarían “así” porque “somos mayoría”. También es preciso destacar la casi simétrica y positiva reacción tanto de la jueza de primera instancia como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta última, ya con una composición diferente y más liberal, por las renunciaciones y designaciones que tuvieron lugar en 2003 y 2004, que quien había autorizado la instalación de la imagen, no dudó en removerla ya sea como consecuencia de la sentencia de primera instancia o por su propia decisión. El caso, sin embargo, era muy particular, escogido deliberadamente por los abogados de la ADC como “sencillo”.<sup>6</sup> En primer lugar, se trataba de un caso que requería de un abordaje levemente más simple que otros, por dos razones. En primer lugar, porque apuntaba a debatir



la situación de la entronización “oficial” de imágenes religiosas en un espacio particular como es el que ocupan los tribunales. Si bien muchos podríamos argumentar que el Estado en su totalidad debe adoptar una postura neutral frente a los habitantes sujetos de derechos constitucionales, la justicia es una institución en la que esa neutralidad hace a la esencia de su función, mientras que algunas voces podrían sostener que ello no es así en el caso de otros espacios como el del Poder Legislativo (posición con la que no estoy de acuerdo). Entonces, más allá de las discrepancias que podrían existir respecto de la instalación de imágenes religiosas en otros espacios controlados por el Estado, la ADC entendió que la demanda de neutralidad e imparcialidad era más fuerte por tratarse de edificios donde se imparte justicia. La segunda razón que hacía a este caso uno más sencillo que otros, es que el objetivo de ataque constitucional era una decisión precisa de la Corte Suprema autorizando la instalación de la Virgen María Reina de la Paz Medjugorje, mientras que una demanda similar referida a la instalación de los crucifijos en las salas de audiencias de casi todos los jueces del país, producto de una práctica generalizada, haría más difícil el conflicto. Es cierto que el caso podría haberse complicado aún más si los diferentes jueces intervinientes hubieran atendido al experto que expresó su opinión en una carta de lectores que apareció por aquellos tiempos en un periódico de circulación nacional. Este sujeto argumentaba que una vez que la virgen instalada originalmente fuera reemplazada por la Virgen del Rosario de San Nicolás, el amparo interpuesto por la ADC debía caer por tratar una cuestión abstracta, pues si lo que quería era que la Corte removiera esta segunda

imagen, debería interponer un segundo amparo. Interesante cuestión procesal relacionada con una compleja cuestión teológica: ¿estaba el amparo dirigido a remover a la primera virgen o a cualquier virgen? ¿Era una misma virgen representada por dos imágenes o se trataba de dos sujetos diferentes, y por lo tanto de dos agravios distintos? Afortunadamente, los jueces no siguieron esta vía argumental. Más allá de la ironía, esa carta de lectores reflejaba, a mi entender, el tipo de debate público que se dio a raíz del caso. No es un dato menor que el editor de ese periódico decidiera publicar la carta sosteniendo ese insólito argumento. Otra razón que contribuyó a la elección de este caso como ejemplar se relacionaba con el hecho de que la instalación improvisada en el *hall* central del Palacio de Justicia, la afluencia permanente de fieles para orar delante de la imagen, la instalación de otras imágenes y de la urna para mensajes, eran elementos que iban convirtiendo aquel espacio a los pies de la dama que representa a la justicia, en un altar religioso, y ello hacía del caso, desde el punto de vista simbólico, uno mucho más interesante por su visibilidad y extravagancia. Esto tiene que ver con el tipo de litigio estratégico que lleva a cabo la ADC u otras organizaciones similares, de modo que, con objeto de hacer su punto, buscó el mejor caso posible para llevar a juicio. El ejemplo nos motiva para recorrer algunas preguntas que creo centrales respecto de la instalación de imágenes religiosas por parte del Estado en ámbitos bajo su control y potestad. La primera pregunta que propongo responder es la de si el Estado tiene una obligación de permanecer neutral en materia religiosa, en particular, si se trata de un Estado configurado por una Constitución de corte liberal, que asume un

compromiso con la igualdad de trato y con la protección de la autonomía personal. Luego me referiré en particular a la neutralidad que deberían asumir los jueces en un régimen constitucional liberal, en el que ellos, como es el caso de Argentina, tienen la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes en el marco de un derecho procesal que supone que la solución requiere de la intervención de las partes en igualdad de armas y de un juez que no decida de acuerdo con sus convicciones, sino con los mandatos constitucionales de aquella Constitución liberal. Me referiré a estas cuestiones en las siguientes secciones.

## II. IGUALDAD Y AUTONOMÍA

Todas las Constituciones de raíz liberal expresan su compromiso con la igualdad de trato y con la protección de la autonomía personal. La Constitución argentina no es una excepción, y por eso la tomaré como ejemplo, aunque creo que los argumentos que aquí expondré podrían extenderse a otras naciones con similares ideas expresadas en sus Constituciones. Empecemos por la protección de la igualdad de trato ante o por la ley y su corolario en materia de neutralidad en materia religiosa por parte de la autoridad estatal. Muchos autores afirman que existen dos formas de entender el significado del principio de igualdad.<sup>7</sup> Por un lado, la aproximación que lo entiende como la expresión del principio de no discriminación o, entendido como equivalente, el principio de trato no arbitrario. Según esta idea de igualdad, el Estado está impedido de realizar tratos desiguales, irrazonables o arbitrarios entre las personas. La irrazonabilidad se

da cuando el trato diferente se funda en criterios que no guardan relación con el fin buscado por la regulación que recurre a ellos. Por ejemplo, si el Estado solo le diera licencias de conducir a las mujeres recurriendo al sexo de las personas como el criterio relevante para llevar a cabo un trato diferente como este, dado que el sexo de una persona no guarda relación alguna con la capacidad de conducir correctamente un vehículo y así evitar accidentes (que es el fin buscado de la regulación), entonces el trato se considera contrario al principio constitucional de la igualdad. La otra idea de igualdad es la que la asocia con el principio de no sometimiento. Esta noción de igualdad entiende que el compromiso del Estado con la igualdad se relaciona con su obligación de evitar, o de dismantelar, toda estructura social generada por normas o por prácticas del Estado o de personas particulares, que conducen a colocar a un grupo de individuos en una situación peor que a otros grupos de personas de un modo sistemático y a través del tiempo. Por ejemplo, si a raíz de la existencia de normas o de prácticas sociales los afrodescendientes que habitaran un país determinado, por ejemplo los Estados Unidos en los años cincuenta, se vieran impedidos de acceder a la educación universitaria, o a posiciones políticas relevantes, o a la administración pública, si la vida de cada uno de los integrantes de ese grupo se viera determinada por su condición de tal y por el trato que ese grupo recibe de parte del resto de la sociedad, entonces el compromiso del Estado con la igualdad, entendida como no sometimiento, le demanda dismantelar esas estructuras que generan el sojuzgamiento del grupo en cuestión.<sup>8</sup> Bajo ambas visiones del principio de igualdad, el Estado tiene la obliga-

ción de evitar que se trate con privilegios a quienes profesen una fe determinada, ya sea porque ello sería irrazonable, en el sentido de arbitrario, o porque, en algunos casos, podría contribuir a perpetuar la subordinación de un grupo particular diferente de quien recibe el trato privilegiado. Es preciso destacar que en algunos casos la adopción de una determinada creencia religiosa por parte del Estado conduce a profundizar la situación de sometimiento y de desigualdad estructural de ciertos grupos, como suele suceder con las mujeres o los homosexuales. De este modo, el compromiso del Estado con la igualdad funcionaría como un impedimento para que este lleve a cabo tratos preferenciales hacia los miembros de un grupo religioso determinado, sea mayoritario o minoritario. Cualquier Estado que asumiera ese compromiso con el ideal de la igualdad de trato estaría asumiendo implícitamente un compromiso con la neutralidad en materia religiosa y, por ende, con la laicidad.

Por otro lado, el Estado de raíz liberal también asume un compromiso con la protección de la autonomía personal. En el caso de la Constitución argentina, por ejemplo, ella establece en su artículo 19 que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. La Corte Suprema argentina ha interpretado en reiteradas oportunidades que este artículo debía ser interpretado en el sentido de un reconocimiento de la protección de la autonomía personal y de la libertad de la persona de decidir y de llevar a cabo su plan de vida sin interferencias de terceros, principalmente del Estado. En este sentido, sería admisible la interferencia estatal si

ella tuviera por objeto la protección de la autonomía de terceros, pues siendo el principio de autonomía de carácter universal, sería inconsistente reconocer la posibilidad de que la realización de la autonomía de una persona se lograra por medio de la lesión o anulación de la autonomía de otra persona. También serían coherentes con el reconocimiento el respeto del principio de autonomía las interferencias estatales con las acciones de un sujeto, aquellas que persiguieran el objetivo de proteger a ese individuo de sus propias acciones o decisiones. Estas interferencias son denominadas “paternalistas” por alguna doctrina,<sup>9</sup> y estarían justificadas en la medida en que el agente tomara una decisión que afectara su plan de vida, pero que estuviera motivada en una grave falta de información o que tuviera lugar mediando falta de voluntad. Por ejemplo, si una persona decidiera llegar a su oficina lo más rápido posible y estuviera determinada a hacerlo volando como un pájaro, impedir que salte por la ventana con ese objetivo no sería una interferencia prohibida con su autonomía, sino una interferencia consistente con el compromiso de respetar su libertad de concretar su plan de vida, que en este ejemplo consiste en llegar a salvo al trabajo y no el de suicidarse. La decisión de salir volando por la ventana, debido a un error grave acerca de las leyes de la física o de las posibilidades de volar de los humanos, no es una decisión compatible con el plan de vida que incluye la decisión de llegar pronto a la oficina. Todo lo contrario: esa acción supuestamente autónoma es frustrante del plan de vida escogido por el propio agente. Una situación similar tendría lugar en el caso en que la decisión de salir volando por la ventana se tomara bajo la influencia de algún sicofármaco que impidiera al

sujeto actuar de acuerdo con su propia voluntad. Estas interferencias paternalistas deben diferenciarse de las denominadas interferencias perfeccionistas,<sup>10</sup> que surgen a partir de que un actor diferente al sujeto autónomo; por ejemplo, el Estado, identifica un plan de vida ideal y pretende obligar a ese sujeto a llevarlo a cabo. En este sentido, si el Estado asumiera que es mejor para la vida de la gente que las personas no se divorcien ni contraigan nuevas nupcias, y por ello prohibiera el divorcio vincular de las personas casadas. En efecto, este fue el caso de la decisión que la Corte Suprema argentina tomó en el caso *Sejean*,<sup>11</sup> en el cual se discutía la constitucionalidad de aquellas normas del Código Civil que impedían a una pareja casada disolver su vínculo y contraer, si así lo deseaban, un nuevo matrimonio. La Corte entendió que esa normativa asumía la creencia de la religión católica de considerar indisoluble el matrimonio había sido aceptada como parte de un plan de vida ideal que se imponía a todas las personas sin importar sus creencias. De este modo, esa interferencia estatal con los planes de vida de las personas fue considerada perfeccionista, y, por ello, contraria al compromiso constitucional de proteger la autonomía personal de los individuos. Un argumento similar subyace a la reforma legal que habilitó la posibilidad de que el matrimonio en Argentina pudiera realizarse entre personas de un mismo sexo.<sup>12</sup> Ese compromiso con el principio de autonomía y su correlato, la prohibición de que el Estado lleve a cabo interferencias perfeccionistas que frustren los planes de vida de las personas, exige, una vez más, la neutralidad del accionar del Estado en materia de creencias religiosas —o de otro tipo— y, por ende, es un fundamento adicional de su requerida laicidad.

### III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

En la sección anterior me referí a dos razones de índole sustantiva, asociadas al reconocimiento de derechos individuales clásicos de una Constitución de corte liberal, como la adhesión a los principios de igualdad y de autonomía personal —algunos podrían incluso sostener que primero se desprende del segundo—, para justificar la neutralidad y la laicidad del Estado. En esta sección me referiré a una razón de índole política y procedimental. Las Constituciones liberales se adhieren también a la conformación de un régimen político democrático para la toma de decisiones públicas. La adopción de este tipo de régimen es consistente con el reconocimiento de aquellos dos principios de autonomía y de igualdad, pues no sería aceptable que la Constitución reconociera la autonomía para la adopción de un plan de vida en términos privados o individuales y que no reconociera la misma autonomía en términos públicos o colectivos. Los destinos del colectivo del que un sujeto forma parte son también constitutivos de su plan de vida individual. Las decisiones referidas a cuestiones que afectan al colectivo deben, por ello, partir de la expresión de voluntad de aquellas personas que serán alcanzadas por la decisión pública. La democracia es, así, básicamente un sistema de autogobierno ciudadano, en el que los individuos que forman parte del colectivo toman decisiones individuales sobre lo que debería hacerse como comunidad política. Si bien existen diversas concepciones de democracia, aquellas que la asocian con el ideal del autogobierno comparten la creencia de que la deliberación previa a la decisión mayoritaria es



una precondition necesaria para el reconocimiento de la legitimidad de las decisiones adoptadas.<sup>13</sup> De este modo, tomando prestado el vocabulario de la doctrina sentada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times vs. Sullivan*,<sup>14</sup> el debate o deliberación que conduce a la decisión democrática debe ser amplio, desinhibido y robusto, no dejando espacio alguno para la afirmación dogmática o la petición de principios. La democracia deliberativa no admite, tal como lo pregonan John Stuart Mill, Alexander Meiklejohn u Owen Fiss, la existencia de verdades indiscutibles. La duda acerca de lo que se debe hacer en términos públicos es el motor que hace funcionar la deliberación, y que, al ser lo más desinhibida y robusta posible, ofrece mejores oportunidades de acertar con la decisión apropiada. En este sentido, a los argumentos sustantivos de corte liberal esgrimidos anteriormente referidos a la protección de la autonomía y de la igualdad, se agrega el argumento procedimental o político asociado a la adopción de un régimen democrático de gobierno que impide al Estado dar por precluida ninguna discusión sobre la base de la adopción o el endoso de una creencia religiosa determinada. La democracia, y en particular su concepción deliberativa, exigen del Estado su neutralidad en ese proceso, que tiene a todos los titulares del autogobierno como únicos protagonistas.

#### IV. SÍMBOLOS RELIGIOSOS: ¿QUÉ SIGNIFICAN?

Hasta aquí ofrecí algunos argumentos que intentan justificar la separación entre el Estado y la religión. Básicamente, el compromiso con la igualdad y con

la autonomía, por un lado, y con el sistema democrático de autogobierno, por el otro, exigen del Estado su neutralidad en materia religiosa y, por ende, su laicidad. Ahora bien, ¿son estos argumentos apropiados para justificar la exigencia de que el Estado no despliegue símbolos religiosos en espacios que se encuentren bajo su control y potestad? ¿El despliegue de símbolos religiosos constituye en sí mismo un trato arbitrario o subordinante contrario a la igualdad? ¿O se trata un trato perfeccionista contrario a la autonomía personal? ¿Sería ese despliegue un obstáculo al normal desarrollo de un proceso democrático de autogobierno ciudadano? Las respuestas a estas preguntas requieren interpretar qué es lo que el Estado *hace o expresa* cuando toma la decisión de exhibir un símbolo religioso en un ámbito sobre el cual tiene control y potestad. Para intentar hacer este ejercicio interpretativo tomaré como ejemplo el caso de un Estado que despliegue crucifijos o imágenes de la Virgen María en oficinas de la administración de gobierno, el Parlamento, los tribunales o las escuelas públicas, advirtiendo que estas breves líneas no me permitirán desarrollar las diferencias en los argumentos que deben darse en cada caso y poniendo el énfasis en sus comunes denominadores. También asumiré que ese Estado no solo despliega esas imágenes asociadas con una religión en particular, sino que además exhibe *solo* imágenes de ese credo y no de otro o de imágenes alegóricas no religiosas.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada se han intentado argumentos tendentes a desconectar la instalación de los símbolos aludidos del significado religioso que ellos tienen para personas que comparten o no esa fe. Me referiré a dos de esos

argumentos a modo de ejemplo. El primero, apunta a despojar al símbolo de su significado religioso. El segundo, reconoce el significado religioso, pero no lo interpreta como la adopción por parte del Estado de una creencia como oficial o verdadera, sino que considera los valores que nutren a esa creencia o a la iglesia que la pregona como parte de la identidad histórica nacional.

Con respecto al primer tipo de argumento, este defiende la idea de que el despliegue de crucifijos en salas en las que se imparte justicia no debería asociarse con la toma de posición por parte del Estado respecto de la creencia profesada por la Iglesia católica, sino que ese despliegue debería interpretarse como la exhibición de la máxima injusticia que un tribunal debería evitar como lo fue, desde la perspectiva de ese credo, la crucifixión de un inocente. Según este argumento, el crucifijo no representa la adhesión del Estado a una fe determinada, sino que debe ser leído en el presente como una imagen de aceptación universal que expresa el ideal de hacer justicia —o de no llevar a cabo una injusticia—. <sup>15</sup> Más allá de lo rebuscado del texto, pues esa crucifixión, justamente, no refleja el ideal de justicia desde la perspectiva de los creyentes católicos, sino que es la expresión de un enorme acto de injusticia, la estrategia discursiva e interpretativa busca despojar al símbolo de su carácter religioso. Algo similar ha sucedido con situaciones en las que el Estado ha instalado árboles de navidad en espacios públicos, bajo el argumento de que ese símbolo nunca tuvo —o ya perdió— un significado religioso, y representa hoy algún tipo de tradición culturalmente compartida, como aquella que comulga con

el deseo de prosperidad y buena vida representada por un árbol perenne.

Un argumento similar fue sostenido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Lynch vs. Bannelly* (1984), cuya doctrina se extrae del voto de la jueza Sandra Day O'Connor, quien sostuvo que los tribunales deberían aplicar lo que se llamó el *endorsement test* o test de la adhesión a la creencia. La magistrada sostuvo que la Constitución de los Estados Unidos —por medio de la llamada *Establishment Clause*— prohíbe al gobierno adoptar o apoyar una creencia o pertenencia religiosa que impacte sobre las posiciones que las personas tengan en la “comunidad política”. Si el gobierno apoyara o adoptara (*endorse*) una religión determinada, sostuvo la jueza, ello implicaría elevar a algunas personas a un estatus especial, porque sus creencias han sido oficialmente reconocidas, denigrando a aquellos que no adoptaron esa creencia. El *endorsement* del gobierno se convierte en central para la postura de O'Connor. Los jueces deberían preguntarse, según este test, si una “persona razonable” vería una acción particular del gobierno como un apoyo (o *endorsement*) de una religión determinada. Este test implica que ningún acto del Estado que signifique un *endorsement* a una creencia religiosa estaría permitido, pero, por otro lado, no considera contrarios a la Constitución los actos que impliquen solamente un reconocimiento de la existencia de una religión o el rol de la religión en la historia del país, acercándose a la interpretación del Tribunal Constitucional peruano, que veremos más adelante. La jueza consideró que la exhibición de un pesebre junto con la imagen de Santa Claus y otras expresiones seculares dispuestas por la autoridad pública impedirían a

esa “persona razonable” creer que la instalación del pesebre implicaba la adopción por parte del Estado de una postura religiosa contraria a la *Endorsement Clause* de la Constitución. Vale agregar que el juez Brennan se opuso con fuerza al voto de O’Connor, considerando que el Estado, la ciudad de Pawtucket, no había demostrado los propósitos seculares que llevaron a instalar el pesebre en el edificio público. Según este último magistrado, si lo que el Estado buscaba era simplemente alentar buenos deseos y promover el comercio, no era necesario instalar el pesebre. Cinco años después de *Lynch*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió *Country of Allegheny vs. ACLU* (1989). Esta vez se discutían dos situaciones en la ciudad de Pittsburgh. La primera implicaba la instalación de un pesebre donado por un grupo católico en la escalera principal de los tribunales locales (similar al caso de la Virgen de los Tribunales de Buenos Aires). La segunda se refería a la erección de un *menorah* propiedad de un grupo judío, un árbol de Navidad y un cartel proclamando el “saludo a la libertad” en un mismo espacio por parte del gobierno. En este segundo caso no había pesebres. La Corte decidió —con votos diferentes de todos los jueces— que la instalación del pesebre dentro de los tribunales era inconstitucional, pero que la segunda situación no representaba un acto contrario a la *Establishment Clause*. Para los jueces Rehnquist, Scalia, White y Kennedy, un grupo que podría ser identificado como conservador dentro de la Corte, sostuvo que mientras el acto estatal sea de un *pasivo* reconocimiento de un evento religioso, este no debería ser considerado inconstitucional. Stevens, Brennan y Marshall, el grupo liberal de la Corte de ese momento, entendió que las dos situaciones eran con-

trarias a la Constitución por violar la *Establishment Clause*. Estos jueces entendieron que debía aplicarse el test que O'Connor había diseñado en *Lynch*, es decir, si una persona razonable interpretaría el acto en cuestión como de apoyo o adopción de una creencia religiosa. Según los magistrados de este segundo grupo, el símbolo religioso solo sería constitucionalmente admisible si estuviera totalmente integrado en un mensaje secular. O'Connor y Blackmun entendieron que el establecimiento del pesebre era contrario a la Constitución porque implicaba un apoyo o *endorsement* del cristianismo. Para O'Connor, era relevante que sobre el pesebre colgaba la imagen de un ángel con una leyenda en latín que decía "Gloria a Dios en las Alturas", y que el pesebre estuviera ubicado en lugar "más hermoso" del edificio de los tribunales (algo comparable con la imagen de la Virgen ubicada en el *hall* principal del Palacio de Tribunales de Buenos Aires debajo de la imagen alegórica de la Justicia). Para la jueza, esa disposición de las imágenes implicaba la toma de posición por parte del Estado de que el nacimiento de Cristo era un evento altamente significativo. Por otro lado, los dos jueces entendieron que la instalación de la *menorah*, el árbol de Navidad y el saludo a la libertad, implicaban un mensaje de tolerancia y diversidad a los ojos de la "persona razonable", y no eran leídos como un apoyo o adopción de las creencias judías ni cristianas. En suma, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si bien en fallos muy dividido, existe la posibilidad de que el Estado exhiba símbolos religiosos, siempre y cuando sea claro para un observador razonable, que esa acción no expresa la adhesión a la creencia que el símbolo representa.

Otro ejemplo de intento de interpretación del acto estatal de exhibir imágenes como las mencionadas en cuanto expresiones no religiosas es el que desarrolla el Tribunal Constitucional de Perú en un caso decidido en 2009 sobre la constitucionalidad de la instalación de símbolos religiosos en los tribunales.<sup>16</sup> Allí, los jueces, en parte apoyándose en el artículo 50 de la Constitución de su país,<sup>17</sup> entienden que esos símbolos carecen de un significado religioso y expresan un elemento constitutivo de la cultura nacional. En este sentido, entienden que la influencia de la Iglesia católica en la construcción de la nación peruana es un rasgo de identidad tal, que negar la posibilidad de exhibir esas imágenes sería negarle al Estado expresar un aspecto medular de lo que significa *ser peruano*.

Esos intentos interpretativos de la práctica estatal de desplegar símbolos religiosos que buscan no considerarlos tales, sino alegorías sobre los valores de la justicia, la tolerancia o la diversidad, o expresiones de una cierta identidad histórica nacional, podrían ser más verosímiles si no fuera porque esa práctica está acompañada también de un contexto en el que las normas y las políticas específicas se apoyan en la misma creencia religiosa que esos símbolos expresan. Si fuera posible afirmar y demostrar que esos símbolos ya no tienen el significado religioso que tenían en otros tiempos, y que se convirtieron en alegorías de valores o rasgos culturales o tradicionales, quizá esos esfuerzos interpretativos tendrían algún grado de aceptación o mayor verosimilitud. Sin embargo, no es lo que sucede en muchos de los casos que observamos en América Latina. En sociedades mayoritariamente católicas, en las que los creyentes de esa fe veneran los símbolos que despliega el Estado en sus espacios, y en las que diversas

normas de derecho público y privado expresan creencias de esa misma religión, sostener que el significado de esos símbolos no es religioso, resulta una tesis inaceptable. Además, los detalles de cada instalación y sus coordenadas de tiempo y espacio son fundamentales para evaluar si se trata de una adhesión a una religión determinada o de una expresión ocasional de adhesión a ciertos valores. En cuanto al factor tiempo, creo que es relevante distinguir el hecho de que en un momento determinado el Estado despliega símbolos religiosos para, por ejemplo, mostrar su adhesión a la diversidad religiosa y cultural, de la práctica *permanente* de instalar crucifijos sobre la cabeza del sillón del presidente de un tribunal colegiado, como sucede con el recinto presidido por la Corte Suprema argentina cuando toma audiencias públicas. En cuanto al factor lugar, es claramente diferente que un tribunal asigne espacios específicos y marginales para instalar esas imágenes, a que las instale en el lugar más central del edificio o, parafraseando a O'Connor en *Allegheny*, en el "lugar más bello". Las decisiones sobre tiempo y lugar expresan o dan indicios acerca del significado que debemos asignarle al establecimiento de la imagen religiosa en un edificio bajo el control y la potestad del Estado.

Si esos símbolos expresan creencias religiosas —y no son la manifestación de un valor como el de justicia, el de tolerancia o la identidad histórica del pueblo—, entonces debemos interpretar el acto estatal de desplegarlos en el sentido de comunicar a la población que el Estado y el gobierno que lo administra en un determinado momento se adhieren a esas creencias. Si ello es así, entonces el Estado estaría, por medio de ese despliegue de símbolos, abandonando la



posición neutral y laica que el compromiso requiere con la igualdad, la protección de la autonomía y el establecimiento de un régimen de autogobierno.

Ahora bien, incluso si esto fuera así, algunas voces se levantarán en defensa de la instalación de imágenes religiosas por el Estado argumentando que esa manifestación de adhesión institucional a un credo específico no afecta necesariamente los derechos de las personas sujetas a los dictados de ese gobierno. Desde el discurso de Juan B. Alberdi, redactor del proyecto de Constitución de Argentina, expresando que los inmigrantes del mundo que quieran habitar la Argentina encontrarían la mayor de las protecciones a su libertad religiosa, al tiempo que establecería un trato preferente a la Iglesia católica,<sup>18</sup> hasta el fallo de la Cámara de Apelaciones en el caso de la ADC que presenté al comienzo de este ensayo, o la decisión del Tribunal Constitucional peruano en el caso de los crucifijos en tribunales de ese país, todos argumentan o presuponen que el despliegue de símbolos religiosos por parte del Estado no afecta derechos constitucionales. Su punto es que no es incompatible la adopción por parte del Estado de una postura que respalda a una fe determinada y el compromiso de ese mismo Estado con el deber de respeto de la igualdad, la autonomía y los derechos políticos derivados del autogobierno. Examinemos este punto en la siguiente sección.

## V. SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y AFECTACIÓN DE DERECHOS

En un régimen de democracia constitucional, la Constitución opera como límite —positivo o negativo—<sup>19</sup> a las decisiones mayoritarias tomadas democrá-

ticamente por el gobierno. Ese límite se expresa tanto como reglas de procedimiento o de funcionamiento de los poderes del Estado, así como por medio del reconocimiento de derechos que las acciones deben asegurar por acción o por omisión. En el primer caso, el de las reglas de procedimiento o de funcionamiento, es posible que su violación por parte del gobierno no se traduzca en una afectación de derechos, como sucede cuando el Poder Ejecutivo asume funciones que la Constitución asigna al Congreso. Es posible que en situaciones como la de este ejemplo se construya un argumento de afectación de los derechos de los diputados o senadores a ejercer sus poderes, o que los ciudadanos no tengan la obligación de obedecer una norma que no fue dictada por el órgano competente por ser ella inconstitucional —ese fue el argumento de Marshall en el famoso caso *Marbury vs. Madison*—.<sup>20</sup> Sin embargo, los jueces son generalmente reticentes en la mayoría de los países a reconocer la legitimación activa de los legisladores o de los ciudadanos en los casos hipotéticos planteados, dejando muchas violaciones procedimentales o funcionales sin control judicial. En este sentido, es casi improbable que se pueda plantear de modo judicial un caso por la inconstitucionalidad de la decisión o la acción estatal; por ejemplo, de instalar símbolos religiosos en edificios públicos cuando ella exprese *solo* una violación a la neutralidad del Estado en los procesos democráticos y no se vea vinculada a la afectación de un derecho concreto que, como dijimos, es la segunda forma en que se expresa la existencia del límite constitucional. Por ello, me concentraré en los próximos párrafos en los argumentos que se podrían construir en contra de la instalación de símbolos religiosos por parte del

Estado en función del respeto de derechos constitucionales, como la igualdad o la autonomía personal.

Desde el punto de vista estrictamente dogmático constitucional, según las posturas presentadas al final de la sección anterior, para argumentar que media una prohibición constitucional hacia el Estado de instalar imágenes religiosas en espacios que estén bajo su control y potestad debería establecerse que existe una afectación de derechos que encuentra como causa esa instalación. Desde esta perspectiva, parece sostenerse que con el solo hecho de exhibir una imagen religiosa con la anuencia con la autorización o con la iniciativa de la autoridad pública no se afecta el derecho de nadie. Esta postura se apoya en varios supuestos respecto de lo que trato igual significa (no se viola la igualdad si el trato desigual no causa un perjuicio) de la autonomía (se soslaya la posibilidad de que la persona se inhiba de expresar su identidad, sus creencias o sus ideas y se autocensura a causa del carácter dominante de una religión que es apoyada por el Estado) o la deliberación (que resulta afectada si hay cuestiones que ni siquiera se discuten por la potencia de la creencia religiosa apoyada desde el Estado).

La afirmación que sostiene que la adopción por parte del Estado de una religión favorita o privilegiada tiene consecuencias sutiles que atentan contra la igualdad, contra la autonomía y contra la deliberación. Ello tiene graves consecuencias para el desarrollo de una democracia liberal, pero tiene también serias consecuencias concretas, y para nada sutiles respecto de la posibilidad de reclamar por la afectación de derechos. En este sentido, un antiguo principio procesal expresa que de no mediar afectación de un derecho subjetivo no existe legitimación para accionar ante un juez. En este

caso particular, entonces, esas voces sostendrían que la manifestación de respaldo a un credo particular por parte del Estado por medio del emplazamiento de imágenes religiosas no afecta por sí mismo un derecho constitucional específico. Sería necesario, según este argumento, demostrar que una decisión particular del Estado, mediante la intervención de alguno de sus tres poderes, violó la igualdad ante la ley, como derecho constitucionalmente reconocido, en virtud de haber abrazado una creencia religiosa en particular. Si suponemos que, a pesar de existir una manifestación pública de adhesión a una fe particular, el Estado procediera con imparcialidad y respeto del principio de igualdad de trato, entonces, según la postura que describo, no habría inconsistencia alguna entre esa manifestación y las decisiones que toma. Sin embargo, incluso si nos adherimos a esta estrecha noción de “afectación” y, por consiguiente, de “legitimación”, ello solo impediría la acción ante un tribunal, pero no disiparía las críticas que se podrían articular desde la teoría política a causa de la contradicción que existiría entre los principios que justifican la obediencia a la autoridad democrática y la adhesión institucional del Estado a una fe determinada. En este sentido, podemos recurrir a las nociones de legitimidad objetiva y legitimidad subjetiva,<sup>21</sup> y mostrar que bajo ninguna de las dos concepciones de legitimidad sería admisible que el Estado adoptara una religión como favorita o destinataria de un trato particular. La noción de legitimidad objetiva es aquella que, según Nino, es soslayada por la ciencia política y sobre la cual posa su mirada la ética, la moral y una cierta concepción del derecho. La legitimidad objetiva se refiere a la justificación moral de las instituciones o, en otras palabras,

la identificación de aquellos principios morales que permiten afirmar que una cierta institución, cuando es apoyada en ellos, está justificada, proporcionándonos razones morales para acatarla, respetarla, o incluso obedecer sus dictados. La democracia deliberativa, por ejemplo, como régimen de autogobierno ciudadano basado en la búsqueda colectiva de las mejores decisiones, en tanto justificada en su carácter de sucesor imperfecto del discurso moral ideal, es un régimen político legítimo en términos objetivos, que nos permite afirmar que las decisiones que de él emanan son obligatorias —a menos que entre en conflicto con los presupuestos de ese régimen—.<sup>22</sup> La legitimidad subjetiva, sobre la que mayor atención prestan los científicos de la política, en cambio, se funda en la creencia de las personas acerca de la legitimidad de una institución y de las decisiones o mandatos que emanan de ella. En este sentido, más allá de su legitimidad objetiva, una institución es legítima en términos subjetivos cuando aquellos que son destinatarios o afectados por sus decisiones la consideran legítima. Esa legitimidad subjetiva puede estar relacionada, por ejemplo, con los procedimientos que llevan a la decisión cuya legitimidad se encuentre bajo análisis. Para una comunidad de demócratas, la legitimidad de una decisión tomada por una cierta autoridad estaría dada por el respeto a los procedimientos democráticos. Si se violan esos procedimientos, entonces la institución que tomó la decisión carecería de legitimidad y los sujetos alcanzados por esa decisión no entenderían que tienen la obligación de obedecerla. En este sentido, las personas creen que la decisión de la autoridad es legítima en términos subjetivos, entre otras razones, cuando se cumplen ciertos requerimientos

procedimentales.<sup>23</sup> Con este bagaje conceptual en mente, podemos afirmar que la pérdida del carácter neutral del Estado cuando este adopta una creencia religiosa como favorita o privilegiada afecta tanto su legitimidad objetiva —pues desde el punto de vista de la teoría de la democracia deliberativa, por ejemplo, no sería admisible—, sino que también afecta su legitimidad subjetiva, pues los ciudadanos no verán las decisiones de autogobierno como el resultado de un procedimiento aceptable desde el punto de vista democrático. Es preciso destacar que existe en el ejemplo que di una coincidencia *casual* entre el juicio que se desprende desde la perspectiva de la legitimidad objetiva (fundado una teoría política como la de la democracia deliberativa) y el que surge desde la perspectiva de la legitimidad subjetiva (la creencia de los alcanzados por las decisiones de una institución acerca de su legitimidad), pero ello se debe a que la creencia de los ciudadanos acerca de la legitimidad subjetiva de un gobierno democrático se funda en el *hecho* de que ellos consideran al procedimiento democrático como la precondition para asignarle legitimidad a una institución, pero no necesariamente porque esa creencia se apoye en una teoría política que tiene la aspiración de dar razones objetivas para la legitimidad de la institución. Hasta aquí, estas breves líneas intentan mostrar por qué la adopción de una postura por parte del Estado que reconozca un lugar de privilegio a una creencia religiosa en particular se encontraría enfrentada a cualquiera de las dos nociones de legitimidad que presenté más arriba. Ahora bien, el caso particular de una institución clave de una democracia constitucional como son las cortes, es un tanto diferente al de los órganos políticos de un

gobierno democrático. Si bien la legitimidad objetiva y subjetiva de los jueces para tomar decisiones se funda en su origen democrático pues ellos son elegidos por órganos que surgen a partir de la voluntad popular la legitimidad de sus decisiones también depende del procedimiento que tiene lugar *hacia el interior* de esa particular institución y que se llevan a cabo para arribar a una decisión. Veremos este caso en la siguiente sección.

## VI. EL CASO PARTICULAR DE LOS TRIBUNALES

El caso de la manifestación por parte de las cortes de un especial reconocimiento a una creencia religiosa en particular, que se manifiesta por medio del emplazamiento de símbolos religiosos en lugares de privilegio (por ejemplo, sobre la cabeza del sillón del presidente de la Corte Suprema en la sala de audiencias de ese tribunal), es diferente, aunque emparentado, con el establecimiento de imágenes religiosas en otros ámbitos del Estado, o incluso en las escuelas públicas o privadas. Como sugerí al final de la sección anterior, la legitimidad objetiva y subjetiva, pero sobre todo esta última, de las decisiones de los jueces surge a partir del modo en que se designan esos funcionarios —a partir de la decisión de órganos elegidos por el pueblo—, pero especialmente por una serie de reglas que rigen el procedimiento que conduce a tomar las decisiones que se expresan en los fallos que los magistrados dictan en casos particulares. Algunas de esas reglas, además, se expresan en las Constituciones y tratados internacionales de derechos humanos en el lenguaje de los derechos, como el derecho a

la igualdad (de las partes), el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia o el derecho a un juez natural. Volviendo sobre el punto que hice más arriba sobre las dificultades que presenta cierta visión de la dogmática constitucional en cuanto adopta una concepción estrecha de la noción de afectación de un derecho y, por ende, de la noción de legitimación activa para accionar ante un juez, nos encontramos con el argumento que sostiene que la exhibición de un símbolo religioso sobre la cabeza del juez que preside un tribunal colegiado no implica *necesariamente* que el procedimiento que ese tribunal lleve a cabo esté viciado en cuanto a su neutralidad, y que, por ende, los derechos de los justiciables se vean *inevitablemente* afectados por esa manifestación de adhesión institucional a una creencia religiosa en particular (descartando las otras teorías acerca de que esa exhibición representa significados diferentes a la adhesión a una religión particular). Es verdad que no se desprende necesariamente ninguna afectación con esa toma de posición institucional, a menos que nos detengamos en la legitimidad subjetiva de la institución y en la implicación que ella tiene sobre los derechos de los justiciables a *creer* que los jueces decidirán en un marco de neutralidad y por medio de un proceso que respete la igualdad. En otras palabras, lo que propongo es considerar si los derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley no comprenden el derecho a la *expectativa* de que la decisión será respetuosa de la igualdad y de la autonomía, y que el debido proceso en verdad *requiere* que el justiciable asigne legitimidad subjetiva a la institución que tomará una decisión que lo afectará en cuanto al ejercicio de sus derechos.



En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, al interpretar el alcance del derecho al debido proceso establecido en el artículo 6o. de la Convención Europea de Derechos Humanos, al desarrollar la denominada “doctrina de la apariencia”, en casos como *Piersack vs. Bélgica*,<sup>24</sup> y *Cubber vs. Bélgica*.<sup>25</sup> En estas decisiones la Corte distingue entre la imparcialidad objetiva de los jueces, referida a “las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto”,<sup>26</sup> y la subjetiva, según la cual deben existir ciertas garantías que el tribunal está obligado a brindar con base en su función.<sup>27</sup> La Corte se refirió a esta segunda noción de imparcialidad en el caso *Kyprianou vs. Chipre*.<sup>28</sup> El TEDH construyó, a partir del caso *Delcourt vs. Bélgica*,<sup>29</sup> la doctrina según la cual la apariencia de imparcialidad es relevante para asegurar al justiciable su confianza en los tribunales, afirmando que no solo debe hacerse justicia, sino que también debe parecerle al justiciable que ella se ha hecho. El Tribunal completa esta noción de imparcialidad en el caso *Piersack*, donde establece que ella es parte de una garantía que se apoya en la necesaria confianza que los ciudadanos deben tener en los jueces. La relación entre imparcialidad y confianza de los juzgadores se ve reforzada en la decisión que el Tribunal tomó en el caso *Cubber*. Luego, en el caso *Hauschildt vs. Dinamarca*,<sup>30</sup> el TEDH sostuvo que el juicio sobre la imparcialidad del juzgador no debe realizarse en abstracto, sino que es necesario que la expectativa de parcialidad se pueda justificar en términos objetivos, doctrina que el Tribunal retoma en los casos *Sainte-Marie vs. Francia*,<sup>31</sup> *Fey vs. Austria*,<sup>32</sup> *Padovani vs. Italia*,<sup>33</sup> *Bulut vs. Austria*<sup>34</sup> y *Saraiva de*

*Carvalho vs. Portugal*.<sup>35</sup> En suma, según esta doctrina, la independencia y la neutralidad de los jueces es un factor fundamental para asegurar los derechos de acceso a la justicia, la igualdad y el debido proceso, pero también es fundamental la apariencia de esa neutralidad e independencia para asegurar la *creencia* del justiciable de que se encuentra ante un tribunal que le asegurara aquellos derechos.<sup>36</sup> La jurisprudencia sobre la “apariencia de imparcialidad” o, su opuesto, la *appearance of bias*, que desarrolló la Corte Europea —y, como veremos, también la Corte Suprema de los Estados Unidos— se basa en la noción del debido proceso, que algunos autores consideran inherente a la tradición del *common law*,<sup>37</sup> aunque nada obsta a considerarla también válida para regímenes constitucionales que han reconocido ese derecho.

La relación entre imparcialidad y confianza se ve también reflejada en las reglas procesales que existen en casi todos los sistemas jurídicos de raíz liberal y democrática referidos a conflictos de intereses; por ejemplo, aquellos que permitirían recusar a un juez con causa.<sup>38</sup> Este tipo de reglas no justifican el apartamiento de un juzgador sobre la base de sus decisiones parciales, sino sobre el *supuesto* de que *probablemente* no será imparcial a causa de sus posturas, creencias o relaciones con las partes *antes* de emitir un juicio. Por lo tanto, frente a la crítica de que se requiere una afectación real a un justiciable por parte de una decisión actual de un juzgador que ha sido parcial, se podría oponer el argumento de que el derecho al debido proceso permite justificar la adopción de medidas *antes* de que la decisión se tome sobre la base de la desconfianza fundada que existe respecto de la imparcialidad del juez, como sucede con las

reglas procesales de la recusación con causa de los juzgadores.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, por su parte, también se ha referido a esta noción que nosotros llamamos aquí de “legitimidad subjetiva”, para asegurar el derecho al debido proceso en una serie de sentencias en las que examinó la constitucionalidad de la elección popular de los jueces y la cuestión acerca de si las contribuciones hechas por los donantes a sus campañas electorales afectaban la neutralidad de los jueces en casos en los que luego tomaran parte; por ejemplo, en *Caperton vs. A.T. Massey Coal Co.* (2009),<sup>39</sup> la cuestión en examen no era si las apariencias afectaban el compromiso de los jueces con la neutralidad que debían asumir al decidir los casos que llegaran a sus estrados, sino el *riesgo* de que mediara parcialidad al tomar esas decisiones. La mayoría de la Corte dijo en estos casos que la enmienda XIV refiere al “estándar objetivo” de que la imparcialidad del juez está determinada no por la existencia de algún tipo de parcialidad real, sino por la apariencia de esa imparcialidad. En palabras de la Corte: “bajo la realista expectativa de que existan tendencias psicológicas y debilidades humanas”, es posible afirmar que existe “el riesgo de parcialidad real o de prejuicio por lo que la práctica debe ser prohibida para que se implemente adecuadamente la garantía del debido proceso”. En *Republican Party of Minn. vs. White* (2002),<sup>40</sup> la Corte sostuvo que incluso si los jueces se inhiben de favorecer a los donantes “la mera posibilidad de que sus decisiones pudieran estar motivadas en el deseo de recompensar a los que apoyaron con contribuciones a sus campañas socavaría la confianza pública en el Poder Judicial”. Vale resaltar que estas

decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son consistentes con las que tomaron jueces en otras jurisdicciones, como en el Reino Unido; por ejemplo, en *R. vs. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, donde Lord Hewart C. J. afirmó que “es de fundamental importancia no sólo que se haga justicia, sino que se ponga de manifiesto que no existen dudas de que se ha percibido que se ha hecho”.<sup>41</sup>

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En resumen, si bien existen fuertes razones para justificar la negativa a la instalación de símbolos religiosos en espacios controlados por el Estado fundadas en la teoría democrática o en una teoría liberal de los derechos, he tratado de mostrar que desde un punto de vista dogmático constitucional también podemos esbozar argumentos para demostrar que la instalación de esos símbolos, particularmente en los tribunales, implica una afectación del derecho al debido proceso y a la igualdad ante la ley. La idea que sostiene que no hay incompatibilidad entre la instalación de esos símbolos en las Cortes y el reconocimiento de esos derechos, se funda en una noción de imparcialidad que soslaya la importancia de la confianza en la neutralidad de los tribunales para la comunidad política, elemento fundamental del Estado de derecho, como parte constitutiva del mismo derecho al debido proceso y a la jurisdicción. La doctrina de la apariencia nos brinda un argumento útil en este sentido, pues entiende que el debido proceso no solo se asegura con decisiones imparciales, sino también con la apariencia de imparcialidad del juzgador, algo que no se logra

cuando el propio Estado adopta una religión como privilegiada y lo expresa a través de la instalación de símbolos religiosos. En suma, el respeto de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho a la libertad religiosa, se levanta como un obstáculo insoslayable frente a la posibilidad de que ambas ramas de tribunales compartan el mismo espacio en el que aquellos derechos encuentran su último refugio.



## NOTAS

<sup>1</sup> Organización de la cual fui director ejecutivo de 2001 a 2009.

<sup>2</sup> Véase [http://www.adc.org.ar/sw\\_contenido.php?id=204](http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=204)

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> El profesor Humberto Quiroga Lavié, por ejemplo, sostiene que tal invocación “expresa la fe del pueblo argentino, pero sin calificar a Dios. Puede ser tanto el Dios de los católicos, como el de los judíos. El Dios de los fervientes creyentes, como el de los agnósticos que solamente afirman los dictados de su conciencia o imperativo categórico universal como guía de sus actos”. Véase *Constitución Argentina comentada*, 2a. ed., Buenos Aires, Zavalía Editor, 1997, p. 10. La profesora María Angélica Gelli, por su parte, afirma que “...en armonía con la invocación a Dios efectuada en el Preámbulo —teísta pero no confesional— ...La República Argentina no adoptó una religión de Estado en su Constitución, aunque el gobierno federal está obligado al sostenimiento del culto católico...”, véase *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 32. El miembro de la Corte Suprema y prestigioso académico, Carlos Fayt, afirma que “Es de hacer notar que en nuestro país no existe religión oficial o religión del Estado, reduciéndose el sistema a la ayuda financiera a la iglesia católica, sin que esto implique decaimiento o menoscabo a la libertad de cultos”; véase Fayt, Carlos S., *Derecho político*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985, t. I, p. 347; Bidart Campos afirma que “No llegamos a advertir que la iglesia católica sea una iglesia oficial, ni que la religión católica sea una religión de Estado”, Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005, t. I, p. 543.

<sup>5</sup> Digo “aparentemente” porque la remoción también pudo estar fundada en las facultades que tiene la Corte para administrar el espacio físico del Palacio de Tribunales, independientemente de la decisión judicial que lo ordenó.

<sup>6</sup> Los abogados involucrados en la causa eran Alejandro Carrió, Hernán Gullco, Sebastián Schwartzman y Natalia Monti.

<sup>7</sup> Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

<sup>8</sup> Véase Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel y Scanlon, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1977, p. 84.

<sup>9</sup> Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *La Ley*, 1986-E, 648.

<sup>12</sup> Véase la transcripción de los argumentos que brindé como experto en favor de la reforma legal que derogaba el impedimento para contraer matrimonio a personas de un mismo sexo ante el Congreso de la Nación en <http://rpsaba.blogspot.com/2009/11/matrimonio-presentacion-de-roberto-saba.html?m=1>

<sup>13</sup> Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven, Yale University Press, 1995; en español, *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1998.

<sup>14</sup> 376 US 254, 1964.

<sup>15</sup> Véase post de Arias, Juan, “¿Es el crucifijo un símbolo religioso?”, *El País*, Madrid, con ocasión del fallo promovido por ONGs de Brasil para que se retiren de todos los edificios de los tribunales en el estado de Rio Grande do Sul <http://blogs.elpais.com/vientos-de-brasil/2012/03/es-el-crucifijo-un-simbolo-religioso-.html>

<sup>16</sup> STC Exp. núm. 06111-2009-PA/TC.

<sup>17</sup> Constitución del Perú, artículo 50, “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”.

<sup>18</sup> El artículo 2o. de la Constitución Argentina sancionada en 1853 establece que el “Estado sostiene el culto católico” al tiempo que el artículo 14 protege la libertad de cultos, el 16 la igualdad ante la ley y el 19 la autonomía personal.

<sup>19</sup> Sobre la noción de límite positivo y negativo, véase Saba, Roberto, “La Constitución como límite (positivo y negativo): el caso de la igualdad ante la ley”, en Gargarella, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

<sup>20</sup> 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

<sup>21</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos...*, cit., nota 13, pp. 570 y 571.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> Tyler, Tom, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, 2006.

<sup>24</sup> *Christian Piersack vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 1o. de octubre de 1982.

<sup>25</sup> *Albert de Cubber vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 26 de octubre de 1984.

<sup>26</sup> Escobar-Martínez, Lina Marcela “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *15 International Law*, Colombia, 2009, pp. 181-214.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> *Michalakakis Kyprianou vs. Chipre*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 27 de enero de 2004.

<sup>29</sup> *Emile Delcourt vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 17 de enero de 1970.

<sup>30</sup> *Mogens Hauschildt vs. Dinamarca*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 24 de mayo de 1989.

<sup>31</sup> *Sainte-Marie vs. Francia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 16 de diciembre de 1992.

<sup>32</sup> *Hans Jürgen Fey vs. Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 24 de febrero de 1993.



<sup>33</sup> *Alessandro Padovani vs. Italia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 26 de febrero de 1993.

<sup>34</sup> *Bulut vs. Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 22 de febrero de 1996.

<sup>35</sup> *Claudia Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 22 de abril de 1994.

<sup>36</sup> Richardson Oakes, Anne and Davies, Haydn, "Process, Outcomes and the Invention of Tradition: The Growing Importance of the Appearance of Judicial Neutrality", 51 *Santa Clara L. Rev.* 573, 2011, available at <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol51/iss2/5>

<sup>37</sup> *Idem*

<sup>38</sup> Agradezco el aporte de esta idea a Andrea Gualde.

<sup>39</sup> *Caperton vs. A.T. Massey Coal Co.*, 129 S. Ct. 2252, 2009.

<sup>40</sup> *Republican Party of Minn. vs. White*, 536 U.S., 2002, pp. 765 y 788-790.

<sup>41</sup> *R. vs. Sussex Justices*, Ex parte McCarthy, 1 K.B., 1924, pp. 256 y 259.