

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y EL DEBILITAMIENTO DEL ORDEN SOCIAL

The judicial interpretation and the weakening of the social order

Débora Ranieri de Cechini¹

Recibido: 5 de abril de 2018
Aprobado: 2 de mayo de 2018

Resumen: La *Lectio brevis* realizada en el inicio del año académico en la Facultad de Derecho (UCA) analiza, a raíz de la sentencia “Castillo c/ Ministerio de Educación de Salta”, de la Corte Suprema del 12 de diciembre de 2017, dos fenómenos jurídico-políticos de las últimas décadas en el ámbito jurisprudencial de los tribunales superiores: por un lado, vía modelo del neoconstitucionalismo, los jueces se han tomado la tarea de redefinir el Derecho vigente, apartándose especialmente de la literalidad del texto legal, con paradigmas, principios e ideas un tanto ajenas a lo justo, a la realidad de lo jurídico. Por otro lado, esta modalidad ha servido, además, para secularizar la educación, aún en Constituciones que no desconocen lo religioso, aplicando el tópico de neutralidad. Sin embargo, cuando el Estado no deja libertad a los padres que quieren que sus hijos reciban educación religiosa en la escuela, se aparta precisamente de esa supuesta neutralidad proclamada.

Palabras claves: Educación religiosa - Neutralidad estatal - Interpretación jurisprudencial - Neoconstitucionalismo - Laicidad.

1 Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Prof. Con Dedicación especial e investigadora (UCA). Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Correo electrónico: dcechini@hotmail.com.

Abstract: The *Lectio brevis* made at the beginning of the Academic year in the Faculty of Law (UCA) analyzes, following the decision in “Castillo c/ Ministerio de Educación de Salta”, of the Supreme Court of December 12, 2017, two legal-political phenomena of the last decades in the precedent scope of the Superior Courts: on the one hand, via the model of neoconstitutionalism, the judges have taken the task of redefining the current law, departing especially from the literality of the legal text, under paradigms, principles and ideas somewhat alien to the just, to the reality of the legal. On the other hand, this modality has also served to secularize education, even under Constitutions that do not ignore the religious, applying the topic of neutrality. However, when the State does not allow the freedom of parents who want their children to receive religious education at school, it departs precisely from that supposedly proclaimed neutrality.

Keywords: Religious education - State neutrality - Case Law - Neoconstitutionalism - Secularity.

Para citar este texto:

Ranieri de Cechini, D. (2018). “La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 19-34.

Estimados Sr. Decano, Dr. Daniel Herrera; Vicerrector de Integración, Pbro. Gustavo Boquin; Miembros del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho; Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Dr. Fernando Ubiría; Director de Posgrado, Dr. Gustavo Costa Aquilar; Director de Investigación, Dr. Nicolás Lafferrière; Profesores del Claustro docente y queridos Profesores Eméritos:

Me dirijo a ustedes en este día dentro de la gozosa Octava Pascual para ofrecerles esta breve *lectio* con motivo del inicio del presente año académico. El Sr. Decano, el Dr. Daniel Herrera, me ha honrado sobremanera al pedirme esta tarea, honor que se acrecienta al saber que estoy delante de juristas a los que les debo mucho a lo largo de estos años. Sea un gesto de agradecimiento hacia ustedes estas breves palabras.

Como muchos ya saben, durante el año pasado la Corte Suprema de Justicia resolvió la demanda “Castillo y otros c/ la Provincia de Salta”², en la

2 “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”, CSJN, 12 de diciembre de 2017.

que se cuestionó la constitucionalidad de una ley que establece la educación religiosa en las escuelas públicas, a elección de los padres de los alumnos³, conforme al art. 49 la Constitución de esa misma provincia⁴. Los jueces de la Corte advirtieron que la resolución de la causa no era menor, por lo que decidieron convocar a la presentación de *Amicus Curie*⁵ en audiencias públicas. Lo notable de este acontecimiento es que la respuesta no sólo fue masiva —se presentaron casi medio centenar de “amigos del Tribunal”, de los cuales diecinueve son profesores de esta Facultad⁶—, sino que incluso salió a la luz una especie de muestra real del estado cultural, filosófico, jurídico y religioso de nuestra patria.

Así, a lo largo de tres largas audiencias públicas⁷ desfilaron diferentes

3 El art. 8º, inc. m de la Ley N° 7.546, enuncia como principio, fin y criterio de la educación en la provincia garantizar que “los padres y, en su caso, los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, y el art. 27, inc. ñ de la misma ley, establecía como objetivo de la educación primaria, en Salta: “Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

4 El art. 49 de la Constitución salteña prescribe: “Los padres y, en su caso, los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

5 La CSJN estableció la figura de *Amicus Curiae* a través de la Acordada N° 24/2004. Sobre el fundamento de su creación, allí estableció: “[...] como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto”.

6 Varias de estas presentaciones fueron publicadas en *El Derecho*. Cfr. Lafferrière, N., “En torno a la educación religiosa en las escuelas públicas en Salta”, *ED*, 16 de agosto de 2017, pp. 1-4; Punte, R. y Ranieri de Cechini, D., “La relación entre Estado y Religión en el orden constitucional argentino y la falacia de la neutralidad estatal a propósito de la enseñanza religiosa en las escuelas salteñas”, *ED*, 16 de agosto de 2017, pp. 4-7; Padilla, N., “Libertad religiosa y educación: una necesaria armonía”, *ED*, 24 de agosto de 2017, pp. 1-3 y Portela, J., “La cultura de Salta como un ‘fragmento’ de la Constitución y el derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos”, *ED*, 24 de agosto de 2017, pp. 4-5.

7 Cfr. sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, <http://cij.gov.ar/nota-26959-La-Corte-Suprema-realizar--una-audiencia-p-blica-en-una-causa-en-la-que-se-debate-la-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-de-Salta.html>.

asociaciones⁸ –entre ellas, la Gran Masonería–, universidades⁹ y juristas¹⁰ que, a la manera de una obra de teatro y con diferentes monólogos, se fueron alternando entre las voces a favor y en contra de la educación religiosa, frente a las miradas de cuatro integrantes del máximo tribunal, dado que uno de ellos debió excusarse al haber sido quien había promovido la demanda a través de la Asociación por los Derechos Civiles en el año 2010¹¹ –escena decorada no sólo con la belleza señorial de ese salón de audiencia¹² sino también enmarcada, por encima de los sitiales de cada juez, con una talla del “Cristo de los Constituyentes”, crucifijo que es la réplica del que se encuentra en el Convento de San Francisco en Santa Fe, talla ante la cual se había jurado la Constitución de 1853.

8 Las Asociaciones que se presentaron a favor de la educación religiosa fueron: Prodeci (J. I. de la Riva), FAERA (Federación de Asociaciones Educativas Religiosas de la Argentina), Fundación Centro Cultural Universitario (E. Quintana, S. Calderone), Asociación Civil Educación Popular (Pbro. E. Herrmann), Corporación de Abogados Católicos (E. Ramos Mejía), Asociación Juan Domingo Perón (Julio San Millán y P. Garat) y Fundación Latina de Cultura (I. Franck). En contra: APDH (Asamblea Permanente por los Derechos Humanos), Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos, ACIJ (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia), CELS y ACLU, Centro de Estudios en Derecho y Economía UBA (Juan Vicente Sola), CEDH (Centro de Estudios en Derechos Humanos), CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos), Federación Nacional de Docentes Universitarios (CONADU), Frente de Abogados Populares, Gran Logia de la Argentina de Libres y Aceptados Masones.

9 Las Universidades a favor de la ley salteña fueron: UCA (Rector Mons. Víctor Fernández y Vicerrector Gabriel Limodio, Decano D. Herrera), Universidad Austral (Rector: J. Albertsen, texto de Alfonso Santiago y Úrsula Basset). Las Universidades en contra: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de José Clemente Paz (UNPAZ).

10 Se presentaron a favor de la constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta: Barra, R.; Bianchi, A.; Coviello, P.; Gentile, H.; Gómez Diez, R.; Lafferriere, N.; Maino, G.; Mayoral, N.; Navarro Floria, J.; Padilla, N.; Portela, J.; Punte, R. y Ranieri, D.; Sacristán, E.; Suriani, A. En contra: Alegre, M. y Gargarella, R.; Bodart, A. y Ripoll, V.; Bardelli, J.; Becerra, M.; Cerrano, G. (senadora P. Obrero); Gil Domínguez, A.; López, P. (P. Obrero); Lozada, F. (laicismo.org) y Puig, C.

11 El Ministro Carlos Rosenkrantz era tesorero de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) en el año 2010, cuando presentaron el amparo colectivo cuestionando la constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas de nivel primario de la provincia. Este tipo de acciones se encuadra en el denominado “litigio estructural”, que consiste en buscar un caso que genere un *leading case* en la Corte Suprema, para poder así cambiar políticas públicas sobre alguna cuestión controversial; cfr. Gómez Diez, R., “Educación religiosa, litigio estructural y sociedad plural”, *ED*, 14 de agosto de 2017, p. 3.

12 Este ambiente tiene forma rectangular, con las paredes revestidas de *boiserie* muy ornamentada. El cielorraso curvo en forma de bóveda define tres sectores: el del estrado, el del público y el de acceso. En el estrado se encuentran nueve sitiales de madera tallada donde se sientan los Ministros. El del centro corresponde al del Presidente de la Corte y su respaldo tiene la figura del Escudo Nacional.

Durante esos días –les confieso–, la memoria me trajo las reflexiones que Eduardo Mallea en su *Historia de una pasión argentina*¹³, movido por una profunda angustia sobre el destino de nuestro país, al ver que había equivocado su rumbo al no profundizar sus raíces espirituales y culturales, expresaba en el Prefacio de 1937: “Contra ese desaliento me alzo, toco la piel de mi tierra, su temperatura, estoy al acecho de los movimientos mínimos de su conciencia, examino sus gestos, sus reflejos, sus propensiones [...]”; mirada que lo llevó a concluir que en nuestro país había dos clases de hombres –a la manera paulina del hombre interior y del hombre exterior¹⁴– a los que ubicó según sus geografías: “[...] el pueblo de dentro, el pueblo de fondo, definido como silencioso, obstinado, conmovido y laborioso”, situado, sobre todo, en las estancias, las provincias, los pueblos, frente al “hombre exterior”, ubicado en las metrópolis, acorazado con la codicia del hombre industrial.

Señalaba Mallea, “las ambiciones, las ansias, las inquietudes son diferentes entre ambas clases de hombres”, advirtiendo con cierta esperanza que quizá “en la dimensión de esa diferencia podría residir la dimensión de nuestro posible crecimiento hacia la positiva integración de nuestro destino”.

De este modo, a la manera como describen los historiadores los acontecimientos, dos universos “cosmovisionales” se pusieron cara a cara: el mundo del interior del país más acostumbrado a una religiosidad que forma parte de su quehacer cotidiano y que no posee ningún trauma existencial cuando decide que sus hijos reciban junto a matemáticas, lengua y geografía las verdades elementales de su confesión religiosa, con un temple humilde, piadoso, conformando sociedades en las que la generosidad está más presente, entre ellas la familia y la amistad –esto me recuerda el cuento de un periodista que al visitar un pueblito en España y advertir el trato de los lugareños afirmaba que estaba seguro de que “allí no había llegado, todavía, ninguna de las ideas del iluminismo”–, frente a un universo urbano que hace tiempo perdió el hábito no sólo de preguntarse por el sentido de la existencia –que lo puede llevar cada tanto a arrodillarse frente al Santísimo– sino, lo que quizá es más evidente, se ha acorazado en una psicología autosuficiente que postula no necesitar ser redimida y que incluso el prójimo es visto muchas veces como una amenaza para su existencia¹⁵.

13 Eduardo Mallea escribió *Historia de una pasión argentina* en 1937 –publicado por editorial Sur– como un ensayo interpretativo de la realidad social y espiritual del país.

14 Cfr. el valioso análisis de la obra realizado en Roldán, A. F. (2004). “Eduardo Mallea y su visión del nuevo hombre argentino. Antropología de Historia de una pasión argentina”. Buenos Aires, disponible en https://www.ensayistas.org/filosofos/argentina/mallea/roldan.htm#_ftn1.

15 Ejemplo de ello es la discusión sobre el aborto en estos días como un supuesto dere-

El egoísmo y el instinto de supervivencia a toda costa se han hecho carne en este ciudadano. Así, para este modo de vida urbano, lo religioso se ha tornado algo arcaico, sin sentido, incluso un obstáculo para los ideales de un progresismo neomarxista que encuentra en el feminismo, en el ecologismo y en la educación sexual más atractivo que en ningún otro saber.

En este contexto, era difícil que ambas partes comprendieran sus perspectivas, como si hablasen lenguas diferentes y, los mismos jueces de la Corte, en sus preguntas a los maestros en la 4ª audiencia, demostraron cierta incompreensión sobre lo que implica esta materia para los padres de familia de esas sociedades. De este modo, un pedazo de la Argentina, Salta, llamada “la linda”, se convirtió en un territorio casi “extranjero” para la mirada porteña y desde allí no resultó tan sorprendente la sentencia dada el 12 de diciembre de 2017, en la que los argumentos de la mayoría (3 contra 1) oscilaron entre dos opuestos casi irreconciliables.

Por un lado, afirmaron la plena constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas públicas en el orden jurídico argentino, reconocimiento que se hizo imperioso ante la evidente existencia en la mayoría de los países de occidente de una costumbre semejante, no sólo en Europa sino incluso en varios países de Latinoamérica¹⁶. Quizá el mayor peso en esta decisión pudieron haberlo encontrado en la literalidad de los Convenios Internacionales, en los que se ha plasmado el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a su religión o convicciones¹⁷.

cho de la mujer. Agudamente, J. Pieper, en su clásica obra sobre las Virtudes fundamentales, al distinguir la justicia del amor y citando el art. 2º de la cuestión 58 de Tomás de Aquino, donde se pregunta si la justicia se refiere siempre a otro, señala que en la relación de padre e hijo “no hay sitio para la justicia estrictamente dicha, porque ninguno de los dos guarda respecto del otro absoluta separación individual, sino que más bien pertenece el hijo al padre, el cual se conduce con él tal y como lo hace consigo mismo”; Pieper, J. (2004). *Las Virtudes fundamentales*. Madrid. Rialp, 100. Signo de decadencia es entonces que debamos demostrar férreamente la alteridad del hijo por nacer respecto de la madre para que sea justa y lo deje vivir, dado que parece que ya no se puede hablar del amor de la madre hacia el hijo, porque se ha convertido en una especie de acreedor extraño a ella misma.

16 Un estudio sobre el tema ha señalado: “Apenas comenzado el nuevo siglo, y el nuevo milenio, en el año 2003 la UNESCO informaba que la enseñanza religiosa en las escuelas públicas se encontraba en aumento y servía de criterio de determinación de políticas de educación en numerosos países. La Oficina Internacional de Educación (OIE), con sede en Ginebra, recogía que, en 73 países, sobre 140 miembros, la Religión aparece en los horarios de las escuelas, en los primeros nueve años de la escolarización. Se trata de los países con un sistema educativo desarrollado, y, en su mayoría, del mundo occidental. La tendencia se mostraba en dirección inversa al siglo XIX y gran parte del siglo XX, en los grandes sectores donde antes se imponían el laicismo o regímenes políticos totalitarios”; Méndez, J. R., “Un derecho social y un deber estatal. Razones de la enseñanza religiosa escolar”, *ED*, 7 de julio de 2017, pp. 1-3.

17 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13, inc.

Pero por otro lado, y casi como si borraras con el codo lo que escribieron con la mano, declararon la inconstitucionalidad del artículo de la ley de educación, que establecía el dictado de la materia dentro del horario escolar, haciendo caso al tópico de “categoría sospechosa”¹⁸ de discriminación el que haya padres que quieran que sus hijos aprendan religión en la escuela¹⁹.

Si bien no es este el lugar adecuado para realizar un estudio pormenorizado de estos argumentos, de modo breve considero que esta Sentencia nos puede hacer reflexionar sobre dos problemáticas jurídico políticas que hacen a la comprensión del paradigma jurídico vigente.

En primer lugar, una fenomenología repetida en el quehacer jurisprudencial en las últimas décadas, que se refiere estrictamente al modo de interpretar las leyes y la Constitución.

En segundo lugar, las consecuencias que se siguen de esta decisión como un hito más en el cambio cultural que –a la manera gramsciana– se viene logrando en nuestro país.

1. La ley frente a la interpretación del juez.

Se nos hace obligado un breve análisis de un problema que nos atañe directamente a los que indagamos, investigamos y enseñamos el Derecho a diario. De allí el título colocado a esta *lectio*: “La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social”, la cual obedece al intento de contemplar un fenómeno jurídico-político que se ha iniciado hace más de cuarenta años y que se encuentra en pleno desarrollo sin que sepamos hacia dónde derivará.

Tal fenómeno consiste –desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho y de la teoría política– en el rol protagónico asignado a la tarea de los jueces, especialmente de las instancias más altas, no en la tradicional interpretación de las leyes o Constituciones vigentes, sino en lo atinente a la redefinición del Derecho, sus fuentes, su razón de ser e incluso su vigencia.

En palabras más sencillas, desde hace tiempo la jurisprudencia –a través de la pluma de los jueces– se ha tomado la tarea de redefinir el Derecho

3°); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12, inc. 4°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18, inc. 4°).

18 Este argumento de categoría sospechosa había sido desarrollado por el juez Domínguez en la primera sentencia sobre esta causa.

19 Un análisis crítico y fundamentado sobre por qué no puede encontrarse discriminación en el dictado de esta materia puede encontrarse en Massini Correas, C. I., “Sobre discriminación y religión. La enseñanza de la religión en las escuelas, ¿es discriminatoria?”, *ED*, 4 de agosto de 2017, pp. 1-3.

vigente, apartándose especialmente de la literalidad del texto legal, bajo paradigmas, principios e ideas un tanto ajenas a lo justo, a la realidad de lo jurídico. Este fenómeno a veces ha servido como excusa o como etapa estratégica previa para lograr después el cambio legislativo. Pensemos que el divorcio vincular fue precedido por el caso “Sejean”, el matrimonio llamado igualitario tuvo varios antecedentes jurisprudenciales en los que los jueces autorizaban, aún contra el Código Civil, el casamiento entre personas del mismo sexo, o el caso “FAL”, en el que la Corte Suprema reinterpretó el modo cómo debe protegerse la vida del por nacer, ponderando el querer de la madre con fundamento en recomendaciones de Comités Internacionales que ni son vinculantes ni pueden contradecir nuestro orden jurídico vigente. El denominado *soft law* ha sido una de las herramientas preferidas en estos últimos tiempos para cambiar la ley justa vigente.

Ahora bien, algunos han denominado a este fenómeno neoconstitucionalismo²⁰, otros –como magistralmente lo ha realizado el jurista italiano, Alessandro Pizzorusso– lo explican desde una especie de extrapolación del sistema del *common law* al sistema continental latino²¹. Más allá del rótulo o título que nos permita caracterizar a este fenómeno, es real y palmario, a nivel global, pero de modo muy especial en la jurisprudencia de nuestro país que, aún cuando advirtamos de manera evidente que el orden legal protege en alguna medida lo justo, las argumentaciones jurisprudenciales se encargan de diseñar un orden jurídico diferente.

En realidad, la cuestión iusfilosófica sobre las fuentes del Derecho –y específicamente la comparación entre la ley y la jurisprudencia– es un tema que ha atravesado la historia del pensamiento sobre el *ius* y sus causas. Basta recordar el análisis que el mismo Aristóteles realizaba al final del Libro V de la *Ética* a Nicómaco, cuando ante la posibilidad de la existencia de una ley justa que, en razón de un caso excepcional deviniese injusta en su aplicación, el recurso a la equidad era la vía más apropiada. Ahora bien, ese apartamiento de la ley por parte del juez, de ningún modo significaba sentenciar con un argumento contrario a la misma ley, sino que –a la manera como lo hubiese realizado el legislador– el juez debía legislar para el caso concreto. Se apartaba de la justicia legal pero en aras de la justicia general y no en contra. Recordemos, además, que Aristóteles analogaba *ius* –la mis-

20 Un valioso análisis sobre el Neoconstitucionalismo y la interpretación judicial puede verse en Mocoeroas J. M., “¿Una Constitución escrita en chino? Sobre el neoconstitucionalismo y el rol del Poder Judicial en la interpretación constitucional”, *El Dial*, 21 de noviembre de 2011, DC1759.

21 Pizzorusso, A. (2004). “Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto”. En *Scritti in memoria di Livio Paladin*. Napoli. Jovene.

ma cosa justa— con lo legal²², por lo que apartarse del *ius* legal debía ser un recurso muy excepcional.

En un sentido análogo, en el *Tratado de la Justicia*, Tomás de Aquino, cuando se detiene a analizar en la cuestión 60 el juicio²³, explica que “como acto del juez no es otra cosa que cierta definición o determinación de lo que es justo”, pero a continuación recuerda que lo justo puede ser de dos modos: por naturaleza o por convención (lo natural y positivo), para luego agregar: “Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos Derechos, aunque de diferente manera. Pues la ley escrita contiene el Derecho Natural, mas no lo instituye, ya que éste no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero la escritura de la ley contiene e instituye el Derecho Positivo, dándole la fuerza de autoridad. Por eso *es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo*”.

Vale la pena notar que esta defensa de la ley aristotélico-tomista está en las antípodas tanto del legalismo positivista kelseniano (cuyo fundamento de la ley sólo sería la voluntad del legislador) como del neoconstitucionalismo reinante, en el que la ley se deja de lado permanentemente en salvaguarda de ideas extra-jurídicas que se asemejan más a una declaración de deseos que a un Código jurídico. Lo que acontece entonces es que, en lugar de cambiar la ley o de reformar la Constitución convocando una convención constituyente, se reforma por vía jurisprudencial cómo debe leerse el texto legal.

Esto es precisamente lo que ha ocurrido en la sentencia de la Corte Suprema en el caso salteño. Lejos de respetar el Derecho Constitucional vigente —cuya justicia es evidente—, ha reinterpretado la Constitución para resolver el caso concreto. ¿Qué es lo que el voto mayoritario del máximo Tribunal redefinió del texto vigente en la Constitución Nacional?

En primer lugar, que la Constitución argentina no valoraría el aspecto religioso de nuestra cultura e historia haciendo una lectura del art. 2º —omitiendo toda referencia al Preámbulo—, bajo el molde de otras Constituciones, especialmente la norteamericana y la francesa. Aún cuando el máximo Tribunal no haya citado esos modelos²⁴, el argumento de la neutralidad reli-

22 “Entendamos, pues, de cuántas maneras se dice uno injusto. Parece, pues, que así el que traspasa las leyes, como el que codicia demasiado, y también el que no guarda igualdad, se dice injusto, y así también claramente aquél se dirá ser justo, que vive conforme a ley y guarda igualdad en el trato de las cosas, y lo justo será lo que es conforme a ley y a igualdad, y lo injusto lo que es contra ley y desigual”. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, Libro V.

23 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, Q. 60, artículo 5: “¿Se debe juzgar siempre según las leyes escritas?”.

24 Cfr. “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”, CSJN, 12 de diciembre de 2017, considerando 10.

giosa del Estado²⁵ no coincide con nuestro texto, ni el de 1853 ni el de 1994. No existe en el orden constitucional argentino ni un “muro de separación”²⁶ entre Estado y Religión, ni mucho menos una declaración de Estado laico²⁷. La Constitución argentina nunca se ha mostrado indiferente a lo religioso y mucho menos hostil.

Por otro lado, y esto podrá ser objeto de un análisis de argumentación jurídico-lógica en el sentido de distinguir falacias que muchas veces se intercalan en la argumentación jurisprudencial, la decisión de la Corte Suprema justamente se coloca en las antípodas de lo que puede ser un Estado neutral. La neutralidad en su esencia, definida por la doctrina²⁸ como aquella postura que toma equidistancia respecto a dos posturas opuestas, implica no tomar partido por ninguna, ni a favor ni en contra, dejando entonces que sean las partes implicadas las que elijan²⁹. Justamente el Estado salteño lo que hacía en su política educativa era dejar a decisión de los padres la posibilidad de esta enseñanza para sus hijos³⁰. El Estado acompañaba desde la escuela la elección de los padres. Justamente esta fue la clave en la decisión de un caso similar en Brasil, en el que –contemporáneo al caso salteño– el Superior Tribunal Federal consideró que hacía a la naturaleza de la enseñanza religiosa que fuese a elección de los padres y de acuerdo a cada credo³¹.

25 Para comprender la tesis de la neutralidad religiosa del Estado como vía de implementación del laicismo, ver Palomino, R. (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*. Navarra. Aranzadi, especialmente el capítulo 6: “Un Estado poco neutral: el laicismo como religión política”, 203-229.

26 Como ha señalado el Dr. A. Bianchi, “si los constituyentes de 1994 hubieran deseado que el Estado argentino fuera obligatoriamente laico como lo es en los Estados Unidos y estuviera impedido, por tal motivo, de llevar a cabo cualquier manifestación religiosa, habrían incorporado para ello una cláusula expresa al efecto, a semejanza de la *Establishment Clause*. Pero no lo hicieron”. Bianchi, A., *Amicus Curie* en “Castillo c/ Salta”.

27 Cfr. *Chelini-Pont, B. (2005). “Laïcité française et américaine en miroir”. CRDF, nro. 4, 107-118.*

28 Cfr. Wojtyczek, K. (2007). “La neutralité religieuse de l’État et le droit constitutionnel”. En *VIIth World Congress of The International Association of Constitutional Law*. Atenas, 11-15 junio 2007.

29 El voto mayoritario señala, en tal sentido: “[...] la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar”; “Castillo c/ Salta”, CSJN, considerando 14, último párrafo. Lo notable es que este argumento se contradice con los considerandos siguientes al colocar la materia fuera del horario escolar.

30 Para una real comprensión del sistema educativo salteño, como se implementaba hasta diciembre de 2017, ver Durand Mendioroz, J., ‘Lineamientos jurídicos de la enseñanza religiosa escolar en Salta’, *ED*, 7 de julio de 2017, pp. 5-7.

31 Entre los varios argumentos esbozados en la sentencia del Supremo Tribunal Fede-

La Corte Suprema, en cambio, abandonó la neutralidad estatal al quitar la educación religiosa del horario escolar e incluso dedicó algunos considerandos para delinear cómo debería ser el contenido de la materia, cuestionando a la autoridad competente para la formación de los docentes³². Esta falta de neutralidad también se advierte en el argumento de la CS, al considerar que colocar la materia fuera del horario escolar iba a generar incomodidades para los padres y los alumnos, pero no obstante ello, decidía ordenarla de esa manera³³. Aquí puede verse la aplicación de la denominada discriminación inversa, esbozada por Roberto Saba y sus discípulos³⁴. El Tribunal, de este modo, se inmiscuyó en un área que no es de su competencia.

En segundo lugar, quedó jaqueado el federalismo, uno de los principios perennes del orden constitucional de nuestro país y que justamente en lo atinente al diseño de la educación primaria se establece el respeto a las particularidades de cada provincia (arts. 5° y 75, inc. 19 de la CN³⁵), se fomenta la participación de la familia en la escuela y considera que es una competen-

ral de Brasil, el ministro Alexandre de Moraes afirmó: “No se puede censurar el aprendizaje de creencias religiosas en la enseñanza para aquel que realmente quiere conocer la religión. Resaltó que los ‘dogmas de fe’ son el núcleo del concepto de enseñanza religiosa. De esta forma, el Estado no respetaría la libertad religiosa al sustituir los dogmas de fe, que son diversos en relación a cada una de las confesiones religiosas, por algo neutro. La neutralidad en la enseñanza religiosa no existe. Lo que debe existir es el respeto a las diferencias en la enseñanza religiosa y la elección de cada familia. El carácter optativo de la materia justamente se fundamenta en que su contenido es confesional”, STF, ADI 4439, 28 de septiembre de 2017 (trad. propia). Cfr. <http://portal.stf.jus.br/>.

32 Expresó textualmente la Corte Suprema: “[...] el estudio de las religiones como fenómeno socio-cultural constituye un contenido válido de los planes educativos siempre que ‘se impartan de forma imparcial y objetiva, que respeten la libertad de opinión, de conciencia y de expresión’” (Observación General N° 13, numeral 28, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esto es, dictar clases donde se brinden conocimientos sobre las principales religiones y de una forma no sesgada. “Castillo *c/ Salta*”, CSJN, considerando 35.

33 “Es posible dentro de los distintos mecanismos que pueden ser diseñados por los Estados enseñar educación religiosa a quienes lo desean, fuera del horario de clase, lo que representa un esfuerzo menor frente al sacrificio de derechos fundamentales como son los referidos a la igualdad y no discriminación”, “Castillo *c/ Salta*”, CSJN, considerando 36.

34 Cfr. Saba, R. (2007). “(Des)igualdad estructural”. En Alegre, M. y Gargarella, R. (Coords.). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

35 Según el art. 5° de la Constitución Nacional, cada Provincia dictará para sí una Constitución que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. El art. 75, inciso 19, expresa que corresponde al Congreso: “[...] sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad [...]”.

cia no delegada (art. 121, CN³⁶). El argumento del federalismo fue magistralmente argumentado en varias presentaciones de los *Amicus Curie*, tales como los Dres. R. Barra³⁷ y E. Quintana³⁸. La Corte Suprema sencillamente aplicó el diseño de la Ley N° 1.420, ley que además ha sido derogada en el Digesto³⁹. El centralismo en la política educativa de este modo colisiona con los preceptos constitucionales.

2. El cambio cultural y la afectación a la paz social

Advertimos entonces que la decisión del voto mayoritario del caso “Castillo” se puede ubicar —como ha señalado G. Puppink al analizar esta problemática en Europa— en la tendencia de secularización de la enseñanza⁴⁰ que con el surgimiento de las escuelas de orientación atea y racionalista, la educación y la religión se presentan como incompatibles dado que la pretensión del racionalismo para explicar todo negaba la legitimidad epistemológica de las religiones. La Europa contemporánea heredó este conflicto, que se intensificó con la lucha de la escuela secular contra la enseñanza religiosa, como lo demuestran los dramas de la primera mitad del siglo XX, marcados por la prohibición y expulsión de las congregaciones religiosas por la Repú-

36 Según el art. 121 de la Constitución Nacional: “[...] las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

37 El Dr. Barra ha señalado que “el contenido de la política educativa provincial no es una materia *reglada* por la CN con relación a las Constituciones provinciales, siempre a salvo el art. 5° (cuestión que analizaré más abajo). Es, como la gran mayoría de las decisiones políticas, *discrecional* para el constituyente provincial, quien puede así decidir por distintas opciones válidas”; Barra, R., *Amicus Curiae* en causa “Castillo c/ Salta”.

38 Cfr. Quintana, E. M., “Planteo de inconstitucionalidad contra la enseñanza religiosa en la escuela pública en Salta: ¿un cuestionamiento al federalismo y a los poderes no delegados por las provincias?”, *ED*, 5 de septiembre de 2017, pp. 1-4.

39 Señala la CS que “la posibilidad de dar clases de religión fuera del horario lectivo fue la adecuación que el legislador nacional encontró en 1883 para ‘no extirpar el sentimiento religioso’ de la escuela pública, tal la fórmula utilizada por el Diputado Gallo para justificar el texto del artículo reseñado (Debate de la Ley N° 1.420 en la Cámara de Diputados de la Nación, segunda sesión extraordinaria del 12 de julio de 1883, p. 538)”, “Castillo c/ Salta”, CSJN, considerando 36.

40 “Sería un error histórico, y una injusticia, pretender que existe una oposición radical entre educación y religión. En la tradición europea, hay una diferencia entre enseñanza y religión; pero no una incompatibilidad, para el conocimiento sobre el mundo, sobre la creación, ya que pertenece al conocimiento del creador, al tiempo que distingue los métodos del conocimiento. El conocimiento religioso no es de la misma naturaleza que el conocimiento secular, pero se reconoce como complementario”, Puppink, G. (2017). “The Rights of Parents Against the State in the Field of Religion and Education”. En *High level seminar on Freedom of religion in Europe: achievements and perspectives*. Estrasburgo, 28 abril de 2017.

blica Francesa en 1901 y la prohibición de las instituciones religiosas por parte de los regímenes soviético y nazi. De este modo, en Europa, la primera mitad del siglo XX estuvo marcada por la voluntad del Estado de dominar a los jóvenes a través de las escuelas para imponer su ideología.

Pero justamente al final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos lograron escapar de este conflicto interno, al aceptar garantizar la libertad de conciencia y religión y respetar los derechos de los padres sobre la enseñanza religiosa de sus hijos⁴¹. Frente a un sistema estatista y totalitario que se imponía desde el gobierno al pueblo, “de arriba hacia abajo”, los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención Europea y de su 1^{er} Protocolo han buscado el punto de equilibrio en las relaciones entre los niños, familia, comunidades, sociedad y Estado⁴². Esto se realizó en un contexto cultural, marcado, por un lado, por una visión positiva de la familia, de los cuerpos intermedios⁴³ y de las religiones, y por otro, en una visión negativa del Estado, el estatismo y las ideologías (ateas). La solución de 1948 y 1950 se basó, entonces, en la comprensión orgánica y natural de la sociedad de acuerdo con el modo de subsidiariedad. El objetivo era reconstruir la sociedad desde la base, “de abajo hacia arriba”, basándose en las personas y las familias. Entonces, se reconoció a la familia como la unidad fundamental y natural de la sociedad, por lo que la Declaración Universal estableció que “los padres tienen un derecho previo a elegir el tipo de educación que se les dará a sus hijos”⁴⁴.

Así, esta prioridad fue la expresión de la precedencia y superioridad de los derechos de los padres sobre los de la sociedad y, por ello, se ejerce contra el Estado y todos los demás grupos sociales. El papel del Estado es subsidiario; no debe absorber ni sustituir a las familias, sino al contrario, reconocerlas y ayudarlas a cumplir sus propias responsabilidades, y complementar las fallas de los padres cuando los niños se ven privados de la enseñanza adecuada.

Lamentablemente esto ha ido cambiando en los últimos tiempos y, hoy en día, la sociedad occidental tiene una visión en gran parte negativa sobre la religión y una experiencia en gran medida desestructurada de las familias. De este modo, como ha señalado G. Puppinc, la desagregación de la “sociedad subsidiaria” de hecho fortalece al Estado que luego aparece como

41 De hecho, este conflicto se calmó durante la segunda mitad del siglo XX en torno a un consenso demócrata-cristiano, uno de cuyos frutos más notables fue el Consejo de Europa.

42 Dentro de una sociedad subsidiaria, el punto de equilibrio en las relaciones entre el niño, la familia, las comunidades, la sociedad y el Estado es un punto de armonía. Cuanto más consciente es esta armonía vital, menos se necesita el poder del Estado.

43 De ahí el gusto por los Derechos Sociales.

44 Art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

el factor fundamental de cohesión⁴⁵. Al mismo tiempo, las comunidades tradicionales, al convertirse en una minoría, están más aisladas, pero también más visibles, enfrentándose a una creciente hostilidad⁴⁶.

Ahora bien, cuál ha sido el efecto de esta ausencia de conocimiento religioso en las escuelas, lo muestra la experiencia italiana que, a través de un estudio en el año 2017 que realizó el “Observatorio sobre la hora de religión”⁴⁷ (a diferencia de los franceses que poseen el Observatorio sobre la laicidad), advirtieron una honda preocupación respecto a tres respuestas que dieron los alumnos: en primer lugar, la mayoría considera que Cristo fundó la Iglesia sobre el apóstol Juan y no sobre Pedro; en segundo lugar, casi ningún alumno sabe qué quiere decir católico, analogándolo a cristiano y, por último, ante la pregunta sobre cuál es la verdad central de la fe, la mayoría respondió que era la Fraternidad en lugar de “la Resurrección de Cristo”.

45 Cfr. Puppincck, G. “The Rights of Parents Against the State in the Field of Religion and Education”. Ob. cit.

46 Cuando la cohesión social se debilita, la escuela vuelve a ser un problema político importante. Lo que está en juego para el Estado no es solo apoyar la cohesión de la sociedad sino más que eso, luchar contra su desagregación. Una vez más, se trata de un proceso social de “arriba hacia abajo”, que consiste en imponer la integración, especialmente a través de la modernización forzosa, que implica secularización. En algunos de sus juicios, la jurisprudencia del Tribunal Europeo tomó ese camino al aprobar el refuerzo del poder del Estado contra las expresiones religiosas dentro de las instituciones de enseñanza. Por lo tanto, la Corte admite que el papel del Estado ya no se limita a garantizar la calidad de la enseñanza y el respeto a la salud de los niños, sino que puede llegar a las expresiones de convicciones religiosas e incluso a los contenidos de las convicciones morales de alumnos y estudiantes. Así, por ejemplo, en el caso “Osmanoglu y Kocabas v. Suiza”, del 10 de enero de 2017, el TEDH expresó que “el interés de los niños en una educación completa que permita un éxito social, la integración de acuerdo con las costumbres locales, tiene prioridad sobre el deseo de los padres de ver a sus hijas exentas de las clases de natación mixtas”, de acuerdo con sus convicciones religiosas. Del mismo modo, la sentencia del caso “Konrad v. Alemania” (Nº 35504/03, 11 September 2006), en el que el TEDH validó la prohibición de la educación en el hogar en nombre de la “integración de las minorías en la sociedad” y del “interés general de la sociedad” para evitar el surgimiento de sociedades paralelas. En cuanto a la enseñanza moral, el fenómeno es el mismo, ya que se han pronunciado a favor del Estado en todos los casos presentados por los padres quejándose del contenido de la educación sexual (“Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. España”, Nº 51188/99, 25 de mayo de 2000; “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca”, Nº 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7 de diciembre de 1976; “Dojan y otros v. Alemania”, Nº 319/08, 13 de septiembre de 2011) y las clases morales no confesionales (“Sluijs v. Bélgica”, Nº 17568/90, 9 de septiembre de 1992; “Appel-Irrgang v. Alemania”, Nº 30814/06, 6 de octubre de 2009).

47 Cfr. Lenzi, E. “L’indagine. Ecco che cosa sanno di religione gli studenti italiani”, disponible en <https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/ecco-cosa-sanno-di-religione-gli-studenti-italiani>. Sobre esta preocupación permanente en Italia ver Castegnaro, A. (200). “Alfabetizzazione religiosa dei giovani e insegnamento della religione cattolica”. En *Ricerche di Pedagogia e Didattica*, 4, 2 y Cassuto Morselli, M. “L’analfabetismo religioso in Italia”, 10 junio 2014, en https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:2611.

Esta consecuencia no es casual, dado que Italia ha tenido una profunda experiencia secularista cuando, por ejemplo, en el siglo XVIII, Francesco de Sanctis, crítico literario de la obra de Dante, había señalado que de las tres partes de la Divina Comedia, los cantos del Paraíso debían omitirse por ser incomprensibles para un lector iluminista, concentrándose sobre todo en la lectura del Infierno y Purgatorio⁴⁸. Gracias a Dios, hace veinte años, la crítica literaria italiana redescubrió el Paraíso y hoy es uno de los libros más leídos y analizados.

Por último, y para ser coherentes con el título de esta *Lectio*, consideramos que la ausencia de la cultura cristiana y su relegamiento a la privacidad ha producido un perjuicio para la paz social. Cuando Tomás de Aquino⁴⁹ se preguntó si la concordia es lo mismo que la paz, señaló: “[...] la paz implica concordia y añade algo más. De ahí que, donde hay paz, hay concordia, pero no al revés, si entendemos en su verdadera acepción la palabra paz. La concordia propiamente dicha implica, es verdad, una relación a otro en el sentido de que las voluntades de varias personas se unen en un mismo consenso. Pero ocurre igualmente que el corazón de la misma persona tiende a cosas diferentes [...] Ahora bien, la paz implica, por esencia, la unión de esos impulsos, ya que el corazón del hombre, aun teniendo satisfechos algunos de sus deseos, no tiene paz en tanto desee otra cosa que no puede tener a la vez. Esa unión, empero, no es de la esencia de la concordia. De ahí que la concordia entraña la unión de tendencias afectivas de diferentes personas, mientras que la paz, además de esta unión, implica la *unión de apetitos en un mismo apetente*”.

A este maravilloso texto, un comentario de Luis Lago Alba, en la edición de la BAC, agrega: “La paz no se reduce a la concordia, que consiste en la unión de los diversos apetitos, intereses o deseos de diferentes personas, sino que requiere, como condición previa, la armonía interior de las diversas apetencias de cada persona, cuyo conflicto es la raíz más profunda de la discordia y de la falta de paz; pues bien, sólo el amor a un *bien sumo y común* puede lograr esa armonía interior y concordia exterior en las que consiste la paz”⁵⁰.

Ahora sí, concluimos con un pedacito del *Paradiso Dantesco*, el cual he comenzado a leer diariamente como modo de reparación del daño realizado a mis antepasados de la península itálica, trozo en el que Dante elogia el efecto que genera la contemplación del amor de Dios en el alma humana diciendo:

48 Máximo exponente de la crítica dantesca romántica es la obra de De Sanctis, F. *Lezioni e saggi su Dante*, 1842-73. Esta línea fue seguida por la crítica positivista, cuyo máximo exponente fue Croce, B. (1921). *La poesia di Dante*.

49 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, Tratado de la caridad, Q 29, a. 1.

50 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, Q. 29, a. 1, Madrid, BAC, p. 276, nota al pie a.

“Saber debes que todos más se gozan
cuanto su vista más hondo se engolfa
en verdad que sosiega al intelecto.
Se puede ver por eso cuál se asienta
la beatitud en el quehacer visivo,
no en el de amar, que luego lo secunda;
y del ver la medida la da el mérito
que gracia y bien querer generan juntos:
así de grado en grado se procede”⁵¹.

Paradiso, Canto XXVIII, 106-114.

Feliz Pascua de Resurrección.

51 Traducción de Ángel J. Battistessa. El texto original quizá pueda vislumbrar la real belleza del arte dantesto: “E dei saper che tutti hanno diletto/ quanto la sua veduta si profonda/ nel vero in che si queta ogni intelletto./ Quinci si può veder come si fonda/ l’esser beato nell’atto che vede./ non in quel ch’ama, che poscia seconda; / e del vedere è misura mercede, / che grazia partorisce e buona voglia: / così di grado in grado si procede”.