

**Bengochea, Fernando J.**

*La jurisprudencia de los Estados Unidos de América y un modelo para tener en cuenta en la presencia de los símbolos religiosos cristianos en el espacio público argentino*

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016  
Facultad de Derecho – UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Bengochea, F. J.(2016, octubre). La jurisprudencia de los Estados Unidos de América y un modelo para tener en cuenta en la presencia de los símbolos religiosos cristianos en el espacio público argentino [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/jurisprudencia-estados-unidos-bengochea.pdf> [Fecha de consulta: ....]

## XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

### *Ley Natural y Dignidad Humana*

#### **La jurisprudencia de los Estados Unidos de América y un modelo para tener en cuenta en la presencia de los símbolos religiosos cristianos en el espacio público argentino**

#### **RESUMEN:**

El derecho comparado ofrece una oportunidad para revisar donde se encuentra ubicado nuestro ordenamiento jurídico y cuál ha sido la solución propuesta ante controversias similares. En el caso concreto, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América tiene una jurisprudencia abundante que discute la presencia de símbolos religiosos cristianos en el espacio público. La existencia de la primera enmienda de la constitución americana y los diferentes *tests* de los *justices* a lo largo de los años, ofrecen una distinción importante con nuestro artículo 2º de la Constitución Nacional. Sin embargo, estas diferencias pueden ofrecernos la clave de bóveda en el tema de la comunicación.

#### **AUTOR**

Fernando J. Bengochea.

Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina Sede Rosario en 2009. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica Argentina Sede Rosario en 2015. Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina Sede Rosario con tesis pronta a terminar bajo el título: “La pertinencia de los símbolos religiosos cristianos en el espacio público. Análisis desde el derecho argentino y estudio del derecho comparado europeo y americano”.

#### **PALABRAS CLAVE:**

“símbolos religiosos”, “libertad religiosa”, “neutralidad estatal”, “establishment clause”, “cristianismo”.

#### **Comisión n° 3:**

Dignidad Humana y Libertad Religiosa.

## Introducción.

En la actualidad, es cada vez más percibida la presencia de los símbolos religiosos cristianos en el espacio público. Para muchos, ésta resulta discutible, ofensiva y hasta repudiable. Estas posturas se fundamentan en la exigencia de una neutralidad estatal y en la calificación de Estado laico que le endilgan a nuestro país.

En relación a esto y atento las herramientas que nos proporciona el derecho comparado, cabe preguntarse si el ordenamiento jurídico norteamericano, tanto en su faz normativa como en su jurisprudencia, nos brinda algún tipo de contraste para juzgar acerca de la pertinencia o no de aquellos símbolos que son controvertidos en nuestro propio derecho interno.

### 2) Normas de derecho constitucional argentino.

Son múltiples las normas que determinan la relación entre el cristianismo y el Estado. La ley fundamental de nuestro país tiene varias consideraciones relacionadas con el tema y que si bien no hacen referencia explícita a los símbolos religiosos en el espacio público si los rigen de modo indirecto.

El preámbulo, en su última parte, invoca "...la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia...". Independientemente de las discusiones sobre a qué Dios nos estamos refiriendo, resulta imposible rechazar la aceptación de la presencia divina: "En la invocación a Dios está presente la concepción teísta –ni atea, ni neutra, tampoco confesional- aunque los constituyentes tuvieran, en lo personal, una creencia religiosa"<sup>1</sup>.

Por otra parte, el art. 2º manifiesta: "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano". Una cláusula tan sencilla como ésta ha fogueado un debate interminable que a pesar de su existencia de más de 160 años todavía no ha cesado. Lo cierto y completamente fuera de discusión es que la Constitución nacional "...no lo incluye como religión oficial, pero sí como religión preferida, cualquiera sea el alcance que se asigne a ese sostenimiento..."<sup>2</sup>

Ambas normas nos llevan a una conclusión: la Argentina está lejos de regular sus relaciones con la religión cristiana a través de la neutralidad estatal. Esto resulta un punto a favor de la presencia de los símbolos de este culto. Lo anterior queda refrendado por los arts. 14 y 20 de la misma ley magna, que consagran la libertad religiosa.

Así como el art. 2 ya desarrollado rompe profundamente con la idea de neutralidad, lo cierto es que el símbolo religioso cristiano ubicado en el espacio público por el mismo Estado no perjudica realmente a nadie. Ergo, no se puede reclamar que ante la presencia de simbología religiosa existe una violación a un principio que no es recogido por nuestro derecho.

Ambos son distintos conceptos, con diferentes consecuencias. Por tanto, las consecuencias negativas de la neutralidad y su imposibilidad resultan irrelevantes para nuestro ordenamiento jurídico nacional ya que no se encuentran consagradas normativamente. No existe mención alguna a ésta, ni a la laicidad y sus derivados.

### 3) Normas de derecho constitucional norteamericano.

Luego del repaso por la Constitución Nacional, corresponde revisar como se desarrolla el modelo en los Estados Unidos. En principio, no existe norma que hable de la divinidad, como determina nuestro preámbulo y tampoco existe un artículo similar al n° 2 de nuestra ley magna. Por el contrario, la primera enmienda determina en su primera parte: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise

---

<sup>1</sup> GELLI, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley. Pág. 5.

<sup>2</sup> OJEA QUINTANA, J. M. (2014). *Presencia de símbolos religiosos en espacios públicos*. Recuperado de: <http://www.calir.org.ar/congreso2014/ponencias.htm>.

thereof...”<sup>3</sup> De este modo, se positivizan dos cláusulas: *establishment clause* (o la cláusula de la prohibición del establecimiento de una religión) y la *free exercise clause* (o la cláusula de la libertad religiosa). Ésta última resulta completamente análoga a nuestro art. 14. Sin embargo, la diferencia estriba en la *establishment clause*.

La anterior ha generado, y todavía sigue generando, una serie de debates en relación al contenido y alcance. Para una postura más restrictiva, impone una neutralidad estricta, denominada como un *wall of separation*: “The prohibition on establishment covers a variety of issues from prayer in widely varying government settings, to financial aid for religious individuals and institutions, to comment on religious questions”<sup>4</sup>. Asimismo y en consecuencia, tampoco permitirá los símbolos religiosos en el espacio público. Mientras tanto, la tesis acomodacionista se retrotrae a la importante influencia de Jefferson en la norma y a una visión más amplia: “Jefferson’s bill did not advocate, in the modern sense at least, a strict separation between religion and civil government, nor was it a blueprint for a wholly secular state. It was a bold and eloquent affirmation of the individual’s right to worship God, or not, according to the dictates of conscience, free from governmental interference or discrimination”<sup>5</sup>.

#### 4) Jurisprudencia.

4.a) Asociación de Derechos Civiles (ADC) y Otros c/ E.N. P.J.N. nota n° 68/2002 s/ Amparo – Ley 16.986 (La Virgen en tribunales).

En febrero de 2002, se colocó una imagen de la Virgen María en el hall del Palacio de Justicia con la debida autorización de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Junto a la imagen figuraba una invitación a la oración que profesionales y particulares aceptaban.

Un año y dos meses más tarde, se promovió acción de amparo a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de esa decisión. Además, se pidió el retiro de la imagen y de cualquier otro símbolo de carácter religioso del mencionado edificio aduciendo un menoscabo en el art. 16 de la Constitución Nacional y la posibilidad de que la imagen afectare la imparcialidad judicial de los juzgadores en un eventual proceso.

El *a quo* decidió receptar el amparo, ordenando a la Corte Suprema de Justicia adopte las medidas necesarias para regularizar la situación de la imagen religiosa ubicada en la planta baja del Palacio de Tribunales”<sup>6</sup>. Éste fue apelado por terceros pero el 30 de diciembre, cuando ya el expediente se encontraba radicado ante el *ad quem*, la Corte Suprema emite una supuesta resolución de superintendencia mandando a retirar la imagen.

Posteriormente, tuvo lugar el fallo de segunda instancia que revirtió al anterior: “conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no es manifiestamente ilegítima la presencia de un símbolo

---

<sup>3</sup> “El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo el libre ejercicio de ésta...” Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Trad. del autor.

<sup>4</sup> “La prohibición del establecimiento cubre una variedad de asuntos: desde las plegarias en muy diversas esferas de gobierno, a la ayuda financiera para individuos o instituciones religiosas, hasta los comentarios por cuestiones religiosas”. *Ibidem*.

<sup>5</sup> “El proyecto de Jefferson no alegaba, por lo menos en el sentido moderno, por una estricta separación entre la religión y el gobierno civil, tampoco fue un anteproyecto para un Estado completamente secular. Era una afirmación audaz y elocuente del derecho individual de alabar a Dios o no, de acuerdo al dictado de la conciencia, libre de interferencia o discriminación gubernamental”. SHELDON, G. W. y DREISBACH, D. L. (2000). *Religion and Political Culture in Jefferson’s Virginia*. Lanham. Rowman & Littlefield publishers. Pág. 196.

<sup>6</sup> JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA QUINTA NOMINACIÓN EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FEDERAL in re Asociación de los Derechos Civiles –ADC- y Otros c/ E.N. – P.J.N. – nota 68/02 s/ Amparo Ley 16.986, 25/11/2003 en CÁMARA FEDERAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA IV, in re Asociación de los Derechos Civiles – ADC- y otros c/ E.N.- P.J.N. – nota 68/02 s/ Amparo Ley 16.986. 20/04/2004. *El Derecho*. T. 207. pág. 235.

religioso, católico, en un edificio público, sede de uno de los órganos de Poder del Estado, pues ésta es una opción, jurídicamente posible, de las autoridades que ejercen las respectivas facultades de superintendencia. Esa presencia no está preordenada o impuesta por la ley, pero tampoco excluida por ella”<sup>7</sup>. De todos modos, el argumento de mayor peso lo brinda la ausencia del daño ante la presencia de la imagen. “La acción de amparo interpuesta a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la decisión de la Corte Suprema de la Nación de autorizar la entronización de la imagen de la Virgen María en la entrada principal del Palacio de Tribunales, resulta improcedente, pues, por un lado, en dicho obrar no existe ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, y por otro, no se ha demostrado que el mismo cause un agravio actual e inminente a los derechos de los actores derivada de un acto judicial que implicara un acto de discriminación por motivos de religión”<sup>8</sup>. La arbitrariedad manifiesta de la conducta y el agravio producido funcionan como dos caras de una misma moneda. Al realizar un acto de abuso patente, el demandado estaría produciendo un daño sobre la actora. En este caso, la ausencia de uno implica la inexistencia del otro. No se le puede pedir a quien no tuvo una conducta dañosa que no repare un menoscabo que no generó.

#### 4.b) Thomas Van Orden v. Rick Perry, et al.

El 27 de junio de 2005 el máximo tribunal de los Estados Unidos resolvió la discusión por la presencia de un monumento del decálogo de casi dos metros en el parque del Capitolio del Estado de Texas. Su presencia databa de más de 40 años y se encontraba junto a casi otros cuarenta monumentos e indicadores históricos.

La minoría consideró que el monumento debía quitarse. Apeló a la naturaleza religiosa del texto y la ausencia de un argumento histórico secular. De este modo, sostuvieron que la presencia favorecía el desarrollo y el avance de la religión de un modo no permitido por la *establishment clause*.

Por su parte, la mayoría determinó lo contrario. Argumentó a favor del decálogo por los 40 años de antigüedad de éste sin que nunca nadie hubiera manifestado molestia alguna por su presencia. Asimismo, renegó de la conclusión de la minoría y bregó por un examen que demande una limitación injustificada a la libertad religiosa para hablar de inconstitucionalidad. Niega la exigencia de una asepsia total del gobierno en materia de religión, hecho que se observa en el constante reconocimiento del Estado a la religión en la historia y la actualidad.

#### 4.c) County of Allegheny, et al. v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter, et al.

En 1989, se definió que la existencia del belén en la parte principal y más importante del ayuntamiento de Allegheny County con el cartel que decía *Gloria in excelsis Deo*, no era compatible con la *establishment clause*.

La mayoría opta por hacer el siguiente análisis, denominado *endorsement test*: “The second and more direct infringement is government endorsement or disapproval of religion. Endorsement sends a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community. Disapproval sends the opposite message”<sup>9</sup>. Para

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> “La segunda infracción y la más directa es el respaldo o el rechazo del gobierno a la religión. El respaldo envía un mensaje a quienes no profesan que ellos están por fuera, que no son miembros de la comunidad política, y un mensaje de acompañamiento a los adherentes de que ellos sí forman parte, y son miembros favorecidos de la comunidad política. El rechazo envía el mensaje contrario”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA in re Dennis M. Lynch, Mayor of Pawtucket, et al. v. Daniel Donnelly, et al. 05/03/1984. trad. del autor. T. 465 U.S. Pág. 668.

ellos, lo relevante se encuentra en cual es el mensaje que los ciudadanos perciben del gobierno al observar el pesebre. En su opinión, el secularismo debe mantenerse neutral para evitar la discriminación a quienes no profesan la fe de los símbolos prohibidos. De todos modos, no considera que todo símbolo religioso cristiano debe ser barrido del ágora: permite la presencia de villancicos en una plaza ya que al ser privados, no existiría ningún favorecimiento de la religión por parte del Estado.

La minoría que optó por la constitucionalidad del belén, en cambio sostuvo: “The freedom to worship as one pleases without government interference or oppression is the great object of both the Establishment and the Free Exercise Clauses”<sup>10</sup>. Se inclina por un examen de coerción, donde debe demostrarse la existencia de un daño a la libertad religiosa para considerar como negativa a la presencia del símbolo religioso<sup>11</sup>. En este caso, se requiere la existencia de un verdadero daño probado para que exista inconstitucionalidad. No alcanzará la antipatía o la incomodidad de quien no comparta la fe. La motivación del gobierno en este caso, no fue más que participar en la celebración de las festividades de sus ciudadanos. No exige a nadie que adecúe su conducta a las exigencias de una solemnidad religiosa.

##### 5) Cotejo y conclusión.

En Allegheny County la decisión se basó en el *endorsement* para la negativa a la presencia de los símbolos. Mientras que para los votos que sostuvieron la constitucionalidad se fundaron en que una decisión contraria supondría ser hostil a la religión, y al *coertion test*. Los mismos argumentos se utilizaron en Van Orden v. Perry sólo que la composición de ambas facciones fue contraria. Por su parte, en el amparo contra la Virgen en Tribunales, la decisión judicial se funda elementos similares a los del *coertion test*, ya que se decidió por la afirmativa a la presencia, por no existir daño o menoscabo alguno a los amparistas que solicitaban su exclusión. Asimismo, se llamó la atención sobre el rol en la tradición y en la cultura de la Iglesia en Argentina. Esta circunstancia es análoga a la narración histórica que manifiestan los votos norteamericanos en pro de los símbolos religiosos, del reconocimiento constante de la religión por parte de los tres poderes nacionales a lo largo de la historia.

Finalmente, el voto local manifiesta que no existe arbitrariedad alguna en la decisión de emplazar la pequeña efigie de la Virgen en el Palacio de Justicia y es que en este sentido no existe una norma que prohíba tal conducta. De este modo, puede concluirse que los ordenamientos jurídicos tratados verdaderamente discrepan. Esta razón es un punto a favor de la procedencia de los símbolos religiosos en aquéllos. Explicamos el razonamiento: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha visto en los símbolos religiosos cristianos una ofensa a la primera enmienda de su ley magna, ante la inexistencia de ésta, nada podría decir de su inconstitucionalidad en nuestro propio país<sup>12</sup>. Por tanto, en los Estados que no poseen una cláusula semejante debería permitirse la presencia de la simbología cristiana en el espacio público. Además, no podría entenderse que alguien motorice un reclamo, como en estos casos contra la presencia de la simbología cristiana en el ágora, en base no a un daño sufrido sino a la relación entre Estado e Iglesia que supuestamente determina la ley fundamental. En este sentido, incluso podemos afirmar que no existiría un interés jurídico relevante.

---

<sup>10</sup> “La libertad de adorar como uno desea sin interferencia u opresión del gobierno es el gran objeto de ambas: la cláusula del establecimiento y la de la libertad de ejercicio”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA in re County of Allegheny, et al. v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter, et al. 03/07/1989. Trad. del autor. T. 492 U.S. Pág. 573.

<sup>11</sup> Este razonamiento es igual al de la mayoría en el fallo anterior.

<sup>12</sup> *A fortiori*, cabe agregar que nuestra conclusión tiene mayor sentido en fallos como Van Orden v. Perry, donde a pesar de la existencia de la establishment clause se legitima la presencia del símbolo religioso cristiano.