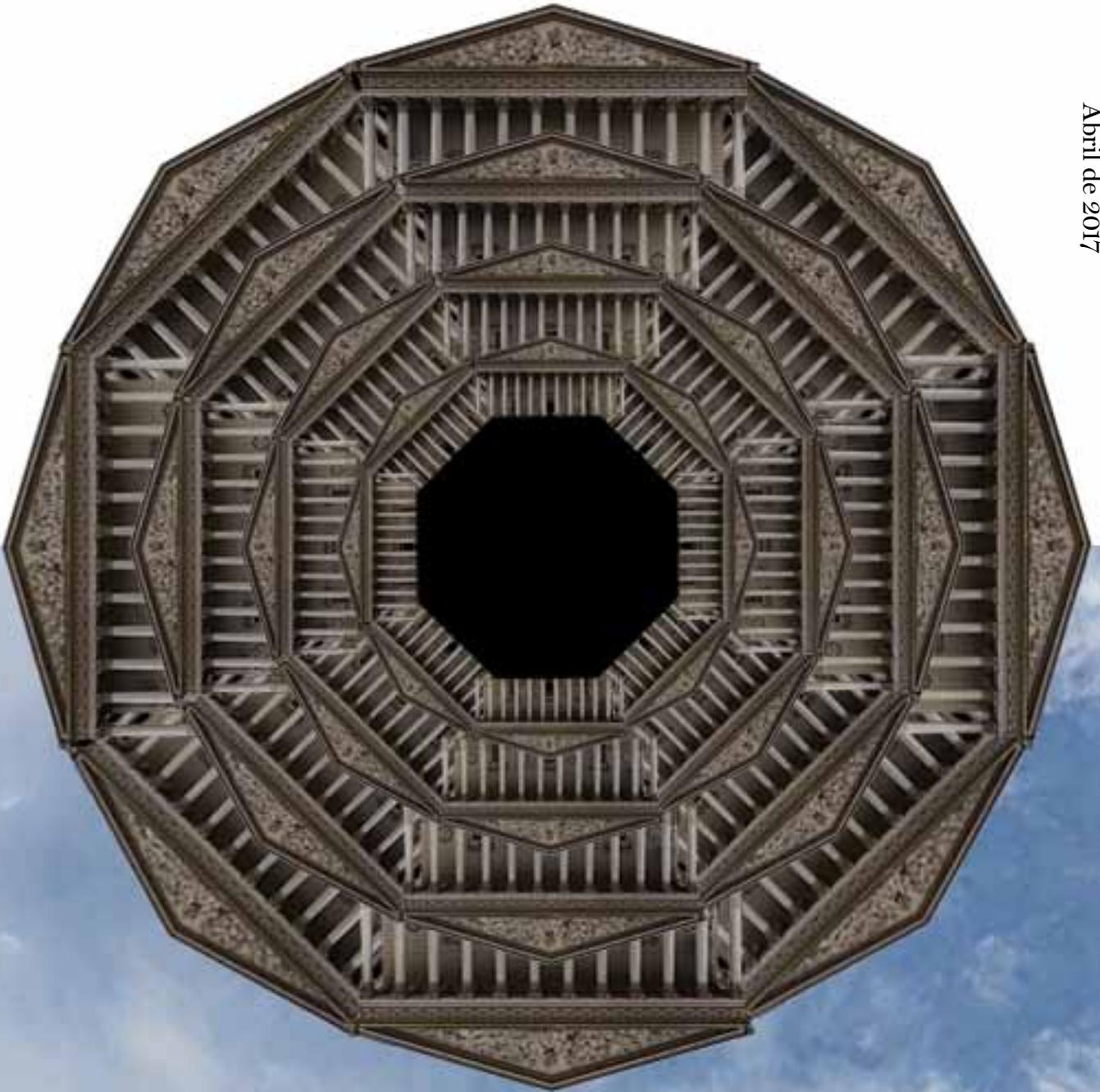


igualdad,
autonomía personal
y derechos sociales

Nº 5

Abril de 2017



[a]DA



igualdad, autonomía personal y derechos sociales

Abril de 2017

Número 5

Dirección

Damián Azrak

Equipo editorial

Luciana Bercovich

Ernesto Blanck

Romina Faerman

Paula Nuñez Gelvez

Mariano Valentini

Diseño editorial

Lisandro Aldegani

Fotografías

Nicolás Kliczkowski

www.nicokliko.com

Jorge Aloy

www.jorgealoy.com.ar

Versión para imprimir:

<http://www.adaciudad.org.ar>

ÍNDICE

I

Editorial

II

Reinterpretando la Constitución de la CABA

Respuestas de Emergencia para población en emergencia habitacional.

Por Laura Royo

III

Sección especial sobre Laicidad

a. Opinión

La libertad religiosa en un fallo del tribunal europeo de Derechos humanos: los fines y los medios.

Por Hernán Víctor Gullco

Carta de un Juez a un Banco sobre Dios. *Por Guillermo Scheibler*

b. Comentarios al fallo “Rachid”

Caso Rachid: ¿Igualdad o Laicidad?

Por Roberto Saba

Religión y espacio público en la ciudad de buenos aires: Igualdad de cultos, libertad de conciencia y autonomía en El debate sobre los capellanes y las religiosas en los Hospitales porteños *por Sol Prieto.*

En los zapatos de...

Voto de las Juezas Julieta Arosteguy y Laura Saldivia Menajovsky en “Rachid, María Contra Gcba Sobre Amparo“, exp: a20-2013/0.

IV

La voz litigante

Interrupción legal del embarazo y laicidad del estado en la Ciudad de Buenos Aires. *Por María Rachid y Analía Más*

V

Todo lo que usted siempre quiso saber sobre infancia,
pero no se atrevió preguntar. *Por Laura Musa*



Foto Jorge Aloy

I

Del Derecho a la
igualdad,
la autonomía personal
y los derechos sociales



A veinte años de la entrada en vigencia de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires nos proponemos reflexionar en torno a ella.

Ante tamaño propósito, la publicación pretende servir como un espacio de crítica, discusión y, fundamentalmente, trabajo. Nos permitimos tener por acordado que en materia de efectivización de derechos en la CABA tenemos un largo y arduo trayecto por recorrer. Que no basta su reconocimiento en el texto constitucional -el que claro, celebramos- sino que es necesario un trabajo siempre mancomunado, constante y tenaz para que sus postulados no se agoten en su enorme potencial.

La propuesta editorial propone interpelar el texto de la Constitución de la CABA y sus contenidos, profundizar su interpretación, propiciar nuevas formas de entenderla y, sobre todo, pensar y repensar los alcances y formas en las que su aplicación incide en la vida de cada uno de los habitantes de esta Ciudad.

Colocamos en el centro de nuestras preguntas a la igualdad como principio y garantía, junto con los derechos sociales y su exigibilidad; pero también los pensamos como deuda y problema que atraviesa nuestra cotidianidad.

Para construir este espacio, no partimos del supuesto de un bloque de conocimientos y saberes previos a reproducir, sino que proponemos un ejercicio de diálogo entre diversos actores sociales –estudiantes, abogados/as, académicas/os, referentes sociales, militantes por los DDHH, jueces/zas y ciudadanía en general- con trayectorias y formación disímiles pero con un mismo objetivo, el efectivo goce y ejercicio de derechos en nuestra ciudad.

Como contrapartida, buscamos retroalimentar a todos quienes participen de la publicación, sea como interlocutores activos o atentos lectores. Que el producto de este esfuerzo colectivo se constituya en material de consulta, actualización o referencia para la labor que se desarrolle.

En concreto, este quinto número está cruzado por estos objetivos y cuenta con aportes sobre temas tan actuales como fundamentales en el ejercicio de los derechos de la población que habita la Ciudad de Buenos Aires: Laura Royo, propone una interpretación constitucional al derecho a la vivienda, en condiciones de emergencia y Laura Musa, nos acerca los materiales académicos y artísticos necesarios para entender el mundo de la infancia.

A su vez, este lanzamiento cuenta con una sección especial sobre laicidad estatal con filosas y profundas reflexiones de Hernán Gullco, Roberto Saba, Sol Prieto, Laura Saldivia y Julieta Arosteguy.





Por último, siguiendo con las innovaciones, se creó una nueva sección donde se le da un espacio a las y los litigantes para que cuenten qué tuvieron en mente al momento de iniciar una causa judicial, qué fue lo que le despertó la idea de ir a los tribunales en defensa de los derechos que alega. Maria Rachid y Analía Más, nos explican por qué acudieron a los tribunales para exigir los derechos sexuales y reproductivos y la laicidad estatal.

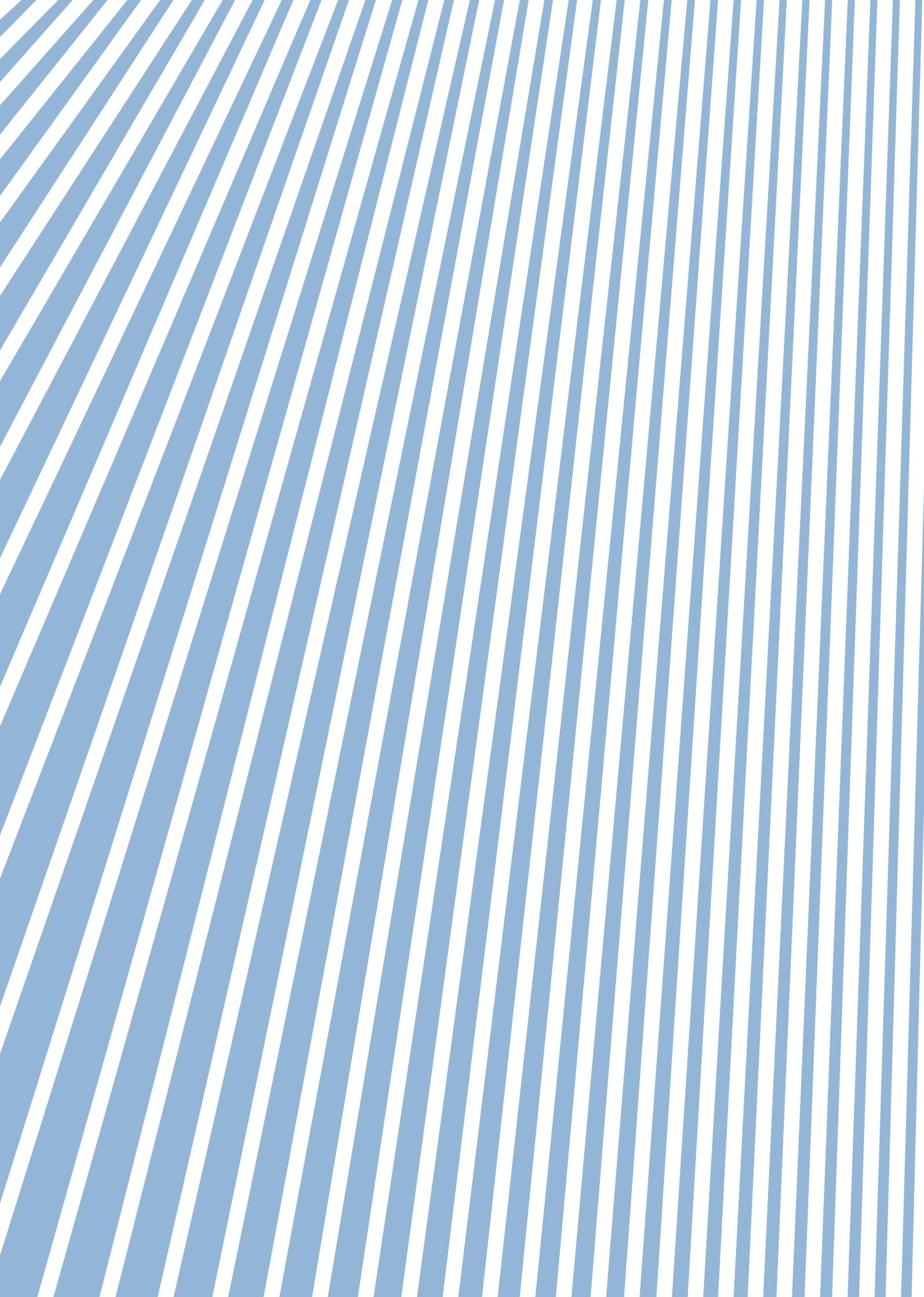
II

Reinterpretando la constitución de la CABA

Este espacio encuentra inspiración en “The Constitución in 2020” de Jack Balkin y Reva Siegel, pero aún más en la experiencia realizada a partir de la Constitución Nacional: *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria* (Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011) a cargo de Roberto Gargarella a quien agradecemos la posibilidad de replicar la práctica en el ámbito local.

La propuesta consiste, en línea con los objetivos de esta publicación, en invitar a repensar la Constitución de la CABA en una clave igualitaria. Así, las autoras y autores tendrán el desafío de proponer modificaciones al texto legal, incluyendo o excluyendo algún aspecto y/o proponer la mejor interpretación posible.

En este quinto número, Laura Royo , se centrará en proponer una interpretación constitucional, con un enfoque de derechos, de lo que debería ser una respuesta adecuada a las situaciones de emergencia para las personas en emergencia habitacional.



Respuestas de Emergencia para población en emergencia habitacional

Laura Royo

Abogada, graduada de la Facultad de Derecho de UBA. Magister en Políticas Sociales, Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales (UBA). Docente de la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Integrante del Grupo de Trabajo Interdisciplinario “Derechos Sociales y Políticas Públicas”. E-mail: lauraroyo@gmail.com.

Este artículo finalizado en noviembre de 2016 y recupera algunos puntos de la Tesis de Maestría “Las políticas habitacionales de emergencia en la ciudad de Buenos Aires en el periodo 2006-2012 desde un enfoque de derechos humanos. El contraste entre las políticas de la emergencia y el derecho a la vivienda”, Maestría en Políticas Sociales, Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Defendida el día 28 de noviembre de 2014.



Foto Jorge Aloy



La emergencia habitacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la ciudad autónoma de Buenos Aires (CABA), una de las ciudades más ricas del país y aquella que cuenta con una Constitución sumamente protectoria de los derechos sociales, existen numerosos habitantes que encuentran su derecho a la vivienda vulnerado pese a que dicho derecho está garantizado en numerosos tratados internacionales¹ de derechos humanos que han sido incorporados con jerarquía constitucional a la Constitución Nacional. Esto quiere decir que su cumplimiento no sólo resulta obligatorio a nivel nacional sino también local.

¹ El derecho a una vivienda adecuada está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5.e.iii); y Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 27.3). Entre ellos el más relevante es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que en su art. 11 dispone que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*”.

En este sentido, se ha incorporado el enfoque de derechos humanos que implica que el Estado tiene la obligación de satisfacer -al menos- el contenido mínimo de los derechos; la de utilizar al máximo los recursos disponibles, la universalidad en las acciones, el principio de progresividad y no regresividad; el principio de igualdad y no discriminación; la producción de información, la participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas y el acceso a la justicia.² Este último implica el fortalecimiento de diversos mecanismos de exigibilidad de derecho tanto administrativo como judicial y mecanismos de reclamo, control y rendición de cuentas. Otro de los elementos fundamentales para poner en práctica este enfoque es reconocer a los receptores de las políticas como titulares plenos de derechos y no como meros “beneficiarios” de políticas públicas. Esto implica garantizar que pueden exigir el respeto, protección y realización de sus derechos y garantías.

Específicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pese a que la población se mantuvo estable en los últimos diez años³ se han precarizado las condiciones en las que vive una gran porción de la ciudadanía en términos de hacinamiento, condiciones de habitabilidad⁴, etc. En términos de hacinamiento el propio

² Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura Compiladores, (2009), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, página.17.

³ De acuerdo al Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001 se registraban 1.008.867 viviendas, 211.234 personas y 67.917 hogares de un total de 2.725.094 personas que conforman 1.024.231 hogares particulares en la CABA se encontraban en situación de déficit habitacional ya sea por las condiciones de la vivienda como por situaciones de hacinamiento. Una década más tarde, en el Censo de 2010, se registraron un total de 1.479.015 viviendas, 1.150.134 hogares y 2.891.082 de población en la CABA. Ver también Defensoría del Pueblo de la ciudad (2015)

⁴ GCABA, (2013), *Serie de Informes Situación Habitacional CABA. Documento N° 2. Diag-*

Gobierno de la Ciudad (2013) afirma que en el año 2001 el 1,2% de los hogares vivían con condiciones de hacinamiento aumentando al momento del informe hasta el 4 % de los hogares. Según Virgilio y Rodríguez⁵ entre 1991 y 2001 la proporción de hogares afectados por problemas habitacionales en la ciudad aumentó un 77,6%. El 4,6% del total de viviendas de la ciudad son registradas como precarias⁶ y particularmente, se destaca un aumento de la población en villas de más del 50% respecto del 2001⁷. La Defensoría del Pueblo de la ciudad (2015) sostiene que actualmente el 6% de la población total de la CABA reside en villas y asentamientos precarios, mientras que en el año 2001 esa proporción representaba el 3,9% de la población.

nóstico Déficit Habitacional por Comunas en CABA, Instituto de Vivienda. Diciembre.

5 Di Virgilio, María Mercedes y Rodríguez, María Carla, (2013), *Producción social del hábitat*, Buenos Aires, Café de las Ciudades

6 Defensoría del Pueblo de la CABA, (2015), *La situación habitacional en la ciudad de Buenos Aires* Disponible en <http://www.defensoria.org.ar/noticias/el-deficit-habitacional-en-la-ciudad-autonoma-de-buenos-aires-informe-especial-de-la-defensoria/>

7 Cravino, Cristina, (2016), “Urbanización de asentamientos informales en el Área Metropolitana de Buenos Aires” en ACIJ, *Urbanización de villas y asentamientos en Buenos Aires*.

Sobre el déficit habitacional⁸ el GCBA (2012) lo ha estimado en un 9,7% de los hogares⁹. No obstante, esta cifra representa un incremento de casi dos puntos porcentuales desde 2001, lo que equivale a que 79.890 hogares más que se encuentran en esta situación. Asimismo, el GCABA sostiene que, el 6,3% de los hogares necesita acceder a una nueva vivienda para solucionar su problemática habitacional ya que presentan alguna de estas situaciones: la vivienda es considerada irrecuperable, comparten la vivienda con otro hogar o no tienen ningún tipo de vivienda¹⁰. Esto se ve agravado en la zona sur de la Ciudad donde se encuentra la mayor cantidad de hogares con vulnerabilidad habitacional en términos de mayor hacinamiento crítico, más bajo porcentaje de hogares con calidad constructiva

8 Si bien el concepto involucrado en su cálculo es sencillo, es decir, la brecha entre demanda y oferta de viviendas en un momento y espacio determinado, existen importantes discusiones en cuanto a una definición más precisa, tanto por el lado de su componente físico como demográfico, lo que origina una gran diversidad de estimaciones. Tradicionalmente se han distinguido dos fuentes o tipos de requerimiento habitacional: uno de tipo cualitativo, relacionado con mejorar la calidad del parque habitacional, y otro, déficit cuantitativo, relacionado con la expansión del número de viviendas. La medición del déficit supone opciones metodológicas que tienen consecuencias sobre la inferencia de requerimientos sectoriales y posibilidades de definir políticas y programas. En general, el cómputo del déficit cuantitativo estima la cantidad de viviendas que la sociedad debe construir o adicionar a las existentes para absorber las necesidades acumuladas. El déficit cualitativo se refiere a las viviendas particulares que deben ser mejoradas en cuanto a su materialidad, servicios y/o espacio y su cómputo se refiere a viviendas con problemas recuperables, diagnosticados con información sobre la tipología, materialidad, dotación de servicios y densidad de los recintos habitables. Arriagada Luco, Camilo, (2003) "América Latina: información y herramientas sociodemográficas para analizar y atender el déficit habitacional" en CEPAL, *Serie Población y Desarrollo N° 45*, Santiago de Chile.

9 Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, (2012), *Déficit habitacional, Unidad de Información, Monitoreo y Evaluación*. Disponible en:

http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/evaluacion_programas/informes_condiciones_vida/Vivienda_2012.pdf

10 GCABA, (2013), Serie de Informes Situación Habitacional CABA *Documento N° 2 Diagnóstico Déficit Habitacional por Comunas en CABA* Instituto de Vivienda Gerencia General IVC Diciembre

deseable, y mayor porcentaje de viviendas consideradas como “irrecuperables”.¹¹ Estas zonas no resultan de interés para la residencia de clases medias y altas ya que se encuentran en lugares alejados del centro de la ciudad, son zonas inundables, contaminadas, con escaso equipamiento urbano, falta de provisión de servicios públicos y efectores sociales desbordados¹².

Luego de la crisis socio-económica, política y financiera que atravesó la Argentina a fines del año 2001, principios del 2002 se fortaleció un proceso de promoción de la inversión privada y construcción inmobiliaria que en la CABA se produjo fuertemente. En este sentido, a mediados de la década, las viviendas suntuosas y lujosas acaparaban el porcentaje más alto de los permisos solicitados alcanzando más del 50% del total.¹³ Sin embargo luego de la desaceleración de la actividad de la construcción ha aumentado la proporción de viviendas sencillas pero las viviendas lujosas y suntuosas siguen representado en promedio aproximadamente un tercio de los permisos demandados¹⁴. Este boom de la construcción estuvo concentrado en muy pocos barrios de la Ciudad, fundamentalmente en

11 GCABA, (2013), op.cit

12 Ministerio Público Tutelar, (2012). *La dimensión social de las relocalizaciones de población en la Cuenca Matanza Riachuelo. El fallo “Mendoza” y los derechos de la infancia en la zona sur de la ciudad de Buenos Aires*. Documento de trabajo N° 16. Noviembre.

13 Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Metropolitano (CEDEM), (2012), Cuaderno de Trabajo N°13. *La otra cara del boom de la construcción y el consumo: dificultades para el acceso al crédito hipotecario para la compra de viviendas en la Ciudad de Buenos Aires*. Dirección General de Estadística y Censos. Disponible en:

http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/cuadernos_cedem_2012_013.pdf

14 Asesoría General Tutelar (AGT) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), (2013), *Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible*. Informe de Actualización 2008 – 2011, Eudeba.

Palermo, Caballito, Villa Urquiza y Puerto Madero en contraposición con el escaso dinamismo del sur de la ciudad. En este marco, se flexibilizaron las leyes que regulan el espacio público, zonificaciones, códigos de planeamiento urbano privilegiando así la localización de los nuevos emprendimientos privados.

Como parte principal de este proceso se ha reforzado el rol preponderante del mercado constituyéndolo como el satisfactor de necesidades y retrayendo así el papel del Estado en materia de políticas habitacionales. En la última década los precios de las viviendas han aumentado notablemente, la moneda de intercambio es el dólar y éste no ha tenido relación alguna con el aumento de los salarios sumado a las escasas posibilidades de acceso al crédito para los sectores marginados de la ciudad¹⁵. Por su parte, el Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC en adelante) ha tenido un escaso impacto en el mercado de la vivienda ya que entre 2003 y 2007 este organismo reclamó apenas el 2.85% de la superficie solicitada para la construcción de vivienda nueva reduciéndose a 0.34% promedio entre 2008 y 2011.¹⁶

Como consecuencia de la falta de acceso a créditos hipotecarios, el acceso a la propiedad se vio limitado y se produjo un notable aumento de inquilinos en la ciudad. Según el Censo

15 Sobre créditos individuales para grupos en situación de vulnerabilidad ver Royo, Laura, (2015), “Las políticas de los créditos hipotecarios en las ciudad de Buenos Aires para familiares vulnerables: ¿mito o realidad? en Pautassi Laura y Gamallo Gustavo (directores), *El bienestar en brechas. Las políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*, Ed. Biblios

16 Verónica Carmona Berrenechea y Giuseppe M. Messina (2015) “La problemática habitacional en la ciudad de Buenos Aires desde la perspectiva de la provisión de Bienestar” en Pautassi Laura y Gamallo Gustavo (directores), *El bienestar en brechas. Las políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*, Ed. Biblios

2010 los hogares que alquilan aumentaron en un 7% en comparación con el censo anterior, cifra que se encontraba en baja desde 1947. Alcanza entonces al 40% los hogares que están integrados por inquilinos u ocupantes.¹⁷

Por todo ello y en función del incremento de los precios para habitar en la ciudad, los sectores marginados se vieron obligados a buscar viviendas en condiciones más deficitarias que las que tenían o directamente debieron migrar de la ciudad hacia, principalmente, el conurbano bonaerense o bien mudarse a villas. Esta situación de déficit habitacional entra en clara tensión con la existencia de una gran cantidad de viviendas desocupadas que según el Censo 2010 se contabilizaron 340.975, esto es, el 24% del total de viviendas relevadas en la ciudad¹⁸.

Esta situación resulta llamativa en un marco sumamente protectorio de derechos como la de ciudad de Buenos Aires. A partir de la reforma constitucional nacional de 1994 y la sanción de la constitución de la CABA en 1996 se han ampliado las obligaciones que en materia de derechos humanos ha asumido el Estado al momento de diseñar e implementar políticas públicas. Como contracara de estas obligaciones estatales, se amplió el catálogo de derechos y garantías así como también se incrementaron y mejoraron los mecanismos para la exigibilidad de los derechos. Específicamente la Constitución de la Ciudad garantiza “*políticas sociales coordinadas para superar*

17 ACIJ (2016), *Buscar un techo. La problemática de los inquilinos y los alquileres en la ciudad Autónoma de Buenos Aires* y Defensoría del Pueblo de la CABA, (2015) op. cit

18 Defensoría del Pueblo de la CABA (2015) op. cit

las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades” (art. 17) y específicamente en materia habitacional no solo que reconoce el “derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado” sino que también asume como obligación positiva resolver “progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”. Al mismo tiempo auspicia “la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva” (art. 31).

La situación de emergencia habitacional ha sido permanente en los últimos diez años sin perjuicio de que han integrado la Jefatura de Gobierno de la ciudad de Buenos Aires de diversos partidos políticos. Esto denota que el problema de déficit habitacional es estructural y permanece sin respuesta desde la política pública desde hace años.

Desde la Legislatura se ha declarado en varias oportunidades la emergencia habitacional de la CABA a través de las leyes 1408/04, 2472/07¹⁹ y 2973/08 que fueron sistemáticamente

19 Es importante destacar que durante el mismo año que se prorrogaba la emergencia habitacional, la misma Legislatura aprobó, el Código de Procedimientos Contravencional Penal de la Ciudad (ley N° 2303/07) a través del cual se permite a propietarios de inmuebles usurpados solicitar su restitución anticipadamente sin conectar la problemática de déficit habitacional

vetadas parcialmente por el Poder ejecutivo local dejando así sin efecto la suspensión de la ejecución de desalojos de inmuebles del GCABA planteada mientras durase la emergencia que proponían las sucesivas leyes.²⁰

El trabajo legislativo en materia de vivienda en el último decenio se centró principalmente en declaraciones y pedidos de informes al Poder Ejecutivo ya que, en general, han sido escasas las iniciativas de proyectos de ley que han sido tratadas y aún menores los proyectos que se han convertido en leyes. Estos últimos se tratan principalmente de respuestas habitacionales dirigidas a grupos geográficamente delimitados tales como villas, núcleos habitacionales transitorios, complejos habitacionales, etc. pero sin generar respuestas estructurales a los problemas de vivienda de la ciudad. Sin perjuicio de ello, es importante destacar la sanción de la Ley de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle N° 3706 de 2010, que entró en vigencia en mayo de 2011, que dispuso que aquellos que residen de forma transitoria o permanente en los paradores del GCABA deben ser consideradas como personas en situación de calle ya que ese tipo de alojamiento no implica una superación de la emergencia habitacional rebatiendo entonces la postura de la jurisprudencia de la CABA hasta ese momento, cuestión que sobre la que se ahondará más adelante.

y las consecuencias que ello implica para los derechos de los habitantes de dichos inmuebles.
20 En el año 2010, en pleno auge del conflicto de la toma del Parque Indoamericano, la Legislatura volvió a insistir con la prórroga de la ley de emergencia habitacional (Proyecto de Ley 3654/10) pero fue vetado por el Poder Ejecutivo a través del Decreto N° 38/2011 argumentando que la prórroga anterior había vencido el 4 de noviembre de 2010.

En este marco este trabajo se centrará en el análisis del Programa “Atención para familias en situación de calle” y su relación con la red de paradores y hogares de tránsito destinados a personas en inminente o efectiva situación de calle desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo se analizará la masiva judicialización de dicha política y las respuestas alcanzadas luego de la intervención de dos poderes del Estado que deben garantizar el goce del derecho a la vivienda adecuada.

El subsidio habitacional: la política de vivienda por excelencia en el último decenio

El eje de las políticas habitacionales ofrecidas por el GCABA para aquellos grupos de la población de la CABA considerados como “vulnerables”, “excluidos”, “marginados” está puesto en el Programa “Atención para familias en situación de calle” en combinación con el alojamiento en la red de paradores y hogares²¹. Los receptores de dichas políticas públicas no están insertos en ninguna modalidad habitacional definida ni geográficamente determinada. Es decir que estas políticas están orientadas a aquellos que no forman parte de ningún colectivo y para aquellos que están fuera de conjuntos habitacionales, villas u asentamientos, núcleos habitacionales transitorios ni

21 El programa “Buenos Aires Presente” (BAP) atiende a personas en situación de emergencia y funciona como nexo entre las personas en situación de calle y los paradores nocturnos y hogares de tránsito. Son lugares de pernocte donde se ofrece comida y un sitio donde pasar la noche.

pertenecen a alguna organización social, barrial, cooperativa, etc. que incida en el modo de habitar de ellos. Algunas de ellas ingresan a paradores y hogares de tránsito de los que egresan por su incorporación en el Programa que les permite alquilar habitaciones en hoteles familiares o bien ingresan directamente al Programa a través su solicitud ante el Ministerio de Desarrollo Humano (antes Desarrollo Social) y Hábitat o a través de la derivación del Programa “Buenos Aires Presente” por encontrarse en situación de calle o en situación de desalojo.

El Programa de “Atención para familias en situación de calle” se creó en 2006 con el objeto de “*armonizar*” diversos programas existentes y “*mejorar la atención de las familias en situación de calle*”²². Anteriormente a esta misma población se le otorgaba el alojamiento en hoteles que el Estado contrataba directamente.²³ En cambio, este Programa se le transfiere el dinero para que la familia contrate en el mercado dejando en claro que el subsidio debe ser utilizado únicamente para cubrir gastos de alojamiento. Se busca “*brindar asistencia a las familias en situación de calle*” y como objetivos específicos “*fortalecer el ingreso familiar exclusivamente con fines habitacionales y la orientación de aquéllas en la búsqueda de distintas estrategias de dar solución a su problemática habitacional*” (Decreto

22 Considerandos Decreto 690/06, 5° y 6° párrafo

23 “Programa para las Familias Sin Techo” se buscaba a través de este dispositivo “brindar asistencia social transitoria a grupos familiares sin recursos económicos que transiten situación de emergencia habitacional proporcionando orientación y asistencia para solucionar dicha emergencia”. Esto se realiza a través de alojamiento y alimentación en forma temporaria. Para ello se ofrecía el alojamiento en el Hogar 26 de julio (solo recibía mujeres solas o con hijos) o el pago de un hotel por 15 días o a través de unidades de alojamiento familiar que conformen la red de ayuda a los “sin techo”.

690/06; art.3). Para ello, se estableció la entrega de un subsidio que tiene un límite temporal de seis meses con posibilidad de extenderlo únicamente por cuatro meses más a criterio de la Administración si considera que persiste *“la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio”*²⁴ (Decreto 690/06, art.5).

Se consideran como destinatarios del Programa a *“aquellas familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal, a aquellas que se encuentren en forma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo judicial, desocupación administrativa, incendio, derrumbe, catástrofes naturales”* (Art. 1 Decreto 167/2011). Es decir que se atiende a todo aquel que cumpla con los requisitos exigidos en la normativa sin distinguir o indagar sobre las características individuales del universo de personas abordado por la política pública. En la práctica este Programa es implementado para abordar multiplicidad de situaciones constituyéndose como la única respuesta estatal frente: a desalojos masivos, desalojos de grupos familiares o personas solas, siniestros como incendios, inundaciones, derrumbes, etc. desalojos administrativos dispuestos por el propio GCABA o judiciales desde usurpaciones masivas a vencimientos de contratos de alquiler, desalojos en villas, soluciones habitacionales para liberación del camino de sirga en el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo, personas en

24 El subsidio desde 2013 a diciembre de 2016 consistió en una suma total de \$10.800, abonado en un máximo de 6 cuotas mensuales y consecutivas de hasta \$1.800 cada una. Desde la sanción del decreto 637/16 en diciembre de 2016 se estableció el monto del subsidio a otorgar en una suma total de hasta \$ 48.000, abonado en un máximo de 12 cuotas mensuales y consecutivas de hasta pesos \$ 4.000 cada una.

situación de calle, etc. Las personas transitan por el Programa sin que se trabaje sobre sus trayectorias individuales, las posibilidades –si tuvieran- de insertarse en el mercado laboral sea formal o informal, la resolución de su situación habitacional, entre otras. Cuestiones todas que podrían considerarse para evaluar el éxito o fracaso de su tránsito por el Programa. Es decir, que hayan superado la situación excepcional de emergencia y encontrado respuesta a su problemática.

Según la normativa, el objetivo principal de la política en análisis es *“asistir a familias o personas solas en situación de calle”* (Decreto 690/06 art. 4). Específicamente esta “asistencia” consiste en una transferencia monetaria condicionada y transitoria ya que solo dura 6 meses pudiéndolo extender por 4 más, se requiere el cumplimiento de condicionalidades en materia de educación y salud, y también, mensualmente deben acreditar la “buena” utilización del subsidio. Se exige además que, al momento de requerir la extensión del subsidio, el solicitante debe demostrar sus esfuerzos para superar su situación de emergencia habitacional. Por lo que esta “asistencia” sería un “refuerzo”, una “ayuda” a la familia para cubrir sus gastos habitacionales. Desde el Poder Ejecutivo se complementa esta asistencia a través de la derivación o articulación con otros programas como Nuestras Familias, Ticket Social, Ciudadanía Porteña y Formación e Inclusión para el Trabajo.

Esta concepción del Programa respecto al rol que debe tener el receptor incorpora y mantiene vigentes supuestos clásicos del neoliberalismo que postulaban la primacía del mercado como mecanismo supremo de inclusión y la concepción de un individuo a cargo de sí mismo²⁵ y *“al cual se exige que se haga cargo de sí y que desarrolle las competencias y recursos necesarios para su inclusión en el mercado y el acceso a los bienes sociales, independiente de los recursos y soportes pre-existentes”*²⁶. El individuo es el único culpable o responsable individual de sus padecimientos²⁷. En el caso de las políticas de vivienda de emergencia el eje está puesto en que cada individuo satisfaga sus necesidades habitacionales a través de las reglas que el mercado propone. Sin perjuicio de que, según el diseño de la política, el subsidio viene a asegurar la autonomía familiar de elegir donde vivir; tal elección no resulta tal en la práctica ya que, de acuerdo a los precios de mercado actual, los receptores sólo pueden costear parcialmente el alquiler de habitaciones pequeñas en las cuales los miembros de la familia viven hacinados, con baño y cocina compartidas, sin lugares de esparcimiento para los niños, donde la habitación se vuelve en el lugar para dormir, comer, trabajar para el caso de los adultos,

25 Vilas, Carlos, (2011), “Políticas y políticas públicas” en Vilas Carlos, Después del neoliberalismo. Estado y procesos políticos en América Latina, Universidad nacional de Lanús y Vilas, Carlos, (2001), El síndrome de Pantaleón: política y administración en la reforma del Estado y la gestión de gobierno, Foro Internacional 165 (julio-septiembre 2001), vol. XLI (3) 421-450

26 Svampa, Maristella, (2004), Disertación para la apertura del Seminario los nuevos rostros de la marginalidad, Publicado en Laboratorio/on line, Revista de estudios sobre cambio social, año IV, número 15, primavera 2004. Buenos Aires. Instituto G. Germani. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires.

27 Carballeda, Alfredo. (2010), “La cuestión social como cuestión nacional, una mirada genealógica”, en Ciencias Sociales. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA N°76. Buenos Aires

hacer las tareas y jugar para el caso de los niños. Asimismo, la mayoría de los casos son habitaciones sin ventilación, oscuras y con humedad a precios exorbitantes.²⁸ Sin perjuicio de los altos precios del mercado hotelero y las condiciones de habitabilidad ofrecidas, muchas veces para los receptores del Programa resulta difícil encontrar disponibilidad en este tipo de establecimientos, más aún para las familias con niños y/o para familias numerosas. Los exorbitantes valores inmobiliarios sumado a las trayectorias e historias de vida de las familias receptoras de este Programa, signadas por su situación de vulnerabilidad, es poco frecuente que puedan cumplir con los requisitos exigidos para un alquiler en el mercado formal y menos aún solo contando con el monto del subsidio asignado.

Pese al contexto inflacionario existente en el país, el monto del subsidio habitacional se mantuvo fijo desde 2006 a 2008 en \$450, de 2008 a 2011 en \$700; de 2011 a 2013 en \$1200 y desde junio de 2013 hasta la actualidad el subsidio se mantiene en \$1800 mensuales.

Desde un enfoque de derechos humanos, el Programa de subsidios así como los paradores no cumplen con las obligaciones mínimas para satisfacer con el contenido mínimo del derecho a la vivienda fijado por el derecho internacional de los derechos humanos. El alojamiento en hoteles familiares que cubre parcialmente el subsidio habitacional no protege contra ninguna

28 Zayat, Demián, (2013), “El impacto de “Quisberth Castro” en la jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Un análisis empírico” en Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Año 3, N° 4

forma de desalojo forzoso por lo que no garantiza la seguridad jurídica en la tenencia pese a que el Poder Ejecutivo controla y certifica mes a mes el “buen” uso habitacional de dicho subsidio. Asimismo otorgan de manera deficiente aquellos servicios que se consideran indispensables para garantizar la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de las personas. El cobro del subsidio habitacional solo viene a cubrir parcialmente una “necesidad” habitacional sin que se articulen estrategias integrales, más allá de la ocasional derivación a un programa de carácter alimentario, para que las familias puedan superar su situación de pobreza o indigencia. Los subsidios fueron concebidos para todas las situaciones individuales de emergencia habitacional–sin distinción- y no para dar solución o dar cuenta de un déficit habitacional estructural. Asimismo no se articula esta política de emergencia con políticas de habitacionales definitivas que puedan dar algunas respuestas al déficit habitacional de la ciudad.

Por todo ello, la falta de respuestas desde las políticas públicas ergo, la violación del derecho a la vivienda de miles de familias en la CABA ha sido cuestionado judicialmente generando así un segundo interlocutor – esto es el Poder Judicial- con facultades para ordenar el reingreso y permanencia en la única política pública existente para paliar la permanente emergencia. A continuación se analizará la intervención del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires en esta materia, como poder del Estado también obligado a satisfacer derechos sociales pero también aquel poder menos estudiado en el campo de las políticas sociales.

La masiva judicialización de la política habitacional de emergencia

La exigibilidad judicial en materia de vivienda en la ciudad de Buenos Aires ha sido el modo que han encontrado numerosos grupos familiares para reclamar por la efectividad de sus derechos. Por tanto, se habilita la justiciabilidad a fin de exigir el cumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Especialmente Abramovich y Curtis²⁹ enfatizan en que aún cuando el Estado cumpla con la satisfacción de determinadas necesidades, no se puede afirmar que los destinatarios de esas acciones estatales gozan de ese derecho, hasta tanto se pueda verificar que la población se encuentra en condiciones de demandar judicialmente en caso de incumplimiento.

Distintos factores se combinan para dar explicación al fenómeno de exigir judicialmente la satisfacción de derechos sociales

29 Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta

en Argentina y en particular en la CABA. Entre ellos, el deterioro de las condiciones económicas y sociales; la ausencia de respuestas adecuadas de los poderes ejecutivo y legislativo; la reforma constitucional de la Constitución Argentina en 1994, y la sanción de la constitución de la ciudad de Buenos Aires en 1996 que ampliaron el catálogo de derechos garantizados por el Estado e incluyeron nuevas herramientas para su protección³⁰.

En esta lógica, se busca describir la intervención de este Poder Judicial³¹ en materia habitacional ya que la masiva judicialización de las políticas de emergencia ha sido una característica de la política social de la vivienda del último decenio así como también describir si dichas respuestas se adecuan al enfoque de derechos antes mencionado.

30 Sobre experiencias de litigio en derechos sociales ver Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), (2008), *La lucha por el derecho: litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires; Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, (2005), *Las Acciones Colectivas*, Lexis Nexis; Smulovitz, Catalina, (2008), “Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina”, en Sieder, Rachel, Schjolden, Line y Angell, Alan, Editores en *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad externado de Colombia, Fairstein, Carolina, Kletzel, Gabriela y Garcia Rey, Paola (2010), “En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales” en Arcidiacono, Pilar; Espejo Nicolás y Rodríguez Garavito Cesar (coordinadores), *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre editores, Bogotá y Rodríguez-Garavito, César y Rodríguez Franco Diana, (2010), “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos y el caso del desplazamiento forzado en Colombia” en Arcidiacono, Pilar, Espejo, Nicolás y Rodríguez-Garavito, César, *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes, CELS y Universidad Diego Portales.

31 A partir de la reforma constitucional de 1994, se incorporó a través del art. 129 de la Constitución Nacional la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, sede del Gobierno Nacional y capital del país. A raíz de ello, en 1996 se sancionó la Constitución de la CABA y posteriormente se conformaron los tres poderes de esta ciudad. En particular, en 1996 se produjo la primera elección del Jefe de Gobierno, en 1997 se eligió al primer cuerpo de legisladores y en 1998 se sancionó la ley N° 189 orgánica del Poder Judicial de la CABA.

A partir del año 2000 con el caso “Pérez Víctor”³² se abrió el camino de la exigibilidad judicial de las cuestiones de vivienda en la CABA ya que se cuestionó la situación de las personas en situación de calle alojadas en paradores³³. A partir de este caso se abrió camino al control judicial sobre las políticas sociales y en particular inauguró el camino de judicialización de las políticas de emergencia habitacional, generando así discusiones acerca del alcance del derecho a la vivienda adecuada, la razonabilidad de las políticas implementadas así como también acerca de los alcances y límites de la intervención del Poder Judicial en tales materias.

Posteriormente, en el 2001, como consecuencia del anuncio del GCABA del cierre del “Programa integrador para personas o grupos familiares en situación de emergencia habitacional” (Decreto 607/97) se iniciaron 105 amparos contra el GCABA a fin de evitar su cierre del programa y se haga cumplir a los hoteles la normativa vigente en materia de habilitaciones³⁴. A partir de ese momento se dictaron numerosas sentencias no sólo de jueces de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario sino también de la Cámara de Apela-

32 Tribunal Superior de Justicia de la CABA, “Pérez, Víctor Gustavo c/ GCABA s/ amparo”, 21 de Junio de 2001

33 González Castro Feijoo, Lorena y Perugini, (2008), “Los derechos sociales en la jurisdicción de la ciudad autónoma de Buenos Aires” en Valle, Marcelo Daniel (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Lajouane

34 González Castro Feijóo (2011), Papeles de Trabajo de la Defensoría Pública N° 2, Jornada de Debate: La aplicación del art. 335 CPPCABA y la situación habitacional de la CABA, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Pucciarello, Mariana (2012) y Lodeiro Martínez, Fernando (2012) en Defensoría del Pueblo de la CABA, *El fallo Quisberth Castro y el derecho a una vivienda adecuada en la ciudad de Buenos Aires*, Papeles de trabajo N° 11, Disponible en https://issuu.com/defensoriacaba/docs/papeles11_1_

ciones que ratificaban la exigibilidad del derecho a la vivienda y la obligación del Poder Ejecutivo de adoptar medidas para dar resolución a la problemática de grupos marginados de la ciudad sin distinción. Por lo que a partir de allí, la justicia de la ciudad se constituyó como un referente en materia de exigencia de este derecho.

En particular, este fenómeno de judicialización del derecho a la vivienda se ha profundizado con la creación del Programa de “Atención a Familias en situación de calle”. Es decir, que han sido numerosos los casos que, ante el cobro de la décima cuota del subsidio y la negativa del Poder Ejecutivo de seguir abonándolo, han sido judicializados exigiendo se otorgue una solución habitacional a las familias involucradas. A lo largo de los últimos diez años la jurisprudencia en la CABA ha tenido idas y venidas respecto a los alcances de la protección del derecho a la vivienda adecuada³⁵. En particular el análisis del subsidio habitacional deviene de mayor interés si se tiene en cuenta que fue y es impugnado judicialmente en numerosos casos individuales ya que su judicialización constituye el único mecanismo existente para lograr la re-inclusión en el Programa.³⁶

En los referidos casos individuales donde se reclama la satisfacción del derecho a la vivienda el acceso a la justicia de los grupos marginados se garantiza casi exclusivamente a través

35 Christe, Graciela (2013), “Apostillas a la sentencia Q. C. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista *¿ÁDA Ciudad*: Número 5, Diciembre

36 Ministerio Público de la Defensa, (2015), “*Los derechos económicos, sociales y culturales en la ciudad de Buenos Aires. El rol del Ministerio Público de la Defensa para su exigibilidad*”. Octubre.

de la defensa pública ya que organizaciones de la sociedad civil no se han abocado al litigio individual de estos casos. Asimismo estos litigios tampoco resultan “atractivos” para abogados particulares en función del escaso monto del subsidio que se debate en el juicio.

Del masivo proceso de judicialización se expondrán sólo algunos de los lineamientos principales de aquellas sentencias que se consideran centrales para poder dar cuenta de lo que un poder estatal de la ciudad, en este caso el judicial, entiende sobre lo que el Estado de la ciudad debe hacer en materia de política habitacional. Cabe aclarar que, por más que las decisiones del Poder Judicial se apliquen y tengan efectos sólo sobre aquellas personas que iniciaron las acciones, ante la gran cantidad de casos que tramitan en materia habitacional en la ciudad y por la intervención de las instancias judiciales de mayor jerarquía a nivel nacional y local, la interrelación entre estas decisiones y la política pública de vivienda de la ciudad es directa. Sin perjuicio de ello, cabe adelantar que pese al gran número de litigios presentados y resueltos no se han generado cambios sustanciales en la política pública de vivienda a nivel estructural en el sentido de mejorar la situación deficitaria habitacional de la CABA.³⁷ A continuación se describirán aquellas sentencias de

37 Hay que tener en cuenta que desde la creación de la justicia de la Ciudad las respuestas del Poder Judicial en materia habitacional han tenido vaivenes, se ha abierto y cerrado el “grifo” de la judicialización del derecho a la vivienda por lo que no puede considerarse como algo estático. Sobre los cambios en la jurisprudencia de la justicia de la CABA ver Graciela Christe (2013) “Apostillas a la sentencia dictada por la CSJN en la causa Quisberth Castro (CSJN Q. 64. XLVI RECURSO DE HECHO, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo” en Revista *¿áDA Ciudad*: Número 5 (Diciembre 2013) “Los DESC abren el juego”; Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, (2012). “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisperu-

los últimos años que se consideran “hitos” para el análisis de la judicialización de la política de subsidios habitacionales.

En 2010 el Tribunal Superior de Justicia de la CABA (TSJ en adelante) resolvió una acción judicial promovida por la Asesoría General Tutelar³⁸ (AGT) en la que se solicitó se declare la invalidez constitucional de las modificaciones introducidas en el 2008 por el GCABA al decreto de creación del Programa de subsidios habitacionales. Según la AGT las reformas introducidas limitaban el acceso a dicha política de subsidios por parte de determinados grupos así como también violentaba la prohibición de regresividad y otros derechos y principios consagrados por tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional por parte del GCABA. El caso fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia haciendo lugar parcialmente a la petición de la Asesoría y declaró la inconstitucionalidad de dos artículos del decreto N° 960/08. En particular, el artículo 2 que reducía la población objetivo de la política ya que solicitaba la comprobación de la efectiva situación de calle de los receptores y el artículo 4 que establecía una restricción al

dencia del TSJC”, Revista Lecciones y Ensayos, N°89, Pág 329-350), Castro Feijoo y Perugini, (2008), “Los derechos sociales en la jurisdicción de la ciudad autónoma de Buenos Aires” en Valle, Marcelo Daniel (coord.) (2008) Temas de Derecho Procesal Constitucional, Buenos Aires, Lajouane (2011), Pautassi y Royo (2010), Garantías al acceso a la vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Límites y agenda pendiente en Ministerio Público Tutelar, *El derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del poder judicial y las políticas públicas*, Gargarella, Roberto, (2006), *Una esperanza menos. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires*, JA 2006-IV-1317 – SJA 25/10/2006, Lexis N° 0003/012882., entre otros.

38 “Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCABA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expte 6153/08), TSJ, 12 de mayo de 2010.

destino del subsidio ya que solo contemplaba como único destino del subsidio cubrir gastos de alojamiento y sólo de manera excepcional la utilización para la búsqueda de una solución habitacional definitiva. Estos cambios se materializaron a través del Decreto N°167 del año 2011 a partir del cual se modificó nuevamente el Programa³⁹. La sentencia es de suma relevancia, no sólo porque invalidó con efecto general la norma que modificaba el Programa en cuestión ya que implicaba un retroceso en la protección del derecho a la vivienda adecuada, sino también porque reconoció que la regulación de los derechos sociales no puede vulnerar el principio de progresividad y no regresividad.

Asimismo el mismo día en 2010 se dictó otra sentencia⁴⁰ respecto de la solicitud del Sr. Alba Quintana de permanecer en el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” ya que pese haber percibido todas las cuotas asignadas su crítica situación habitacional no se había modificado. Su solicitud fue acogida en primera y segunda instancia pero la mayoría de los votos del Tribunal Superior revocó la sentencia de Cámara y ordenó se dicte nueva sentencia en bases a varios argumentos que se resumen en este apartado. En dicha sentencia el Tribunal Superior estableció que *“el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que*

39 Ministerio Público Tutelar, (2010), *“El derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas públicas”*, Colección: de incapaces a sujetos de derechos N° 4, Eudeba.

40 “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte N° 6754/09). Ambas sentencias fueron dictadas el 12 de mayo de 2010 y comparten buena parte de sus fundamentos. El fallo contó con la disidencia de la Dra. Alicia Ruiz.

pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC)⁴¹.

En primer lugar, el Tribunal Superior fijó la inexistencia de un derecho de cualquier persona a exigir una vivienda pero, para quienes lo requieran, establece que el alojamiento en paradores u hogares ofrecido por el Gobierno es suficiente para satisfacer sus necesidades habitacionales así como también encontrar garantizado su derecho a la vivienda adecuada⁴². Resultando así esta interpretación contradictoria con el contenido mínimo del derecho a la vivienda fijado por los estándares internacionales de los derechos humanos ya que dichos paradores u hogares han recibido serias objeciones en relación con sus deficientes condiciones de habitabilidad y su carácter transitorio. El Tribunal no menciona ni toma en cuenta el contenido mínimo del derecho a la vivienda fijado a través del Comité DESC en su Observación General N° 4. Esto ya que, entre otros estándares,

41 Caso “Alba Quintana”, Voto Jueces Conde y Lozano, Cons. 15

42 Caso “Asesoría”, Voto Juez Casas, Cons. 2.5

el parador claramente no satisface la seguridad en la tenencia ya que el propio sistema de la red de pernocte reglamenta horarios para uso de los espacios, los grupos familiares deben separarse por sexo, no se garantiza la vacante para el día siguiente, se prohíbe la estadía después del desayuno, entre otras restricciones. En este sentido, resulta restrictiva la interpretación que realiza el Superior Tribunal respecto a la traducción del término “shelter” que utiliza el Comité DESC en su Observación General N° 7 sobre desalojos forzados, asimilando este término a los refugios ofrecidos por el gobierno de la Ciudad. Al respecto Graciela Christe⁴³ refiere que este caso “*presentó un carácter francamente regresivo, y echó por tierra los avances obtenidos, ya que interpretó las normas sobre el derecho a la vivienda de un modo restrictivo y arbitrario*”.

En segundo lugar, en cuanto a las obligaciones del Estado, la mayoría de los votos del Tribunal Superior estableció que la CABA no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante sino que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda⁴⁴. El punto crucial es que la sentencia del Tribunal Superior valida la política de paradores como la que puede satisfacer las necesidades habitacionales de aquellas personas que no pueden resolver a través del mercado, considerado como la única vía posible, su derecho a la vi-

43 Graciela Christe, (2013), “Apostillas a la sentencia dictada por la CSJN en la causa Quisberth Castro (CSJN Q. 64. XLVI RECURSO DE HECHO, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo” en Revista *¿ÁDA Ciudad*, Número 5 Diciembre, *Los DESC abren el juego*

44 Caso Asesoría, voto Dr. Casas, Cons. 2.5 y Voto Dra. Conde, Cons. 5.2. y Caso “Alba Quintana”, voto de los Dres. Ana María Conde y Luis Francisco Lozano Cons. 5.2.

vienda. Puede advertirse entonces que los lineamientos fijados por la justicia vienen a avalar las “pobres” políticas de la ciudad.

En tercer lugar, los jueces reconocen que los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la Constitución de la CABA pero sin embargo consideran que *“se traducen en un paliativo transitorio tendiente a mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir”*⁴⁵. Este argumento parece olvidar que las únicas políticas habitacionales en funcionamiento dirigidas a sectores más vulnerables, en el caso de la ciudad más rica del país, consisten en la combinación de un parador y un subsidio –limitado en el tiempo y escaso en relación a los valores que maneja el mercado- que busca infructuosamente mitigar la emergencia habitacional. Por lo que el “paliativo transitorio” se convierte en definitivo. En este sentido, la mayoría de los jueces del Superior Tribunal reafirman la responsabilidad que tiene cada individuo respecto a su situación, mencionando que *“el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela”*⁴⁶. Es decir que prima la concepción de que las familias que requieren de “asistencia habitacional” se encuentran en una situación de emergencia, coyuntural y transitoria y que ésta debe ser resuelta por sus propios medios como si fuera una cuestión voluntarista y no una

45 Caso Alba Quintana, voto Juez Casas, Cons. 5

46 Caso Asesoría, voto Juez Casas, Cons. 6.a

imposibilidad objetiva o una situación de pobreza estructural en donde uno de los componentes es el de déficit habitacional.

En cuarto lugar, el Tribunal exige al accionante, es decir al receptor excluido de la política, acreditar que se encuentra en una situación prioritaria respecto a los demás para poder acceder a estas respuestas. Algunas de las preguntas que surgen respecto a esta exigencia: ¿prioridad frente a quién?, ¿bajo qué parámetros?, ¿de acuerdo a qué normas se instituye al receptor como obligado a demostrar que se encuentra en determinada situación diferente a otro para ser receptor o no de determinada política? Una vez que logre demostrar su situación prioritaria, el Estado sólo colaborará brindando “asistencia” para este momento coyuntural ya que parecería que no hay una obligación jurídica para la satisfacción de la necesidad habitacional de estos grupos.

En último lugar, la mayoría del Tribunal Superior mencionó que la facultad de dar contenido, a través de políticas públicas, al art. 31 de la CCABA dentro del sistema de gobierno organizado por la Constitución de la Ciudad es del Poder Legislativo. Esto, para sustentar la postura que no es tarea del Poder Judicial diseñar las políticas públicas ni dar opinión sobre su pertinencia. Lo que resulta llamativo ya que es función estricta del Poder Judicial controlar la legalidad y razonabilidad de las medidas tomadas por los otros dos poderes en el marco de los “frenos y contrapesos” clásica de la división de poderes y con el objeto de asegurar el cumplimiento de derechos. Por otro lado se destaca claramente la facultad del Poder Legislativo de asig-

nar recursos, en cuanto a la responsabilidad de este poder en la aprobación del presupuesto anual y la decisión de asignar recursos para resolver problemas sociales.

Luego de la sentencia “Alba Quintana” los fundamentos de ese caso se aplicaron a numerosos otros que tramitaban en la justicia de la ciudad y que llegaron a la máxima instancia judicial local sin diferenciar la situación de hecho de cada uno de ellos, profundizando así *“una tendencia jurisprudencial aún en danza por la cual, con desentendimiento del rol activista que le compete al Poder Judicial en la materia, alivia al Ejecutivo de su obligación constitucional de promover y asegurar políticas universales que coadyuven a concretar los derechos económicos, sociales y culturales de la población –a los que el Estado se comprometió en el orden nacional e internacional”*⁴⁷

A raíz de esta respuesta se presentaron diversos recursos extraordinarios federales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Entre los casos que le fueron presentados, la Corte seleccionó para resolver en primer término el de “Q.C., S. J. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”⁴⁸ que

47 Constante, Liliana, (2011), “Sobre el derecho humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del Tribunal Superior de Justicia en el caso “Alba Quintana”, Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Año 1, N° 1, Pág.81

48 Q. 64XLVI, Recurso de Hecho, “Q.C., S.Y. c/ GCABA s/amparo”, 24 de abril de 2012. Para mayor análisis sobre el caso ver Tedeschi, Sebastian, (2016), “Construyendo vivienda como derecho exigible” en Consejo de la Magistratura. Poder Judicial de la CABA, *Quince años, quince fallos a 15 años de la creación del fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires*; Corti, Aristides, (2013), “El derecho a la vivienda, niños y la débil seguridad jurídica de los marginados”, Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Año 3, N° 5, Thury Cornejo, Valentín, (2013) “En el nombre del niño El interés superior del menor en la construcción del rol de la Corte Suprema” en *Revista Discusiones*, Ed. Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca; Sab-

involucraba a la Sra. Quisbeth Castro y su hijo quien sufre de una encefalopatía crónica no evolutiva, que le provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social. El grupo familiar se encontraba en una crítica situación socioeconómica y en función de ello atravesó por diferentes modalidades habitacionales tales como: paradores, hogares y hoteles hasta que, finalmente, quedaron en situación de calle, razón por la cual solicitaron al GCABA su inclusión en el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle. Agotadas las diez cuotas establecidas en la normativa requirieron su extensión pero ésta fue rechazada. Ante la inminencia de volver a una situación de calle se interpuso un recurso de amparo en el que se solicitó al GCABA que cesara en su conducta ilegítima al denegarle la inclusión en los programas habitacionales existentes y al no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto con su hijo. Específicamente el grupo familiar solicitó una solución habitacional que les permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad y preservando la integridad familiar. Asimismo, se aclaró que en el caso que se decidiera su permanencia en el Programa debía asegurarse un monto suficiente para poder costear un lugar que se adaptara a la situación familiar.

En este sentido, tanto en primera como en segunda instancia, se hizo lugar al amparo pero el Tribunal Superior revocó tal

say, Daniel (2012) “El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en *Revista Pensar en Derecho*, Ed. Eudeba y Facultad de Derecho de la UBA; Defensoría del Pueblo de la CABA, (2012), *El fallo Quisberth Castro y el derecho a una vivienda adecuada en la ciudad de Buenos Aires*, Papeles de trabajo N° 11.

decisión y reenvió la causa a la Cámara de Apelaciones para que dictara un nuevo fallo, de conformidad a su precedente “Alba Quintana”. Esto implicaba que fuera la Cámara quien determinara si el grupo familiar había logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades para mantener el subsidio que había solicitado. Frente a esta decisión su defensa interpuso un recurso extraordinario ante la CSJN, que se consideró admisible y se abocó al tratamiento del caso.

En su análisis, la Corte enfatizó nuevamente que los derechos sociales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad⁴⁹; que la reglamentación de los derechos que realicen los otros poderes están sujetos al control de razonabilidad constitucional a cargo del Poder Judicial y *“que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos”*⁵⁰ por lo debe atenderse especialmente para aquellos grupos considerados como en “situación de extrema vulnerabilidad”. En este sentido según Tedeschi⁵¹ el fallo de la Corte *“desarmó esta línea argumental que venía sosteniendo el TSJ, que utilizaba una interpretación sesgada de los estándares internacionales en materia de derechos sociales, de un modo tal que llegaba a negar su eficacia”*.

49 CSJN, Caso Q.C., Voto de la mayoría, Cons. 10

50 CSJN, Caso Q.C., Voto de la mayoría, Cons. 12

51 Tedeschi, Sebastián, (2012), “El acceso a la vivienda es justiciable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC”, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 2, N° 3, Página 77

Sobre las políticas públicas del GCABA, la Corte Suprema fijó de manera clara que los paradores no constituyen una solución habitacional sumado a lo ya dispuesto por la ley N° 3706 sancionada por la Legislatura porteña en 2010 que iguala a este alojamiento a la situación de calle. Asimismo la Corte resaltó que el monto del subsidio sólo permitía el alojamiento en hoteles familiares que no satisfacen las condiciones mínimas de habitabilidad así como tampoco los requerimientos de salud del niño involucrado en el caso y, por otro lado, este subsidio sólo garantiza “*un paliativo temporal*”⁵². Por su parte, refiere que la política de créditos hipotecarios regulada por la ley 341/2000⁵³ no resulta accesible para esta familia por la imposibilidad de reunir el ingreso mínimo mensual requerido por la operatoria. Sin perjuicio que, no existe una manera única de satisfacer esta necesidad y derecho a la vez, las alternativas propuestas por el GCABA no resultan adecuadas para la familia en cuestión⁵⁴. En resumen dispuso que para el grupo familiar en cuestión “*no son suficientes los subsidios con montos escasos y plazos improrrogables, ni los paradores o albergues, por lo tanto los programas que los contemplan ponen de manifiesto un incumplimiento de la normativa constitucional; que el derecho a la vivienda digna exige contar con un alojamiento adecuado que*

52 CSJN, Caso Q.C., Voto de la mayoría, Cons. 13

53 Al respecto ver Royo, Laura, (2015), “Las políticas de los créditos hipotecarios en las ciudad de Buenos Aires para familiares vulnerables: ¿límite o realidad? en Pautassi Laura y Gammallo Gustavo (directores), *El bienestar en brechas. Las políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*, Ed. Biblos

54 CSJN, Caso Q.C., Voto de la mayoría, Cons. 13

*provea habitabilidad; además el derecho incluye el deber de asegurar la permanencia de la familia”.*⁵⁵

En cuanto a los recursos disponibles y la obligación del Estado de utilizar el máximo de los recursos disponibles, la Corte afirmó que el gasto estatal que se realice para dar respuesta a la satisfacción de derechos tiene que ser, cuanto menos, eficiente. Esto ya que, pese a las erogaciones estatales que se habían realizado en el caso concreto, no se resolvía las múltiples afectaciones de derechos involucrados. Entre ellas, la salud del niño implicaba una atención permanente por parte de su madre lo que impedía que pudiera trabajar, la inminente situación de calle de ambos, el derecho a ser cuidado del niño⁵⁶, el derecho a cuidar de la madre, y el derecho a la vivienda, entre otros. Sobre este último, la Corte enfatizó el hecho que la erogación debe ser idónea en relación a la situación que se busca solucionar. Y, por otro lado, el alquiler de la habitación en el hotel familiar que residía la familia con el subsidio habitacional excedía el valor del mercado de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio. Resaltando aquí las inequidades que existen entre los que pueden acceder al mercado formal de alquiler y aquellos que están a la merced de la informalidad. Por lo tanto, según la interpretación de la Corte, el subsidio habitacional no supera el control de razonabilidad ya que no satisface el conte-

55 Christe, Graciela (2013), “Apostillas a la sentencia Q. C. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista *¿ÁDA Ciudad*: Número 5, Diciembre.

56 El derecho al cuidado, desde un enfoque de derechos, contiene tres dimensiones: el derecho a ser cuidado, el derecho a cuidar y el derecho al autocuidado en Pautassi, Laura, (2007), “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”, en CEPAL - Serie Mujer y desarrollo N° 87, Naciones Unidas.

nido mínimo del derecho en juego, en este caso la grave situación habitacional del grupo familiar.

Finalmente, la Corte obligó la intervención urgente del GCA-BA indicando el deber de ajustar la atención brindada y cuidado del niño por su especial condición, preservando su salud y su integración física, y, además, de asesorar y colaborar con la madre para que pueda ejercer alguna actividad rentable, como herramienta que le permitirá resolver la situación habitacional en que se encuentra⁵⁷. Además, ordenó garantizar, aún en forma no definitiva, un alojamiento adecuado a la patología, sin perjuicio de su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada y que se mantenga la medida cautelar hasta que se cumpla la resolución. Pese a que la Corte Suprema solo se abocó a un caso de una familia en particular, pasó revista en su sentencia sobre las limitaciones y deficiencias de las políticas públicas habitacionales existentes para este tipo de casos: el alojamiento en paradores, el subsidio habitacional y el programa de créditos regulado por la Ley 341. Por otro lado se advirtieron los obstáculos que la mayoría de los grupos habitacionales tienen que transitar para ingresar y permanecer como receptores en estos programas.

Resulta interesante destacar que, durante la tramitación del caso y antes de dictar sentencia la CSJN convocó a una audiencia pública⁵⁸ de carácter informativo en la que las partes

57 CSJN, Caso Q.C., Voto de la mayoría, Cons. 16

58 CSJN, Acordada N° 30/2007

involucradas en el caso pudieron exponer sus argumentos. Más allá del caso en particular, la Corte decidió que la problemática de vivienda en la CABA constituía un tema de agenda pública relevante sobre el cual decidió intervenir, darle visibilidad pública y reafirmó así la posibilidad de exigir judicialmente el contenido del derecho a la vivienda adecuada. Nuevamente con la intención de darle relevancia a la temática habitacional, en el discurso que realizó el Presidente de la Corte Suprema en ocasión del 150° aniversario de dicho Tribunal a principios del 2013, retomó el contenido de esta sentencia y realzó la necesidad de “*garantizar el derecho a la vivienda digna cuando se presentan situaciones de extrema urgencia y vulnerabilidad*”⁵⁹

Posteriormente a la sentencia de la Corte, el Superior Tribunal de la Ciudad en 2014 dictó el fallo conocido como K.M.P.⁶⁰ en conjunción con otros fallos posteriores se establecieron, a través de una interpretación restringida de la ley N° 4036 sobre protección integral de los derechos sociales, categorías de “merecedores” de las políticas sociales por lo que la respuesta dependen de cada caso y sobre todo de la composición del grupo familiar. El Tribunal reconoce que el derecho a la vivienda

59 Inauguración del Año Judicial del 26 de febrero de 2013. Acto por el 150° aniversario de la C.S.J.N. Discurso del Sr. Presidente Dr. Ricardo Lorenzetti. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>.

60 Expte. n° 9205/12 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)” Al respecto Ver Maurino, Gustavo, (2015), “Voto del “juez” Gustavo Maurino en el fallo de vivienda “KMP” del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, Revista *Igualdad, autonomía personal y derechos sociales* N°1. Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Ministerio Público de la Defensa, (2015), *Los derechos económicos, sociales y culturales en la ciudad de Buenos Aires. El rol del Ministerio Público de la Defensa para su exigibilidad*. Octubre

resulta operativo así como que su reglamentación solo corresponde al Poder Legislativo y recoge el contenido de la ley 3706 sobre personas en situación de calle.

A partir de dicha restrictiva interpretación se reconocen dos derechos distintos: uno genérico a todos los derechos sociales donde la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el GCABA es para aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia”⁶¹. A su vez, dentro del universo de personas en “estado de vulnerabilidad social”, la ley 4.042 prioriza en el acceso a los programas de vivienda o hábitat a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes. Para aquellos grupos familiares con niños sin problemas de salud ni discapacidad la respuesta de la jurisprudencia es su mantenimiento como receptor del subsidio habitacional. Para establecer el monto del subsidio las tres salas de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario recogen lo dispuesto por el artículo 8 de la ley 4036 donde se estipula que las prestaciones económicas de las políticas sociales no pueden ser inferiores a la Canasta Básica de alimentos establecidas por el INDEC. En este sentido, la jurisprudencia entendió conveniente utilizar las canastas de consumo de la Dirección General de Estadísticas y Censos del GCABA ya que éste es el demandado. Así establecen el monto del subsidio teniendo en cuenta la composición del grupo familiar; las unidades consumidoras en que dicha composi-

61 Ley 4036. Art. 6: “Entiéndase por vulnerabilidad social, a la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Se considera “personas en situación de vulnerabilidad social” a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

ción se traduce según los índices de la Dirección de Estadísticas y calcula así el monto correspondiente a la canasta básica alimentaria actualizada, que resultará a la vez la suma que deberá otorgar el GCABA para cumplir con lo demandado.

Por su parte, adultos mayores de 60 años⁶², personas discapacitadas y víctimas de violencia doméstica⁶³ también en “situación de vulnerabilidad social” se les asigna otra categoría que les otorga un derecho a “un alojamiento”. Interpretando a este derecho no como el de acceder a la posesión de una vivienda sino al derecho a ser alojado.

Los dos requisitos “comunes o generales” que deben cumplir quienes pretendan acceder a esos derechos son: ser ciudadano de la Ciudad o en el caso de los extranjeros cumplir con los requisitos para estar empadronado en la Ciudad y estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, tal como se refiere la ley 3.706.

Por lo tanto dependiendo de la categoría en que cada persona o grupo familiar se vea inserta recibirá una respuesta distinta del GCABA. Aquellos que no se encuentren entre los grupos con derecho al alojamiento ni aquellos considerados como prioritarios no tendrán, según la interpretación de diversos tribunales de justicia de la CABA, derecho a ser receptores de ninguna política estatal⁶⁴. Esto teniendo en cuenta que adultos “sanos”

62 TSJ. Expte 9903/13 “Valdez Mario”

63 TSJ Expte 9814/13”Sztern”

64 Pucciarello, Mariana, (2015), “Subsidios habitacionales y desempleo: la jurisprudencia que retorna al pasado”, en Ministerio Público de la Defensa, *Cuadernos del MPD N°2*, Agosto y Colombo, Eleonora, (2015), “¿Personas u hogares vulnerables? La exclusión de los hijos ma-

sin un grupo familiar conviviente que se considere como prioritario no son merecedores de recibir ninguna política habitacional sino que deben ingresar al mercado del trabajo y deben satisfacer su necesidad de vivienda a través del mercado inmobiliario. Se reafirma aquí la visión “trabajo-céntrica”⁶⁵ donde el trabajo constituye el único modo de superar la situación de marginación en la que se encuentran. Asimismo se vive esta cuestión como “voluntarista” de los receptores de la política más que al funcionamiento del mercado de trabajo argentino. Esto, sin considerar que la mayoría de las personas que solicitan su reincorporación a una política de subsidios trabajan en el mercado informal. Incluso esta concepción se aplica al cómputo del subsidio habitacional para familias con niños en el que se excluye de la composición familiar a aquellos miembros que alcanzaron la mayoría de edad y que se consideran aptos para desarrollar tareas remuneradas en el mercado y por tanto no son “merecedores” de política social alguna⁶⁶.

Tal como se observó a lo largo de la descripción de la judicialización de este Programa y pese a los miles de casos en trámite y los cambios en la jurisprudencia a lo largo de los años no se han modificado cuestiones estructurales a fin de dar respuestas definitivas respecto a vivienda sino que se ha tendido a morigerar ciertas situaciones.

yores de la protección otorgada en los amparos habitacionales” en Ministerio Público de la Defensa, *Cuadernos del MPD N°2*, Agosto.

65 Arcidiacono, Pilar (2012), *La política del ‘mientras tanto’*. Programas sociales después de la crisis 2001-2002, Ed. Biblos, Buenos Aires.

66 Ver “Almendras, Víctor Hugo s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegada en: Almendras, Víctor Hugo c/ GCBA y otros s/ Amparo (art.14 CCBA)” sentencia del 26 de marzo de 2013, Sala II.

Escasas políticas públicas, escasas respuestas.

Pese a que existen posturas que sostienen el carácter contra mayoritario⁶⁷ del activísimo judicial o sobre su incapacidad de promover transformaciones sociales, el caso de la vivienda en la CABA ha demostrado cómo pueden alterarse las intervenciones típicas judiciales hacia otras que busquen garantizar derechos. El problema encontrado a lo largo del análisis es que la intervención de los tres poderes del Estado sobre la problemática habitacional, aun con un proceso de masiva judicialización, busca solamente paliar una situación deficitaria estructural con una solución transitoria y fragmentada.

Las políticas públicas de emergencia descritas no sólo incumplen claramente el derecho a la vivienda adecuada desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos sino que también a la propia constitución nacional y de la Ciudad. El subsidio habitacional complementado con la red de paradores

⁶⁷ Gargarella, Roberto, (1996), "La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial", Editorial Ariel

funciona como el único dispositivo previsto para dar cuenta sobre todas las situaciones individuales de emergencia habitacional—sin distinción— y no se disponen otras políticas públicas para dar solución o dar cuenta de un déficit habitacional estructural. Estas políticas habitacionales de emergencia están diseñadas y articuladas para que las familias permanezcan en este circuito de emergencia permanente asimilable a una puerta giratoria. Luego, sólo algunas familias logran dar un salto accediendo a la justicia y alcanzan a la reincorporación al Programa de subsidios o bien con los nuevos desarrollos de la jurisprudencia aquellos que se encuentren en categorías de receptores determinadas serán “merecedores” de algún tipo de “alojamiento”.

Esta masiva judicialización del programa de subsidios ha logrado extender en el tiempo la permanencia en el programa de muchas familias sin embargo no ha logrado hacer mella en las pésimas condiciones en las que habitan las personas ni en lograr soluciones habitacionales definitivas. En definitiva, dos o más poderes del Estado siguen siendo insuficientes e inadecuadas para garantizar el derecho a la vivienda.

Cabe resaltarse que la intervención del Poder Judicial ha servido de instrumento para visibilizar cuestiones a las que, de otra manera, no se hubiera llegado. Es decir que, a partir del reclamo judicial frente a situaciones de emergencia habitacional, se advirtieron situaciones de pobreza estructural que debían recibir respuestas. Aún más para grupos marginados de la sociedad que históricamente su contacto con la justicia ha sido a través del poder punitivo del Estado y no por el acceso a derechos sociales.

En este punto, en el trámite de reclamos de derechos sociales, el Poder Judicial ha generado el tránsito de la condición de “beneficiario” a titular de derecho al momento de interponer acciones de amparo pero después vuelven a ser beneficiarios otra vez ya que obtienen dispositivos estatales fragmentados.

Pese a que la problemática habitacional llegó a la máxima instancia judicial de la ciudad así como de la nación, no se obtuvieron sentencias que se comprometían a dar respuestas estructurales o a obligar, a quien corresponda, a buscarlas. Por otra parte no se generaron procesos políticos interpoderes que busquen soluciones. La judicialización no se constituyó como una oportunidad para el Poder Ejecutivo para replantearse sus políticas. En este marco, el Poder Judicial termina siendo el último eslabón de dicha política funcionando como parte de un mismo circuito o, dicho de otro modo, como una “segunda ventanilla”⁶⁸ que categoriza receptores y asigna diversas respuestas en función de criterios establecidos en sus sentencias.

Fundamentalmente pone en el centro al mercado como satisfactor de necesidades ya que aquellos que estén en condiciones físicas de trabajar son remitidos al mercado sin que se cuestione sobre la satisfacción de su derecho a la vivienda ni sobre la problemática estructural de estos grupos marginados a su ingreso formal al mercado de trabajo.

68 Arcidiácono, Pilar y Gamallo, Gustavo (2014). “Entre la confrontación y la funcionalidad. Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires” en Revista POSTData Vol. 19 N° 1 (Abril 2014)

Los tres poderes del Estado por acción u omisión, directa o indirectamente faltan en su deber de garantizar el derecho a la vivienda adecuada desde un enfoque de derechos humanos. Es imprescindible que el Estado con todas las posibilidades de políticas públicas, presupuestos y capacidades estatales busque dar respuestas superando el reenvío al mercado como único satisfactor de necesidades habitacional. En este sentido la Constitución de la ciudad resulta un marco normativo ideal dentro del cual diversas políticas públicas podrían crearse buscando resolver el déficit habitacional así como la integración de aquellos que más necesitan de la intervención estatal. Cuestión que queda aún por demás pendiente.



Foto Jorge Aloy



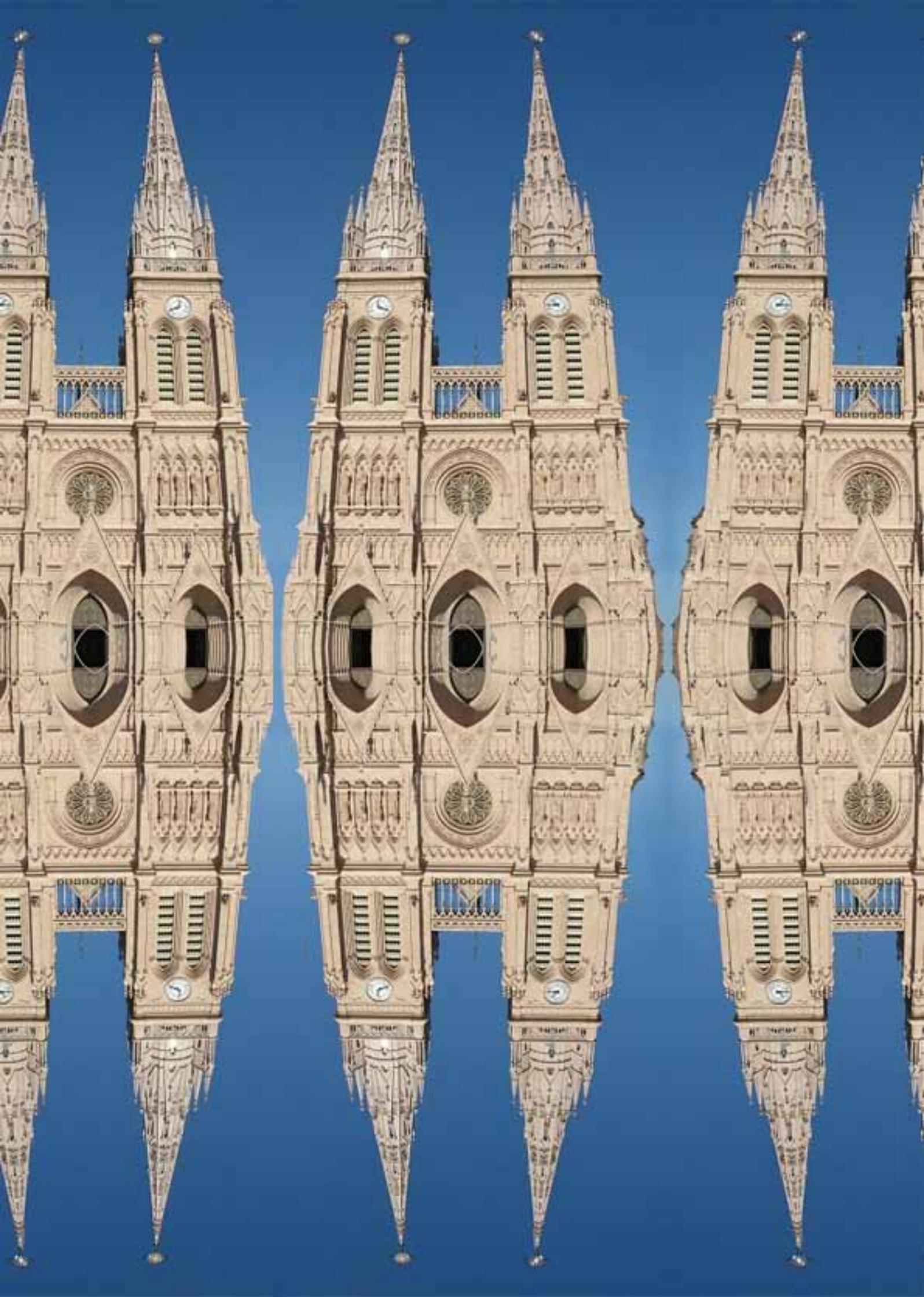
III Sección especial: Laicidad

Opinión

La libertad religiosa en un fallo del tribunal europeo de derechos humanos: los fines y los medios

Hernán Víctor Gullco

Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella
Presidente de la “Asociación por los Derechos Civiles” (ADC)



Introducción

En el caso “Osmaglu y Kocabas vs. Suiza” (sentencia del 10.01.2017), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resolvió que la obligación impuesta por el país demandado a las hijas de los demandantes, que eran de religión musulmana, de participar en clases de natación en donde concurrían alumnos de ambos sexos no era contraria a su derecho a la libertad religiosa, reconocido en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹ (redactado en términos similares a los del art.12 de la Convención Americana)¹.

Al resolver así, el tribunal consideró, en primer lugar, que el objetivo perseguido por Suiza al instituir dicha actividad era legítimo ya que servía para integrar a “... estudiantes extranjeros de diferentes culturas y religiones, así como el buen desa-

¹ Esta norma dice así:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

rollo de la enseñanza, el respeto de la escolaridad obligatoria y la igualdad entre los sexos. La medida tenía, especialmente, como objeto a proteger a los alumnos extranjeros contra todo fenómeno de exclusión social...” (fallo cit., parr.64).

A continuación, el TEDH consideró que, al establecer los medios utilizados para alcanzar dichos objetivos legítimos, el país demandado había sopesado adecuadamente los intereses en conflicto:

“...[El tribunal] comparte el argumento del Gobierno según el cual la escuela ocupa un lugar especial en el proceso de integración social, lugar que es cuanto más decisivo cuando se trata de alumnos de origen extranjero. Acepta que, a la luz de la importancia de la enseñanza obligatoria por el desarrollo de los niños, el otorgamiento de exenciones para ciertas materias solo se justifica en forma muy excepcional, en condiciones bien definidas y el respeto a la igualdad de trato de todos los grupos religiosos...Se sigue de ello que, aún cuando fuera un reflejo de la realidad la afirmación de los demandantes según el cual solo un pequeño número de padres exige, en realidad, una exención para el curso de natación obligatorias en razón de su religión musulmana, el Tribunal considera que el interés de los niños a una escolarización completa, que permita una integración social exitosa según las pautas y las costumbres local, tiene primacía sobre el deseo de los padres de que sus hijas sean exentas de las clases de natación mixtas” (fallo cit., parrs. 96 y 97). Estas consideraciones llevaron al tribunal a concluir que las autoridades del Estado demandado, al hacer primar la necesidad

de integrar a los alumnos por encima del interés privado de los demandantes de ver a sus hijas eximidas de las clases de natación mixta por razones religiosas, “... no había excedido el margen de apreciación considerable del que aquéllas gozaban en el presente caso, respecto de la instrucción obligatoria” (fallo cit., parr.105)².

El objeto de este trabajo es analizar, en primer lugar, si la medida adoptada por el Estado Suizo en este caso perseguía fines legítimos en los términos de los arts.9 y 12 de las convenciones europea americana y, en caso afirmativo, si los medios adoptados por aquél habían realizado una correcta ponderación de los bienes en conflicto.

También se examinará si el control que realizó el Tribunal Europeo de esas medidas fue adecuado y, a tal fin, se lo comparará con el efectuado por otros organismos de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

² La doctrina del “margen de apreciación”, que se cita en este fallo es un aspecto muy importante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. La consecuencia de su aplicación es que el tribunal suele mostrar gran deferencia respecto de las decisiones de las autoridades nacionales al restringir derechos individuales cuando no existe consenso entre los diferentes ordenamientos domésticos acerca de la legitimidad de la medida. Esta doctrina ha sido criticada por un sector de la doctrina en razón de que resulta ser muy poco protectora de los derechos fundamentales. Por su parte, la Corte Interamericana no ha aceptado esta posición en su jurisprudencia ya que, por lo general, ha sido mucho más estricta que la europea al examinar la legitimidad de las medidas restrictivas de los derechos (ver, en este sentido, mi libro “Libertad Religiosa”, ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, págs.109/110).

Los fines buscados por el estado demandado al establecer la medida cuestionada

Es posible sostener que dichos fines son legítimos bajo las pautas de un sistema respetuoso de derechos humanos. Así, la integración de “... estudiantes extranjeros de diferentes culturas y religiones, así como el buen desarrollo de la enseñanza, el respeto de la escolaridad obligatoria y la igualdad entre los sexos” resultan claramente compatibles con los principios de igualdad y no discriminación que se encuentran reconocidos en los tratados de derechos humanos³.

Y, respecto del objetivo específico del estado de asegurar “la igualdad entre los sexos”, resultan pertinentes recordar las con-

³ Ver, entre otros, artículos 14 de la Convención Europea; 1.1. y 24 de la Convención Americana y 2.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como es sabido, estas dos últimas convenciones integran nuestra Constitución Nacional (cf. art.75, inc. 22).

sideraciones formuladas por el juez Petracchi, de la Corte Suprema de la Nación, en su voto concurrente del caso “González de Delgado” (Fallos: 323:2659 -2000-). En ese caso, un grupo de padres de alumnos del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, habían promovido una acción de amparo en los términos de los arts. 43 CN. y 1 y 5 ley 16986, a fin de obtener que el Consejo Superior de la citada universidad se abstuviera de aprobar el proyecto de ordenanza en virtud del cual se transformaría a dicho colegio en un establecimiento de carácter mixto.

En el citado voto el juez Petracchi, no solo consideró que la decisión de la Universidad demandada era legítima tal como lo había resuelto la mayoría del tribunal, sino que sostuvo que aquélla era impuesta por varios tratados de derechos humanos, entre los que se encontraba especialmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que también posee jerarquía constitucional. El magistrado citó específicamente el art.10, inc.”c”, de dicha convención⁴ para concluir en los siguientes términos:

“...[L]a Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectua-

⁴ Dicha norma dice así:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:...

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.

rán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio -que hoy resulta moral y jurídicamente abominable- que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia. La UNC. ha exteriorizado, también, su voluntad de cumplir con las convenciones internacionales que obligan al país a integrar a la mujer en todos los aspectos de la vida social y a eliminar los obstáculos discriminatorios que se interpongan en ese camino” (voto cit., considerando 12).

La cuestión de la razonabilidad de los medios

Si partimos de la premisa, con base en los breves argumentos que se reseñaron en el punto anterior, que los fines buscados por Suiza eran legítimos, queda entonces preguntarse si los medios empleados para alcanzar tal fin constituyeron una “regulación razonable” del citado derecho. Dado que casi ningún derecho es absoluto⁵, es necesario realizar en casos como el analizado la ponderación (o “balancing”, como se llama a este procedimiento en la jurisprudencia y doctrina estadounidenses) entre la libertad religiosa y los intereses alegados por el

⁵ Una excepción a este principio lo encontramos en la prohibición de que las personas sean sometidas a torturas. Así, el art. 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes establece una prohibición absoluta respecto de dicha práctica:

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Por otra parte, parece evidente el carácter “no absoluto” de la libertad religiosa: ¿quién dudaría, por ejemplo, que las autoridades públicas están facultadas constitucionalmente a prevenir y sancionar la realización de sacrificios humanos como parte de una ceremonia religiosa?

Estado para restringirla a los fines de que la autoridad judicial determine en el caso concreto a cuál de los bienes en conflicto corresponde otorgar primacía. Normalmente, se considera que este procedimiento “... consiste en identificar los intereses en conflicto que están en juego, adjudicándole a cada uno un valor, y determinar su valor relativo. Entre los intereses en conflicto, debería prevalecer el más importante y el proceso de evaluación del cuál aquél emerge debería determinar la jurisprudencia constitucional resultante. Por ejemplo, si los intereses vinculados con la libertad de expresión de alguien que realiza afirmaciones desagradables son considerados más importantes que el interés de la sociedad en permanecer libre de tales manifestaciones, entonces el derecho constitucional a la libertad de expresión debería ser interpretado de forma tal de extenderse a las afirmaciones desagradables”⁶.

De esta transcripción, surge con claridad que lo decisivo en dicho análisis de ponderación es el respectivo valor que el juez otorga a los bienes en conflicto. Así, por ejemplo, cuando se discute la validez de las restricciones a las libertades económicas reconocidas en la Constitución, la Corte Suprema de la Nación ha adoptado un criterio sumamente laxo y, por tal razón, normalmente las ha declarado válidas, aun en casos de severas restricciones a dichas libertades.

Un ejemplo clásico de este control deferente de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema, respecto de las decisiones

⁶ Norman Dorsen y otros, “Comparative Constitutionalism”, 2^o edición, West, 2010, págs. 226/227.

de los poderes públicos en materia económica, lo encontramos en el voto mayoritario en el caso “Cine Callao” (Fallos: 247:121-1960-) en donde se advierte la influencia que tuvo la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en el desarrollo de esa doctrina:

“13. Como quedó dicho, y por aplicación de la doctrina sentada en Fallos 199:483, el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues, como se afirmó en Fallos 171:348 y se recordó en Fallos 199:483, el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecen impuestos o tasas (Fallos 98:20; 147:402; 150:89; 160:247). El examen y el pronunciamiento judicial, deben radicar sin duda en la conformidad que, de acuerdo con los arts. 28 y 31 CN., deben guardar con ella las leyes de la Nación, porque, como lo ha destacado la Corte Suprema de Estados Unidos en 193 U.S. 197, 350, refiriéndose a la distribución de poderes, establecidos en la Constitución, ‘esta Corte no tiene deber supe-

rior que el de dar vigencia, mediante sus fallos, a la voluntad del Departamento Legislativo del Gobierno, tal como se expresa en la ley, salvo en aquellos casos en que la ley sea evidente e indubitadamente violatoria de la Constitución, pues si la ley excede los poderes constitucionales del Congreso, la Corte dejaría de cumplir un deber solemne si así no lo declarase'. Esta atribución, por tanto, sólo debe ser ejercida cuando la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violencia de los textos (doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 106 U.S. 629, 635 [1883]; 155 U.S. 648, 657 [1895]; 123 U.S. 142, 147 [1927] y otros. Igualmente doctrina de esta Corte en Fallos 14:432; 112:63; 200:180; 209:337; 234:229; 235:548; 242:73 y especialmente 244:309)"⁷.

En cambio, cuando se encuentran en juego libertades consideradas "fundamentales" (como, por ejemplo, la libertad de expresión), la Corte Suprema suele realizar un "escrutinio estricto" de la legitimidad de las medidas estatales que restringen esos derechos. Ello se advierte en el siguiente párrafo de la sentencia de dicho tribunal en el caso "Editorial Río Negro" (Fallos: 330:3908 -2007-):

"El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de inter-

⁷ En el caso "Cine Callao", la mayoría declaró la inconstitucionalidad de una ley del Congreso que obligaba a los dueños de los cines a contratar "artistas de números vivos", que actuaban antes del comienzo de la función cinematográfica.

pretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial, lo que, como se dijo, no ha ocurrido”⁸.

8 Considerando 11. En el desarrollo de esta jurisprudencia también ha influido las doctrinas elaboradas por la Corte estadounidense (cf. el voto concurrente del juez Fayt en este caso, considerando 15). La cuestión de la validez de la restricción a un derecho dependerá principalmente, entonces, si la Corte califica al derecho en juego como “fundamental” o “económico”. Es así que, en el caso “Grupo Clarín S.A.” (Fallos: 336:1774 -2013-), la mayoría de la Corte consideró que las regulaciones cuestionadas en materia audiovisual solo afectaban los intereses económicos de la actora y, por lo tanto, aplicó un estándar deferente para declarar la validez de tales restricciones. En cambio, en el caso “Granier (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela” (sentencia del 22.6.2015), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de un control estricto de convencionalidad, declaró la invalidez de normas similares. El tribunal consideró, así, que aquéllas configuraban una restricción injustificada de un aspecto central de la libertad de expresión en tanto “... los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales puede arribar este Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el ‘deterioro a la protección a la libertad de expresión’ que fue probado en el presente caso...” (parr.197). Con un criterio similar al de la Corte Interamericana, el profesor Roberto Gargarella ha criticado el enfoque utilizado por la mayoría en el caso “Grupo Clarín” en tanto considera que, al encontrarse en juego en el caso un derecho fundamental para el sistema democrático como lo era la libre expresión, el tribunal debió haber aplicado un estándar de “escrutinio estricto” a los fines de determinar la validez constitucional de las normas cuestionadas (“Presunciones, niveles de escrutinio y control de constitucionalidad en la causa ‘Clarín’”, J.A. 2013-IV-577 y Thomson Reuters Online).

El examen realizado por el tribunal europeo en el presente caso

Si aplicamos las pautas mencionadas en el punto anterior, se advierte que el Tribunal Europeo efectuó en el caso un examen altamente deferente acerca de la razonabilidad de la medida adoptada por el Estado demandado. Así, fundado en la ya mencionada doctrina del “margen de apreciación”, el tribunal concluyó que “... el interés de los niños a una escolarización completa, que permita una integración social exitosa según las pautas y las costumbres local, tiene primacía sobre el deseo de los padres de que sus hijas sean exentas de las clases de natación mixtas”.

Es interesante comparar el estándar de control de razonabilidad utilizado por el TEDH (que, en Argentina, sería normalmente utilizado para las restricciones de derechos considerados “no fundamentales”), con el empleado en un caso similar por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

que es el órgano encargado de asegurar el respeto del Pacto Internacional de Derechos y Civiles por parte de los estados que ratificaron dicha convención.

En tal sentido, en el caso “Bikramjit Singh v. Francia” (Comunicación 1852/20089), el Comité resolvió que la expulsión de un alumno de religión sikh de una escuela secundaria pública, en razón de su insistencia en utilizar en dicho establecimiento un pequeño turbante (denominado keski)¹⁰, había constituido una violación a su derecho a la libertad religiosa (art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Al respecto, el Comité consideró que, si bien el objetivo de la legislación cuestionada era legítimo (asegurar, mediante el secularismo –lacitié–, la libertad religiosa de toda la población)¹¹, agregó que, en el caso, “... el Estado parte no había presentado prueba concluyente de que, al utilizar su keski, el denunciante hubiera constituido una amenaza para los derechos y libertades de otros alumnos o para el orden en la escuela. El Comité también opina que la sanción de expulsión permanente de la escuela pública fue desproporcionada y tuvo consecuencias serias para la educación a la que el denunciante, como cualquier persona de su edad, tenía derecho en el Estado parte. El Comité no está convencido de que la expulsión fuera necesaria y de que el diálogo entre las autoridades escolares y el denunciante

9 La reseña de esta decisión está tomada de Gullco, op.cit., págs.118/119.

10 Según la reseña efectuada por el Comité, “... [l]a utilización del turbante es un precepto religioso categórico, explícito y obligatorio en la religión Sikh. Es un componente esencial de la identidad Sikh: ser Sikh significa no cortarse el cabello y, en consecuencia, utilizar un turbante” (Comunicación cit., parr.2.3.).

11 Comunicación cit., parr.8.6.

tuvo verdaderamente en cuenta sus intereses y circunstancias particulares. Además, el Estado parte impuso al denunciante esta grave sanción, no porque su conducta personal hubiera creado algún riesgo concreto, sino únicamente en su inclusión en una amplia categoría de personas que eran definidas por su conducta religiosa”¹².

Es decir, para el Comité, a diferencia de lo resuelto por el TEDH en el caso que examinamos, no era suficiente, para declarar válida la restricción a la libertad religiosa, que el objetivo del Estado Francés fuera legítimo y que existiera una conexión racional entre dicho objetivo y el medio utilizado; por el contrario, el Comité criticó al estado demandado no haber “... presentado prueba concluyente de que, al utilizar su keski, el denunciante hubiera constituido una amenaza para los derechos y libertades de otros alumnos o para el orden en la escuela”.

Para el TEDH, en cambio, toda excepción a las obligaciones generales impuestas por el sistema escolar solo se justificaba “... en forma muy excepcional...”.

12 Comunicación cit., parr.8.6.

¿Cuál es el estándar apropiado en estos casos?

La forma de razonar del TEDH es similar a la adoptada por la Corte Suprema estadounidense en el caso “Employment Div., Dept. of Human Resources v. Smith”, 492 U.S.872 (1990).

En esa oportunidad, la Corte estadounidense “... rechazó un planteo, fundado en la Cláusula de la Libertad Religiosa de la Primera Enmienda, de unos integrantes de la Iglesia Nativa Estadounidense la cuál preveía el uso del peyote (una droga alucinógena) como parte de su ritual. Los individuos habían sido despedidos de sus empleos en una organización privada para rehabilitar a personas con adicción a las drogas en razón de consumir dicha droga. La autoridad estatal les negó la concesión del seguro de desempleo con base en que, al consumir el peyote, habían incurrido en un incumplimiento del contrato laboral dado que la tenencia de esa droga se encontraba prohibida por la legislación penal del Estado de Oregon.

“Sintéticamente reseñados los argumentos de la mayoría del tribunal para llegar a esa solución, fueron los siguientes:

“-Nada había, en la jurisprudencia de ese tribunal, que impidiera a las autoridades regular conductas, aún cuando éstas estuviesen motivadas religiosamente, cuando la finalidad de la regulación estatal era legítima y su aplicación no era discriminatoria entre las distintas religiones.

“-La aplicación del estándar de ‘interés estatal imperativo’¹³ no tendría, a diferencia de la libertad de expresión y de la prohibición de discriminación racial, asegurar el libre flujo de información o la igualdad entre las personas, sino que crearía ‘...un derecho privado a ignorar las leyes de aplicación general...’, lo cual generaría ‘una anomalía constitucional’.

“-La aplicación del citado ‘test’ obligaría, además, a los jueces a determinar cuán ‘central’ era una práctica religiosa en el sistema de creencias del individuo a los fines de decidir si correspondía o no otorgarle protección constitucional. Pero tal tarea, consideró la mayoría, era ajena a la función judicial”¹⁴.

Si bien esta decisión ha recibido fuertes críticas en los Estados Unidos en tanto habría desprotegido fuertemente el derecho a la libertad religiosa¹⁵, ella, sin duda, recoge ciertos principios que son considerados fundamentales para la existencia de una democracia liberal. Así, “... la profesora estadounidense Marci

13 Este estándar había sido utilizado en decisiones anteriores por el mismo tribunal. Es similar a las pautas empleadas por el Comité en el caso “Bikramjit Singh v. Francia”

14 Gullco, op.cit., págs. 163/164.

15 Gullco, op.cit., págs.164/165.

A. Hamilton, al defender la solución del caso ‘Smith’, considera que aquélla se entronca en la tradición liberal de John Locke, Thomas Jefferson y John Stuart Mill conforme a la cual, mientras que las creencias religiosas o filosóficas de los individuos no pueden ser objeto de interferencia estatal, sí pueden serlo las conductas que, puedan causar daño a terceros, aún cuando aquéllas se encuentren inspiradas por convicciones religiosas”¹⁶.

La cuestión central, entonces, consiste en determinar, en primer lugar, si, en casos como “Bikramjit Singh” o “Osmaglu”, la conducta del alumno, que se niega por motivos religiosos a aceptar ciertas reglas de conducta escolares, ha provocado algún “daño” a derechos de terceros. Y, en segundo lugar, corresponde preguntarse a qué órgano estatal le corresponde determinar si tal daño existió o no: para el TEDH en el caso analizado, tal decisión le corresponde, casi en forma exclusiva, a los poderes políticos del estado. En cambio, para el Comité, son los órganos judiciales quienes deben ejercer un estricto control sobre dicho extremo.

Es claro que, en nuestro país, la respuesta es clara: la existencia o no de un “daño a terceros” en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional, es una típica función judicial y la comprobación de su inexistencia determina la invalidez de la norma restrictiva de los derechos¹⁷.

16 Gullco, op.cit., 167, en donde se cita la obra de la profesora Hamilton, “God vs. The Gabel. Religion and the Rule of Law”, Cambridge University Press, 2008, Capítulo 8.

17 Cf., entre otros, caso “Arriola”, Fallos: 332:1963 (2009) en donde se declaró la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Por cierto que, si el caso “Smith” hubiera ocurrido en nuestro país, la aplicación de la doctrina “Arriola” habría llevado a invalidar la punición del consumo de peyote, con independencia de si las mo-

Si se aplican los estándares elaborados por el Comité y la Corte Suprema Argentina, a los fines de resolver si son constitucionalmente obligatorias las clases de natación mixtas, los jueces deberían exigir al estado demandado una “prueba concluyente” que la falta de integración de las alumnas en las clases de natación tendría consecuencias fuertemente negativas para el buen funcionamiento del sistema escolar.

El examen de los hechos del caso “Osmaglu” no muestra que el TEDH haya llevado a cabo dicho examen sino que, por el contrario, se remitió, en gran parte, a las conclusiones que, en tal sentido, había efectuado el Estado demandado.

tivaciones de los usuarios eran religiosas o de otro tipo.

Conclusión

La aplicación de los estándares más rigurosos, como los utilizados por el Comité y la Corte Suprema, demostrarían que la justificación hecha por el TEDH de las medidas adoptadas por Suiza, era completamente insuficiente.

Ello no significa necesariamente que tales medidas son incompatibles con el derecho a la libertad religiosa. Quiere decir, en cambio, que una restricción tan fuerte a la dicha libertad, como la impuesta a las alumnas en este caso, requería una justificación mucho mayor por parte del Estado Suizo y un escrutinio mucho más estricto por parte del TEDH.

Por cierto que el reconocimiento del derecho de los alumnos a eximirse de las obligaciones impuestas por el sistema escolar no puede limitarse a las objeciones fundadas en razones religiosas. Ello es así porque, en los sistemas modernos de protección de derechos humanos, la tutela convencional no se limita a la libertad “religiosa” sino que también incluye a la de “conciencia”¹⁸, la

18 Cf. arts. 9 de la Convención Europea y 12 de la Convención Americana, transcritos “supra”. El art. 18 del Pacto Internacional está redactado términos similares. Aquí reside una diferencia fundamental entre dichas convenciones y la jurisprudencia de la Corte Suprema es-

cual incluye a “...opiniones que han alcanzado cierto grado de convencimiento, seriedad, cohesión e importancia”¹⁹.

Pero, tal expansión del ámbito de tutela del derecho, plantea, a su vez, nuevos problemas ya que ello permitiría a una persona negarse a cumplir con ciertas obligaciones impuestas por el Estado por muy diversas razones²⁰.

La cuestión de si las autoridades estatales (incluyendo, naturalmente, a las judiciales), estarían autorizadas en tales casos a determinar la “seriedad” de la creencia, en la que se basa la objeción individual²¹, es sumamente compleja y escapa al ámbito del presente comentario.

tadounidense: este tribunal, al aceptar que los padres pueden válidamente negarse a enviar a sus hijos a la escuela pública con base en sus creencias religiosas, agregó que distinta sería la cuestión si la negativa se fundara en razones “meramente filosóficas” (cf. caso “Wisconsin v. Yoder”, 406 U.S. 205 -1972-)

19 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Campbell y Cosans v. Reino Unido”, del 25.2.1982. En sentido coincidente, ver Observación General n° 22/1993 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

20 Por ejemplo, los padres que no desean que sus hijos concurren a las clases de natación en base a sus creencias filosóficas contrarias a la educación física.

21 Cf. caso “Campbell y Cosans”, cit.

III Opinión

Carta de un Juez a un Banco sobre Dios.

Guillermo Scheibler

Banco Ciudad
 Sr. Presidente del Banco de la Ciudad de Bs. As.

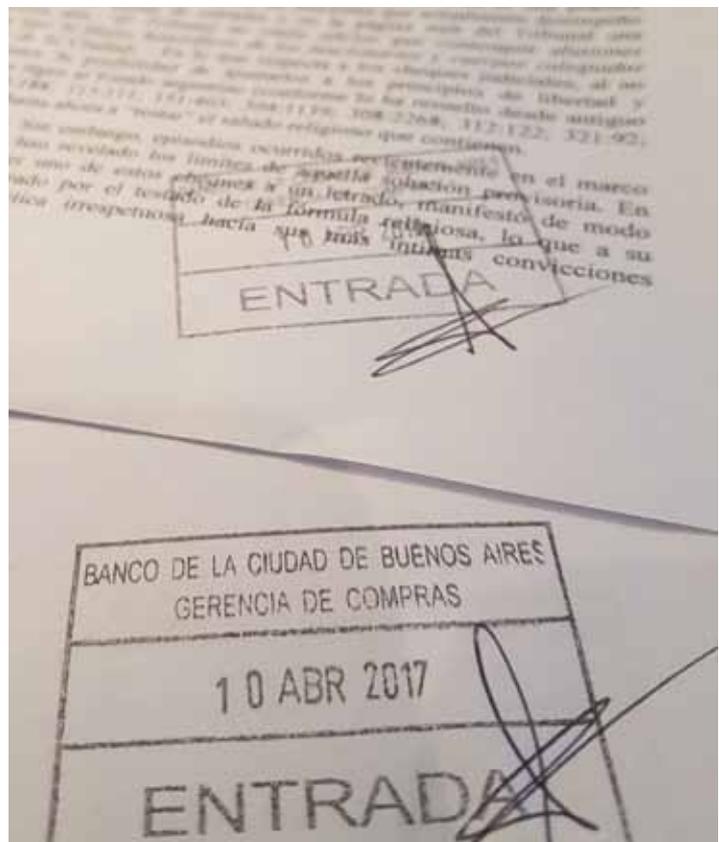
Sírvase Ud. pagar a Don _____
 la suma de _____
 de los Autos _____

Concepto impositivo: _____

Situación tributaria ante A.F.I.P. _____

Dios guarde a Ud.

FORM. Nº 9 - DIC. 1987 (S. 20000)



Buenos Aires, 7 de abril de 2017.

Al Sr. Presidente
del Banco Ciudad de Buenos Aires,

Lic. **JAVIER EUGENIO SEBASTIÁN ORTIZ BATALLA**
S/D

Ref. Cheques judiciales. CC al Directorio.

Tengo el agrado de dirigirme a Usted —y por su intermedio al resto del Directorio—, en mi carácter de titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sito en Av. de Mayo 654, 7° piso, **con el objeto de solicitarle tenga a bien disponer lo necesario a fin de retirar toda alusión religiosa en los denominados “cheques judiciales” que el Banco emite y provee a este Tribunal.**

No escapará a su conocimiento que tales instrumentos cuentan con una redacción que emula la de un “oficio” —que deben rubricar el suscripto y la/el actuario/o respectivo del Juzgado— dirigido al “Sr. Presidente del Banco Ciudad de Bs. As.” y cierran a modo de saludo con la expresión “Dios guarde a Ud.” (acompañó una fotocopia a título ilustrativo). De este modo, independientemente de sus convicciones personales, quien es-

tampa su firma en cada cheque “hace suyo” el saludo con invocación religiosa.

Por tal razón, y consciente de que se trata de una práctica arraigada en el ámbito forense, desde que asumí las funciones que actualmente desempeño me ocupé de colocar en las mesas de entradas y en la página web del Tribunal una aclaración que informa que *“El Tribunal no emite oficios que contengan alusiones religiosas de ningún tipo ni títulos honoríficos de los funcionarios y cuerpos colegiados (art. 1º, Constitución de la Ciudad).”* En lo que respecta a los cheques judiciales, al no encontrarse a mi alcance la posibilidad de ajustarlos a los principios de libertad y neutralidad religiosa que rigen al Estado argentino (conforme lo ha resuelto desde antiguo la CSJN, ver *Fallos*, 53:188; 115:111; 151:403; 304:1139; 308:2268; 312:122; 321:92; 335:799), me he limitado hasta ahora a “testar” el saludo religioso que contienen.

Sin embargo, episodios ocurridos recientemente en el marco de la actividad del Tribunal han revelado los límites de aquella solución provisoria. En efecto, en ocasión de extender uno de estos cheques a un letrado, manifestó de modo vehemente su profundo desagrado por el testado de la fórmula religiosa, lo que a su entender configuraba una práctica irrespetuosa hacia sus más íntimas convicciones personales.

Resulta claro entonces que la provisoria “solución” que he adoptado a fin de salvaguardar mis libertades personales (que contemplan la de adscribir a cualquier religión **o no profesar**

ninguna) me han colocado en la incómoda e innecesaria situación de convertirme a los ojos de terceros en una persona irrespetuosa de sus más íntimas y profundas convicciones personales.

En este sentido, resulta oportuno recordar que “la libertad de conciencia demanda que las normas religiosas sólo sean seguidas fuera de toda compulsión. Esta libertad garantiza el respecto de la dignidad de cada hombre y la convivencia en una comunidad política de personas con diversidad de creencias religiosas o de cosmovisiones seculares” (considerando 9º del voto del Dr. ENRIQUE PETRACCHI en los autos “*Sejean*”, *Fallos*, 308:2268).

Por tal razón, **solicito formalmente la supresión de toda expresión religiosa del formulario de “cheques judiciales” asignados al Juzgado a mi cargo.** Ello por cuanto, en primer lugar resulta improcedente en virtud de la neutralidad religiosa del Estado argentino (que incluye, por supuesto, al de la Ciudad de Buenos Aires) y, en segundo lugar, me somete a una situación de violencia moral al verme enfrentado a la disyuntiva de participar de expresiones religiosas ajenas a mis convicciones (lo que me ha sucedido en épocas oscuras de nuestro país) o tener que “tachar” leyendas que pueden resultar sagradas para otros.

Sin otro particular, saludo a Ud. muy atentamente.

III

Comentarios al fallo

Caso Rachid: ¿Igualdad o Laicidad?

Roberto Saba

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





Una gran diferencia distingue a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de la Constitución Nacional argentina. Esta última establecía en 1853 un vínculo estrecho con la iglesia católica, que continúa existiendo hasta el presente aunque parcialmente moderado por medio de la única cláusula remanente en ese sentido de la versión original de nuestra Carta Magna—el art. 2, el cual establece que “El Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano”. Por su parte, la norma fundamental de la Ciudad no solo carece de ese tipo de normativa, sino que a partir de la interpretación de algunas de sus cláusulas podría inferirse que se pronuncia a favor de un Estado laico inhibido de adoptar posturas que puedan ser directa o indirectamente interpretadas como la expresión de una preferencia por la adopción de creencias religiosas y, mucho menos,

la adopción de una creencia religiosa en particular. Específicamente, el art. 21 de esta Constitución referido al derecho a la salud establece en su inc. 4to que “la Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos: (...) 4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”. Es sabido que uno de los conflictos más frecuentes entre algunos credos religiosos – así como sus organizaciones oficiales – y el Estado, gira en torno a las objeciones de aquellas a las políticas prestacionales, educativas e informativas referidas al ejercicio de los derechos reproductivos. Lo indicado por el art. 21, inc. 4 claramente desacopla a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de aquellas posturas confesionales y habilita al Estado local a desarrollar políticas sanitarias tendientes a asegurar la autonomía personal sin ningún tipo de restricción proveniente de credo alguno. Por otro lado, el art. 24, a través del cual se establece la protección del derecho a la educación, dicta expresamente que “la Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades”, y agrega que también “incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual”. Estas normas no podrían estar más alejadas de conexión alguna entre la Constitución y cualquier creencia religiosa, ni siquiera en el tenue sentido que sugiere hoy el art. 2 de la Constitución Nacional cuando refiriéndose al gobierno federal señala que éste “sostiene el culto católico, apostólico romano”. Es también apropiado

señalar que la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al derogar el requisito de abrazar la fe católica apostólica romana para acceder a la Presidencia de la Nación, así como también la obligación de ese mismo gobierno federal de “convertir a los indios al catolicismo”, pavimentó el camino hacia la paulatina separación entre la iglesia católica y el Estado en Argentina, a punto tal que podría interpretarse que el sentido que debiera otorgársele al mencionado 2do artículo de la Constitución Nacional es el que inferiría la más débil de las relaciones posibles entre el gobierno federal y esa iglesia – el parcial y limitado sostenimiento económico.

Laicidad y Estado Federal

Una posible caracterización de la laicidad estatal gira en torno a la separación entre iglesia y Estado. Sin embargo, algunos autores sugieren que es conveniente distinguir entre laicidad del Estado y la separación de este de una iglesia particular¹. La laicidad del Estado moderno es consecuencia del abandono de las teorías que fundamentaban su legitimidad a partir de la debida adhesión del gobierno a una creencia religiosa en particular. La justificación del ejercicio de la autoridad estatal en la soberanía popular desplazó la justificación asociada al su fundamento divino. De allí la relación necesaria que existe entre laicidad y democracia². Sin embargo, es posible identificar en la actualidad Estados democráticos considerados laicos en los que no se mantiene una separación total entre iglesia y Estado,

1 Roberto Blancarte, “El por qué del Estado laico”, en https://laicismo.org/data/docs/archivo_1479.pdf

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

aunque esa relación puede ser más o menos intensa o expansiva. El caso de Inglaterra, por ejemplo, ilustra la situación de una monarquía democrática – de acuerdo a la paradójica nomenclatura aceptada por una parte importante de la academia – en la que la cabeza del Estado, el rey o la reina, es también la cabeza de la iglesia, en este caso la anglicana. En Argentina, por su parte, la fuerte influencia de la iglesia católica en la vida pública del país se remonta a la época colonial, que se extendió entre los siglos XVI al XIX, previos a la independencia del imperio español. Esta estrecha relación entre ambas organizaciones ha permeado las instituciones post-coloniales y perdurado hasta el presente, tanto a partir de normas de derecho positivo, como por ejemplo a través del ya mencionado artículo 2do de la Constitución Nacional que expresa que el Estado argentino “sostiene el culto católico”, como así también por medio de prácticas y costumbres tales como la identificación de feriados nacionales con fechas del culto católico o la participación en ceremonias religiosas por parte de las autoridades del gobierno nacional – las que han asistido a la celebración de la misa católica en la fecha celebratoria del inicio de la revolución independentista todos los 25 de mayo desde 1810 hasta el presente. Es por ello que aun en la actualidad es clara la inexistencia de una separación total entre la iglesia católica y el Estado Federal en Argentina, aunque también resulta correcto afirmar que la legitimidad del gobierno y de la autoridad del Estado devienen exclusivamente del voto popular según lo establece la Constitución Nacional, por lo que, desde el punto de vista mencionado más arriba que asocia laicidad con democracia, el Estado fe-

deral argentino sería laico a pesar de no estar completamente separado de una iglesia a la que se le reconocen prerrogativas y protagonismos simbólicos o reales.

La cuestión de la laicidad del Estado federal y la de la separación entre el funcionamiento de éste y las prácticas o mandatos religiosos – o, en términos institucionales, la iglesia católica –, no es un tema central del debate público que tiene lugar en los medios de comunicación, la academia o la política en Argentina, o al menos no lo es en el sentido de que esa relación, que es profundamente estrecha, sea puesta en duda por grupos relevantes de la sociedad o de sus liderazgos³. Nueve de cada diez argentinos dicen creer en Dios y el 77 % de la población del país – 31 millones de personas – expresa profesar las creencias de la religión católica⁴. Si bien el 95% de los argentinos están bautizados y el 73% manifiesta haberse casado o que se casará de acuerdo a algún rito religioso, sólo un 31% afirma ser católico practicante y el 46% se define como católico no practicante⁵. Este contexto demográfico de claro predominio del catolicismo en la sociedad argentina se ha mantenido más o menos constante desde los tiempos coloniales hasta el presente, pasando por la etapa de la revolución independentista a comienzos del

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

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

5 Encuesta realizada por Poliarquía en 2010. Ver Diario La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/1317791-religiosos-en-lo-privado-laicos-en-lo-publico>

siglo XIX y los procesos constituyentes fallidos y exitosos que tuvieron lugar desde 1819 a 1994. El carácter mayoritario de la Iglesia Católica le ha dado a ésta una influencia política que se ha puesto de manifiesto tanto en normas constitucionales como legales, así como en prácticas estatales y políticas desarrolladas por el liderazgo de los partidos políticos, la burocracia estatal o estamentos específicos, como por ejemplo el militar. Como ha sucedido y sucede en muchos países de América Latina, esa influencia ha impactado en la regulación del matrimonio, el ejercicio de los derechos reproductivos – incluyendo, por supuesto, la regulación de la interrupción del embarazo –, los contenidos obligatorios de los planes de estudios escolares, el establecimiento de feriados nacionales, la asignación de recursos públicos para el funcionamiento de la iglesia católica y la exigencia de la adhesión a sus creencias como requisito para el ejercicio de cargos públicos. La relación entre el Estado y los políticos que ocupan cargos en el gobierno federal – o incluso aquellos que se encuentran fuera de él— con la iglesia católica, sus jerarquías y sus creencias no ha sido la misma de un modo constante a lo largo de los 200 años de historia nacional que han transcurrido desde el primer gobierno patrio en 1810, sino que pueden identificarse diferentes momentos en los que esa relación se ha hecho más o menos intensa. Salvo por dos breves momentos que podrían ubicarse casualmente en dos décadas separadas por un siglo, la de 1880 y de 1980, en los que se hicieron los esfuerzos más importantes para lograr avances en la realización de la laicidad del estado y su independización de la influencia de la iglesia católica, el resto de la historia nacional

se caracteriza por una más o menos fuerte incidencia de esa institución religiosa en la actividad política y en el funcionamiento del Estado, pero siempre partiendo de un piso elevado de injerencia de la religión y de la jerarquía eclesiástica en la actividad estatal.

En la última reforma constitucional acaecida en 1994 se derogaron las cláusulas incluidas en la Constitución Nacional desde el temprano momento de su sanción en 1853 que se referían al requisito de profesar la religión católica para ejercer la Presidencia de la Nación, la facultad del Jefe del Poder Ejecutivo de ejercer el Patronato – ya en desuso desde el Concordato entre Argentina y el Vaticano de 1966 – y la obligación del gobierno de “convertir a los indios al catolicismo”. Además, fue a partir de una decisión de la Corte Suprema que declaró inconstitucional el impedimento de disolver el vínculo matrimonial justamente por considerarlo asociado a una creencia religiosa y por ello violatorio del principio de autonomía establecido en el artículo 19, que el Congreso sancionó en 1987 la ley de divorcio, que había sido resistida por la iglesia católica desde el siglo XIX. Más allá de estos progresos, todavía hoy es marcada la enorme influencia de esa Iglesia en la vida pública nacional. Son varias las provincias en las que las escuelas públicas incluyen cursos obligatorios de religión – generalmente católica⁶ –; práctica-

6 El 41% de las escuelas privadas del país son confesionales. Ver la encuesta realizada por Poliarquía en 2010. Ver Radiografía de la Educación Argentina del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), 2009. Ver también Marcelo Alegre y Nahuel Maisley, “La educación pública laica está en peligro”, Diario Clarín, 9 de septiembre de 2015, versión digital (7 de junio de 2016) en http://www.clarin.com/opinion/Ley_1420-Ley_Federal_de_Educacion-educacion_publica-laicidad_0_1427857246.html

mente todas las dependencias del gobierno nacional, de los gobiernos provinciales y de los municipales, incluyendo los tribunales de esas jurisdicciones, exhiben imágenes de la Virgen María y crucifijos en ámbitos institucionalmente relevantes; un número importante de los feriados nacionales se corresponden con fechas relacionadas con el culto católico; y se destinan importantes recursos públicos al pago de sueldos de sacerdotes y subsidios a escuelas administradas por la iglesia católica. Además, ésta institución, su jerarquía y la enorme cantidad de personas que adhieren a las creencias del catolicismo continúan teniendo una injerencia importante en las decisiones políticas del Estado, en las prácticas del liderazgo político-partidario y en la vida pública cotidiana de los argentinos. Sin embargo, a pesar de esta continua y sostenida influencia e injerencia de la iglesia católica en la actividad del Estado y del trato preferente que éste último le dispensa a la comunidad y jerarquía católica, no existe un debate profundo ni demandas importantes contrarias a ese rol protagónico de una iglesia en particular en la vida pública del país⁷. Ni los credos religiosos diferentes del católico, ni la abrumadora mayoría de aquellas personas que profesando o no un culto adhieren a los valores de un Estado laico que mantenga separados los ámbitos político y religioso se han pronunciado de un modo relevante contra ese trato preferente que ha recibido el credo católico en toda la historia del país, con excepción de los dos breves períodos referidos más arriba. Salvo por la aparición esporádica y marginal de voces que re-

7 Mallimaci, op. Cit, nota 3.

claman por una definitiva separación entre Iglesia y Estado, la mayoría de los argentinos parecen aceptar el *status quo*.

En suma, el Estado federal argentino es laico en el sentido de que la legitimidad de su gobierno proviene exclusivamente de la voluntad popular que lo elige a través del voto universal, pero no es necesariamente un Estado que esté obligado a mantener una separación absoluta de la iglesia católica, al menos en lo que se refiere a la realización de aportes para su mantenimiento, que es la versión más moderada del significado que se le asigna al art. 2. Esta tesis asume que es posible compatibilizar la existencia de un estado laico – en el sentido de que su legitimidad política proviene del voto popular y no de su vínculo con una iglesia en particular –, que respeta la libertad de culto de todos sus habitantes (como lo expresa el art. 14 de la Constitución Nacional), pero que otorga un trato preferencial a aquellas personas que adhieren a una creencia en particular (la católica). Este último aspecto de la relación entre gobierno federal y la comunidad y jerarquía católicas de Argentina expone tensiones o incluso contradicciones con el principio de igualdad entendido como trato no arbitrario, en el sentido que el Estado estaría constitucionalmente impedido de propinar tratos desiguales basados en criterios irrazonables a los habitantes de la Nación bajo su jurisdicción⁸.

8 Ver Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, Víctor Abramovich, en el caso Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo, CSJ 1870/2014, 10 de marzo de 2017.

Sin embargo, es necesario destacar que esta paradoja del derecho constitucional nacional no se reproduce a nivel del derecho local porteño. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no sólo no obliga al gobierno local a mantener un vínculo, ni siquiera tenue y circunscripto al “sostenimiento económico” de la iglesia católica como interpreta alguna doctrina al art. 2 de la Constitución Federal, sino que además lo compele a implementar políticas de salud y educación que suponen su separación de todas las iglesias y credos, reconociendo además su laicidad. A partir de esta distinción, es entonces necesario plantearse qué tipo de obligaciones y restricciones constitucionales se aplican a la acción estatal del gobierno de la Ciudad a fin de que éste no incurra en prácticas o tome decisiones que lo pongan al margen de lo establecido por la Constitución local. En otras palabras, debemos determinar qué significa que el Estado de la Ciudad de Buenos es de carácter laico, separado de cualquier iglesia o credo religioso y qué consecuencias tiene este régimen sobre las atribuciones y facultades estatales. Veamos entonces qué sucede en un caso específico como lo es el caso *Rachid*.

El Caso *Rachid*

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

alegó la existencia de discriminación del resto de los empleados públicos que no recibían el trato más favorable que sí establecía la ley para los capellanes y las monjas. El tribunal de Primera Instancia rechazó el amparo y la Cámara de Apelaciones revirtió esa decisión parcialmente. Los dos jueces de este último Tribunal que firmaron la sentencia – la tercera magistrada se excusó – no consideraron que el derecho a la libertad religiosa de los pacientes no-católicos estuviera afectado por el hecho de que en el hospital público simplemente estuvieran trabajando capellanes y monjas de la iglesia católica, pero sí entendió que se violaba el derecho a la igualdad ante la ley de los creyentes de otras religiones cuyos miembros no reciben el mismo trato. La Cámara se hace eco de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del principio de autonomía y su establecimiento por medio del texto del artículo 19 de la Constitución Nacional. En este sentido, el tribunal de alzada afirmó “que la norma relativa al deber de los religiosos que se desempeñen en los hospitales y hogares públicos de mantener la moral en esos establecimientos resulta inconstitucional, pues conculca la garantía de igualdad, la libertad de conciencia y de cultos y la autonomía personal garantizada en el artículo 19 de la Constitución Nacional”. De un modo un tanto confuso, este argumento anti-perfeccionista que la Cámara toma de la Corte Suprema, es utilizado para sostener ordenar “que el GCBA adapte el servicio de asistencia espiritual brindado por capellanes y monjas en los hospitales y hogares a lo dispuesto en la presente sentencia. En concreto, la demandada deberá adoptar las medidas tendientes a que los ministros de la Iglesia Católica

–a requerimiento del interesado– brinden asistencia y acompañamiento espiritual en los establecimientos mencionados en idénticas condiciones que los representantes de otros credos, sin ejercer funciones de coordinación o intermediación, ni desempeñando funciones vinculadas con el mantenimiento de la moral”; y sorprendentemente concluye afirmando que “es pertinente aclarar que lo decidido no significa, desde luego, desconocer la atribución constitucional que posee la Legislatura para reglamentar, en el marco que proporciona la Constitución local, todo lo referente al servicio de asistencia espiritual que se brinda en hospitales y hogares públicos”. La Cámara parece asumir la existencia de una obligación estatal de brindar “un servicio de asistencia espiritual”, cuya fuente no queda clara.

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

La laicidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires

El reconocimiento de la libertad religiosa por las Constituciones Nacional y local depositan en el Estado la obligación de respetar y hacer respetar esa libertad de todos los habitantes bajo sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, la principal consecuencia del establecimiento de un régimen estatal laico, al menos de acuerdo con lo establecido con más claridad que en la Nación en la norma fundamental de la Ciudad, reside en que el gobierno no puede involucrarse en acciones que tengan un carácter evangélico promoviendo por sí o por medio de terceros el credo de ninguna creencia religiosa en particular o incluso la toma de posición sobre la adopción de creencias religiosas o no hacerlo. Este carácter prescindente del Estado argentino, nacional y local, en materia de opciones religiosas privadas se ve reforzado por la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha realizado del artículo 19 de la Constitución Nacional sobre todo a partir de su crucial decisión en

el caso *Sejean*⁹ en 1986. En él se declaró inconstitucional la ley que impedía el divorcio vincular justamente por considerar que ella expresaba la creencia de una religión particular y no respetaba el principio de autonomía de la persona expresado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. A juzgar por la Corte Suprema, la prohibición del divorcio vincular por medio de una ley constituía una interferencia perfeccionista del Estado opuesta al principio de autonomía personal expresado en esa cláusula. De acuerdo con esta doctrina, el Estado debe abstenerse de identificar planes de vida ideales, como por ejemplo aquellos avalados por creencias religiosas particulares, y convertirlos en norma legal general, como ocurría con la prohibición de disolver el vínculo matrimonial previsto en la Ley de Matrimonio Civil de 1888 cuya constitucionalidad había sido confirmada previamente en el caso *Correa*¹⁰ decidido por esa misma Corte en 1893. El mandato del artículo 19 de la Constitución Federal, aplicable en la Ciudad de Buenos Aires, combinado con el establecimiento de un Estado laico a nivel local, arroja como consecuencia una serie de restricciones al accionar del gobierno en cuanto a su relación con creencias religiosas particulares o con la adopción de creencias religiosas o no religiosas en general. Así como no es posible que el Estado adopte

9 Caso *Sejean*, Juan Bautista c. Zaks de Sejean, Colección Fallos 308:2268 (1986).

10 Caso *Correa*, Colección Fallos 53:188 (1893). En esta decisión se considera constitucional la sanción penal impuesta a un sacerdote en virtud de lo previsto por el art. 118 de la Ley de Matrimonio Civil por haber celebrado matrimonios religiosos sin tener a la vista copia del acta del matrimonio contraído previamente ante el Registro Civil. Mientras que el sacerdote argumentó que esa ley era “atea, antievangélica y anticristiana” y que su imposición violaba el compromiso constitucional del Estado de someterse a los mandatos de la Iglesia Católica, la sentencia confirmaba que la regulación de la legislación matrimonial y el control de esa institución clave del derecho de familia debía estar en manos del gobierno civil y no de la Iglesia.

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

trato en la provisión de ese servicio. Para ello, es preciso indagar sobre dos puntos. En primer lugar, si la libertad de cultos reconocida constitucionalmente – en la Nación y en la Ciudad – podría implicar también el reconocimiento de obligaciones de hacer por parte del Estado como por ejemplo la de brindar servicios religiosos en hospitales públicos. Por otro lado, asumiendo que el Estado pudiera tener esa potestad, es necesario precisar de qué modo podrían ejecutarse esas obligaciones positivas. Los efectos y consecuencias del despliegue de los llamados servicios religiosos en esos establecimientos, podrían estar colocando al Estado, por medio del accionar de terceros, en la ejecución de prácticas perfeccionistas prohibidas en el artículo 19 de la Constitución Nacional o de acciones que favorecen la adopción de creencias religiosas en violación de la laicidad que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece para el Estado local. En este último caso, no sería relevante analizar si la política desarrollada por el Estado y avalada por una norma local, tiene relación directa con el principio de igualdad ante la ley, pues éste no sería el encuadre correcto del litigio, aunque es comprensible por qué la amparista eligió esa vía y posiblemente también sea entendible que la Cámara fuera por esa misma línea argumentativa. Analizaré este punto más abajo.

La inconstitucionalidad de brindar servicios religiosos con fondos estatales

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

Por hipótesis, un fundamento posible de esa atribución podría ser el que la vinculara con el derecho a ejercer la libertad religiosa. La libertad religiosa y el derecho a profesar libremente el propio culto, ¿podría también implicar el reconocimiento de una especie de derecho social a gozar de un servicio “público” religioso que haga posible el ejercicio de ese derecho por medio de una política activa del Estado como sucede, por ejemplo, con los derechos sociales a la educación o a la salud? La idea resulta un tanto forzada, aunque existen autores que han articulado una especie de obligación estatal de implementar políticas tendientes a hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa concebida como derecho-prestación¹¹. Sin embargo, si bien esto podría asociarse con la asignación de recursos públicos para que algunos grupos religiosos reciban asistencia estatal, ello no parece justificar el “servicio religioso” en hospitales desde que nada impediría que, o bien aquellas personas que así lo deseen puedan invitar a los religiosos de su congregación a esos establecimientos, o bien que esos religiosos visiten a las personas hospitalizadas si ellas desean recibir esas visitas aunque no sean invitados, pero ello es muy diferente a que los capellanes y monjas reciban un salario del Estado por prestar sus servicios. Si así fuera, y si no media una obligación estatal a realizar una prestación de servicios religiosos como consecuencia de la protección del ejercicio de la libertad religiosa, entonces la contratación de religiosos de una congregación determinada

11 Para un desarrollo de esta idea y de la bibliografía respectiva, ver Beatriz González Moreno, “El tratamiento dogmático del derecho de la libertad religiosa y de cultos en la Constitución española”, en <file:///Users/rpsaba/Downloads/Dialnet-ElTratamientoDogmaticoDelDerechoDeLibertadReligios-289402.pdf> (última visita 22 de marzo de 2017).

para proveer esos servicios no constituye un problema de trato discriminatorio, sino que es un problema asociado a la falta de justificación constitucional para la acción estatal impugnada de brindar servicios religiosos. El trato discriminatorio, en términos de trato no arbitrario, requiere que la diferencia en el trato se funde en un criterio que guarde relación con el fin de la regulación, pero *también requiere* que el fin de la regulación o de la política implementada por el Estado sea legítima o constitucional. La ciudad de Buenos Aires, como se vio en el apartado anterior, no sólo no establece en su Constitución una facultad explícita del Estado a proveer ningún tipo de servicio religioso, sino que incluso posee indicios ciertos de que su gobierno adhiere a un régimen de laicidad que le impide implementar políticas que de algún modo puedan ser interpretadas como contrarias a la laicidad, como por ejemplo así lo dictan los artículos 21 y 24 que comenté más arriba. Es correcto afirmar, sin embargo, que la libertad religiosa, como todas las libertades previstas en las Constituciones liberales suponen una obligación positiva del Estado para poder ser ejercidas, como por ejemplo la protección de la libertad de cultos frente a posibles ataques o amenazas por parte de terceros. Sin embargo, este tipo de obligaciones de hacer son requeridas por el reconocimiento de la libertad en cuestión, mientras que la asistencia religiosa subsidiada y promovida por el Estado en hospitales públicos lejos de implicar una forma de hacer efectivo el ejercicio de la libertad religiosa, parece ser parte de la promoción por parte del Estado de la adopción de creencias religiosas o, aún más censurable, de una creencia en particular, lo que resulta

contrario al establecimiento de un Estado laico como el que surge de la Constitución de la Ciudad. Asumiendo por hipótesis que la libertad religiosa requiriera de acciones estatales tendientes a asegurar su efectivo ejercicio, debemos preguntarnos si la política de brindar servicios religiosos pagados con fondos públicos constituye un mecanismo constitucional para lograrlo. En base al mandato constitucional de laicidad estatal en la Ciudad, la respuesta a esta pregunta sería consecuentemente negativa.

¿Es *Rachid* un caso en el que esté en debate la igualdad ante la ley?

Argumentar que la Ordenanza viola la igualdad ante la ley en el sentido de que implementa un trato estatal arbitrario, es decir, fundado en un criterio irrazonable como es la creencia en una religión particular, produciendo un trato discriminatorio respecto de aquellas personas u organizaciones religiosas no católicas, supone que el trato sería razonable si no se hiciera esa distinción arbitraria y le otorgara a todas las personas y organizaciones religiosas, sin importar sus creencias, el mismo trato. Esta parece ser la posición de la Cámara. En este caso concreto, el reclamo por un trato igualitario implicaría habilitar a individuos y organizaciones no-católicas a recibir el mismo trato que reciben los capellanes y monjas católicas. Además, en el planteo de la amparista, también se identifica un trato discriminatorio respecto de los empleados públicos de la ciudad que no reciben los mismos privilegios que los que los capella-

nes y las monjas poseen a partir de la Ordenanza en cuestión. Creo que este planteo de la cuestión constitucional del caso es erróneo. El problema de fondo no es el trato discriminatorio de la política de “servicios religiosos” sino la constitucionalidad de la propia política como tal por expresar una acción del Estado que no se encuentra respaldada por ninguna competencia constitucional. Por el contrario, parece ser en verdad una política vedada al Estado por el mandato de la Constitución local al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Es cierto que este tipo de planteos resultan más evidentes en constituciones como la de los Estados Unidos, cuya Primera Enmienda establece la separación entre iglesia y Estado y prohíbe a este último tomar cualquier tipo de decisión que pudiera ser interpretada como promoción de una creencia religiosa en particular. Este marco jurídico permite que personas u organizaciones impugnen judicialmente una decisión o una política estatal por violar esa prohibición constitucional, a pesar que no se encuentre afectado ninguna persona particular. En el país del norte, para poder arribar a la conclusión de que la decisión o la política confrontan con la Constitución, los jueces deben aplicar el test surgido del caso *Lemon v. Kurtzman* decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹². El denominado “test de *Lemon*” exige que la parte demandante compruebe los siguientes extremos si quiere tener éxito en su impugnación constitucional: a) que la decisión del Estado no persigue un fin secular; b) que tiene como efecto principal la difusión de una creencia religiosa; y c) que crea un vínculo excesivo entre iglesia y Estado¹³. Si bien la Constitu-

¹² 403 U.S. 602.

¹³ Id. pp. 612-613, 691, 2111-2112.

ción de la Ciudad de Buenos Aires no cuenta con una cláusula similar a la Primera Enmienda, la interpretación que surge de sus artículos 21 y 24 podría expresar un principio similar que podría justificar la aplicación de un test equivalente al del caso *Lemon*. Ahora bien, la oposición de ese principio de separación a las acciones del Estado con el fin de invalidarlas constitucionalmente requiere el reconocimiento de la legitimación activa para interponer la acción a un actor que no deba demostrar la existencia de afectaciones específicas a sus derechos o daños reales derivados de esas afectaciones, lo cual es casi imposible en este tipo de casos y que resulta muy difícil en nuestro derecho procesal. Es comprensible entonces, en este contexto particular de nuestro derecho procesal, que la amparista recurriera a la estrategia de la impugnación de la Ordenanza y de la política respectiva sobre la base del argumento de igualdad ante la ley, pues éste permite con cierta facilidad identificar a las personas u organizaciones damnificadas por un trato discriminatorio – los creyentes de credos no católicos o los empleados que no reciben el mismo trato que los capellanes y monjas incorporados a la planta del servicio público. En principio, el derecho procesal exige, para justificar la interposición de la demanda, que se demuestre la afectación producida por la vulneración de un derecho, y la exclusión de las religiones no católicas ofrece un caso claro de daño. Por su parte, la impugnación por inconstitucional de una política no neutral en materia religiosa puede no permitir identificar con claridad, o puede no existir, la afectación de personas individuales o de organizaciones. Es posible que la norma o política sesgada en materia religiosa atente contra el principio constitucional de separación de igle-

sia y Estado o el principio de laicidad, sin otra víctima que los valores expresados en la Carta Magna que resultan ignorados y confrontados por la política en cuestión. Algo similar sucede con la decisión del Estado de exhibir imágenes religiosas en edificios públicos. Es muy difícil o casi imposible identificar el daño o afectación específica de una persona particular producida por la instalación de esas imágenes y, sin embargo, puede resultar palmaria la violación de un principio constitucional de separación entre iglesia y Estado¹⁴. No todos los límites constitucionales a la acción estatal se corresponden con afectaciones de derechos. En las propias palabras de Rachid, la existencia, como en este caso, de un “agravio a la laicidad del Estado” de la Ciudad de Buenos Aires¹⁵ puede no implicar la afectación de derecho alguno de ninguna persona. Es en estos casos en los que el derecho procesal diseñado para plantear controversias que impliquen afectaciones de derechos no resulta eficaz, pero fundar el reclamo en la afectación del derecho a la igualdad de trato en lugar de abrir la puerta a la aplicación del principio de laicidad del Estado parece clamar por un Estado que milite con sus políticas a favor de su fusión con las iglesias siempre que las respete en igualdad de condiciones. Tanto el fallo de la Cámara en su correcta interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional, como la amparista en su preocupación por no agra-

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

15 Fs. 12 del Expediente del caso Rachid.

viar la laicidad del Estado, parecen acercarse a la meta de separar iglesia de Estado del modo en que lo exige la Constitución de la Ciudad, pero luego, al reconocer una especie de obligación estatal a brindar servicios religiosos, incluso cuando exijan que se brinden respetando la igualdad de trato, contribuyen a alejar al Estado de la Ciudad del ideal de la laicidad.

III

Comentarios al fallo

Ver fallo

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Fallo_RI_Rachid.pdf

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Fallo_Rachid_fondo.pdf

Religión y espacio público en la Ciudad de Buenos Aires: Igualdad de cultos, libertad de conciencia y autonomía en el debate sobre los capellanes y las religiosas en los hospitales porteños

Sol Prieto

Socióloga por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y becaria doctoral por el CONICET. Cursó la Maestría en Ciencia Política de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Además se desempeña como docente en el seminario Sociedad y Religión en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA y en la materia Sociología del CBC de la UBA. Su área de investigación es el vínculo entre política, religión y Estado, tema sobre el que escribió artículos en español e inglés y sobre el que presentó papers en conferencias nacionales e internacionales. Participa del área Sociedad, Cultura y Religión del Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL).



Agradezco a Ana Clara Piechestein, Juan Manuel Ottaviano y María Julia López los valiosos aportes a este trabajo.



Introducción

En 2013, la entonces diputada porteña y activista por los derechos de las personas LGBTI y de las mujeres María Rachid presentó una acción de amparo y una cautelar solicitando distintas medidas. Entre las medidas solicitadas en la acción de amparo, la más importante fue que se declarara la inconstitucionalidad de la Ordenanza 38.397/82, en la que se regulan las funciones, derechos y obligaciones de los capellanes y congregaciones religiosas en los hospitales y hogares de la Ciudad de Buenos Aires. Entre las medidas de la acción cautelar, la más relevante fue la protección de los datos de los pacientes por parte los capellanes y religiosas. Según surge de la lectura del fallo, lo ordenado por el juez de primera instancia respecto a la acción cautelar sigue vigente, por lo que los capellanes y religiosas actualmente tienen prohibido difundir información sobre los pacientes de los hospitales porteños. La definición sobre la inconstitucionalidad de la Ordenanza solicitada en la acción de amparo y concedida parcialmente por la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cambio, está aún pendiente. El

fallo de la Cámara de Apelaciones fue apelado por el Gobierno a través de un recurso de inconstitucionalidad concedido por la Sala en julio del año pasado. Por este motivo, a la fecha, resta que se pronuncie el Tribunal Superior de Justicia respecto de esa Ordenanza.

Al poner en discusión el rol de los capellanes y religiosas que perciben, a diferencia de la gran mayoría de los especialistas religiosos católicos y de otros cultos, un salario estatal a cambio de brindar un servicio religioso, este caso puede observarse no solamente como una discusión de orden meramente administrativo o de gestión cotidiana de la salud sino como una disputa política más amplia en la que se juegan cuestiones profundas de los discursos políticos modernos en Argentina como son la igualdad de cultos, la libertad de conciencia, y la autonomía de las personas.

El objetivo de este trabajo es, en primer lugar, describir los principales puntos en discusión de esta ordenanza y el contexto en el que se redactó. En segundo lugar, trazar una breve cronología del caso. En tercer lugar, analizar, desde una mirada en clave comprensiva e histórica, la incidencia de la configuración del Estado argentino como Estado nacional en esta disputa. En los siguientes apartados se desarrollan estos objetivos. Por último, se sistematizan algunas reflexiones sobre este caso.

La Ordenanza 38.397/82

La ordenanza que regula las actividades de los capellanes y congregaciones religiosas en los hospitales y hogares de la Ciudad de Buenos Aires fue dictada en noviembre de 1982 bajo el gobierno autoritario de Guillermo Jorge del Cioppo, nombrado por el Gobierno militar tras la gestión del ingeniero Osvaldo Andrés Cacciatore. Antes de asumir su cargo como intendente de facto, del Cioppo había desarrollado una carrera como cuadro técnico a lo largo de distintos gobiernos militares. Entre 1956 y 1957 fue asesor en el Ministerio del Interior y, en 1970, cuando el brigadier Arturo Cerdón Aguirre se hizo cargo del Ministerio del Interior y de la gestión municipal de la Capital Federal, fue Jefe del Gabinete de Asesores. Finalmente, durante la gestión de Cacciatore, se hizo cargo de la Comisión Municipal de la Vivienda, donde desarrolló una política agresiva de erradicación de los barrios populares llamados en ese entonces “villas miserias”.

El contexto de la última dictadura militar es relevante a la hora de comprender el texto de esta Ordenanza debido a que, como fue desarrollado por prácticamente todos los autores que tra-

bajaron el tema (Mallimaci, 2015; Esquivel, 2004; Dri, 1997; Di Stéfano y Zanatta, 2009; Verbitsky, 2010; Mignone, 2006; Ghio, 2007; Catoggio, 2016, entre otros) este gobierno militar fue la culminación y a la vez el punto más alto de cruce histórico de legitimidades entre las fuerzas armadas y la jerarquía de la Iglesia católica.

Durante la última dictadura argentina las diferencias dentro del campo católico dieron forma a la manera en que el gobierno militar se ocuparía de la Iglesia. Por un lado, como parte de un plan genocida basado en el terrorismo de Estado y la desaparición de personas sistémica de personas, el régimen militar apeló a barrer del campo católico a los religiosos pertenecientes al “clero contestatario” (Catoggio, 2016). Por otro lado, el Gobierno apeló al apoyo de la jerarquía eclesiástica a cambio de generar un orden de tipo represivo y otorgarle mayores recursos de cara a una nueva recatolización de la sociedad¹.

En el marco de este pacto, la jerarquía católica criticó de los informes de las organizaciones internacionales de derechos humanos que denunciaban la grave situación en Argentina y las consideró como “propaganda anti-argentina”, además de estar presente en numerosos actos gubernamentales, apoyar a la dictadura a través de muchos documentos y homilias, etc. (Mallimaci, 2015). En lo que respecta al pluralismo religioso, la libertad religiosa fue violada por la creación de un registro

¹ Catoggio (2016) distingue distintos niveles de participación en la dictadura por parte de la jerarquía eclesiástica: legitimación política, apoyo moral y político a la llamada “lucha contra la subversión y, por último, participación directa en la represión a partir de las tareas de apoyo en los centros clandestinos de detención.

de las religiones, en el que todas los cultos no católicos debían a registrar, con el objetivo de que el Estado pudiera regular sus actividades y sus designaciones de autoridades. En el plano de la igualdad religiosa, las condiciones también empeoraron con la sanción de “leyes” que asimilaban la estructura eclesiástica a la estatal y a los funcionarios eclesiásticos con los funcionarios estatales². De este modo, la relación de complementariedad activa entre la Iglesia y el Estado dio forma a la arena política.

Con la transición y luego la institucionalización democrática, este esquema de complementariedad activa entre Iglesia y Estado en la arena política tuvo que enfrentarse a una sociedad cada vez más plural no solamente en términos religiosos sino también morales, políticos, identitarios, sexuales, etc. En el marco de este pluralismo social, las definiciones excluyentes y jerárquicas previas respecto a los derechos, la ciudadanía, el Estado y la participación, comenzaron a perder peso progresivamente, abriendo paso a la visibilización de nuevos sujetos dispuestos a hacer valer sus identidades en la diversidad del espacio público.

El sistema de capellanías en los hospitales y hogares, heredado del momento de mayor complementariedad activa entre la jerarquía de la Iglesia católica y el Estado³, fue contestado por

2 Se otorgó un salario a los obispos equivalente al 80 por ciento del de un juez federal (Ley 21.950/79) y uno a los obispos jubilados equivalente al 70 por ciento (Ley 21.640/77); también se otorgaron salarios equivalentes a los de los trabajadores del Estado en forma de becas a seminaristas y superiores de órdenes religiosas, y subsidios especiales a las parroquias de frontera (Ley 22.262/80) (Mallimaci, 2015:257).

3 Complementariedad en la que en el que este último promovió el monopolio católico del campo religioso y violó la libertad religiosa a través del registro de cultos y la persecución de las minorías religiosas.

primera vez en este marco nuevo para la historia argentina que es la presencia de una democracia fuerte y afianzada. A continuación se describen brevemente los tres artículos cuestionados por las acciones de amparo y cautelar presentadas por Rachid:

Artículo 5: Los capellanes tendrán los siguientes deberes, conjuntamente con lo inherentes a los de su ministerio:

- a) **Entender en todo lo relacionado al Culto Pastoral.**
- b) **Asistencia moral** y atención religiosa de los pacientes, gerontes alojados y personal del establecimiento en general, como asimismo atención espiritual a la congregación religiosa.
- c) Administración de los Sacramentos en el ámbito del establecimiento.
- d) **Efectuar visitas diarias en las Areas de Internación de los Establecimientos Asistenciales; de alojamiento y de estar en los Hogares.**
- e) Celebrar misa: en cada uno de los casos que seguidamente se detallan, con la frecuencia que asimismo se indica: En hospitales sin congregaciones religiosas: Sábado por la tarde o domingo y Día de Precepto. En hospitales con congregaciones religiosas: Todos los días. En hogares: Una vez a la semana. Días de Precepto y todos los domingos.
- f) Velar para que se celebren las Misas por las intenciones pedidas por los fieles.
- g) **Presentar al director del establecimiento las personas por él designadas para impartir la enseñanza del Catecismo, a todos aquellos que lo deseen.**
- h) **Facilitar y cooperar en la concurrencia de cualquier Ministro de la misma religión o de otros cultos, oficialmente autorizados, para los casos que se soliciten.**
- i) Atender todos los pedidos de asistencia Espiritual de Urgencia que se produzcan dentro del establecimiento.
- j) Elevar a la Dirección un informe anual de la actividad desarrollada.

Este artículo presenta varios problemas a la hora de pensar la gestión del servicio público de salud en el marco de una sociedad pluralista y democrática. Primero, porque la idea de *Culto Pastoral*, en singular, es una noción monopólica del paisaje re-

ligioso, que considera que existe un solo culto pastoral (católico). Segundo, porque al poner entre las funciones la de efectuar visitas diarias en las áreas de internación, se presupone, por un lado, una homogeneidad religiosa entre los pacientes (a los que se considera a priori católicos a menos que digan lo contrario) y una homogeneidad en sus preferencias (aún si todos fueran católicos, pueden no desear recibir el servicio religioso). Por último, porque en las funciones de *presentar al director del establecimiento las personas por él designadas para impartir la enseñanza del Catecismo, a todos aquellos que lo deseen y de facilitar y cooperar en la concurrencia de cualquier Ministro de la misma religión o de otros cultos, oficialmente autorizados, para los casos que se soliciten*, se establece una clara asimetría entre los ministros y ministras de los diversos cultos, que deberían, de acuerdo a esta Ordenanza, acudir a la intermediación de los capellanes para enseñar “Catecismo” (nótese que no se considera la posibilidad de recibir enseñanza religiosa que no sea católica) o simplemente para atender a los pacientes de otras religiones. Además, estos pacientes deberían, para ello, decir su religión, lo cual afecta el derecho a la libertad de conciencia y a no manifestar ante autoridades públicas la propia creencia.

Artículo 27: Las religiosas tendrán los siguientes deberes:

- a) Atender espiritualmente a los pacientes.
- b) **Velar en el mantenimiento de la moral dentro del establecimiento, colaborando en tal sentido con la Dirección del mismo.**
- c) Acompañar a los pacientes y/o alojados que lo soliciten al Servicio Religioso.
- d) **Cooperar en la concurrencia de cualquier ministro de la misma religión o de otros**

cultos oficialmente autorizados, en los casos en que le fuera solicitado”.

Este artículo también presenta problemas a la hora de regular el servicio religioso en una sociedad plural desde el punto de vista religioso, étnico y moral. Primero, porque en la idea de *velar en el mantenimiento de la moral dentro del establecimiento* implica que existe una única moral (católica) y además asigna a las religiosas un rol de control policial que a priori no les correspondería en su carácter de proveedoras de asistencia religiosa. Segundo, en la función de *cooperar en la concurrencia de cualquier ministro de la misma religión o de otros cultos oficialmente autorizados, en los casos en que le fuera solicitado* existen dos problemas: en primer lugar, porque al considerar solamente a los cultos “oficialmente autorizados” se está restringiendo el amplio espectro de creencias y prácticas religiosas a aquellas que están oficialmente autorizadas; en segundo lugar, porque se les asigna a las religiosas, por ser mujeres, un rol de asistencia que reproduce estereotipos de género que atentan contra la igualdad. Siguiendo a este artículo, una religiosa católica debería, de acuerdo a la ordenanza, asistir a cualquier ministro de su culto o de cualquier otro simplemente por el hecho de que el ministro es varón y la religiosa, mujer. Este inciso representa, por lo tanto, una doble discriminación no compatible con una sociedad plural y con igualdad de derechos para varones y mujeres.

Art. 29. - Tendrán los siguientes derechos [las religiosas católicas]: a) Percepción de un haber mensual. b) A un período de licencia anual ordinaria. c) Al uso de licencia por enfermedad. d) A cinco (5) días corridos, por año,

destinados al cumplimiento de Ejercicios Espirituales. e) Al uso de un (1) día franco compensatorio semanal que se fijará de común acuerdo con la Dirección del establecimiento. f) Al uso de dependencias adecuadas y alojamiento, en caso que las instalaciones del establecimiento lo permitan y en el supuesto que tengan residencia permanente. g) Atención doméstica a cargo de los servicios generales del establecimiento. h) Alimentación, aseo, y planchado de la ropa por parte del establecimiento. i) A la provisión de tela necesaria para la confección de los uniformes requeridos para el desempeño en el establecimiento. j) A ser designadas en caso de que estén convenientemente capacitadas, para ocupar cargos en otros sectores, de acuerdo a las reglamentaciones vigentes. k) **Libre acceso a las diversas áreas del establecimiento.** l) Beneficios que el Instituto Municipal de Obra Social presta a los agentes municipales.

Este artículo, al otorgarles a las religiosas católicas el derecho de *libre acceso a las diversas áreas del establecimiento*, no reconoce o por lo menos se superpone con el derecho de los pacientes a la privacidad. En este sentido, es un derecho coincidente con lo planteado en el Art. 27 inc. “b” de asignar a las religiosas un rol policial o persecutorio que a priori no debería estar vinculado a su rol como proveedoras de asistencia religiosa. Este derecho de las religiosas (y los sacerdotes) a circular por todas las instalaciones abrió paso a un conflicto en 2012 que se puede considerar como el principal antecedente político de esta acción judicial.

Breve cronología del caso

El jueves 4 de octubre del 2012 el entonces jefe de Gobierno porteño Mauricio Macri anunció (en una cena privada organizada por la agrupación que dirige el ex titular de la Sociedad Rural) que el martes siguiente se realizaría “el primer aborto legal” en la Ciudad de Buenos Aires. La expresión “primer aborto legal” se debe a que este caso fue el primero en la ciudad de Buenos Aires luego del fallo FAL s/medida autosatisfactiva de la Corte Suprema de Justicia que especificó, por primera vez, los alcances del artículo 86 inciso 2º del Código Penal. En la cena, Macri especificó que se trataba de una mujer de 32 años que había sido secuestrada por una red de trata y había sufrido una violación, y que se realizaría en el Hospital Ramos Mejía. A partir de allí, se sucedieron una serie de hechos que tuvieron como principal teatro de operaciones al poder judicial en distintas instancias, pero que incluyeron también la disputa por el espacio público en general e influyeron sobre las discusiones parlamentarias en torno a la reglamentación del aborto no punible en la ciudad de Buenos Aires (Giménez Béliveau y Prieto, 2012).

En el marco de ese conflicto, el capellán del Hospital Ramos Mejía, Fernando Llambías, identificó públicamente a una mujer que iba a interrumpir su embarazo en ese hospital dado que su caso se encontraba enmarcado en los casos en los que esta práctica no puede ser penalizada. No conforme con esto, Llambías fue a la casa de la mujer a intentar disuadirla de que efectuara la interrupción, acompañado por un grupo de fieles activistas en contra del aborto, que rezaron en la puerta de la casa de la mujer. Mientras la Fundación Pro Familia intervenía en el conflicto en el ámbito judicial para impedir que se efectuara la interrupción legal del embarazo, estos actores se movilizaron en la puerta del hospital (Giménez Béliveau y Prieto, 2012). Este episodio puso en tela de juicio el rol de los capellanes y religiosas, lo cual desencadenó en que, al año siguiente, Rachid presentara una acción de amparo y una acción cautelar centrada fundamentalmente en los tres artículos de la Ordenanza 38.397/82 comentados anteriormente. Cada una de estas acciones (cautelar y de amparo) tuvo un curso diferente. Estos trayectos pueden observarse en el siguiente cuadro.

Cuadro 1: Trayectos de la acción de amparo y la acción cautelar iniciadas por Rachid
Fuente: elaboración propia en base al fallo.

En su presentación, motorizada por este episodio previo, Rachid marcó seis cuestiones problemáticas relativas a Ordenanza que regula las actividades de capellanes y religiosas en hospitales y hogares estatales. En primer lugar, la legisladora solicitó que se les reasignaran funciones a los sacerdotes y religiosas que hubieran sido designados por el Gobierno para cumplir funciones en carácter de capellanes y religiosas proveedoras de asistencia

religiosa en hospitales y hogares o, en caso que no fuera posible reasignarles funciones, se los indemnizara. Este pedido apunta al fondo de la cuestión de la laicidad: desde la idea de Rachid de laicidad como separación entre Iglesia y Estado, se entiende que el servicio de salud pública no debería, a priori, incluir al servicio religioso brindado por especialistas. Si bien no se cuestiona en el escrito el derecho de los pacientes a recibir asistencia religiosa, sí se cuestiona que el Estado destine un salario a los especialistas para cubrir esta asistencia, a la que se considera, por lo tanto, como una cuestión privada. Por lo tanto se solicita que se les reasignen funciones a los capellanes y religiosas con el objetivo de que sean simplemente empleados estatales con tareas concretas burocráticas o de otro tipo, no vinculadas al servicio religioso. En segundo lugar, en el mismo sentido que la primera demanda, pidió que se eliminaran todos los privilegios y excepciones de los que gozan los capellanes y religiosas en comparación con los demás empleados públicos de la Ciudad de Buenos Aires, tales como vivienda, alimento y aseo a cargo del Estado, y su régimen de calificaciones.

En tercer lugar, sostuvo que la Ordenanza implicaba una violación a las libertades de culto y de conciencia y un agravio a la laicidad del Estado. Lo primero se debe a que la misma instaura una asimetría entre los sacerdotes y religiosas católicos los y las representantes de otros cultos. Esto quedaría explicado, siguiendo a Rachid, porque los capellanes y en menor medida las religiosas designados y designadas como empleados públicos por el Gobierno de la Ciudad tienen autoridad, dentro de los hospitales y hogares porteños, para permitir a los representan-

tes de otros cultos brindar asistencia espiritual a los pacientes. En un esquema de igualdad religiosa y no discriminación, los especialistas de otros cultos deberían poder brindar asistencia religiosa por su propia cuenta y sin solicitar autorización a un sacerdote católico. En cuanto a lo segundo, el agravio a la laicidad, vale lo mismo que para los dos primeros puntos: desde una mirada que comprende a la laicidad como una separación entre Iglesia y Estado, el segundo no debería financiar el servicio religioso provisto por sacerdotes y religiosas en los hospitales y hogares.

En cuarto lugar, Rachid mencionó el acontecimiento de 2012 en el que el capellán vulneró el derecho a la privacidad de una paciente. El objetivo de mencionar este antecedente político fue señalar las situaciones de riesgo y vulnerabilidad a las que se expone a los pacientes a partir de la vigencia de esta Ordenanza. En quinto lugar, la entonces legisladora marcó que, de acuerdo a la Constitución de la Ciudad, y a diferencia de la Constitución Nacional, el Estado no tiene la obligación de sostener el culto católico u a otros, cuestionando nuevamente el salario estatal percibido por los capellanes y las religiosas.

Por último, Rachid solicitó que, como medida cautelar, se prohibiera expresamente a los capellanes y religiosas que cumplieran tareas en hospitales públicos y hogares de la Ciudad de Buenos Aires que difundieran datos personales de los pacientes e internos de estas instituciones; y se les impidiera, además, brindar ayuda espiritual a aquellas personas que no lo pidieran expresamente, de modo que la asistencia espiritual fuera eso,

una asistencia o ayuda, y no un tratamiento compulsivo que fuera contra la voluntad y la autonomía de las personas.

Una vez presentado el escrito la medida cautelar siguió un curso y el pedido amparo, otro. En cuanto a la medida cautelar, la jueza de primera instancia hizo lugar a la misma y, por lo tanto, dispuso que los capellanes y religiosas que cumplían tareas en hospitales y hogares de la Ciudad no difundieran los datos personales de los pacientes que se atendieran en los hospitales o viviesen en hogares municipales. Además, les ordenó que solo brindasen ayuda espiritual a las personas que así lo requirieran, medida que hizo extensiva a los pastores y pastoras evangélicos, rabinos y rabinas y otros especialistas, sin necesidad de requerir autorización al capellán del establecimiento. Ante esta decisión de la jueza, el Gobierno porteño interpuso un recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Esta sala amplió el alcance de la medida cautelar solicitada por Rachid a la que hizo lugar la jueza de grado. Al hacerlo, ordenó al Gobierno que adoptara las medidas necesarias para que se cumpliera con el ordenamiento jurídico vigente respecto a todas las personas (no sólo capellanes y religiosas) que trabajaran en cualquier órgano del sector público de la ciudad en materia de resguardo de datos personales.

El pedido de amparo, en cambio, fue rechazado por el juez de primera instancia. Luego de la apelación de Rachid, la misma Sala de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributa-

rio hizo lugar parcialmente al pedido, ordenando al Gobierno de la ciudad lo siguiente:

Se ordena que el GCBA adapte el servicio de asistencia espiritual brindado por capellanes y monjas en los hospitales y hogares a lo dispuesto en la presente sentencia. En concreto, la demandada deberá adoptar las medidas tendientes a que los ministros de la Iglesia Católica –a requerimiento del interesado– brinden asistencia y acompañamiento espiritual en los establecimientos mencionados en idénticas condiciones que los representantes de otros credos, sin ejercer funciones de coordinación o intermediación, ni desempeñando funciones vinculadas con el mantenimiento de la moral.⁴

En suma, se ordenó al Gobierno a quitarle a los sacerdotes y religiosas de la Iglesia católica las funciones de intermediación con los ministros y ministras de otros credos y de mantenimiento de la moral. Este fallo fue apelado por el Gobierno y la Sala dio a lugar a este pedido, razón por la cual el Tribunal Superior de Justicia deberá resolver si los artículos estudiados anteriormente son constitucionales. Ahora bien, el trayecto de este caso muestra que, dado que la laicidad o separación no está fijada, a priori, como principio constitucional, la cuestión de la igualdad religiosa fue materia de debate. Este fenómeno está relacionado con tensiones entre la libertad de conciencia y de culto y la igualdad que están presentes recurrentemente a lo largo de toda la historia argentina y se cristalizan en una Constitución nacional que reconoce la libertad pero no la igualdad de culto. Para comprender esta tensión es clave tener en cuenta

⁴ Cámara de Apelaciones CAyT - Sala I, “RACHID, MARÍA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, Exp: A20-2013/0, considerando XVII.

la construcción del Estado nacional y por lo tanto remontarse a los tiempos de la colonización y luego a las primeras formas de Estado nacional desarrolladas luego de la década revolucionaria hasta la sanción de la Constitución de 1853. Este es el tema del próximo apartado.

Desigualdad de cultos en Argentina: una mirada en clave comprensiva e histórica

Durante los casi tres siglos de colonización española en el territorio que actualmente llamamos Argentina, las dependencias imperiales desarrollaron instituciones propias de los llamados “Estados extractivos” (Acemoglu y Robinson, 2001), es decir, Estados en los cuales la colonización tuvo como principal objetivo extraer riquezas y recursos naturales de manera inmediata. Por lo tanto, no estaba garantizado el imperio de la ley ni el monopolio legítimo de la violencia. En suma, el Estado colonial fue, durante los primeros dos siglos y medio del virreinato, un Estado débil. La Iglesia colonial, por su parte, no se encontraba organizada de manera jerárquica ni centralizada. Contaba, además, con escasos recursos humanos (sacerdotes y religiosas) para cubrir el territorio conquistado (Di Stefano y Zanatta, 2009). En suma, la Iglesia católica, al igual que el Estado colonial era una organización débil.

En ese contexto de mutua debilidad se dio, en 1570 en la gobernación de Tucumán (Di Stefano y Zanatta, 2009) la primera incursión católica en el territorio argentino. Esta primera incursión se centró en la evangelización como tarea complementaria al “apaciguamiento del aborígen como tarea espiritual” (Carregal Puga, 1981). Esta tarea fue llevada adelante por las órdenes religiosas que paulatinamente empezaron a poblar *las indias*. Primero arribaron los mercedarios en 1535, luego los franciscanos (1538); unos 50 años más tarde, en 1585, fue el turno de los jesuitas (Caimari, 1994). El objeto de esta evangelización fue que los pueblos indígenas introyectarán valores y normas de conducta propias de la potencia colonizadora y se despojaron de sus propias y diversas estructuras ideológicas, culturales, políticas y económicas. Una vez que se produjera este doble movimiento, de acuerdo a las expectativas de los colonizadores, los indígenas serían una “masa disponible” para trabajar a su servicio (Esquivel, 2000). Como consecuencia de esta mutua debilidad, el Estado colonial y la Iglesia se desarrollaron como un híbrido, en lo que Esquivel (2004) considera una “relación simbiótica”.

Recién hacia fines del siglo XVIII el catolicismo comenzó a tener un mayor desarrollo organizativo e institucional. Este desarrollo estuvo en sintonía con los cambios en la organización colonial instaurados a partir de las reformas borbónicas que dotaron de mucho más poder al puerto de Buenos Aires, lo que hizo crecer a la población criolla y al Estado colonial. Se fundaron nuevas misiones, templos y parroquias y, al mismo tiempo, la propia estructura del clero empezó a sumar más criollos a sus filas (Di

Stefano y Zanatta, 2009). Sin embargo, este crecimiento cuantitativo no se tradujo inmediatamente en una mayor institucionalidad. Al contrario, los cambios permanentes de obispos y los prolongados períodos de acefalía eclesial hablan de un bajo nivel de institucionalización y organización de la Iglesia hacia fines del siglo XVIII (Esquivel, 2000). En este momento en el que el Estado colonial se fortaleció y la Iglesia creció de manera cuantitativa, la relación simbiótica se mantuvo.

En suma, a lo largo del período colonial se puede observar una hibridación entre el Estado colonial y la Iglesia, propia del modelo de la cristiandad (Esquivel, 2004; Di Stéfano y Zanatta, 2009) o “cristiandad hispano-criolla-urbana” (Soneira, 1989:38). En esta hibridación se observan dos estructuras organizativas similares, cuyo punto de partida fue de mucha desorganización pero que fueron avanzando hacia niveles crecientes de institucionalización y cobertura del territorio. El crecimiento de cada una de estas instituciones se dio gracias a la complementariedad con la otra, es decir, el régimen colonial pudo desarrollarse en gran medida gracias al trabajo de evangelización de las distintas órdenes y congregaciones, a la vez que la catolización del territorio pudo darse gracias a la expansión de la potencia colonizadora. De modo que mientras el aparato estatal se ocupaba de monopolizar la fuerza y extraer recursos, el aparato eclesial garantizaba que este monopolio se diera bajo el consenso “cristiano” generado como producto de la evangelización.

Al calor del paradigma de la cristiandad (Esquivel, 2000) y la colonización, el régimen en el cual se inscribieron las relaciones entre el campo político y el religioso fue el “patronato” (Esquivel, 2004; Di Stéfano y Zanatta, 2009). En este régimen, las autoridades gubernamentales, a través de las distintas bulas papales, tenían derecho a crear cargos eclesiásticos, nombrar a los titulares de esos cargos, recaudar el diezmo y autorizar la publicación de las actas pontificias; en tanto que la Iglesia se beneficiaba debido a que, como contrapartida, el Estado facilitaba la difusión de la religión en el territorio (primero virreinal, luego nacional), y asumía la responsabilidad de construir templos y monasterios ayuda económica al culto católico (Esquivel, 2004).

La simbiosis entre poder político y poder religioso se mantuvo sin grandes cambios hasta el gobierno de Rivadavia, quien tuvo políticas de mayor control sobre la Iglesia. Bajo su gobierno, en 1822, se inició la llamada “Reforma general del orden eclesiástico” a partir de la cual se creó un senado eclesiástico, se incautaron los bienes de los conventos, se prohibió hacer votos antes de los 25 años, se limitó el número de religiosos en las casas e instituciones de clausura, se suprimió el diezmo y se transfirieron los sacerdotes religiosos a las diócesis (Soneira, 1989; Di Stéfano y Zanatta, 2009).

Pero a pesar de esta política de control sobre la Iglesia, el patronato prácticamente no fue atacado por la Constitución unitaria de 1826: con fuertes resistencias de otras provincias se estableció la libertad de culto en Buenos Aires y se prohibieron las torturas, aunque ya desde ese entonces se planteó el soste-

nimiento económico del catolicismo como una responsabilidad del Estado a través del sostenimiento del clero y los edificios de culto (Di Stéfano y Zanatta, 2009). A pesar de que el régimen de patronato no se vio modificado en lo esencial, fue a partir de estas reformas unitarias que la defensa de la religión comenzó a convertirse en un fuerte componente identitario de algunos caudillos del interior, como Facundo Quiroga, quien a partir de 1826 asumió la consigna de defender el catolicismo contra la “impiedad” (Di Stéfano y Zanatta, 2009).

Sobre este clivaje, el paradigma de la cristiandad se reforzó durante el período rosista. Rosas implementó una serie de políticas que lo acercaron a la Iglesia local por tres motivos. Primero, porque la favorecieron en cuanto a su estructura organizativa y material⁵. Segundo, porque extendieron la moral católica a toda la población a través de decretos, controlando a las minorías religiosas⁶. Por último, porque tendieron a reparar situaciones de enfrentamiento que se habían producido durante el gobierno de Rivadavia⁷. Todas estas políticas estuvieron atravesadas por un rígido control político de los sacerdotes quienes,

5 Favorecieron la estructura material y organizativa de la Iglesia porque Rosas terminó la obra de la Catedral de Buenos Aires e invirtió mucho dinero en reparar y construir templos. Además, el gobernador nombró a dos obispos por decreto cuya designación se encontraba bloqueada por la fiscalía. Este nombramiento fue muy valorado debido al escaso número de obispos en el territorio.

6 Extendieron la moral católica y controlaron a las minorías por varios motivos. Primero, Rosas dictaminó que las pulperías se cerraran los domingos en horario de misa. Segundo, estableció que se cerraran las escuelas cuyos docentes no tuvieran “bien acreditada su moralidad”, siendo “reputados públicamente por católicos” (Di Stéfano y Zanatta, 2009:245). Tercero, penalizó la venta, circulación o difusión de libros que “tendiesen a atacar la sana moral del Evangelio de Jesucristo” (Di Stéfano y Zanatta, 2009: 246). Por último, ordenó la confección de registros para controlar las actividades de los protestantes.

7 Estas políticas fueron reparadoras en relación al gobierno de Rivadavia por devolvió a los dominicos un convento que Rivadavia les había expropiado. En segundo lugar, porque convocó y recibió a varios eclesiásticos para que residieran en Buenos Aires, especialmente jesuitas

a su vez, también asumieron el rol de controladores políticos, observando el uso de la divisa restauradora entre su feligresía y reportando negligencias o actitudes contestatarias a la gobernación (Di Stéfano y Zanatta, 2009).

Esta hibridez reformulada entre el poder religioso y el poder político volvió a poner a la religión en el lugar de clivaje. Del mismo modo que la política rivadaviana hizo surgir la defensa de la religión como consigna política en casos como el del caudillo Quiroga, la política rosista hizo surgir la defensa de la libertad religiosa como sinónimo de “civilización”. Pero es importante destacar que los políticos e intelectuales opositores al rosismo no denunciaban la confesionalidad del régimen sino su control político sobre la Iglesia (Di Stéfano y Zanatta, 2009: 255-257). Es decir que, si bien podían surgir divisiones respecto a determinadas cuestiones concernientes a la gestión de los vínculos entre Estado e Iglesia, la concepción simbiótica de estos vínculos sobrevivió a estas divisiones.

Por ello es que con el proceso de organización nacional posterior al rosismo se relajaron las políticas de control de la diversidad religiosa y moral a la vez que se promovió al culto católico como culto nacional. El Código Civil de 1863 denominó al culto católico “religión de Estado” (Di Stéfano y Zanatta, 2009: 288). A diferencia de otros casos, como el mexicano y por distintos motivos el estadounidense, los procesos independentistas no cambiaron la relación de simbiosis entre la política y la Iglesia católica sino que la reforzaron de cara a hibridizar la identidad católica ya no con la de la corona española sino, una

vez declarada de la independencia, con la identidad argentina (Mallimaci, año; Esquivel, 2004).

Entre mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, las distintas olas europeas de inmigración promovidas por un proyecto político que apostó esta inmigración configuraron a la Iglesia católica como un actor central en la conformación del Estado nacional. El catolicismo, y la Iglesia en tanto garante del monopolio del creer (Mallimaci y Giménez Béliveau, 2006), funcionarían como dispositivos de homogenización religiosa y cultural en una sociedad diversa. A la vez, el Estado nacional protegería este rol privilegiado del catolicismo a través de dispositivos legales, económicos y simbólicos. En suma, la Iglesia serviría a la constitución y la reproducción de la identidad argentina mientras que el Estado promovería las condiciones para que dicha identidad argentina fuera, al mismo tiempo, católica. Esta hibridación se dio bajo un liberalismo que, a pesar de darle mayor peso a la Iglesia, reconoció la libertad de conciencia y por lo tanto la libertad religiosa.

La Constitución de 1853 reconoció y reprodujo este esquema de inclusión sin igualdad. Si bien allí se reconoce la libertad de culto (en los artículos 14 y 20), al mismo tiempo se le da un lugar privilegiado al catolicismo al establecer su sostenimiento en el artículo 2, el cual sigue vigente a pesar de las modificaciones posteriores a esa Constitución. Además, el artículo 76 (derogado por la Convención de 1994) establecía que el Presidente

y el Vicepresidente debían “pertenecer a la comunión católica apostólica romana”⁸.

Esta paradoja de reconocer la libertad de conciencia pero no la igualdad entre las diferentes religiones se mantiene vigente hasta la actualidad. La ofensiva liberal (Soneiras, 1989) de la década de 1880, aún con todos los cuestionamientos a la simbiosis entre poder político y religioso que se dieron durante el Gobierno de Julio Argentino Roca y los gobiernos posteriores, no revirtió esta situación. Por el contrario, la Generación del 80 se valió del catolicismo como una herramienta más de homogenización cultural y religiosa para construir la aún incipiente identidad argentina, estatalizando los ámbitos de influencia históricos del catolicismo (la educación, el matrimonio, los registros de nacimientos y defunciones) pero privilegiando su sostenimiento por sobre el de las demás religiones. Esta tendencia de se pronunció aún más fuertemente en la década del 30, con el ascenso al poder del nacionalismo católico como síntesis de un proceso de fusión entre la Iglesia católica y las fuerzas armadas y de catolización y militarización integrales de la sociedad (Mallimaci, 2015); militarización y catolización integrales que se profundizaron en cada gobierno autoritario posterior, incluyendo a la última dictadura militar, como se describió en el segundo apartado.

8 El apoyo del sacerdote Mamerto Esquiú a dicha Constitución, a priori considerada como demasiado “liberal” para buena parte de la Iglesia y para algunas provincias del interior, da cuenta del sentido del pacto último o negociación de la misma. Este pacto radicó en el hecho de que parte de la Iglesia (por ejemplo, Esquiú), consideraba que para que el catolicismo se desarrollara en la incipiente nación, cualquier Estado era mejor que ningún Estado.

La reforma constitucional de 1994 reafirmó la paradoja de, por un lado, respetar la libertad de conciencia y de culto y reconocer derechos relativos a la privacidad y por otro desconocer la igualdad entre las religiones, manteniendo el sostenimiento estatal del culto católico. Sin embargo, esta paradoja más que centenaria se enfrentó a una sociedad que se había transformado profundamente y en la cual el monopolio católico del campo religioso se había quebrado. En otras palabras, la Iglesia católica, que históricamente marcó los límites acerca de aquello en lo que las personas podían creer, perdió este lugar central dando lugar a un paisaje en el que otros actores religiosos y no religiosos reclaman la misma legitimidad para definir estos límites (Mallimaci y Giménez Béliveau, 2007).

En este marco de consolidación democrática, ruptura del monopolio católico, pluralización del campo religioso y movilización de sujetos en la arena pública reclamando para sí el reconocimiento de legitimidad y derechos, Esquivel (2013) plantea que en la Argentina actual existe una laicidad subsidiaria. De este modo, en el proceso de consolidación democrática y de ampliación acelerada de derechos individuales de las últimas décadas, conviven políticas nacionales de mayor autonomía civil y estatal respecto de las instituciones, prácticas y legitimidades religiosas, junto con resabios de institucionalidades previas. La laicidad subsidiaria “supone el correlato de un Estado con una fuerte matriz católica en su génesis e historia que, a su vez, coexiste con procesos de democratización y secularización que habilitan la emergencia de reconocimientos a los formatos plurales de las sociedades contemporáneas” (Prieto y Mos-

queira, 2015). El resultado de esta conjunción es que el Estado nacional, por un lado, impulsa “nuevos derechos cristalizados en instituciones inéditas en términos de libertad individual y movilización de sujetos en la arena pública” (Esquivel, 2009)⁹. Por otro lado, el mismo Estado reproduce una lógica de subsidiariedad en la implementación de algunas políticas y en la apelación a referentes religiosos para mediar ante conflictos sociales y políticos, contener la conflictividad social y sumar apoyos¹⁰. Es la presencia de la laicidad subsidiaria la que habilita la coexistencia en un mismo espacio social de un fuerte activismo social y contencioso del movimiento de mujeres que llevó a la Corte Suprema (recientemente reformada) a emitir el fallo sobre abortos no punibles, junto a, por ejemplo, la presencia naturalizada de agentes religiosos católicos (capellanes y religiosas) en hospitales y hogares estatales.

9 Las leyes matrimonio igualitario, muerte digna, fecundación asistida, identidad de género, educación sexual, y salud sexual y reproductiva, se inscriben en esta matriz, dado que promueven niveles elevados de autonomía de las personas en las decisiones sobre sus cuerpos.

10 Las políticas en las cuales el Estado nacional y también los provinciales se apoyan sobre actores religiosos son fundamentalmente las políticas sociales (vivienda, comedores, centros de tratamiento para personas con adicciones, hogares, etc.) y educativas.

Reflexiones finales: la laicidad subsidiaria, cuestionada

Los objetivos de este estudio fueron describir los principales puntos en discusión de la Ordenanza 38.397/82 y el contexto en el que se redactó; trazar una breve cronología del caso; y analizar en clave comprensiva e histórica la incidencia de la configuración del Estado argentino como Estado nacional en esta disputa puntual. En el desarrollo de este análisis, se detectó la paradoja persistente de un Estado nacional que reconoce la libertad de culto y de conciencia pero no la igualdad entre las distintas religiones. Esta tensión, que se explica por el proceso de configuración de un Estado nacional abierto a la inmigración pero a la vez promotor de una identidad homogéneamente católica, derivó, en las últimas décadas, en la configuración de un tipo de laicidad particular, a la que Esquivel (2013) denominó subsidiaria.

En la laicidad subsidiaria conviven políticas de autonomía respecto de las instituciones, prácticas y legitimidades religiosas, junto con resabios de institucionalidades previas, en las cuales la Iglesia católica cumplía un rol monopólico y central. El encuentro conflictivo entre una religión pública como es el catolicismo y una serie de derechos y sujetos sociales “nuevos”¹¹ como, por ejemplo, la interrupción legal del embarazo en una serie de situaciones reconocidas por la ley a partir de un fallo de la Corte Suprema se puede explicar, justamente, a partir de la presencia de una laicidad subsidiaria.

Sin embargo, el cuestionamiento de Rachid a la ordenanza que regula la presencia de agentes religiosos católicos representa, a la vez que una expresión de la existencia de la laicidad subsidiaria, un cuestionamiento a esta configuración de la laicidad. Por otro lado, el carácter parcial del reconocimiento de la Sala 1 de la Cámara a este cuestionamiento, marca los límites que las instituciones plantean, precisamente, ante dicho cuestionamiento. Estos límites son bastante claros: la Cámara habilita el cuestionamiento a la desigualdad entre las distintas religiones pero no el cuestionamiento a la presencia misma de estas religiones en el espacio público y estatal que representan los hospitales y hogares. Más allá de la resolución del Tribunal Superior de Justicia, este caso representa los límites que puede tener la laicidad de subsidiariedad en una sociedad en constante transformación.

11 “Nuevos” en el sentido de su configuración como actores colectivos con visibilidad en la esfera pública y no como meros agregados sociales analíticos.

Bibliografía

- ACEMOGLU, SIMON Y ROBINSON, JAMES: The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation, en *The American Economic Review*, Vol. 91, No. 5 (Dec., 2001), pp. 1369-1401
- CATOGGIO, MARÍA SOLEDAD: *Los desaparecidos de la Iglesia. El clero contestatario frente a la dictadura*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016
- DI STÉFANO, ROBERTO y ZANATTA, LORIS: *Historia de la Iglesia argentina. Desde la conquista hasta finales del siglo XX*. Buenos Aires: Sudamericana, 2009
- DRI, RUBÉN: *Proceso a la Iglesia Argentina. Las relaciones de la jerarquía eclesiástica y los gobiernos de Alfonsín y Menem*. Buenos Aires: Biblos, 1997
- ESQUIVEL, JUAN CRUZ: *Cuestión de educación (sexual). Pujas y negociaciones político-religiosas en la Argentina democrática*. Buenos Aires: CLACSO, 2013.
- ESQUIVEL, JUAN CRUZ: *Detrás de los muros. La Iglesia católica en tiempos de Alfonsín y Menem (1983-1999)*. Quilmes: Unqui, 2004
- ESQUIVEL, JUAN CRUZ: *Iglesia católica, política y sociedad. Un estudio de las relaciones entre la élite eclesiástica argentina, el Estado y la sociedad en perspectiva histórica. Informe final del concurso Democacia, derechos sociales y equidad*. Buenos Aires: CLACSO, 2000
- GHIO, JOSÉ MARÍA: *La iglesia católica en la política argentina*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.
- GIMÉNEZ BÉLIVEAU, VERÓNICA Y PRIETO, SOL: “Espacio público en disputa: institucionalidades superpuestas y activismos cruzados en un caso de aborto en la ciudad de Buenos Aires” en *VII Jornadas Ciencias Sociales Y Religión*, Buenos Aires: 2012.

- MALLIMACI, FORTUNATO Y GIMÉNEZ BÉLIVEAU, VERÓNICA: “Creencias e increencia en el Cono Sur de América. Entre la religiosidad difusa, la pluralización del campo religioso y las relaciones con lo público y lo político” en *Revista Argentina de Sociología* v.5 n.9 Buenos Aires jul./dic. 2007
- MALLIMACI, FORTUNATO: *El mito de la Argentina laica. Catolicismo, política y Estado*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2015
- MIGNONE, EMILIO: *Iglesia y dictadura: el papel de la Iglesia a la luz de sus relaciones con el régimen militar*. Buenos Aires: Colihue, 2006.
- PRIETO, SOL Y MOSQUEIRA, MARIELA: “Laicidad Argentina, laicidad subsidiaria: un análisis comparativo de los casos de la ciudad y la provincia de Buenos Aires” en *Ciencias Sociales, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales- UBA*, 41-45, 2015
- SONEIRA, ABELARDO JORGE: *Las estrategias institucionales de la Iglesia Católica (1880-1976), tomos i y ii*. Buenos Aires: Colihue, 1989
- VERBITSKY, Horacio: *La mano izquierda de Dios. Historia política de la Iglesia Católica. Tomo IV. La última dictadura (1976-1983)*. Buenos Aires: Sudamericana, 2010





III

En los zapatos de

Dicen que dicen que la crítica externa es fácil, que con el diario del lunes cualquiera escribe una mejor sentencia. Haciéndonos eco de estos rumores, esta sección le propone a una autora o autor, un juego intelectual: ponerse en los zapatos de un/a integrante del tribunal y redactar un fallo alternativo al propuesto. Para ello, solo podrá, como su personaje en la vida real, usar los materiales jurídicos producidos por la comunidad hasta el día de la fecha en la que se sentenció la causa. Con los mismos hechos y sin el diario del lunes.

Vale mencionar que, nuevamente, este ejercicio académico tiene tres antecedentes en los que se “inspiró”, dos internacionales y uno, nacional. Los internacionales: *What Brown v. Board of Education Should Have Said* y *What Roe v. Wade Should Have Said*, ambos editados por Jack Balkin¹. El nacional, ¿Cómo podría haber sido decidido el caso “Peralta”? Repensando la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema, coordinado por José Sebastián Elias,; Julio C. Rivera (h.) y Damián Azrak.²

En esta oportunidad, invitamos a Julieta Arosteguy y Laura SaldiviaMenajovsky a que se pongan los zapatos de la Cámara de Apelaciones CAyT - Sala I y dicten una sentencia alternativa en el caso que se comenta en esta sección.

1 <http://goo.gl/I9msxu>

2 <http://goo.gl/2N2C5f>

III

En los zapatos de

Juezas: Julieta Arosteguy y Laura Saldivia Menajovsky

Julieta Arosteguy y Laura Saldivia Menajovsky

Julieta Arosteguy es Licenciada en Filosofía (Universidad de Buenos Aires) y M.A. en Filosofía (Universidad de Virginia). Enseña Salud y Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Quilmes y milita por el Estado laico y el aborto legal.

Laura Saldivia Menajovsky es Doctora en Derecho, Yale Law School. Profesora UP/UN-LAM/UBA. Sus áreas de trabajo incluyen la sexualidad y su relación con el derecho, laicidad, teoría constitucional y globalización, igualdad y no discriminación, temas sobre los cuales ha publicado en español y en inglés en libros y revistas especializadas. Entre sus publicaciones más recientes se encuentra el libro “Subordinaciones Invertidas: sobre el derecho a la identidad de género



La argumentación principal de la decisión de la Cámara se basa en custodiar la garantía de la igualdad de cultos. El tribunal de apelación encuentra constitucionalmente cuestionable que se privilegie a un culto por sobre el resto de los cultos. Por ello, en primer lugar, invalida la norma que establece que los capellanes y monjas coordinarán e intermediarán en la participación de otrxs representantes religiososxs (arts 5 inc. h y 27 inc. e y sus similares en el Anexo B) “ya que implica colocar a quienes profesan credos distintos del católico en una categoría relegada, vulnerando la garantía de igualdad”. En segundo lugar, también tiene acogida favorable por el tribunal la impugnación referida a que la iglesia católica vele por el mantenimiento de la moral dentro del establecimiento (arts. 5 inc. b primera parte y 27 inc. b y sus similares en el Anexo B) dado que ello implicaría imponer en los establecimientos públicos una perspectiva católica de la moral impidiéndose de este modo un ejercicio divergente al catolicismo de la libertad religiosa.

Pero su cuestionamiento al privilegio estatal de un culto sobre los otros es de corto alcance, no se extiende al hecho de que los representantes de la iglesia católica cobran un sueldo y acceden a derechos laborales (licencias, vacaciones, vivienda, etc) en condiciones de patente privilegio respecto de líderes de otros credos y del resto de lxs trabajadores del Estado

municipal. Este punto es curiosamente ignorado en la decisión del tribunal de alzada cuando rechaza la pretensión de la demandante de que se eliminen los privilegios y excepciones de los que gozan actualmente capellanes y religiosas. Es preciso, entonces, detenerse en el régimen de empleo creado por la ordenanza Ordenanza H N° 38.397/82 y evaluar si los privilegios y excepciones que crea son admisibles.

Los Anexos A y B de la ordenanza forman parte integrante de la misma (art. 1) y regulan el funcionamiento del “Servicio Religioso Pastoral” y el régimen de “Religiosas para Hospitales y Hogares Municipales” cuyxs empleadxs gozan de beneficios laborales considerables, diferentes de los que la ley de empleo público de esta Ciudad garantiza al resto de lxs empleadxs municipales. De acuerdo con el mencionado anexo, capellanes y religiosas tienen derecho a recibir alojamiento (art. 7 inc. f del Anexo A y 29 inc. f del Anexo B); atención doméstica (art. 7 inc. g del Anexo A y 29 inc. g del Anexo B), alimentación, aseo y planchado de la ropa (art. 7 inc. h del Anexo A y 29 inc. h del Anexo B) y cuentan con regímenes especiales de licencias (art. 20 del Anexo A y 42 del Anexo B), suplencias (art. 22 del Anexo A), calificación (art. 46 del Anexo B) e ingreso en el empleo público (arts. 2 del Anexo A y 24 del Anexo B).

Este régimen de privilegio resulta particularmente problemático en la medida en que los cargos que regula la ordenanza cuestionada no son accesibles a la comunidad en general ni se puede ingresar en ellos mediante concursos públicos abiertos y transparentes que garanticen el acceso a los cargos en con-

diciones de igualdad y sobre la exclusiva base de la idoneidad de lxs candidatxs. Por el contrario, el mecanismo de ingreso de capellanes y religiosas se basa en la discrecionalidad de las autoridades de una única religión, que eligen candidatxs entre lxs miembros de su clero. Los anexos de la ordenanza establecen que, además de tener una edad máxima (que difiere según el cargo y, consecuentemente, el sexo de lxs empleadx), lxs candidatxs deben “Ser propuesto[s] por el ordinario del lugar”, en el caso de los capellanes (art. 2, inc. a del Anexo A) y “Ser propuesta[s] por la Congregación Religiosa a la que pertenezca”, en el caso de las religiosas (art. 24, inc. a del Anexo B).

En ambos casos, el requisito tácito es la pertenencia de lxs aspirantes al clero, y consecuentemente, al culto católico. Este requisito es patentemente inconstitucional, en la medida en que funda la posibilidad misma de acceder a un cargo público de esta Ciudad en la filiación religiosa de las personas, excluyendo de cargos públicos de la administración municipal a quienes no comulgan con una determinada religión. En virtud de sus creencias personales exclusivamente, ninguna persona que profesa un culto distinto del católico o que no profesa religión alguna podrá aspirar a los cargos públicos regulados por la ordenanza.

Es preciso agregar que, para la Iglesia Católica, el requisito de la ordenación trae aparejado restricciones adicionales al principio de igualdad y no discriminación que cargan también con una fuerte presunción de inconstitucionalidad. En efecto, de acuerdo con la doctrina católica, sólo las personas de sexo masculino pueden ordenarse como sacerdotes y por consiguiente,

ocupar las capellanías: “Sólo el varón (vir) bautizado recibe válidamente la sagrada ordenación.[...] El Señor Jesús eligió a hombres (viri) para formar el colegio de los doce Apóstoles [...] y los Apóstoles hicieron lo mismo cuando eligieron a sus colaboradores [...] que les sucederían en su tarea [...] La Iglesia se reconoce vinculada por esta decisión del Señor. Esta es la razón por la que las mujeres no reciben la ordenación”¹. Como es de público conocimiento, contrariamente a lo que establece la Ley Nacional N° 26.743 sobre el Derecho a la Identidad de Género, la iglesia católica sólo reconoce el sexo “natural” de las personas, es decir, el sexo biológico que las personas tienen al nacer y no la identidad de género autopercebida, como ordena la ley nacional. Por consiguiente, ninguna mujer o persona trans podrá aspirar al cargo de Jefe del Servicio Religioso Pastoral de los hospitales públicos de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de su sexo-género o identidad de género. Es igualmente sabido que tanto la consagración monástica como la ordenación sacerdotal exigen el celibato. De esta manera, el dogma católico también condiciona el acceso y permanencia en cargos públicos de la administración municipal al estado civil de estxs empleadxs. En suma, no sólo un actor ajeno al Estado decidirá quiénes pueden acceder al empleo público municipal, sino que además pueden determinar que mujeres, mujeres y varones trans, personas casadas o quienes sean sexualmente activas sean excluidas de tales cargos públicos.

¹ Catecismo de la Iglesia Católica, 1577. Disponible en: http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p2s2c3a6_sp.html.

Si bien existe algún resquicio para debatir si una persona jurídica de derecho público, como es, de forma cuestionable, la iglesia católica argentina², tiene potestades para tomar decisiones respecto de quiénes ingresan al servicio de empleo público municipal –cuestión que este tribunal no ha sido llamado a considerar–, no quedan dudas que ello nunca podría ser hecho sin violar la Constitución. El uso de categorías sospechosas como el sexo, la identidad sexual y el estado civil o sexual, se encuentra vedado para el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –y los particulares– toda vez que la constitución local prohíbe explícitamente cualquier distinción, exclusión, restricción o menoscabo efectuada sobre la base del género, orientación sexual, edad o religión de las personas (CCABA, art. 11).³ Por esta razón, si el empleo de tales criterios está prohibido para el gobierno de la ciudad, también lo estará para las personas de derecho público reconocidas por el Código Civil. A la luz de esta prohibición, consideramos que el Gobierno de la Ciudad no ha despejado satisfactoriamente la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre un régimen laboral que crea un régimen de excepción para ciertos empleadxs municipales sobre la base de su pertenencia religiosa.

² Por la presión ejercida por la Iglesia Católica, liderada en ese momento por el actual Papa Francisco, se preservó en el nuevo Código Civil y Comercial unificado el artículo 33 que considera a la iglesia católica como persona jurídica de carácter público. También se preservó del Código anterior el entendimiento, parte esencial del dogma católico, de que la vida humana comienza con la concepción.

³ A esto cabe agregar que la prohibición de categorías sospechosas de discriminación también se encuentra en la Constitución Nacional y en los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Vale la pena detenerse también en un cuestionamiento que no realiza la demandante y en el que por ende no se adentraron nuestros colegas precedentes referido al trato discriminatorio que efectúan los Anexos A (para capellanes) y B (para religiosas) de la ordenanza H N° 38.397 respecto de lxs representantes católicxs varones y mujeres. En este sentido, dicha ordenanza debe presumirse inconstitucional por establecer diferencias de trato entre personas en función de su sexo-género. Entre otras distinciones, la ordenanza cuestionada establece una discriminación injustificada al fijar una edad límite de ingreso distinta entre los capellanes y las religiosas (55 para los primeros, 45 para las segundas). Otra discriminación se observa cuando establece para los capellanes 10 días corridos por año destinados a los ejercicios espirituales, mientras que a las religiosas les corresponde la mitad de ellos. También la norma indica que las religiosas podrán ocupar cargos en otros sectores, algo ausente respecto de los capellanes. Todas estas regulaciones diferentes entre capellanes y religiosas surgen de los artículos 7 y 29 de los Anexos A y B respectivamente y ameritan un minucioso estudio para revertir la presunción de inconstitucionalidad que tienen por establecer un trato desigual basado en el sexo-género de la persona.

El trato discriminador que dispensa la ordenanza no hace más que reflejar el carácter patriarcal de la iglesia católica, algo que repelen tanto el capítulo noveno de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires como la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. De lo expuesto se hace notoria la inconsistencia argumental

esgrimida por la Cámara al no considerar siquiera el carácter manifiestamente discriminatorio de la ordenanza 38397/82.

De los temas cuyo análisis fue omitido por el tribunal de alzada (la iglesia católica como contratante de empleo público y el carácter discriminatorio de la ordenanza) puede inferirse que dicho tribunal colegiado no cree que la laicidad sea un valor constitucional que requiera su protección. A ello se le suman otros frentes argumentales distintos. Por un lado, cuando afirma que el Estado tiene entre sus funciones contemplar las necesidades espirituales de las personas y considera que una forma constitucional de hacer esto es que el Estado le pague sueldos y otorgue otros beneficios laborales a representantes de la religión católica exclusivamente. Por otro lado, cuando argumenta que la ordenanza no impone a pacientes e internxs la asistencia religiosa involuntaria y, por lo tanto “no se desprende que el servicio regulado implique una interferencia estatal o religiosa en las creencias o en el ámbito de autonomía personal de quienes no profesan una religión”.

Rechazamos de manera categórica este punto de vista que evidencia una limitada comprensión de los derechos a la libertad religiosa y de conciencia consagrados en nuestra Constitución local como así también en nuestra Constitución Nacional. Coincidimos con la Cámara en que la asistencia espiritual puede ser muy importante en un proceso de curación y que deben arbitrarse los medios para que lxs pacientes que así lo necesiten tengan acceso a la asistencia religiosa que deseen (por ejemplo, permitiendo el ingreso de lxs representantes religiosos al establecimiento), pero

de esto no se colige que el Estado debe impartir asistencia religiosa destinando recursos económicos para el sostenimiento de los cultos, y mucho menos sólo de uno en particular.

Al sostener que la ordenanza se limita a “resguardar los derechos de los pacientes y los residentes de los hogares y nosocomios de la Ciudad, especialmente el de recibir acompañamiento y asistencia espiritual en situaciones que suelen provocar abatimiento, en la interpretación del legislador acerca de cómo esos derechos deben ser amparados”, la Cámara admite una interpretación del derecho a la asistencia espiritual que sólo reconoce como necesidades atendibles las necesidades religiosas de lxs pacientes católicxs.

En efecto, la ordenanza confunde las necesidades espirituales de la población hospitalaria con las necesidades religiosas de la población católica, relegando las necesidades religiosas de las personas no católicas a un lugar secundario y marginal. Más aún, al no contemplar alternativas de acompañamiento espiritual que no sean de carácter netamente religioso, la norma ignora por completo las necesidades espirituales de agnósticxs, atexs e indiferentes (personas que no tienen una adscripción religiosa determinada), cuyas creencias, sin embargo, se encuentran también protegidas por nuestro ordenamiento jurídico y requieren igual respeto y consideración. Como explica el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión: “El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o

creencia. Los términos “creencias” y “religión” deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia”⁴. En el ámbito de la atención de la salud, las creencias no religiosas de lxs pacientes son explícitamente reconocidas en la Ley Nacional N° 26.529 de Derechos del Paciente, modificada por la Ley N° 26.742. De acuerdo con el artículo 2 inc. b, “el paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales”. La norma enfatiza, además el derecho de lxs pacientes a recibir igual trato y atención independientemente de sus creencias religiosas (art. 2 inc. 1).

Al considerar que sólo la asistencia religiosa involuntaria vulnera el derecho a la libertad religiosa, el tribunal de alzada desconoce la discriminación que resulta de otorgarle desigual relevancia a las necesidades espirituales de las personas no creyentes. Si el Estado municipal asume el deber de atender las necesidades espirituales de lxs pacientes e internxs de las instituciones de salud, tiene la consecuente obligación de llevar adelante esta tarea de manera no discriminatoria, satisfaciendo en la misma medida las necesidades espirituales de

4 Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 2.

toda la población hospitalaria independientemente de cuál sea la cosmovisión de las personas beneficiadas. El Estado de la Ciudad de Buenos Aires tiene la potestad de regular el contenido del derecho a la salud. Si en uso de esta facultad considera necesario brindar asistencia espiritual a la población hospitalaria como parte esencial de una atención integral de la salud, debe hacerlo de manera tal que garantice el acceso a los cargos públicos a cualquier persona con idoneidad para prestar dicha asistencia espiritual, independientemente de cuál sea su sexo-género, identidad autopercebida, estado civil o religión. Y debe garantizar también que todas las personas que lo deseen puedan recibir la asistencia espiritual ofrecida como parte de la atención integral de su salud, independientemente de cuáles sean sus creencias religiosas y convicciones no religiosas. En la práctica, sin embargo, la ordenanza se limita a crear una situación de privilegio económico e institucional en beneficio de la iglesia católica que carece de sustento constitucional.

El primer escollo con el que nos encontramos al hacer esta declaración de inconstitucionalidad de la ordenanza es el artículo 2 de la Constitución Nacional que estipula que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano. Los primeros constituyentes, adoptaron un modelo de clara vinculación y preferencia hacia el credo católico. Respecto de esta cláusula, la Corte Suprema ha entendido que el tipo de apoyo que debe brindar el Estado a la iglesia católica es de índole económica y que ello no implica que el Estado argentino sea confesional. En consecuencia, el artículo 2 habilitó la colonización del Estado y sus prácticas por parte del credo católico. A pesar de que esta

disposición ha tenido que convivir con una que garantiza la libertad de cultos y de conciencia (artículo 14), y otra que establece que los extranjeros gozan del derecho a ejercer libremente su culto (artículo 20), disposiciones ambas que han obligado a su armonización con el artículo 2. De tal convivencia salió victorioso este último artículo, fundamentando de esta manera la paulatina confesionalización del Estado a través de la sanción de normas y prácticas del más variado tipo que confieren a la religión católica de un status jurídico privilegiado (código civil, ley de medios, pago de sueldos y jubilaciones a obispos, abandono de la exclusividad de la educación pública laica, símbolos religiosos católicos en oficinas del Estado tales como tribunales, fuerzas armadas, ministerios, escuelas, etc.).

La reforma constitucional del año 1994 vino a poner un coto a esta situación de cooptación religiosa del Estado al tener como meta normativa significativa modificar este escenario de favoritismo católico al establecer el abandono del carácter confesional del Estado que promocionara la Constitución predecesora. Ello se observa tanto en la incorporación en su texto de una perspectiva constitucional orientada a la protección del derecho a la no discriminación de grupos en situación desaventajada⁵, como en la remoción de cláusulas específicas que privilegiaban el culto católico.⁶ Cabe recordar que la ley que estableció

5 Véanse los artículos 75 inc. 17 y el artículo 75 inc. 23, entre otros y el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que en diversas cláusulas reconocen los derechos de las minorías y a la diversidad religiosa (artículo 75 inciso 22).

6 Por ejemplo, eliminación del requisito de ser católico para el presidente y vicepresidente, ex art. 76; remoción de la facultad del congreso para autorizar el establecimiento de nuevas órdenes religiosas; eliminación de la promoción de la conversión de los “indios” al catolicismo.

la necesidad de reforma de la Constitución no habilitó la modificación de la primera parte de la Constitución referida a la declaración de derechos donde se encuentra dicho artículo 2.⁷ De todos modos, más allá de este límite a la reforma, los constituyentes dieron claras señales de querer desnudar a la religión mayoritaria de todo privilegio al modificar del plexo constitucional –de la parte que sí se podía reformar– las cláusulas que jerarquizaban y beneficiaban a dicho culto. Sin dudas, el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación que realiza la Constitución reformada implica la prohibición de que el Estado beneficie a entidades y personas que tienen entre sus objetivos discriminar a los grupos en situación de vulnerabilidad que ella dice proteger. Tal es el caso de la iglesia católica.

Tal como sostienen lxs jueces preopinantes citando jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, lxs enfermxs de establecimientos asistenciales y hogares pertenecen a un grupo que, por mandato constitucional, debe ser objeto de una tutela preferente por su condición de vulnerabilidad⁸. Esto es particularmente así en el caso de las mujeres pacientes, tal como demostró ser el caso de la mujer cuyo eventual aborto fue denunciado por el capellán del hospital. La Cámara considera que la alegada violación de derechos no proviene del texto de la regulación analizada, sino que obedece a la incorrecta aplicación del régimen cuestionado, es decir, a la intervención no solici-

7 Véanse los artículos 6 y 7 de la Ley N° 24.309 sobre la declaración de la necesidad de reforma constitucional, 29/12/199.

8 Este punto se reafirma con la sanción de una ley nacional que prevé de forma específica los derechos del paciente (Ley N° 26529 modificada por la Ley N° 26.742).

tada de un capellán muy suelto de límites. Esta interpretación de los hechos no toma en cuenta que la ordenanza, al darle un rol tan destacado a la iglesia católica, valida sus prácticas, en especial aquellas que buscan adoctrinar y enderezar a quienes se apartan de su cosmovisión. Capellanes y religiosas no se incorporan a la administración pública como meros creyentes de una fe, sino en calidad de miembros del clero católico y, en esta condición, como representantes de una institución que, abierta y públicamente, objeta y obstruye prestaciones de salud que el Estado debe garantizar a su población. Por este motivo, consideramos que la ordenanza promueve y ampara prácticas como la llevada a cabo por el capellán “díscolo”.

La razón por la que se debe eliminar el privilegio católico y promover la laicidad del Estado es, pues, que este favoritismo coloca los valores y prácticas de la Iglesia Católica en un plano privilegiado respecto de los de otros grupos que no gozan de tal preferencia. Esta posición jerarquizada del culto católico proviene tanto del sostén económico que brinda el Estado, que permite a una religión destinar recursos a su tarea proselitista, como del lugar central y el carácter “oficial” que se le ha otorgado. Todo ello resulta aún más grave cuando los discursos y prácticas que reciben el favoritismo estatal enarbolan ideas discriminatorias contra aquellos grupos de personas cuyas costumbres se diferencian y se apartan del dogma religioso mayoritario privilegiado. Y es todavía más alarmante cuando el credo favorecido se opone y aboga activamente contra las reivindicaciones y el reconocimiento de los derechos fundamenta-

les de los grupos minoritarios, desaventajados y/o invisibilizados, como es el caso de las minorías sexuales y de las mujeres⁹.

Por lo tanto, la comunión del Estado con la religión mayoritaria implica privilegiar la visión particular del orden social y moral que tiene la confesión religiosa católica. Ello determina el relegamiento, subordinación y exclusión de otras cosmovisiones, sean o no religiosas, que se apartan de la visión favorecida. La subvaloración en términos económicos y sociales de cosmovisiones no privilegiadas, es contraria a una idea robusta del derecho a la igualdad que exige reconocer las diferencias culturales de las personas, como así también examinar y modificar las dinámicas y prácticas estructurales que generan relaciones de dominación de grupos con cosmovisiones, características e intereses diversos respecto de los de la mayoría dominante.

Sin lugar a dudas, el desarrollo de la práctica constitucional en Argentina, desde el retorno de la democracia en 1983, está orientada a una mayor protección a los derechos de las mino-

9 Para un detallado desarrollo del contenido negacionista de los derechos de las mujeres y minorías sexuales de la iglesia católica, véase Lemaitre Ripoll, Julieta “Laicidad y Resistencia”, en Pedro Salazar Ugarte y Pauline Capdevielle (coord.), Para Entender y Pensar la Laicidad, Colección Jorge Carpizo, UNAM y Porrúa, 2013, disponible en <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2013/08/Colección-Jorge-Carpizo---VI---Laicidad-y-resistencia--Julieta-Lemaitre-Ripoll.pdf>, Lemaitre Ripoll, Julieta, “Anticlericales de nuevo. La Iglesia católica como un actor político ilegítimo en materia de sexualidad y reproducción en América Latina”, en Derecho y Sexualidades. SELA 2009, Librería, Buenos Aires, 2010 y Saldivia, Laura, “Laicidad y Diversidad”, en Pedro Salazar Ugarte y Pauline Capdevielle (coord.), Para Entender y Pensar la Laicidad, Colección Jorge Carpizo, UNAM y Porrúa, 2013, disponible en <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2013/08/Colección-Jorge-Carpizo--IV---Laicidad-y-diversidad--Laura-Saldivia.pdf> Sobre la elaboración de la ideología de género de la iglesia católica véanse los artículos en *Habemus Gender! The Catholic Church and ‘Gender Ideology’*, in *Religion and Gender*, Vol 6, No 2 2016, <https://www.religionandgender.org/jms/issue/view/580>

rías sojuzgadas -lo que incluye una reforma constitucional que de forma explícita recepta tal protección- y ello obliga a destruir el favoritismo conferido al catolicismo. La misma tesitura ha sido la de los constituyentes de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 11, 24, 36, 37, 38, etc.), que no sólo consagraron la laicidad del Estado local sino que además reafirmaron los valores y derechos que la Iglesia impugna.

En virtud de lo expuesto, se declara inconstitucional la ordenanza en disputa. El hecho de que, por un lado, el Estado democrático esté obligado a asegurar el respeto por las minorías y su diversidad y que, por el otro, contribuya con organizaciones religiosas que tienen posturas contrarias al reconocimiento de derechos de grupos en situación de vulnerabilidad, evidencia una gran contradicción moral y jurídica que debiera resolverse a favor del primero. Mantener a la iglesia católica en un status de privilegio sin que exista en esta Ciudad el mandato constitucional de hacerlo, consolida viejos paradigmas de exclusión y niega una sociedad pluralista y diversa. El grado actual del alcance de la protección del derecho a la igualdad, que incluye la protección de grupos minoritarios desaventajados, exige la definitiva separación entre los credos religiosos y el Estado.

IV

La voz litigante



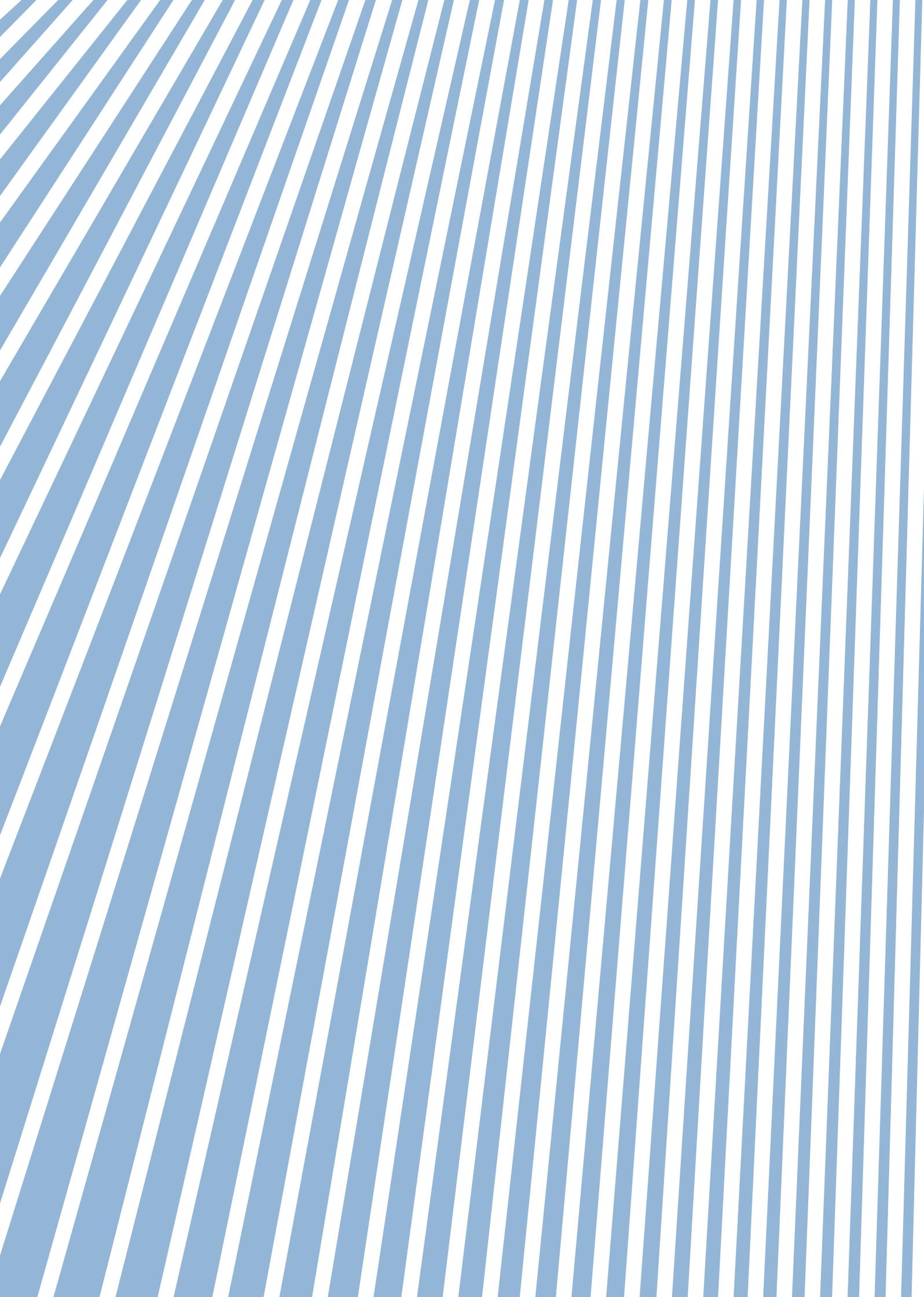
¿Qué tuvo en mente quien inició una causa judicial? ¿Qué fue lo que le despertó la idea de ir a los tribunales en defensa de los derechos que alega?

Nuestra cercanía a estas respuestas muchas veces la tenemos, sólo si llega a nuestras manos el escrito de inicio de la demanda. Hecho que no es habitual. Otras veces, si la prensa brinda cobertura al caso judicial.

Por lo contrario, en general, conocemos los casos por el final, por los fallos, y por la voz de “la justicia”. Pero, insistimos, no, por sus actores concretos.

Para sumar a este conocimiento, y porque nos importa la voz de quien demandó el cumplimiento de los derechos, creamos esta nueva sección.

En este primer lanzamiento, compartimos un escrito realizado por María Rachid y Analía Más, en el cual explican su visión y el porqué iniciaron acciones judiciales en defensa de los derechos sexuales y reproductivos y de la separación del Estado y la religión.



Interrupción legal del embarazo y laicidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires

María Rachid y Analía Mariel Más

María Rachid es Directora del Instituto contra la Discriminación de la Ciudad de Buenos Aires (ICD). Secretaria General de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans. Legisladora porteña (MC). Exvicepresidenta del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

Analía Mariel Más es Secretaria de Género y Laicismo de la FALGBT. Coordinadora del Area de Investigaciones e informes de la Defensoría LGBT de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Exdirectora de Asistencia y Asesoramiento a Personas en Situación de Discriminación del INADI.



Introducción

En estas páginas les proponemos hacer juntos/as un recorrido por los laberintos legislativos y judiciales que sorteó, en los últimos años, el derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE) en la Ciudad de Buenos Aires. En este camino, plagado de obstáculos, haremos hincapié en uno muy particular: la violación a la laicidad del Estado y a las libertades de culto y de conciencia por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y de la Iglesia Católica Argentina, como barrera al goce de nuestros derechos sexuales y reproductivos.

Quienes suscribimos esta nota, en nuestra calidad de integrantes de la Federación Argentina LGBT, y desde los espacios de la función pública que nos tocó ocupar, presentamos proyectos de ley, amparos y denuncias ante la Justicia, a fin de garantizar el acceso de las personas gestantes a la ILE, así como a contribuir a la separación de la iglesia del Estado.

Fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la interrupción legal del embarazo

En nuestro país, la práctica del aborto constituye un delito.¹ No obstante, desde 1921, el Código Penal prevé tres causales² por las que el aborto no resulta punible: cuando el embarazo importe un riesgo para la vida o la salud de las mujeres o cuando fuere el resultado de una violación.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud *es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no*

1 Código Penal de la Nación, artículo 88: *Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.*

2 Código Penal de la Nación, artículo 86, inc. 2º: *El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*

*solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*³. Este concepto de salud integral fue receptado por la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires 153/99.⁴

A pesar de ello, y habiendo transcurrido casi 100 años desde que la sociedad argentina se diera ese debate, permanentemente toman estado público casos en los que se les impide a niñas, adolescentes y mujeres acceder a la práctica de la interrupción legal del embarazo (ILE) por parte de los/as operadores/as de salud y/o de justicia.

Ante esta histórica y alarmante situación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó un fallo emblemático el 13 de marzo de 2012, en el caso “F., A.L.”⁵

En esta causa, a una adolescente de 15 años de edad que cursaba un embarazo producto de la violación a la que la había sometido su padrastro, la Justicia de Chubut le impidió, tanto en primera como en segunda instancia, recurrir a la práctica de la ILE. Sería el Superior Tribunal de Chubut el que finalmente ordenaría que se llevara a cabo la práctica médica abortiva. Este caso llega a la CSJN en virtud del recurso extraordinario interpuesto por el Asesor de Familia e Incapaces, en represen-

3 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que entró en vigor el 7-IV-1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

4 Ley Básica de Salud 153/99 de CABA. En su artículo 3° establece que la “*garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a) La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente [...]*”

5 CSJN en autos “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/03/2012, Fallos 335:197.

tación del “nasciturus”⁶, que se agravió al interpretar que el supuesto del artículo 86 inciso 2° debía restringirse únicamente a los casos de violación a mujeres “*idiotas o dementes*”.

Cabe aclarar que esta expresión, que hoy nos resulta llamativa, proviene de una confusión en la redacción del texto, que fue utilizada durante todos estos años por la Justicia para negar en sus fallos el acceso al aborto legal a niñas y a mujeres violadas que no tuvieran una discapacidad intelectual.

El artículo 86 fue copiado del anteproyecto del código suizo de 1916, pero al traducirlo no se colocó una coma que iba después de la palabra *violación*, que hubiera distinguido que se trataba de dos situaciones distintas de impunidad. Otras opiniones sostienen que, de todos modos, la conjunción disyuntiva *o* separa claramente los dos supuestos.

En el fallo “F., A.L.”⁷ se aclara que cualquier víctima de violación puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere el consentimiento de su representante legal.

Aquí la CSJN actuó de forma excepcional, ya que por el plazo que conlleva naturalmente un embarazo o ante su interrupción (en este caso la práctica del aborto ya se había concretado), los agravios por los que se recurre pierden actualidad. Por ello, el máximo tribunal explica claramente que, si no hubiera tomado

6 Voz latina que significa el/la concebido/a, no nacido/a.

7 CSJN en autos “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/03/2012, Fallos 335:197. Considerando 18.

esa decisión, esta clase de conflictos quedaría siempre fuera de su jurisdicción⁸.

Esta sentencia demuestra la evidente intencionalidad de la Corte de marcar pautas básicas a aplicar en casos análogos y así garantizar el acceso a la práctica de la ILE.

Así, en un fallo histórico, la CSJN no solo confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Chubut, sino que sentó de manera precisa los principios y las acciones que deben adoptar los Estados para garantizar el acceso al derecho a la salud en los casos de aborto no punible contemplados en el artículo 86 del Código Penal.

Entre tales estándares, se destacan la obligación de no exigir requisitos que la ley no impone; que la práctica se lleve a cabo de manera rápida, accesible y segura, sin incurrir en dilaciones innecesarias, considerando que las barreras burocráticas dilatorias pueden ser entendidas como un acto de violencia institucional en los términos de la Ley 26.485⁹; que se garantice el acceso a la información y la confidencialidad médica de quien solicite la práctica; que no se exija autorización judicial o denuncia penal en caso de violación; y que, en caso de que se oponga objeción de conciencia, que esta sea manifestada al momento de implementar el Protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento médico correspondiente, entre otros.

8 CSJN en autos “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/03/2012, Fallos 335:197. Considerando 5.

9 Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales 26.485.

En esta línea, la CSJN exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a *hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos.*¹⁰

¹⁰ CSJN en autos “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/03/2012, Fallos 335:197. Considerando 29.

Protocolo de aborto no punible de la Ciudad de Buenos Aires

Cumpliendo la exhortación de la CSJN, redactamos un proyecto de ley para que la CABA tuviera un Protocolo para la atención de los abortos no punibles que respetara las pautas fijadas por el fallo “F., A.L.”, que se presentó¹¹ el 10 de abril de 2012 desde la banca que ocupábamos en la Legislatura porteña por el Frente para la Victoria (FPV).

Cabe mencionar que en nuestro proyecto se aplicó el concepto de salud integral definido por la OMS y se consideró válido el consentimiento prestado para la práctica a partir de los 14 años de edad. A su vez, entre otros avances, el sujeto de derecho era la *persona embarazada*, para así incluir a las personas trans masculinas que se encontraran en la situación tipificada en el artículo 86.

11 Proyecto 788-D-2012. *Procedimiento para la atención de abortos no punibles*.

Mientras se producía en la Legislatura un arduo debate con relación al tratamiento del proyecto del Protocolo, el entonces Ministro de Salud de la CABA, Dr. Jorge Lemus, expidió el 6 de septiembre de 2012 la Resolución N° 1252/2012, que establecía un protocolo para regular los abortos no punibles, y cuyas cláusulas violaban abiertamente el fallo que había dictado recientemente la CSJN.

En ese sentido, el Protocolo¹² que establece tal Resolución impone requisitos inexistentes en la legislación de fondo, creando “barreras” que dificultan el acceso al aborto legal, entre ellas:

- La exigencia de la constitución de un equipo interdisciplinario para cada caso en que se solicite la ILE;
- Impone la intervención previa del/la Director/a del Hospital antes de la realización de una ILE, a fin de que confirme el diagnóstico de peligro para la vida o la salud de la mujer y la procedencia de la práctica;
- Exige peligro grave para la vida o la salud como requisito para acceder a la práctica de la ILE;
- Impone la intervención de representantes legales para personas menores de edad, a diferencia de la edad (14 años) estipulada en el proyecto de ley;
- Impone que las personas con discapacidad deben contar con representante legal para someterse a una ILE,¹³

¹² Resolución 1252/MSGC/12, Anexo.

¹³ Ley Nacional 26.378, por la que se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas

- Establece el límite gestacional de 12 semanas para la práctica en los casos en que el embarazo fuera producto de una violación, con correlato ecográfico;
- Permite la objeción de conciencia de los/as médicos/as en cualquier momento y en cada caso, y dispone que no serán pasibles de sanciones laborales, garantizándoles la confidencialidad de su identidad y la estabilidad laboral.

Ante las fuertes críticas recibidas por el Ministro de Salud porteño, este renunció a su cargo una semana después (12 de septiembre de 2012) de que el Ministerio publicara el citado protocolo. Cabe recordar que el Dr. Lemus es el titular actual de la Cartera de Salud.

El 26 de septiembre de 2012, presentamos un amparo¹⁴ contra el GCBA reclamando que se declarara la inconstitucionalidad de varios artículos de la Resolución N° 1252/2012 del Ministerio de Salud, fundado en las restricciones citadas más arriba.

Al día siguiente, 27 de septiembre de 2016, en cumplimiento con la exhortación de la CSJN en el fallo “F., A.L.”, la Legislatura de la CABA sancionó la ley 4.318, que establece el *Procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles contemplados en los incisos 1° y 2° del Código Penal*, que resulta absolutamente compatible con los lineamientos establecidos por la CSJN.

con Discapacidad.

14 “Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCA-BA)”, Expte. 45722/0.

El bloque oficialista en la Ciudad votó en su totalidad en contra de la ley y se rumoreaba que esta sería vetada por el Jefe de Gobierno.

Pocos días después de sancionada la ley, Mauricio Macri, por entonces Jefe de Gobierno, efectuó declaraciones públicas que desencadenarían una situación dramática. Es en este momento que entra en escena un sacerdote católico y un grupo “antiderechos”¹⁵, que permitió que saliera a la luz una legislación de corte castrense, vigente al día de la fecha, que viola la laicidad del Estado.

15 Al referirme a “grupos antiderechos”, hago alusión a los mal llamados “grupos provida”, que se oponen al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

¿Estado confesional?

Una víctima de violencia institucional

El 5 de octubre del 2012, mientras el Jefe de Gobierno participaba en la Sociedad Rural de un evento organizado por Consenso Republicano¹⁶, expresó públicamente que vetaría la Ley de Aborto no Punible sancionada por la Legislatura porteña y anunció que se practicaría una ILE en la CABA, la fecha y lugar de la práctica y datos personales de la mujer que iba a abortar.

Ella había sido víctima de la trata de personas. Tenía en aquel momento 32 años y era madre de tres hijos; el embarazo era consecuencia de las reiteradas violaciones que había padecido en su cautiverio.

Dos días después de este anuncio, se presentó en su domicilio particular un sacerdote católico, de nombre Fernando Llam-bías, a fin de convencerla de que no abortara. El sacerdote comunicó los datos personales de la mujer a grupos integristas católicos, que al día siguiente celebraron una misa en la puerta

16 Organización presidida por Guillermo Alchourrón, exdiputado nacional del partido de Domingo Cavallo y expresidente de la Sociedad Rural.

del domicilio de la víctima de trata, ahora víctima del cautiverio al que la sometía este grupo de fundamentalistas. Un día después, repetirían esta performance en el hospital donde se haría la práctica.

Como si las experiencias tortuosas de las que fue víctima esta mujer no hubieren sido suficientes, mientras se encontraba en el hospital a punto de que se practicara el aborto, las autoridades del nosocomio recibieron una notificación judicial que impedía que el mismo se llevara a cabo, en virtud de una medida cautelar iniciada por la Asociación Civil para la Promoción y Defensa de los Derechos de la Familia.

La “infidencia” del Jefe de Gobierno desencadenó una serie de consecuencias nefastas para la mujer que acababa de escapar de una situación de trata; esta vez era el mismo Estado el que la sometía a una clara violencia institucional.

La primera consecuencia fue que, gracias a la divulgación de los datos personales de la víctima por parte de Mauricio Macri, la red mafiosa de la que había escapado volvió por ella, por lo que debió ser trasladada a un refugio para víctimas de trata, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

A su vez, el mismo día en que el Jefe de Gobierno declaró públicamente que se practicaría un aborto legal en la Ciudad, y basados en dicha “infidencia”, los abogados Jorge Lafferrere, en su carácter de “abogado del niño”, y Pedro Andereggen, como apoderado de la asociación citada, se presentaron inme-

diatamente ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA solicitando que se dictara una medida cautelar que ordenara al GCBA “que se abstenga de realizar cualquier acto o maniobra tendiente a quitar la vida de un niño por nacer que habita en esta ciudad”.¹⁷ También el mismo día, 5 de octubre, el Juez de Primera Instancia rechazó la petición fundamentándolo en lo establecido por la CSJN en el caso “F., A.L.”, acerca de la innecesariedad de autorización judicial para el caso. Al día siguiente, 6 de octubre, los abogados mencionados presentaron recurso contra tal decisión.

Mientras la Cámara del fuero capitalino pasaba los autos a sentencia, el Dr. Andereggen incurrió en lo que se denomina vulgarmente *forum shopping*. Sin esperar el resultado de la segunda instancia, el 9 de octubre se presentó como apoderado de la Asociación citada ante la Justicia Nacional en lo Civil reclamando la “urgente suspensión de la práctica abortiva”, obteniendo resolución favorable el mismo día.

La demanda¹⁸ fue presentada directamente, sin sorteo previo, por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 106, a cargo de la Jueza Miriam Rustán de Estrada. La Jueza decretó la suspensión del aborto programado “[...] *para el día de hoy en el Hospital Ramos Mejía o cualquier otro hospital de esta Ciudad*”.

Al día siguiente, 10 de octubre, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA había

17 <http://www.cij.gov.ar/nota-10017-La-Corte-Suprema-dispuso-que-se-practique-un-aborto-no-punible.html>

18 Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia s/ Acción Declarativa.

confirmado la sentencia del Juez de Primera Instancia, rechazando la medida cautelar solicitada.

Ante esta cuestión de competencia planteada, intervino la CSJN, que en tiempo récord (11 de octubre de 2012) ordenó al Gobierno de la Ciudad que procediera a la práctica del aborto no punible solicitado, resaltando nuevamente el máximo Tribunal que no debe judicializarse la ILE.

Frente a la patente irregularidad con la que la Jueza Rustán dictó la medida cautelar que suspendía el aborto programado y “cualquier otro que se fuera a hacer en la Ciudad”, el 10 de octubre denunciamos a la Magistrada penalmente y ante el Consejo de la Magistratura.¹⁹

Al respecto, en la medida cautelar que dictó, la Jueza Rustán reconoce expresamente las irregularidades en las que estaba incurriendo: falta de legitimación procesal de los peticionarios, omisión del sorteo de la causa y su propia incompetencia para entender en este expediente. Además, admitió que no requirió ninguna prueba y que se basó únicamente en los trascendidos publicados en la prensa y que hasta desconocía la identidad de la mujer a la que le impedía abortar.

Anteponer sus convicciones personales llevó a la Magistrada a incurrir en un abuso de poder grosero: según sus propias palabras, lo hizo “*a fin de evitar (...) la pérdida de la vida de una*

19 “Mas, Analía Mariel y Flavia Massenzio c/ Doctora Myriam Rustan de Estrada (Juzg. Civil N° 106)”. Resolución 334/2014.

niña o niño indefenso”, sugiriéndole a la víctima que una vez que “*el niño*” naciera lo entregara en adopción.

La Jueza Rustán renunció poco tiempo después a su cargo, lo que no impidió que el Consejo de la Magistratura se expidiera, enviando una clara advertencia al Poder Judicial al afirmar que si un/a juez/a obstruye el acceso a un aborto legal, se lo considerará **incurso en mal desempeño**. “Con respecto a los letrados Andereggen y Lafferriere, efectuamos la correspondiente denuncia ante el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Nos resultan viejos conocidos, por su militancia contra la Ley de Matrimonio Igualitario, contra la cual utilizaron la misma estrategia. Asimismo, según medios periodísticos, se los vincula con la revista neonazi Cabildo y con los defensores de los represores de la última dictadura cívico-militar, de intervenir contra la práctica de abortos legales y de la actuación violenta contra una muestra del artista plástico León Ferrari²⁰.

El diario La Nación²¹ informó sobre una reunión de obispos católicos luego de sancionada la Ley de Matrimonio Igualitario. Allí estuvo presente el abogado Lafferriere, de la Universidad Católica Argentina, autor de un informe sobre lo actuado en el debate de dicha ley. En la nota se resalta que, una vez perdido ese debate, la preocupación de la Iglesia fuera el “desafío que

20 VALLEJOS, SOLEDAD, *Los cruzados contra el matrimonio gay*. Página 12. 5-XII-09. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-136500-2009-12-05.html>

21 DE VEDIA, MARIANO, “Inquieta a la Iglesia el alejamiento de la sociedad”, *La Nación*, 18-VIII-10. <http://www.lanacion.com.ar/1295686-inquieta-a-la-iglesia-el-alejamiento-de-la-sociedad>

se viene”: los proyectos de legalización del aborto, tomando en cuenta la experiencia española.

El 22 de octubre de 2012, el Poder Ejecutivo de la Ciudad vetó la Ley N° 4318²². En virtud del veto, la población de la Ciudad susceptible de encontrarse en las situaciones previstas por el Art. 86 del Código Penal quedaba sujeta a la resolución 1252/2012, violatoria de varios de los lineamientos fijados por la CSJN.

Por ello, ampliamos el objeto del amparo presentado contra el veto.

En dicho proceso, la Jueza López Vergara dictó una medida cautelar, el 8 de noviembre de 2012, en consonancia con la ley votada por la Legislatura porteña, por la que se dejó sin efecto aquellos requisitos no contemplados en el Código Penal y que dificultaban en extremo el acceso a la ILE.

El 12 de noviembre de 2012, el director del Hospital Ramos Mejía, Dr. Carlos Mercau, renunció a su cargo tras la polémica suspensión del aborto legal que debía practicarse.

Capellanes, monjas y aborto legal

Ante el acoso que sufrió la mujer víctima de trata en su domicilio, surgió el interrogante sobre la forma en que el sacerdote católico, Fernando Llambías, había accedido a sus datos personales. De la investigación surge que el sacerdote es *capellán del servicio religioso pastoral* del Hospital Ramos Mejía, pre-

22 Decreto 504/012. BOCBA N° 4021 del 24-X-12.

cisamente donde se debía practicar el aborto. Trabaja allí, en su calidad de sacerdote, designado en la Planta Permanente de la Administración Pública del GCBA.²³ Su cargo en el hospital le permitió acceder a los datos sensibles de la mujer que abortaría, que comunicó a grupos “antiderechos”. Así se violó el secreto profesional que debió proteger la historia clínica de la mujer, poniéndola en riesgo a ella misma y a toda su familia.

Asimismo, nos preguntamos cuál era el motivo por el que el Estado de la CABA había tomado como empleado público a un sacerdote católico para que cumpliera la función de tal. Allí descubrimos la existencia de la Ordenanza N° 38.397, dictada en el año 1982, por la que se obliga al Estado de la CABA a contratar capellanes y religiosas como empleados/as públicos/as en hospitales y hogares municipales.

Esta Ordenanza N° 38.397/82 importa una grave violación al carácter laico del Estado de la CABA.

Asimismo, en virtud de la citada Ordenanza se les ha otorgado a sacerdotes y monjas de la Iglesia Católica un lugar de privilegio en los centros de salud y asistenciales con relación a representantes de otros cultos y creencias, a fin de brindar un servicio religioso a los/as pacientes.

El privilegio y la violación al principio de laicidad del Estado que implica la normativa en cuestión se puede observar claramente en sus consecuencias económicas, ya que el Ejecutivo de la Ciudad designa a capellanes en su planta permanente,

23 Decreto 1281/2005. Publicado en el B.O. N° 2285 el 28-IX-05.

cobrando estos un sueldo mensual, obra social, vacaciones y se les garantiza además “alojamiento independiente y amueblado que reúna las condiciones de confortabilidad y habitabilidad”, “atención doméstica a cargo de los servicios generales del establecimiento” y “alimentación, aseo y planchado de ropa”.

Las religiosas también son designadas, en su carácter de tales, como empleadas públicas en la planta permanente y gozan de los derechos antes enumerados, pero con una clara inequidad de género: perciben menor remuneración que los capellanes y, mientras que a estos se los provee de ropa, a las monjas se les da “la provisión de tela necesaria para la confección de los uniformes requeridos”. El deber principal de las religiosas es “velar por el mantenimiento de la moral dentro del establecimiento”.

Cabe resaltar el privilegio que los capellanes y religiosas tienen en tanto que se los exceptúa de la calificación que reciben los/as empleados/as públicos, limitándose el/la directora/a del hospital a elevar un informe anual a la autoridad eclesiástica correspondiente.

Es de tal magnitud el privilegio otorgado legalmente por el Estado a la Iglesia Católica, que son los propios capellanes designados como empleados públicos quienes tienen la autoridad, dentro de los hospitales y hogares porteños, para permitir a los/as representantes de otros cultos oficialmente autorizados a brindar asistencia espiritual a los/as pacientes; es decir, que podrían negar la asistencia espiritual que requiera una persona creyente de un culto no autorizado.

En una democracia inclusiva se debe propender a la construcción de una sociedad más plural y de un Estado respetuoso de todos los sistemas de creencias (incluyendo, desde ya, a personas no creyentes).

El trato desigual, además de ser inconstitucional, legitima discursos y actitudes discriminatorias. Por otro lado, la presencia de «funcionarios/as religiosos/as» ha servido para filtrar convicciones de un culto particular —el de la Iglesia Católica— en las políticas públicas, en particular en materia de salud sexual y reproductiva, siendo un claro ejemplo el caso relatado anteriormente.

Entendemos que de ningún modo es necesaria la presencia estable de miembros de organizaciones religiosas para brindar asistencia a las personas en situación de movilidad restringida, sino que basta con otorgar las garantías necesarias de que dicha asistencia no pueda ser limitada por parte de ningún/a funcionario/a ni empleado/a público/a, ni por cualquier otra persona. En tal sentido, debería considerarse la contratación de psicólogos/as en los hospitales públicos, a fin de brindar la asistencia y apoyo necesario en situación de enfermedad, en caso que así lo requirieran los/as usuarios/as de los servicios públicos de salud.

Desde ya, tampoco es viable ningún tipo de solución de “múltiples creencias”, porque la misma no iría en el sentido deseado de separar los asuntos del Estado de las creencias personales y las instituciones religiosas.

El laicismo no es hostilidad hacia la religiosidad, sino la promoción de políticas de mutuo respeto y el repudio hacia el pensamiento hegemónico desde los poderes públicos, que imponen a los/as ciudadanos/as una visión sesgada de la realidad. Su objetivo principal es generar un ámbito de aceptación de la diversidad en el cual puedan desarrollar su potencial los individuos como portadores de ideas, creencias y convicciones.

La libertad de cultos expresa el derecho de ejercer los ritos propios de la fe y su divulgación y, si bien se ha entendido que contiene implícitamente el de libertad de conciencia y de religión —de carácter más amplio— pareciera excluir el derecho a no tener culto. Algunos componentes de lo que se llamaría libertad de conciencia se encuentran implícitos en los principios constitucionales de reserva²⁴, igualdad y no discriminación²⁵ y supremacía constitucional^{26 27}. Con las mismas características, se encuentra asegurada dentro de los derechos de los habitantes²⁸ y como derecho de los/as extranjeros/as²⁹.

La diferencia más notoria entre la Constitución Nacional y la de la Ciudad es que, mientras aquella establece en su artículo 2º el «sostén» del culto católico por parte del Estado Federal (no así de los estados federados), la última no establece ninguna cláusula de este tipo. La jurisprudencia ha interpretado consistentemente que el «sostén» establecido en el art. 2º CN

24 Constitución Nacional, Primera Parte, Capítulo Primero, art. 19.

25 Constitución Nacional, Primera Parte, Capítulo Primero, art. 16.

26 Constitución Nacional, Primera Parte, Capítulo Primero, art. 28.

27 Constitución Nacional, Primera Parte, Capítulo Primero, art. 31.

28 Constitución Nacional, Primera Parte, Capítulo Primero, art. 14.

29 Constitución Nacional, Primera Parte, Capítulo Primero, art. 20.

es de carácter económico y no implica ninguna obligación de que el ordenamiento normativo argentino se adecue a los preceptos morales y doctrinarios de la religión católica. Por cierto, esto resultaría contrario a todos los otros principios y garantías mencionados anteriormente.

Cuál debe ser el alcance real de lo establecido en el art. 2º CN es materia de controversia, desde quienes fundamentan en dicho artículo, por ejemplo, el aporte que el Estado Federal hace a las remuneraciones de los obispos —aun cuando este fue establecido recién durante la última dictadura y, claro está, no precisamente bajo pretexto de cumplir con mandatos constitucionales—, hasta quienes consideran que tal cláusula ha perdido vigencia, tal como podría haberse sostenido respecto a la obligación estatal de “promover la conversión de [los indios] al catolicismo”, tardíamente modificada. Todo esto surge del intento de interpretar dicho artículo 2º CN en forma armónica con los preceptos más generales de igualdad ante la ley (art. 16 CN), libertad de culto (arts. 14 y 20 CN) y autonomía (art. 19 CN), dado que el sostén de un culto específico claramente resulta agravante o limitante de aquellos principios más generales.

Dicho esto, en lo que a la Ciudad respecta, no teniendo el Estado de la CABA obligación alguna de sostén del culto católico ni de ningún otro, y rigiendo todos aquellos principios constitucionales federales, ratificados genérica o específicamente por la Constitución de la Ciudad, resulta que el sostén de uno o más cultos específicos, bajo el concepto que sea, resulta abier-

tamente inconstitucional y violatorio de los principios de equidad y no discriminación.

Por lo tanto, entendemos que resulta imperioso avanzar en reformas que terminen con las posiciones privilegiadas de miembros de la Iglesia Católica y con el aporte de las arcas públicas a dicho culto.

Consecuentemente, solicitamos judicialmente³⁰ que la sentencia de amparo declarara la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 38.397 de la CABA y que se les reasignaran funciones a los/as capellanes y religiosas, conforme sus capacidades o, de no ser ello posible, se les indemnizara conforme la legislación vigente. Así como que se eliminaran todo tipo de privilegios y excepciones a favor de estos/as con relación a los/as demás empleados/as públicos/as de la CABA, en virtud de la Ordenanza cuestionada.

El 16 de enero de 2013, la Jueza Elena Liberatori hizo lugar a la medida cautelar solicitada en este proceso, disponiendo la prohibición expresa de que capellanes y religiosas difundan, *de forma alguna y por ninguna causa*, los datos personales de los/as pacientes. La Jueza dispone también que únicamente *podrán brindar ayuda espiritual a aquellas personas que así lo requieran, de lo cual deberá dejarse debida constancia administrativa*.

Asimismo, la Jueza Liberatori expresó: *El presente caso representa un claro ejemplo de Violencia Simbólica del Estado a tra-*

30 *Rachid, María c/ GCBA s/ amparo*, expediente n° A20-2013/0, sentencia del 09/05/16 .

vés de la utilización de una institución de la Sociedad Civil como lo es la Iglesia. Esta violencia ejercida causa efectos tanto físicos como psíquicos a un individuo en particular, que se ve condicionado en la expresión de sus creencias personales frente a un culto... Pero a su vez la imposición de representantes de una religión en particular desde el poder estatal configura y delimita el imaginario social de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En primera instancia la sentencia resultó rechazada. En nuestra apelación resaltamos las siguientes contradicciones: el Juez reconoció en su sentencia “la trascendencia institucional de la temática involucrada en el planteo de la Sra. Rachid”, y aclara que su resolución “en modo alguno importa la convalidación del sistema impugnado”, no obstante lo cual consideró que expedirse con respecto a esta norma de facto le implicaría violar la “división de poderes” republicana.

El laicismo, como afirma Henri Peña-Ruiz, “es la palabra para referirse al ideal de emancipación de la esfera pública con respecto a cualquier poder religioso o, en un sentido más amplio de toda tutela del Estado que, siendo democrático, ha de ser de todos y no sólo de algunos”.

En el mes de mayo de 2016, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Fuero en lo Contencioso y Administrativo de la CABA hizo parcialmente lugar a la demanda, y expresó lo siguiente: “No se advierte que para brindar acompañamiento y asistencia espiritual a quienes se encuentran internados en hospitales y

hogares de la Ciudad la coordinación e intermediación de los representantes de una religión en particular sea la única opción posible o, en todo caso, la menos lesiva de los derechos cuya afectación invoca la demandante.

“Sobre esas bases, [...] la función asignada a los capellanes y monjas de intermediación entre los ministros de otras religiones y los pacientes e internos, implica colocar a quienes profesan credos distintos del católico en una categoría relegada, vulnerando la garantía de la igualdad.

“A igual solución se arriba si se enfoca la cuestión desde la perspectiva de las ‘categorías sospechosas’, según la cual las normas que establecen distinciones basadas en la raza, el sexo, la filiación y la religión son portadoras de una presunción de inconstitucionalidad.

“Por lo demás, establecer distinciones basadas en la religión sin razones valederas que las justifiquen se opone a instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional” (*TSJ*, “*Sandez*”, *cit.*).

“Por las razones expresadas, la acción de amparo será favorablemente acogida en lo que atañe a la función de intermediación de los ministros de un culto en particular con respecto a la participación de los representantes de otras religiones.

“La norma referida al mantenimiento de la moral en el establecimiento no deja a quienes no profesan el culto católico posibilidades exigibles, no discriminatorias, de un ejercicio divergente, ya que la regulación no admite sustraerse de su aplicación.

“Ahora bien, las prescripciones establecidas en los artículos 5º, inciso b, primera parte, y 27, inciso b, según los términos de su redacción, implican imponer –de modo general– en determinados establecimientos públicos una perspectiva católica de la moral.

“Ello lesiona la libertad de culto en su faz negativa, esto es, el derecho a no ser obligado a compartir valores de un credo determinado y a que la no pertenencia religiosa no genere algún efecto jurídico discriminatorio (Gelli, María Angélica, ob. cit., pág. 174)

“Los preceptos contenidos en los artículos 5º, inciso b, primera parte, y 27, inciso b, de la ordenanza 38397/82 también conculcan la autonomía personal reconocida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues sus límites están marcados sólo por el orden público, la moral pública y los derechos de terceros, y es sabido que ellos no coinciden exactamente con los valores y principios a los que remite la regulación impugnada en el punto bajo estudio.

“En ese sentido, no puede dejarse de lado que las posturas de la religión católica con respecto a muchos de los asuntos que se tratan en los hospitales y hogares difieren de las soluciones que adoptó el estado local. A modo de ejemplo, cabe mencionar la salud reproductiva, los procedimientos médicos ordinarios de continuidad de la vida y el aborto no punible (vgr. CSJN, “F., A. L.”, del 13/03/12; esta sala, “Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación de acto administrativo”, del 10/10/12).

Conclusiones.

La lucha continúa

En el mes de julio de 2013, el Juez Roberto Gallardo dictó sentencia en el juicio³¹ que iniciáramos contra la Resolución del Ministro Lemus y el veto a la Ley N° 4318, declarando la inconstitucionalidad de ambos; teniendo por promulgada la Ley N° 4318 y ordenando su publicación en el Boletín Oficial de la CABA

Con respecto a la Resolución 1252/2012, el Magistrado efectúa una fundamentación profunda sobre los motivos por los que considera inconstitucionales aquellos artículos que nosotros/as atacáramos: la intervención del equipo interdisciplinario (artículos 2 y 18); la exigencia de gravedad en los supuestos de peligro para la vida o la salud y el requisito de confirmación del diagnóstico por parte del director del hospital; el consentimiento de las mujeres menores de edad (artículos 5 y 9 inciso b); el consentimiento de las mujeres con discapacidad (artículos 5, y 11); el

31 *Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*, Expediente n.º 45722/0 y su acumulado *Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*, Expediente n.º 46062/0.

límite de 12 semanas de gestación para la práctica del aborto no punible (artículo 17) y la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales intervinientes (artículos 19, 20 y 21).

Asimismo, el Juez Gallardo fundamenta su decisión de declarar la inconstitucionalidad del Veto a la Ley votada por la Legislatura Porteña N° 4318. Si bien, dada la extensión del fallo³², no se replican aquí los fundamentos, se recomienda su lectura.

Se destaca lo expresado por el Juez Gallardo al finalizar su fallo con respecto a los vetos seriales por parte del entonces Jefe de Gobierno a las leyes sancionadas por la Legislatura porteña: se pondera “la conducta del Poder Ejecutivo en un análisis evolutivo-histórico que permite presumir que no se trata de un caso aislado de ‘extralimitación’, sino de una modalidad peligrosamente disfuncional y marcadamente anticonstitucional del uso de dicha figura”.

La Sala III de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario demoró dos (2) años en dictar sentencia, determinando revocar la sentencia del Juez Gallardo fundándolo en cuestiones formales y sin expedirse en ningún momento sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre la garantía del acceso a la ILE, conforme lo establece la normativa vigente y los lineamientos del fallo “F.,A.L”. Por el contrario, la Sala no observa que la Resolución 1252 produzca una afectación colectiva; a su vez considera que el veto configura una cuestión política no justiciable.

³² <http://www.ncn.com.ar/la-justicia-declaro-inconstitucional-el-veto-a-la-ley-de-aborto-no-punible-queda-promulgada/>

Esta sentencia de Cámara importa la vigencia de la Resolución N° 1252/2012, suscripta por el actual Ministro de Salud de la Nación, y por tanto, la vigencia de requisitos que constituyen barreras al acceso a la salud por parte de las personas afectadas por los supuestos previstos en el art. 86 CP.

Presentamos, oportunamente, recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara, solicitando que el Superior Tribunal de Justicia de la CABA revocara la sentencia de Cámara y restableciera la sentencia dictada por el Juez Gallardo. Nos encontramos a la espera de su resolución.

Con respecto a la sentencia dictada en el juicio de “Capellanes”, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, en base a realizar una férrea defensa de la Iglesia Católica, lo cual se observa en consideraciones tales como: que “la inmensa mayoría de la población del país profesan la religión Católica, Apostólica, Romana, sean o no practicantes”; que los sacerdotes son “quienes mejor están preparados para dicha función, teniendo en cuenta el tradicional respeto que por los demás credos han manifestado los Ministros del culto más extendido”; “no creemos que la moral católica ... esté en contraposición con la moral que trasuntan la CN y la Local”; “Un mínimo de conocimiento y respeto por la realidad histórica indica que la moral occidental tiene como base, principio y germen, la moral judeo-cristiana, aún cuando la sala o la actora no la compartan”; “Antes de juzgar ligeramente sobre cuestiones que hacen a nuestro patrimonio cultural debió al menos tramitarse una causa con amplitud de debate y prueba, sin buscar imponer sus propias

valoraciones morales de la actora o de los sentenciantes, por sobre la estimación realizada por el Poder Ejecutivo Local con suficiente y razonable fundamento objetivo”. El GBCA cita a Joaquín V. González en su recurso: “La Constitución ha abierto las puertas de la tierra a todos los hombres y las ideas civilizadas... arrancadas del espíritu inmanente de amor, caridad y fraternidad, que inspira el código sublime del Evangelio, alma y sustento de todas las instituciones modernas”.

Cuando el GCBA utiliza el plural, no aclara si se refiere a las personas que componen el Gobierno, a la grey católica o a ambos grupos. En todo caso, debería, en tanto que gobierna en virtud del voto popular, no imponer a todos/as la moral de una religión particular.

El GCBA no comprende ni acepta la concepción laica de nuestro Estado, ni lo negativo que resulta para toda sociedad la existencia de privilegios a favor de un sector en desmedro de otro; su defensa es meramente dogmática. Es dable remarcar que el reconocimiento por parte del Estado de la libertad de culto y de conciencia a favor de un colectivo no importa vulnerar los derechos adquiridos desde siempre por otro sector.

Por otro lado, no podemos olvidar que la mayoría de los privilegios de los que goza la Iglesia Católica fueron otorgados durante gobiernos de facto, como la ordenanza en cuestión. Resulta insostenible este tipo de privilegios en tiempos democráticos.

El GCBA apoya su postura en la falacia del *argumentum ad populum*, que consiste en validar una afirmación de acuerdo a la

gran cantidad de personas que la sostengan, caracterizándose también esta falacia por la utilización de un lenguaje emotivo.

También recurre a la apelación a la tradición, lo cual es otra falacia comúnmente conocida como *argumentum ad antiquitatem*, que consiste en afirmar que si algo se hace o se cree desde hace mucho tiempo, entonces es bueno o verdadero.

No debe olvidarse la militancia y oposición de las autoridades de la religión católica argentina a varias de las leyes que reconocieron derechos civiles y políticos a sectores excluidos de nuestra sociedad, tales como las leyes de matrimonio igualitario, identidad de género, reproducción médicamente asistida, aborto no punible, etc; así como en otro tiempo se opusieron a la creación del Registro Civil, al voto femenino, al divorcio, entre otras.

El gobierno porteño tampoco ha aportado estudios científicos que demuestren que los sacerdotes católicos se encuentran mejor preparados para cumplir una función espiritual en comparación con los representantes de otras religiones o convicciones filosóficas.

Este tipo de argumentación muestra una peligrosa confusión de la pirámide legal, al pretender imponer “presuntos usos y costumbres”, surgidos de una ordenanza dictada por un gobierno de facto, por sobre derechos y garantías constitucionales. Y más aún, cuando confunde “usos y costumbres” con “conductas discriminatorias”, que condenan la Ley Nacional N° 23.592 y la Ley Local N° 5261, dictadas en democracia.

El GCBA incurre en un juego de espejos al agraviar al Tribunal y a quienes iniciamos este proceso, sosteniendo que pretendemos “imponer la propia valoración moral”; vale aclarar que conocemos acabadamente la realidad histórica y, por ello precisamente, podemos afirmar que el sostenimiento de privilegios y la imposición de la moral de una determinada religión violan las garantías fundamentales de la igualdad y de la autonomía de la voluntad, así como las libertades de culto y de conciencia.

A esta altura, debemos aclarar que la laicidad del Estado y de sus instituciones es ante todo un principio de concordia de todos los seres humanos fundado en lo que los une, y no en lo que los separa. Este principio sólo se alcanza a través de la separación del Estado y las distintas instituciones religiosas y/o creencias, y la neutralidad del Estado con respecto a las opciones de conciencia individuales.

El Estado laico propende al bien común. Por eso no resulta legítima la financiación de los cultos particulares con fondos públicos, que deben destinarse únicamente a aquellos servicios que son de interés general (educación, salud, etc.).

La realidad histórica nos ha demostrado que cuando los derechos son solo para algunos/as, se enquistan los privilegios en manos de unos pocos.

Considerando la posición del Gobierno de la Ciudad, del mismo signo político que el nacional, con respecto a la laicidad del Estado, resulta contradictorio que, conforme surge de artículos periodísticos, este último pretenda presentar un proyecto

de ley de “libertad religiosa”, presuntamente para “garantizar a todos los cultos una serie de derechos, entre otros, el de ampararse en la objeción de conciencia para, por ejemplo [...] -en los médicos- practicar un aborto.”³³

Al respecto, la Coalición Argentina por un Estado Laico (CAEL) y la Asociación Internacional de Libre Pensamiento (AILP) publicaron una carta dirigida al actual Presidente de la Nación, expresando que: “[...] el citado documento contendría elementos que significarían un retroceso jurídico en materia de igualdad y libertad de conciencia. Se promociona como un avance porque vendría a eliminar un decreto de la dictadura de los ’70, pero en realidad por lo trascendido, la intención de la modificación sería perpetuar y profundizar el clericalismo católico y extender algunos de los privilegios a otras confesiones, es decir, ahondar aún más el confesionalismo estatal heredado de cada golpe de Estado.

“Pretender introducir como delitos penales elementos derivados de conceptos como profanación y blasfemia, para criminalizar la crítica hacia las religiones, es hacernos retroceder a mediados del siglo XVIII, donde se confundía delito con pecado. Actualmente contamos con una ley antidiscriminatoria y suficientes mecanismos, para garantizar el libre funcionamiento de los cultos y la protección jurídica de sus ministros.”

En este momento, los dos procesos judiciales que iniciamos, el que busca garantizar el acceso a la interrupción legal del emba-

³³ *Clarín*, 7-XI-16. http://www.clarin.com/politica/gobierno-congreso-proyecto-libertad-religiosa_0_SyQhLJAgx.html

razo en la Ciudad, así como el iniciado para defender la laicidad del Estado, se encuentran a la espera de los fallos del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El antagonismo entre la Iglesia Católica y los reclamos del feminismo, de los Movimientos de Mujeres y de la Diversidad Sexual han generado avances y retrocesos en el país y en toda América Latina.

El posicionamiento de la Iglesia Católica es claro y conocido; por ello no puede dejar de señalarse la responsabilidad de los Estados en la toma de posturas clericales en sus políticas públicas, así como en continuar financiando a la Iglesia Católica y a la educación confesional con el erario público.

Ello ha tenido como consecuencia que materias como la legalización del aborto ni siquiera se hayan tratado en nuestro Parlamento; una deuda de la democracia que ocasiona una gran cantidad de muertes evitables cada año.

En este momento de avance neoliberal en toda la región, resulta de gran importancia fortalecer la militancia feminista y articular con otras organizaciones que enarboleden reclamos emancipadores.

La lucha continúa...

Todo lo que usted siempre quiso saber sobre infancia pero no se atrevió preguntar

Laura Musa

En esta propuesta, una persona invitada por el equipo editorial recomendará, textos literarios, académicos, películas, música y toda expresión artística que considere para que estas preguntas que alguna vez se hizo comiencen a tener respuestas.

En este número, Laura Musa, será quien recomendará material vinculado con la cuestión de infancia y sus derechos.



Películas y series

1. *Oliver Twist*

(Dirigida por Roman Polansky, 2005)



2. *Where to invade next*

(Dirigida por Michael Moore, documental, 2015)

3. *The Basketball Diaries*

(Dirigida por Scott Kalvert, 1995)

4. *The Client*

(Dirigida por Joel Schumacher, 1994)

5. *El Almafuerte* (Dirigido por Gato Martínez Cantó, Roberto Persano y Santiago Nacif, documental, 2011)

6. *Los Olvidados*

(Dirigida por Luís Buñuel, 1950)

7. *Scum*

(Dirigida por Alan Clarke, 1980)

8. *Cidade de Deus*

(Dirigida por Fernando Meirelles, 2002)

9. *The Corner y The wire*

(Series de HBO, 2000 y 2002 respectivamente)

Obras de teatro

1. *Los Miserables*

(1862, Victor Hugo)

2. *El Jardín de Mónica*

(Sara Joffré)

3. *Puerto Ciego, una infancia invisible*

(Iria Retuerto)



Frases

1. Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior.

Art. 15 Ley 10.903.(vigente desde 1919 a 2005).

2. ... si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado...

Art. 2 Ley 22.278 (vigente desde 1980 hasta la actualidad).

3. Esta es la primera y verdadera condición para que se pueda dar la palabra a los niños: reconocerlos

capaces de darnos opiniones, ideas y propuestas útiles para nosotros, los adultos; capaces de ayudarnos a resolver nuestros problemas. Si esto llega a producirse, la relación con ellos será correcta, entre ciudadanos adultos y ciudadanos niños, pero ciudadanos ahora. Si no, podremos hacer regalos a los niños, pasar con ellos momentos simpáticos y divertidos (especialmente para nosotros), pero seguirán estando excluidos de sus derechos, porque seguirán siendo futuros ciudadanos o, si se prefiere, menores. De libro Cuando los niños dicen: ¡Basta!, Francesco Tonucci.

4. Ideas nuevas en la casa vieja: el convulsionamiento de las ideas no es seguido inmediatamente por el convulsionamiento de las instituciones, sino que las ideas nuevas habitan largo tiempo en la casa de sus predecesores, que se ha hecho desolada e incómoda, y la conservan aún por falta de alojamiento. Friedrich Nietzsche, Humano, demasiado humano, 1978

5. La revolución social por una sociedad mejor está, hoy en día, paradójicamente confiada a

la lucha por la legalidad. La conservación (del status quo) es, muy a menudo, subversiva de esta legalidad. La niñez como arqueología del futuro, Alessandro Baratta, 1995.

5. El infierno, en realidad, es un poderoso estimulante. John Dos Passos, Años inolvidables.

Canciones

1. *Hay un niño en la calle*
Armando Tejada Gomez y Calle 13.

2. *Once y Seis*
Fito Paez.

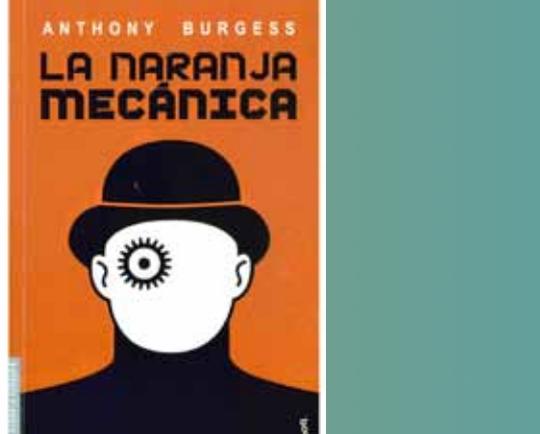
3. *Another brick in the wall*
Pink Floyd

4. *El Ángel de la Bicicleta*
León Gieco

4. *Duerme Negrito*
Autor anónimo

5. *El chico de la tapa*
Fito Páez

6. *In the Guetto*
Mac Davis, Elvis Presley



Libros de ficción

1. *La naranja mecánica*
(Anthony Burgess, 1962)

2. *Un viejo asunto*
(Poema de Juan Gelman, del libro 'Gotán y otras cuestiones. Poesía I (1956-1962)' a propósito de la ley de Residencia, antecedente de la Ley de Patronato)

3. *El extranjero*
(Albert Camus, 1942)

4. *No aceptes caramelos de extraños*
(2011. Andrea Jeftanovic)

5. *El mundo del revés*
(1965 M.E. Walsh)

Libros de no ficción

1. **Baratta, Alessandro**

Infancia y democracia

2. **Donzelot, Jacques**

La policía de las familias. Valencia. Editorial Pre-textos. 1979. Cap. La conservación de los hijos

3. **Platt, Anthony**

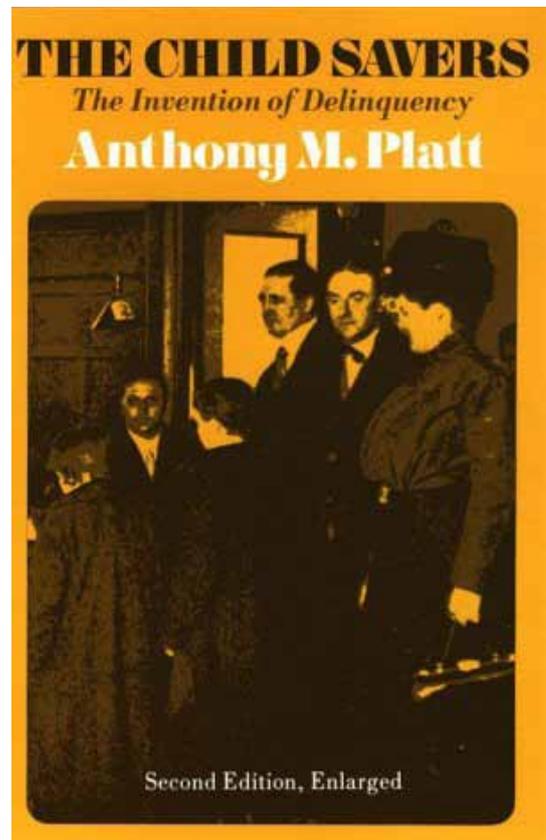
Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia. 1982. México. Editorial Siglo XXI

4. **Aries, Philippe (1996)**

El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen. El descubrimiento de la Infancia. Cap. 2 Ediciones UNICEF, Of. Regional para América Latina y el Caribe Uruguay

5. **García Méndez, Emilio**

La Convención de los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos.





6. Rodríguez, Laura

Infancia y Derechos: Del patronato al abogado del niño. Experiencia Clínica Jurídica de la Fundación Sur Argentina EUDEBA, Buenos Aires.

Asociación
de Derecho
Administrativo
de la Ciudad
Autónoma
de Buenos Aires



Comisión Directiva

Presidente

Guillermo Scheibler

Vicepresidente

Rosaura Cerdeiras

Secretaria

Natalia Mortier

Tesorero

Leonardo Toia

Vocales

Mercedes Aveldaño

Mariano Oteiza

María Eugenia Páez

Juan Antonio Stupenengo

Valeria E. Zayat

Vocales Suplentes

Ariel Caplan

Griselda Floriani

Enrique Mabromata

Leandro Otero

adaciudad.org.ar