

Dictamen del Procurador General, Expte. N.º A 75.503, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria”

FECHA | 29 de marzo de 2019

ANTECEDENTES

En los actuados, la “Asociación por los Derechos Civiles” (ADC) y la “Asociación Civil de Ateos de Mar del Plata” interpusieron recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata, por la que se rechazó el recurso de apelación presentado por la parte actora, confirmando de esta forma, el fallo dictado por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata.

Las recurrentes solicitaron que el Alto Tribunal de Justicia hiciera lugar al recurso y ordenara el retiro de la imagen de la Virgen de Luján -que en cumplimiento de una resolución sancionada por la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires – fue entronizada en la Sala de los Pasos Perdidos de dicha Cámara, con motivo de la celebración del Bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810

En la intervención que le cupo al Procurador General, en mérito a lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal en lo Civil y Comercial, este sostuvo que la Cámara de Diputados se encuentra habilitada para disponer en el interior de su propio edificio modificaciones o agregados referidos al decorado, ornato, adornos o mobiliario y que la resolución por la que se emplazó la imagen de la Virgen de Luján resultaba un acto jurídico válido y acorde a derecho. Luego, en punto a la cuestión de si la presencia en dicho lugar de la referida imagen podía afectar al principio de neutralidad en materia religiosa profesado por la Provincia de Buenos Aires, concluyó que la pequeña réplica de la Virgen de Luján, además de no configurar un abandono de la postura laica por parte del Estado Provincial, es una manifestación viva de su patrimonio intangible histórico-cultural y de la tolerancia religiosa a la que aspiran tanto la Carta Magna federal como la local.

Desde tal atalaya, aconsejó el rechazo del recurso extraordinario impetrado.

SUMARIOS

Recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Admisibilidad. En cuanto a la admisibilidad del recurso en los términos del artículo 301, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 281, del código de rito, no existiría desde el punto de vista formal-objeción alguna. Ello en tanto el recurrente da cumplimiento a la manda del artículo 300

del Código Procesal en lo Civil y Comercial, y su reenvío al artículo 279, en lo pertinente. El recurso fue presentado dentro del plazo de diez días determinado en el primer párrafo del artículo 279 del código adjetivo (SCJBA, A 71269, “*Arrijuia*”, sentencia, 04-09-2013 y sus citas, consid. segundo apartado “b” del voto del Señor Juez Soria; A 73332, “*Tevéz*”, sentencia, 15-08-2018 y sus citas, consid. tercero apartado primero de la segunda cuestión del voto del Señor Juez Negri).

Recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Legitimación. En lo referente a la legitimación, el presente fue interpuesto por la parte vencida en las dos instancias procesales anteriores, acreditando de esta manera un agravio de imposible reparación ulterior (SCJBA, A 71294, “*Maggi*”, sentencia, 11-05-2016 y su cita, consid. segundo de la primera cuestión, del voto del Señor Juez Genoud).

Recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Sentencia definitiva. El recurso va dirigido contra una sentencia definitiva emanada de un tribunal ordinario de segunda instancia, donde se controversió la validez de un reglamento administrativo que la parte aquí recurrente considera contraria a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, recayendo decisión del a quo sobre el tema (Doct. Art. 299, CPCC; A 74298, “*Greig*”, sentencia, 2811-2018 y sus citas, consid. tercero, apartado primero del voto del Señor Juez Soria; A 73957 “*Andrada*”, sentencia, 21-11-2018 y sus citas, consid. segundo del voto del Señor Juez de Lázari).

Resolución del plenario de la Cámara de Diputados. Entronización de la réplica de la Virgen de Luján. Elementos del acto administrativo. La Resolución emanada de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires que dispuso entronizar una pequeña réplica de la Virgen de Lujan en el Salón de los Pasos Perdidos de la mencionada Cámara es un acto administrativo, emanado de una autoridad competente, sancionado por medio de un proceso previamente establecido, y posteriormente publicado, cumpliendo, por lo tanto, también con poseer forma. En efecto, claramente surgen otros elementos esenciales en dicha resolución, a saber: la existencia de la causa (entendida como las circunstancias de hecho y de derechos, por las que se decidió su emisión), la motivación (en el sentido de que las causas se encuentren debidamente exteriorizadas), el objeto y la finalidad. Sobre este último elemento -por el que en todo el obrar estatal se debe asegurar su licitud y razonabilidad- aparece el margen de discrecionalidad que la autoridad puede ejercer al momento de adoptar una decisión. Este margen de discrecionalidad, al decir de Julio Comadira y Héctor Escola, posee “*insoslayables límites jurídicos, y resulta impensable en la actualidad concebir porción alguna de la actividad administrativa que pueda estar fuera o*

por encima del orden jurídico" (Julio R. Comadira y Héctor J. Escola -Julio Pablo Comadira coordinador- "Curso de Derecho Administrativo", Tomo 1, pág.407 y siguientes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017).

Facultades discrecionales. La existencia de facultades discrecionales no debe asimilarse a conductas de carácter arbitrario o irrazonable por parte de la autoridad pública. Ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *"la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia"* (CSJNA, "Fadlala de Ferreyra, Celia Ramona", "Fallos", T. 306:126;1984).

Patrimonio cultural de la provincia de Buenos Aires. El patrimonio cultural encuentra amparo en la Ley N°10.419 -Patrimonio Cultural de la Provincia de Buenos Aires- (BOBue, 31-07-1986). La Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 28 asegura a los habitantes el derecho de gozar y participar entre otros, en la defensa de los recursos culturales, pudiendo por ende la Cámara de Diputados manifestarse en el caso regularmente, en pos de la defensa de la memoria histórica de este patrimonio que excede la representación tangible para integrar el patrimonio cultural inmaterial de la Provincia de Buenos Aires.

Según el artículo 44, la Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones. Desde la perspectiva que brindan estas normas, el acto adoptado se compeadece con la obligación que tiene la Provincia de desarrollar políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales, individuales o colectivas, y las realizaciones del pueblo que afirmen su identidad regional, provincial y nacional, generando ámbitos de participación comunitaria.

Patrimonio. El patrimonio es el legado que recibimos del pasado, que vivimos en el presente y que transmitiremos a las generaciones futuras. La Convención de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, la UNESCO establece que ciertos lugares de la Tierra tienen un *"valor universal excepcional"*, pertenecen al patrimonio común de la humanidad y son una fuente insustituible de vida e inspiración.

Patrimonio cultural. El patrimonio cultural no se limita a monumentos y colecciones de objetos, sino que comprende también expresiones vivas heredadas de nuestros

antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, prácticas y conocimientos relativos a la naturaleza y el universo, como también saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional.

Pese a su fragilidad, el patrimonio cultural inmaterial o patrimonio vivo es un importante factor para el mantenimiento de la diversidad cultural y su dimensión educativa.

Sostenimiento del culto católico. En lo que se refiere al artículo 2 de la Constitución Nacional, respecto a qué se ha entendido por “sostenimiento del culto católico”, la Corte Suprema de Justicia ha explicado exactamente el sentido en el caso “*Didier Desbarats*” (1928). Allí se sostuvo que “*el artículo 2 de la Constitución respondiendo a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas consignadas en repetidos estatutos anteriores establece que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano[....] la fórmula del artículo 2, cuyo alcance no es otro que el emergente de su texto: los gastos del culto serán pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso*” (“Fallos”, T. 151:403, esp. p. 411, con cita de Joaquín Víctor González y Juan Antonio González Calderón). El sistema de sostenimiento del culto no debe identificarse con el de la religión del Estado, ello más allá de poseer un status especial, no sólo en la Constitución, sino también en el artículo 146 inciso ‘c’ del Código Civil y Comercial, por el que se establece que la Iglesia Católica es una persona jurídica de derecho público (v. tb. “Fallos”, “*Contienda de competencia entre el Ilmo. Sr. Obispo de San Juan de Cuyo...*”, T. 10:282; 1871; “*Presbítero Jacinto Correa, por infracción del artículo 118 de la ley de matrimonio civil*”, T. 53:188; 1893).

Libertad religiosa. Nuestro sistema constitucional garantiza la libertad religiosa, a tenor de las leyes que reglamenta su ejercicio a todos los credos, incluida, claro está al culto Católico Apostólico Romano, que como ya fuera expresado, ostenta una situación particular.

Principio de neutralidad religiosa. El Estado Provincial no abandona ni vulnera su carácter no confesional por tener una imagen religiosa: la Cámara de Diputados local no hace otra cosa más que continuar con una rica tradición en el ámbito de nuestra provincia. Así, el entonces gobernador Antonio Cafiero había dictado el Decreto N° 3672 de fecha 27 de septiembre de 1990, con el objetivo de ahondar en la búsqueda de la identidad cultural de los bonaerenses, creando al efecto una Comisión de Trabajo. Se manifestaba en dicho decreto del Poder Ejecutivo provincial que la “*Identidad bonaerense ... ha sido forjada por el trabajo fecundo de todas las generaciones que han poblado el Territorio de la Provincia de Buenos Aires sin distinción de razas y culturas, y se manifiesta por las costumbres, hábitos,*

creencias y tradiciones, es decir la cultura del pueblo bonaerense con su rico pasado, pero también con su proyección hacia el futuro” (primer y segundo párrafo del “fundamento” del Decreto N° 3672, BOBue, 24-10-1990). Como consecuencia del Decreto del P.E. provincial antes referido, al año siguiente el mismo gobernador suscribió el Decreto N° 2930 del día 6 de septiembre de 1991 (BOBue., 26-09-1991), cuyo artículo 1° declaró *“como Patrona principal de la Provincia de Buenos Aires a la Virgen Nuestra Señora de Luján”*.

Virgen de Luján. Componente espiritual y cultural de la historia bonaerense. La advocación de Nuestra Señora de Luján es reconocida como un componente espiritual y cultural de la historia bonaerense, desde antes de la aceptación oficial mencionada y concordante con la referida disposición Pontificia que declara a la Virgen de Luján “Patrona Principal” de nuestra Provincia de Buenos Aires. El Decreto N° 254/97 (BO Bue, 13-03-1997), declara de interés provincial la peregrinación a caballo al Santuario de la Virgen de Luján que se realiza anualmente durante la última semana del mes de septiembre.

La resolución de la Cámara de Diputados de fecha 28 de abril de 2010 es conteste con los principios que emanan del Decreto N° 2930/1991, del respeto a manifestaciones de un culto que se exterioriza en la entrega de la imagen para el pueblo bonaerense y del respeto de las autoridades hacia una religión de significativa trayectoria histórico-cultural de la Argentina y de la Provincia de Buenos Aires.

El caso “Lautsi y otros vs Italia”, del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Con fecha 18 de marzo de 2011, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de los Derechos Humanos resolvió el asunto “Lautsi y otros c/ Italia” (Demanda n° 30814/06). Sostuvo que la presencia de crucifijos en las aulas escolares no constituía una violación de los derechos de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y de la libertad de religión de los alumnos ya que *“no subsisten elementos que puedan probar que el crucifijo influya eventualmente en los alumnos”*. Según la sentencia, *“un crucifijo colgado de una pared es un símbolo esencialmente pasivo, cuya influencia sobre los alumnos no puede ser comparada a un discurso didáctico o a la participación en actividades religiosas”*.

En lo que se refiere a la palabra “respetar”, el Alto Tribunal Europeo consideró que ese término *“significa más que reconocer o tener en cuenta: en lugar de un compromiso más bien negativo, este verbo implica una obligación positiva a cargo del Estado”*, y que la noción de “respeto”, que se encuentra también en el artículo 8 del Convenio varía mucho de un caso a otro, vista la diversidad de prácticas y condiciones existentes en los Estados contratantes. Implica, asimismo, que dichos Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, en función de las necesidades y recursos de la comunidad

y de los individuos, las medidas a adoptar para garantizar el cumplimiento del Convenio. El alto Tribunal expresó que el crucifijo es ante todo un símbolo religioso, y que *“el Tribunal no cuenta con ningún elemento que atestigüe la eventual influencia que la exposición en las paredes de las aulas de un símbolo religioso pudiera tener sobre los alumnos; por lo tanto, no se puede afirmar razonablemente si tiene un efecto sobre los jóvenes, cuyas convicciones todavía están por formarse”* (téngase en cuenta que se trataba, de un reclamo sobre la presencia de símbolos religiosos en el ámbito educativo).

Margen de apreciación nacional. *“la decisión de perpetuar o no una tradición en principio se halla dentro del margen de apreciación del Estado demandado”.*

Principio de neutralidad. Entre otros fundamentos, la Corte Europea sostuvo que *“el crucifijo colgado en una pared es un símbolo esencialmente pasivo y este aspecto tiene importancia para el Tribunal, a la vista, en particular del principio de neutralidad”* y, por lo tanto, no podría atribuirse una posible influencia sobre los alumnos comparable a la que puede tener un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas.

Postura laica del Estado provincial. Patrimonio histórico cultural. La pequeña réplica de la Virgen de Luján, además de no configurar un abandono de la postura laica por parte del Estado Provincial, es una manifestación viva de su patrimonio intangible histórico-cultural y de la tolerancia religiosa a la que aspiran nuestras normas constitucionales (v. cf. art. 75 inc. 22, CNA y 11 de la CPBue, 26.2, DUDH; 13.1, PIDESC y 29.1, especialmente 29.1, “d”, CDN y art. 4, § 2 de la Res. De la Asamblea General de las Naciones Unidas, *“Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones”*: *“Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia”*).

Íconos religiosos. Tradiciones. Tal como surge de la doctrina del caso *“Lautsi y otros c. Italia”*, determinados íconos van más allá de lo meramente religioso, son parte muchos de ellos de las tradiciones de carácter ancestral que poseen todas las naciones, incluida la nuestra. A modo de ejemplo, *“El gaucho Martín Fierro”* de José Hernández es una obra que excede lo meramente literario, expandiendo su influencia al plano de las tradiciones más profundas que identifican a gran parte de la población argentina, más allá de que la mayoría de los habitantes de nuestro país en la actualidad no viven en el ámbito rural, lugar donde se desarrolla aquel libro.

Margen de apreciación nacional. Volviendo a lo actuado por la Cámara de Diputados aquí cuestionado, y haciendo uso del criterio sustentado por la Corte Europea de Derechos

Humanos, en el referido caso “Lautsi”, la resolución legislativa encuentra su justificación en el denominado “*margen de apreciación*”. Este concepto jurídico claramente indeterminado, consiste en que el operador jurídico debe mostrarse tolerante con la posición adoptada por la autoridad estatal, siempre y cuando respete “*los límites que pueden imponerse a un derecho fundamental bajo unas circunstancias determinadas*” (conf. Francisco José Pascual Vives: “*El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos*”).

Declaración de Principios sobre la Tolerancia. Tal como se recuerda en la “*Declaración de Principios sobre la Tolerancia*” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 16 de noviembre de 1995) ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “*toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*” (Artículo 18), “*de opinión y de expresión*” (Artículo 19) y que la educación “*favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos*” (Artículo 26) (v. cc. “*Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*” de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981, resolución 36/55). Que como se ha definido en el artículo primero de la mencionada “*Declaración de Principios sobre la Tolerancia*”: “*La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos*”.