

Libertad religiosa
Aspectos jurídicos

Hernán Víctor Gullco


ediciones**Didot**

Índice

Estado y religión: La mirada constitucional de Hernán Gullco . .	11
Por Marcelo Alegre	
Introducción	15
Capítulo I. Los antecedentes históricos de la libertad religiosa .	43
1. Sus difíciles orígenes	43
2. Los primeros desarrollos constitucionales en materia de libertad religiosa	56
Capítulo II. El concepto constitucional de “religión”	59
1. El concepto tradicional	59
a. La situación en los Estados Unidos	60
b. El concepto de “religión” en la Constitución Nacional	66
2. El concepto moderno: libertad de “conciencia”	70
Capítulo III. La “seriedad”, la “veracidad” o la “importancia” de la creencia como posible requisito para la tutela constitucional	77
Capítulo IV. La libertad de conciencia y el intento estatal de inculcar ciertos valores seculares en los individuos	87
1. Introducción	87
2. Los casos estadounidenses	88
3. Los casos argentinos	95
4. Los casos europeos	104
5. Conclusión	117
Capítulo V. La libertad de conciencia y la cuestión de la neutralidad religiosa del Estado	121
1. El alcance del artículo 2° de la Constitución Nacional. Introducción	121
2. Los debates de la Convención Constituyente	125
3. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de la Nación . .	128

Índice

4. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de neutralidad religiosa del Estado	131
5. La aplicación de estos principios al derecho argentino	139
6. La preferencia a las religiones como una afectación al derecho a un acceso igualitario a los tribunales	144
7. La educación religiosa en las escuelas públicas	145
8. El secularismo, ¿es una religión?	152
9. Conclusión	155
Capítulo VI. El conflicto entre intereses estatales presuntivamente legítimos y el derecho a la libertad religiosa . .	157
1. La adopción por parte de la Corte estadounidense de la doctrina del caso <i>Sherbert</i>	157
2. El abandono de la doctrina del caso <i>Sherbert</i>	162
3. Análisis de la jurisprudencia estadounidense examinada. Argumentos a favor de <i>Reynolds</i> y <i>Smith</i>	164
4. Las críticas a <i>Smith</i>	168
5. Una propuesta de solución	171
Capítulo VII. La aplicación del principio de daño en la práctica .	179
1. La negativa de las personas a recibir tratamiento médico por razones religiosas	179
2. La circuncisión y la libertad religiosa	187
3. La libertad religiosa y el servicio militar	191
4. La institución del matrimonio civil y la libertad de conciencia . .	193
5. La poligamia y la libertad religiosa	197
6. La objeción de conciencia de los funcionarios públicos	204
Capítulo VIII. La libertad religiosa y su conflicto con otros derechos individuales	211
1. Introducción	211
2. Los conflictos religiosos en las relaciones de familia	214
3. La libertad religiosa y el derecho de propiedad	217
4. El derecho a no ser discriminado y su conflicto con la libertad religiosa	221
Capítulo IX. Conclusiones	237
Anexo jurisprudencial	241
Bibliografía	307

Estado y religión: la mirada constitucional de Hernán Gullco

Marcelo Alegre

Profesor Titular de Filosofía y Derecho (UBA-Derecho)

Me sentí muy honrado cuando Hernán Gullco me pidió que fuera su Consejero de Estudios y su Director de Tesis para su proyecto de investigación doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre los aspectos jurídicos de la libertad religiosa. Además de honrado, a decir verdad, me sentí un poco confundido, toda vez que era bien consciente que Hernán sabe mucho más que yo de Derecho Constitucional.

Sí creí que podría serle de alguna utilidad en su esfuerzo por reconstruir una filosofía constitucional liberal y progresista sobre la religión y el estado, buscando como resultado una investigación que además de brindar respuestas plausibles a un conjunto de problemas, proponga una atractiva visión filosófico-constitucional que enmarque las propuestas prácticas.

En lo principal este trabajo de investigación repasa los hitos históricos más importantes en materia de libertad religiosa; plantea y elucida interrogantes conceptuales (delimitación de la idea de “religión”); asume una perspectiva de derechos humanos que reposa en los tratados de derechos humanos aplicables; examina los límites al poder estatal en materia de controversias vinculadas a la conciencia; estudia las consecuencias de la postura que demanda una neutralidad estatal en materia religiosa; y analiza el grado de autonomía de las asociaciones religiosas en punto a posibles conflictos con otros derechos.

El abordaje metodológico se centra en general en el análisis de decisiones jurisprudenciales nacionales y comparadas, pero sin descuidar el respaldo teórico: la tesis presupone una mirada liberal democrática y concluye que la libertad religiosa, antes que una afirmación aislada y especial, resulta de una combinación de otras libertades y derechos, tales como asociación, privacidad, expresión, etcétera.

Esta conclusión es muy importante en la práctica, por ejemplo respaldando la idea de proteger a la par, a los objetores religiosos y no religiosos (como lo estableció la Corte en “Portillo”). En otras palabras, en una sociedad bien ordenada la libertad en materia religiosa, que abarca tanto a los creyentes como

a ateos y agnósticos, encontrará una protección suficientemente robusta como resultado del imperio del resto de los derechos fundamentales. Por lo tanto, aunque la Constitución ideal ni siquiera incluyera un derecho expreso a la libertad en materia religiosa, ese derecho estaría suficientemente salvaguardada por la protección y reconocimiento del resto de los derechos fundamentales, como los derechos a la libertad de conciencia, libertad de expresión, libertad de asociación, intimidad, privacidad, entre otros.

Esta concepción de Gullco lo ubica, en esta discusión sobre el supuesto carácter especial de la religión, en el bando de Ronald Dworkin¹ y Brian Leiter² y a buena distancia de la posición sobre el tema de Martha Nussbaum³, argumenta que la libertad religiosa protege, en última instancia, la capacidad humana de indagar sobre el sentido último de la vida. Dworkin considera que la libertad religiosa está cubierta por un principio de respeto a la independencia ética de las personas, por lo tanto niega que la libertad religiosa posea un peso especial. Leiter, por otro lado, niega que la religión merezca una protección especial por una razón diferente. Según él las características distintivas de la religiosidad (la categoricidad de sus mandatos y el apartamiento de ciertos estándares de racionalidad y prueba) no son especialmente admirables.

Sin comprometerse con la posición abiertamente impugnadora de la religiosidad de Leiter, encuentro la posición de Gullco más cercana a la perspectiva de Dworkin, con una salvedad. Entiendo que Gullco es más flexible para acomodar a los objetores (sean o no religiosos) que lo que Dworkin se manifiesta en su libro sobre religión, a mi juicio un giro importante respecto de los escritos de las décadas del 60 y el 70 sobre los objetores y desobedientes en su libro *Los Derechos en Serio*⁴.

Estas discusiones filosóficas ocuparon una parte importante de nuestras muchas reuniones de trabajo. Quedo muy satisfecho en relación al objetivo formativo del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho, toda vez que, como lo anticipaba, he aprendido muchísimo de mí dirigido.

En particular me ha llevado a ver con mayor claridad un aspecto en el que la religión sí puede considerarse especial, a saber, en su carácter especialmente frágil o riesgoso. La religiosidad enfrenta a los creyentes con ciertos riesgos, como los de la irracionalidad, el autoritarismo moral, la exclusión de grupos

¹ Dworkin, R. (2013), *Religion without god*.

² Leiter, B. (2013), *Why tolerate religion?* Princeton: Princeton University Press.

³ Nussbaum, M. C. (2008), *Liberty of conscience: In defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books.

⁴ Dworkin, R. (1977), *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

y personas, etcétera. El reconocimiento de este riesgo no presupone una actitud ni favorable ni cuestionadora de la religiosidad, y solo intenta recoger las lecciones de la historia. Este rasgo de fragilidad o riesgo no puede estar ausente en cualquier teoría sobre el carácter especial de la religión que intente fundamentar una protección constitucional extra para los creyentes en relación al resto. La consecuencia práctica de este reconocimiento, a mi juicio, es que quien defiende una protección extra para la religiosidad deberá afirmar al mismo tiempo una protección extra frente a los peligros de la religiosidad. De esta manera el creyente y el ateo están, constitucionalmente, en el mismo bote, y cuanto más se proteja a los primeros, más se deberá proteger a los últimos. Si esa perspectiva que propongo es adecuada, entonces reconocer el carácter especial de la religión no implica favorecer un trato desigualitario a favor de las personas religiosas vis a vis las no religiosas.

La obra es un aporte original y relevante, y un texto ineludible para el estudio de los problemas importantes y urgentes que aborda.