

DIEZ TESIS SOBRE EL DERECHO NORTEAMERICANO DE LIBERTAD RELIGIOSA (Corte Rehnquist: 1986-2005)

1. Tratamiento independiente de cada cláusula. — 2. Restricción en el libre ejercicio de la religión. — 3. Cierta adaptación en el no-establecimiento. — 4. Descripción negativa de la libertad. — 5. Consideración individual y privatista de la religión. — 6. Un debate vivo en el contexto de una guerra cultural. — 7. Desplazamiento del derecho federal al derecho estatal en el contexto del «new federalism». — 8. Desplazamiento de la decisión judicial a la intervención legislativa. — 9. Los tres protagonistas de la USSC: O'Connor, Scalia y Souter. — 10. Y, en fin, una libertad en tensión.

En julio del 2005 la juez O'Connor presentaba su renuncia al Presidente Bush tras 24 años de actividad en el Tribunal Supremo de los EE.UU. de Norteamérica (*United States Supreme Court*, en adelante USSC) y, en septiembre, el Chief Justice William H. Rehnquist fallecía en su residencia de Virginia víctima de un cáncer de tiroides que no le apartó de su trabajo hasta el final después de 33 años en el Supremo, 19 de ellos ocupando su presidencia. La salida de estos dos magistrados ponía fin a un período importante en la vida de la USSC después de los años Warren (1953-1969) y de la Burger Court (1969-1986). La Corte Rehnquist (1986-2005) llegaba a su final. Las páginas siguientes ofrecen una visión sintética de lo que estas dos décadas han supuesto en el tratamiento jurídico de la libertad religiosa.

Durante el año judicial 2003-2004, las dos grandes controversias sobre libertad religiosa en la USSC surgieron en relación con la financiación de los estudios universitarios destinados al ministerio religioso (*Locke*⁽¹⁾) y con la permanencia de la frase «bajo Dios» (*under God*) en la fórmula de lealtad (*Pledge of Allegiance*) a la nación

(1) *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004).

(*Newdow* ⁽²⁾). En el siguiente año judicial (2004-2005), el Supremo decidió dos supuestos relativos al decálogo (*Van Orden* ⁽³⁾) y *McCreary* ⁽⁴⁾) y uno en relación con el libre ejercicio de la religión de presos bajo el amparo de la RLUIPA del 2000 (*Cutter* ⁽⁵⁾), al mismo tiempo que aceptaba la apelación frente a una decisión (*O Centro Espirita* ⁽⁶⁾) que reconocía la aplicación federal de la RFRA de 1993 en un supuesto de consumo ritual de droga — *hoasca* — y sobre cuya cuestión deberá pronunciarse la USSC en el año judicial 2005-2006. En realidad, estos hechos han sido los últimos eslabones en una larga cadena de supuestos: nacimientos navideños, *menorahs* judíos, sacrificios de animales, saludo a la bandera, distribución y venta de literatura religiosa, consumo de peyote, ejercicio de la poligamia o descanso semanal y respeto del *Sabbath*. En cada uno de estos casos, el derecho de libertad religiosa se ha visto afectado en el libre ejercicio, en el no-establecimiento o en ambas garantías constitucionales. La respuesta no ha sido siempre la misma y ha dependido de la naturaleza del caso y de la posición del intérprete. El mismo enunciado (*free exercise clause* o *establishment clause*) ⁽⁷⁾ ha merecido consideraciones diversas en función de la lectura creyente o secular de esta libertad. En un caso parece que se sigue *soñando* con la llegada de un día en el que vuelva a afirmarse la evidencia de las verdades sostenidas en el origen como manifestación de la gloria de Dios, por seguir el célebre discurso del Reverendo Martin Luther King Jr. (*I have a dream*) en las escaleras del Lincoln Memorial en Washington DC. En el otro se prefiere, con John Lennon, *imaginar* un mundo en el que no exista ya cielo ni infierno y se pueda vivir sin religión.

(2) *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S 1 (2004).

(3) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. 2854 (2005).

(4) *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 125 S.Ct. 2722 (2005).

(5) *Cutter v. Wilkinson*, 125 S.Ct. 2113 (2005).

(6) *O Centro Espirita v. Gonzales*, 289 F.3d 973 (10th Cir. 2004).

(7) «U.S. Constitution. First Amendment: Congress shall make no law respecting an establishment of religion [*establishment clause*], or prohibiting the free exercise thereof [*free exercise clause*]» (El Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión o para la prohibición del libre ejercicio de la misma), cfr. «The Constitution of the United States of America 1787» en F.N. THORPE, ed., *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the U.S.*, vol. 1 (Washington DC: Government Printing Office 1907) 29.

Lo cierto es que el estado de la libertad religiosa en el derecho norteamericano durante la Corte Rehnquist (1986-2005) puede definirse como *una libertad en tensión* que se mueve entre un cierto margen de *adaptación* en la aplicación de la cláusula de no-establecimiento y de *restricción* en la interpretación del libre ejercicio de la religión. El resultado ha sido un tratamiento jurídico confuso y fragmentario que ha llenado de incertidumbre la protección jurisdiccional del derecho de libertad religiosa. Esta situación puede sintetizarse en 10 tesis.

1. *Tratamiento independiente de cada cláusula.*

Hasta el momento, no se ha procedido a una lectura unitaria de las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda. El estudio separado de cada enunciado ha llevado a privilegiar el libre ejercicio o el no-establecimiento como criterio hermenéutico del derecho de libertad religiosa. En realidad, muchos de los casos planteados pueden examinarse desde la perspectiva del libre ejercicio o desde la garantía del no-establecimiento. La solución depende de la orientación que se le quiera dar al supuesto y de los criterios que entren en aplicación. Cada cláusula ha operado con un análisis distinto por lo que la respuesta será una u otra según la consideración del caso como de libre ejercicio o de no-establecimiento. Tratándose de la USSC, uno o dos votos son suficientes para que la balanza se incline en un sentido u otro. Y el resultado se presenta impredecible en muchos casos. El resto de la jurisprudencia federal y estatal sigue la orientación del Supremo, aunque cada circuito y Tribunal estatal mantiene también su particular doctrina.

La ausencia de una exégesis unitaria de la Primera Enmienda⁽⁸⁾ ha multiplicado las respuestas posibles en doctrina y jurisprudencia.

⁽⁸⁾ Es mas, esta ausencia de interpretación unitaria — o dialéctica entre las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda — ha llevado incluso a hablar de un *dilema constitucional*, cfr. L. PFEFFER, *Freedom and/or Separation: The Constitutional Dilemma of the First Amendment*, 64 Minn. L.Rev. 561 (1980). En semejante dilema la *establishment clause* exigiría lo que la *free exercise clause* prohibiría y esta última requeriría lo que la primera impediría: M.W. McCONNELL, «Neutrality, Separation and Accommodation: Tensions in American First Amendment Doctrine», en R.J. AHDAR, ed., *Law and Religion* (Burlington/ Vermont: Ashgate 2000) 74.

El resultado ha sido un complejo panorama de soluciones que ha llevado a la libertad religiosa a un callejón sin salida. Al carecer la USSC de una doctrina firme en la materia, los tribunales inferiores se han encontrado sin criterios seguros en la solución de los casos. Sigue siendo verdad que el juego se plantea incierto en los límites entre las dos cláusulas⁽⁹⁾. En esa frontera es donde se ha terminado por imponer — en el periodo que analizamos — una tendencia restrictiva en la aplicación de la *free exercise clause* (débil comprensión) y otra acomodaticia en la *establishment clause* (una separación más frágil, menos firme).

2. Restricción en el libre ejercicio de la religión.

La decisión *Smith*⁽¹⁰⁾ de 1990 rechazaba la doctrina de las exenciones por libre ejercicio como constitucionalmente requeridas. Permitía, eso sí, exenciones concedidas por los órganos legislativos. De este modo, *Smith* — a través de un *principio de neutralidad formal* — evitaba la operación de balance establecida en la doctrina *Sherbert-Yoder*⁽¹¹⁾ ante una norma neutral y de general aplicación que produjera una concreta carga sobre una conducta religiosa. En esos casos, ahora ya no sería necesario atender a la naturaleza del interés estatal invocado (*compelling state interest*) ni a si constituye o no la medida menos restrictiva (*least restrictive means*) para alcanzarlo. La doctrina *Smith* fue confirmada por la USSC tres años más tarde en *Lukumi*⁽¹²⁾ y aplicada, sin reparos, por la jurisprudencia menor de orden federal (*Munn, Yang, St. Agnes Hospital, Cornerstone Bible Church, Salvation Army o Hubbard*)⁽¹³⁾. En cambio, los tribunales

⁽⁹⁾ «Las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda disponen que: «El Congreso no promulgará ninguna ley que suponga establecimiento de la religión o prohibición de su libre ejercicio». Estas dos cláusulas, no-establecimiento y libre ejercicio, están frecuentemente en tensión (...) nosotros hemos sostenido que hay espacio para actuar en sus límites (*there is room for play in the joints*)», cfr. *Locke v. Davey*, at 718 [Rehnquist, J., *delivering*].

⁽¹⁰⁾ *Employment Div., Or. Dept. Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁽¹¹⁾ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

⁽¹²⁾ *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

⁽¹³⁾ *Munn v. Algee*, 924 F.2d 568 (5th Cir. 1991); *Yang v. Sturner*, 750 F.Supp. 558 (RI 1990); *St. Agnes Hospital v. Riddick*, 748 F.Supp. 319 (D. Md. 1990); *Cornerstone Bible Church v. City of Hastings*, 948 F.2d 464 (8th Cir. 1991); *Salvation Army v.*

estatales se han mostrado más receptivos al estricto escrutinio y a las pretensiones de libre ejercicio (*Hershberger, Boston Landmarks Commission, Donahue* o *Humphrey*)⁽¹⁴⁾. En 1993 el Congreso rechazó la doctrina del 90 con la promulgación de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA)⁽¹⁵⁾ que fue parcialmente anulada — en su aplicación estatal — por el Supremo en 1997 (*Flores*)⁽¹⁶⁾. Tras diversos intentos legislativos, la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA)⁽¹⁷⁾ volvía en el 2000 a restaurar limitadamente el estricto escrutinio.

En cualquier caso, dentro de los márgenes fijados en la decisión del 90, la doctrina *Sherbert* ha seguido siendo parcialmente aplicada en los supuestos siguientes: cuando la normativa o práctica impugnada no fuera neutral o de general aplicación (*Fraternal Order of Police, Rader, Tenaflly* o *First Covenant Church*)⁽¹⁸⁾; casos de compensación económica por desempleo y, en general, en aquellos supuestos en los que los esquemas reguladores exijan una evaluación individualizada (*Sherbert, Hobbie* y *Thomas*)⁽¹⁹⁾; y aquellos otros de naturaleza híbrida (presencia de otra garantía constitucional, como fundamentalmente el derecho de libertad de expresión [*Cantwell, Cornerstone Bible Church, Knight, Daniels* o *Krafchow*])⁽²⁰⁾ o el derecho de los pa-

Department of Community Affairs, 919 F.2d 183 (3rd Cir. 1990); *Hubbard v. Buffalo Indep. Sch. Dist.*, 20 F. Supp. 2d 1012 (W.D. Tex. 1998).

⁽¹⁴⁾ *State of Minnesota v. Hershberger*, 462 N.W.2d 393 (Minn. 1990); *Society of Jesus v. Boston Landmarks Commission*, 408 Mass. 38 (Mass. 1990); *Donahue v. Fair Employ. & Housing Commission*, 2 Cal. Rptr. 2d 32 (C.A. Cal. 1991); *Humphrey v. Lane*, 89 Ohio St. 3d 62 (Oh. 2000).

⁽¹⁵⁾ *A bill to protect the free exercise of religion* (RFRA of 1993), 42 U.S.C. Sec. 2000bb to 2000bb-4, Public Law 103-141, Sec. 7, Nov. 16, 1993, 107 Stat. 1489.

⁽¹⁶⁾ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

⁽¹⁷⁾ *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA), 42 U.S.C. Sec. 2000cc to 2000cc-5, Public Law 106-274, Sec. 8, Sept. 22, 2000, 114 Stat. 806

⁽¹⁸⁾ *Fraternal Order of Police Newark v. City of Newark*, 170 F.3d 359 (3rd Cir. 1999); *Rader v. Johnston*, 924 F.Supp. 1540 (D.Neb. 1996); *Tenaflly Eruv Association, Inc. v. Borough of Tenaflly*, 309 F.3d 144 (3rd Cir. 2002); *First Covenant Church of Seattle v. City of Seattle*, 840 P.2d 174 (Wash. 1992).

⁽¹⁹⁾ *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 U.S. 136 (1987); *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707 (1981).

⁽²⁰⁾ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *Knight v. State of Connecticut Dept of Public Health*, 275 F.3d 156 (2nd Cir. 2001); *Daniels v. City of Arlington, Texas*, 254 F.3d 72 (5th Cir. 2001); *Krafchow v. Woodstock*, 62 F. Supp. 2d 698 (N.D.N.Y. 1999).

dres sobre los hijos [*Yoder* o *Zummo*] ⁽²¹⁾, no así el de asociación [*Salvation Army*]). Por otra parte, se ha señalado ya que — en el nivel federal — la USSC aceptó, en el mes de abril del 2005, el recurso de apelación ⁽²²⁾ presentado frente a una decisión del décimo circuito (*O Centro Espirita*) que admitió en el 2004 la aplicación federal de la RFRA de 1993 como ya lo hiciera el octavo circuito en 1998 (*In re Young*) ⁽²³⁾. Además, en el orden federal y estatal, la doctrina *Sherbert-Yoder* sigue siendo preceptiva en los dos supuestos contemplados en la RLUIPA del 2000 (legislación urbana y derechos de personas confinadas en instituciones penitenciarias o sanitarias). La USSC, hasta el 2005, no se había pronunciado acerca de la constitucionalidad de la legislación del 2000. En relación con la sección 3ª de la ley, el alto tribunal había rechazado la apelación presentada en un caso (*Mayweathers*) ⁽²⁴⁾ en el 2004 pero aceptó otro recurso al año siguiente en *Cutter* y falló a favor de su validez constitucional ⁽²⁵⁾. En la actualidad, las controversias sobre RLUIPA superan el centenar siendo, en su gran mayoría, referidas a las ordenanzas municipales de urbanismo (*zoning laws*) que son objeto de protección en la sección 2ª de la ley, sobre cuya validez aún no se ha manifestado la USSC al no querer entrar — en el último año judicial — en el recurso planteado frente a una decisión del undécimo circuito que afirmó la constitucionalidad de la sección legal (*Midrash*) ⁽²⁶⁾.

Por otra parte, es posible observar un *desplazamiento del derecho de libre ejercicio al derecho de expresión* («free speech»). Si la religión se percibe como una idea más puede encontrar en el derecho de expresión ideológica un lugar especial de protección, máxime cuando se ha pretendido que la libertad de expresión figure como la libertad central de la Primera Enmienda. Hoy es frecuente considerar esta Enmienda como la sede de las garantías de expresión y de prensa que han pasado a ocupar la *primacía* de las libertades. En la

⁽²¹⁾ *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. Super. 1990).

⁽²²⁾ Cfr. *Gonzales v. O Centro Espirita, Beneficente Uniao Do Vegetal*, 125 S.Ct. 1846 (2005) [Writ of certiorari granted: April 18, 2005].

⁽²³⁾ *Christians v. Crystal Evangelical Free Church* (In re Young), 141 F.3d 854 (8th Cir. 1998).

⁽²⁴⁾ *Alameida v. Mayweathers*, 540 U.S. 815 (2003).

⁽²⁵⁾ Vid *supra*, nota n. 5.

⁽²⁶⁾ *Surfside v. Midrash Sephardi*, 125 S.Ct. 1295 (2005) [Writ of certiorari denied: Feb. 22, 2005].

actual sociedad norteamericana, estas libertades se asocian de inmediato a la Primera Enmienda, no así la libertad religiosa. Además, dado que *Smith* permite el recurso al *Sherbert test* en casos de naturaleza híbrida, a menudo se ha recurrido al derecho de libertad de expresión para poder realizar la operación de balance.

Finalmente, las *controversias sobre free exercise* se han ido situando en la tres esferas siguientes: en el campo de la libertad de expresión religiosa en un foro público o no (*Airport Commissioners*, *ISKCON v. Lee*, *Watchtower* u *Oregon Arena*)⁽²⁷⁾, en el ámbito escolar por el profesor (*Helland*, *Marchi*, *Downing* o *LeVake*)⁽²⁸⁾ o el alumno (*Egg Harbor* o *C.H. v. Oliva*)⁽²⁹⁾ y en el actual debate cultural en relación con el aborto (*Rigdon* o *Henderson*)⁽³⁰⁾ o con la homosexualidad (*American Family Association*)⁽³¹⁾; en el libre ejercicio de ciertas minorías, como judíos (*Shaare Tefila*, *Hack* o *Tenafly*)⁽³²⁾, musulmanes (*O'Lone*)⁽³³⁾, indios americanos (*Lyng* o *Bear Lodge*)⁽³⁴⁾, amish (*Hershberger* o *Miller*)⁽³⁵⁾ o miembros de las santería (*Lukumi*), ante el peligro de discriminación religiosa; y en el ámbito laboral con supuestos de discriminación (*Amos*)⁽³⁶⁾, de adaptación a las creencias religiosas (*Berry*)⁽³⁷⁾ y *Endres*)⁽³⁸⁾, de beneficios por de-

(27) *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987); *ISKCON v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992); *Watchtower Bible and Tract Society v. Stratton, Ohio*, 536 U.S. 150 (2002); *Lee v. Oregon Arena*, 276 F.3d 550 (9th Cir. 2002).

(28) *Helland v. South Bend Community School Corp.*, 93 F3d 327 (7th Cir. 1996); *Marchi v. Board of Cooperative Educational Services*, 173 F3d 649 (2nd Cir. 1999); *Downing v. West Haven Board of Education*, 162 F.Supp. 2d 19 (D. Conn. 2001); *LeVake v. Independent School District*, 625 N.W.2d 502 (C.A. Minn. 2001).

(29) *Walz v. Egg Harbor Township Board of Education*, 342 F.3d 271 (3rd Cir. 2003); *C.H. v. Oliva*, 226 F.3d 198 (3rd Cir. 2000).

(30) *Rigdon et al. v. Perry*, 962 F. Supp. 150 (D. DC. 1997); *Henderson v. Stalder*, 287 F.3d 374 (5th Cir. 2002).

(31) *American Family Association v. City and County of San Francisco*, 537 U.S. 886 (2002).

(32) *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*, 481 U.S. 615 (1987); *Hack v. Yale*, 237 F.3d 81 (2nd Cir. 2000).

(33) *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987).

(34) *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1988); *Bear Lodge et al. v. Babbitt*, 175 F.3d 814 (10th Cir. 1999).

(35) *Commonwealth of Pennsylvania v. Jonas Miller*, 847 A.2d 1281 (Pa. 2004).

(36) *Corp. of the Presiding Bishop Ch. Jesus Christ v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987).

(37) *Berry v. US Air Force*, Civil No 02-1725 (D. DC. August, 2002).

(38) *Endres v. Indiana State Police*, 334 F.3d 618 (7th Cir. 2003).

empleo (*Hobbie y Frazee*) y de libre expresión en el trabajo por medio del discurso (*Polk County, Altman, Tucker, Asselin, Knight o Gunning*)⁽³⁹⁾ o de la presencia física (*Fraternal Order, Daniels o Humphrey*). En todo caso, los supuestos más recientes tienen que ver con la RLUIPA en supuestos de *zoning laws* (*Murphy, Freedom Baptist Church, San Jose, Cottonwood Christian Center, Five Ave Presbyterian Church, Elsinore, Lighthouse o Midrash Sephardi*)⁽⁴⁰⁾ o de medidas adoptadas en instituciones penitenciarias (*Verhagen, Gerhardt, Johnson, Mayweathers, Madison, Ghashiyah, Cancel o Custer*)⁽⁴¹⁾.

3. *Cierta adaptación en el no-establecimiento.*

En el tratamiento jurídico de la *establishment clause* se puede apreciar un debilitamiento de la estricta separación mantenida en épocas pasadas. Hoy el muro de separación no es tan rígido o firme

⁽³⁹⁾ *Brown v. Polk County, Iowa*, 61 F.3d 650 (8th Cir. 1995); *Altman v. Minnesota Department of Corrections*, 251 F.3d 1199 (8th Cir. 2001); *Tucker v. State of California Department of Education*, 97 F.3d 1204 (9th Cir. 1996); *Asselin v. Santa Clara*, 185 F.3d 865 (9th Cir. 1999); *Gunning et al. v. Runyon*, 3 F. Supp. 2d 1423 (S.D. Fl. 1998).

⁽⁴⁰⁾ *Murphy v. Zoning Commission of the Town of New Milford*, 148 F.Supp. 2d 173 (D. Conn. 2001), *Murphy v. Zoning Commission of the Town of New Milford*, 289 F. Supp. 2d 87 (D. Conn. 2003); *Freedom Baptist Church of Delaware County v. Township of Middletown*, 204 F. Supp. 2d 857 (E.D. Pa. 2002); *San Jose v. City of Morgan Hill*, No. C01-20857 RMW, [Re Docket No. 35], 2002 U.S. Dist. LEXIS 4517 (N.D. Ca. March 5, 2002), 360 F.3d 1024 (9th Cir. 2004); *Cottonwood Christian Center v. City of Cypress*, 218 F. Supp. 2d 1203 (C.D. Ca. 2002); *Fifth Ave. Presbyterian Church v. City of New York*, 293 F.3d 570 (2nd Cir. 2002); *Elsinore Christian Center v. City of Lake Elsinore*, CV 01-04842 SVW (RCx), 2003 U.S. Dist. LEXIS 11301 (C.D. Ca. June 23, 2003); *Lighthouse Institute for Evangelism v. City of Long Branch*, 125 S.Ct. 1061 (2005); *Lighthouse Institute for Evangelism v. City of Long Branch*, 100 Fed.Appx. 70 (3rd Cir. 2004); *Midrash Sephardi, Inc., v. Town of Surfside*, 366 F.3d 1214 (11th Cir. 2004).

⁽⁴¹⁾ *Charles v. Verhagen*, 220 F. Supp. 2d 955 (WD Wi. 2002), *Charles v. Verhagen*, 348 F.3d 601 (7th Cir. 2003); *Johnson v. Martin*, 223 F. Supp.2d 820 (W.D. Mich. 2002); *Gerhardt v. Lazaroff*, 221 F.Supp. 2d 827 (SD Ohio 2002); *Mayweathers v. Newland*, 314 F.3d 1062 (9th Cir. 2002); *Madison v. Riter*, 240 F. Supp. 2d 566 (WD Va. 2003), *Madison v. Riter*, 355 F.3d 310 (4th Cir. 2003); *Ghashiyah v. Wisconsin*, 250 F. Supp. 2d 1016 (ED Wi. 2003); *Cancel v. Mazzuca*, 01 Civ. 3129 (NRB), 2003 U.S. Dist. LEXIS 4888 (S.D.N.Y. March 26, 2003); *Williams v. Bitner*, 285 F. Supp. 2d 593 (M.D. Pa. 2003).

como fuera interpretado en *Everson* ⁽⁴²⁾ o en *Lemon* ⁽⁴³⁾, a pesar de que estas dos decisiones no han sido anuladas hasta la fecha. Esta adaptación (*accommodation*) se puede constatar en los dos casos siguientes: en supuestos de asistencia financiera en el ámbito escolar y ante la presencia de otro derecho protegido como el de libertad de expresión.

La USSC ha reconocido la constitucionalidad de programas de ayuda pública destinados a intérpretes en la escuela religiosa para alumnos discapacitados (*Zobrest* ⁽⁴⁴⁾), a profesores de la escuela estatal para la atención de alumnos desaventajados de las escuelas parroquiales (*Agostini* ⁽⁴⁵⁾), a medios educativos como libros u ordenadores (*Mitchell* ⁽⁴⁶⁾) o al bono escolar (*voucher program*) para financiar la matrícula en las escuelas religiosas (*Zelman* ⁽⁴⁷⁾). La más controvertida de todas estas medidas ha sido la última. Ya se verá si la nueva composición del Tribunal producirá una marcha atrás en la consideración favorable del bono escolar. Se ha tratado, eso sí, de evitar una expansión de esta doctrina como ha tenido lugar en *Locke* ⁽⁴⁸⁾ y *Hibbs* ⁽⁴⁹⁾.

Por otra parte, el derecho de libertad de expresión en un foro público ha permitido la reunión y presencia de grupos religiosos en las escuelas estatales (*Mergens*, *Lamb's Chapel* o *Good News Club*) ⁽⁵⁰⁾, la distribución de folletos por organizaciones religiosas (*Hills v. Scottsdale* ⁽⁵¹⁾) y la financiación de revistas religiosas de estudiantes universitarios (*Rosenberger* ⁽⁵²⁾). Es más, el Supremo no ha autorizado exposiciones públicas como Decálogos o nacimientos na-

⁽⁴²⁾ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

⁽⁴³⁾ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

⁽⁴⁴⁾ *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993).

⁽⁴⁵⁾ *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).

⁽⁴⁶⁾ *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000).

⁽⁴⁷⁾ *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

⁽⁴⁸⁾ *Vid supra*, nota n. 1.

⁽⁴⁹⁾ *Hibbs v. Winn*, 542 U.S. 88 (2004).

⁽⁵⁰⁾ *Westside Community Schools v. Mergens*, 496 U.S. 226 (1990); *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 385 (1993); *Good News Club v. Milford Central School*, 533 US 98 (2001).

⁽⁵¹⁾ *Scottsdale Unified School District N° 48 v. Hills*, 540 US 1149 (2004); *Hills v. Scottsdale Unified School District N° 48*, 329 F.3d 1044 (9th Cir. 2003).

⁽⁵²⁾ *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

videños (*Allegheny, O'Bannon, Moore* o *McCreary* — no así en *Van Orden*-) ⁽⁵³⁾ pero, en cambio, sí que ha incluido como libertad de expresión la exposición pública de una gran cruz latina al Ku Klux Klan (*Pinette* ⁽⁵⁴⁾). Por el contrario, en los supuestos de oración escolar no se ha permitido adaptación alguna (*Weisman* o *Santa Fe*) ⁽⁵⁵⁾, a pesar de las sentencias *Brown v. Gilmore* ⁽⁵⁶⁾ (momento de silencio), *Adler v. Duval* ⁽⁵⁷⁾ (reflexiones genéricas) o *Newdow* ⁽⁵⁸⁾ (la expresión *under God* de la *Pledge*).

En los casos de no-establecimiento, los tribunales han venido aplicando inconstantemente los tres criterios siguientes: *Lemon, endorsement* y *coercion test*. La doctrina establecida en *Lemon* exige — a fin de comprobar la constitucionalidad de una medida que pueda comprometer la separación exigida en la *establishment clause* — los tres siguientes requisitos: que la finalidad o propósito sea secular; que su efecto primario ni avance ni prohíba la religión; y que evite una estrecha vinculación (*excessive entanglement*) con la religión. Este examen no ha sido formalmente anulado desde que se estableciera en 1971 pero sí que ha sido — en cierta medida — abandonado por la USSC en los años Rehnquist. O'Connor propuso, por vez primera, en 1984 (*Lynch*) el *endorsement test* por el que se pretendía corregir el segundo elemento del *Lemon test* para analizar si la normativa o práctica suponía un respaldo (*endorsement*) de la religión que hiciera sentirse a unos dentro (*insiders*) y a otros fuera (*outsiders*). Este criterio fue retocado por su creadora en *Pinette* (1995)

⁽⁵³⁾ *Allegheny County v. ACLU of Pittsburgh*, 492 U.S. 573 (1989); *O'Bannon v. Indiana Civil Liberties Union, et al.*, 534 U.S. 1162 (2002) [Certiorari denied: February 25, 2002] *Indiana Civil Liberties Union v. Frank O'Bannon, Gov. of Indiana*, 259 F.3d 766 (7th Cir. 2001); *Moore v. Glassroth*, 124 S.Ct. 497 (2003) [Writ of certiorari denied: November 3, 2003] *Glassroth v. Moore*, 335 F.3d 1282 (11th Cir. 2003).

⁽⁵⁴⁾ *Capitol Square Review Board v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995).

⁽⁵⁵⁾ *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

⁽⁵⁶⁾ *Brown v. Gilmore*, 534 U.S. 996 (2001) [Writ of certiorari denied: Oct. 29, 2001]; *Gilmore v. Brown*, 258 F.3d 265 (4th Cir. 2001).

⁽⁵⁷⁾ *Emily Adler v. Duval County Sch. Board*, 534 U.S. 1065 (2001) [Certiorari denied: Dec. 10, 2001]; *Adler v. Duval County School Board*, 250 F.3d 1330 (11th Cir. 2001); *Adler v. Duval County School Board*, 206 F.3d 1070 (11th Cir. 2000).

⁽⁵⁸⁾ *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004); *Newdow v. US*, 321 F.3d 772 (9th Cir. 2003); *Newdow v. US*, 313 F.3d 500 (9th Cir. 2002); *Newdow v. US*, 292 F.3d 597 (9th Cir. 2002).

pero se ha mantenido constante en la interpretación del Supremo. Los magistrados Scalia y Kennedy han manifestado sus reservas a este criterio por considerarlo, en la práctica, hostil hacia la religión. Así ha surgido el *coercion test* como un examen alternativo en las opiniones de estos magistrados en *Weisman* (1992), a fin de evitar el peligro de *coacción* cuando el gobierno asume un papel en el ejercicio religioso por promover ciertas actividades como la oración en las escuelas públicas. En la jurisprudencia menor (federal y estatal) se ha recurrido más al *Lemon test* y, especialmente, al *respaldo a la religión* ofrecido por O'Connor. En todo caso, los Tribunales se han mostrado bastante inseguros en este punto y es de suponer que los criterios en la interpretación y aplicación de la *establishment clause* se definirán mejor en los próximos años.

Finalmente, las *controversias sobre no-establecimiento* se han situado en los campos siguientes. En primer lugar, el principal sector ha seguido siendo el de la enseñanza con las cuestiones relativas a los departamentos, programas o prácticas escolares (*Kiryas Joel*, *Pataki*, *Stark*, *Bauchman*, *Di Bari*, *Washegesic*, *Di Loreto* o *Renzi*)⁽⁵⁹⁾, a la asistencia financiera destinada a escuelas confesionales (*Zobrest*, *Agostini*, *Mitchell*, *Zelman*, *Hibbs* y *Locke*) y a la oración en las escuelas públicas (*Weisman*, *Santa Fe*, *Brown*, *Adler* y *Newdow*). En segundo lugar, las manifestaciones públicas de la religión en una sociedad secular también es una cuestión que ha suscitado numerosas controversias, especialmente en relación con la exposición del Decálogo pero también con la exhibición de cruces, nacimientos navideños o candelabros judíos (*Paulson*, *Pinette*, *Allegheny*, *Schundler*,

(59) *Board of Educ. Kiryas Joel Village Sch. District et al. v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994); *Grumet et al. v. Pataki*, 93 N.Y.2d 677 (NY 1999); *Stark v. Independent School District*, 523 U.S. 1094 (1998) [Certiorari denied: April 27, 1998] *Stark v. Independent School District*, 123 F.3d 1068 (8th Cir. 1997); *Bauchman v. West High School*, 524 U.S. 953 (1998) [Certiorari denied: June 26, 1998], *Bauchman v. West High School*, 132 F.3d 542 (10th Cir. 1997); *DiBari v. Bedford Central School District*, 534 U.S. 827 (2001) [Certiorari denied: Oct. 1, 2001], *DiBari v. Bedford Central School District*, 245 F.3d 49 (2nd Cir. 2001), *DiBari v. Bedford Central School District*, 45 F. Supp. 2d 368 (S.D. NY 1999); *Bloomingtondale Public Schools v. Washegesic*, 514 U.S. 1095 (1995) [Writ of certiorari denied: May 1, 1995], *Washegesic v. Bloomingtondale Public Schools*, 33 F.3d 679 (6th Cir. 1994); *DiLoreto v. Sussman*, 196 F.3d 958 (9th Cir. 1999); *Renzi v. Connelly*, 531 U.S. 1192 (2001) [Writ of certiorari denied: February 26, 2001], *Renzi v. Connelly*, 224 F.3d 283 (4th Cir. 2000), *Renzi v. Connelly Sch. of the Holy Child, Inc.*, 61 F. Supp. 2d 440 (D. Md. 1999).

Knights of Columbus, O'Bannon, Elkhart, Adland, King, Ashbrook o Glassroth)⁽⁶⁰⁾. Del mismo modo, el reconocimiento o asunción oficial de ciertas tradiciones religiosas como festividades, oraciones o lemas estatales ha provocado diversas polémicas (*Metzl, Cammack, Ganulin, Granzeier, CarMax, Kurtz, Snyder, Constangy, Coles, Mellen, Capitol Square o Briggs*)⁽⁶¹⁾. Por otra parte, la concesión de exenciones fiscales o la ayuda económica a entidades religiosas que desarrollen una actividad caritativa-asistencial ha sido también otra fuente de conflictos (*Bowen, Steele, Mount Pleasant, Texas Monthly, Jimmy Swaggart o Hernandez*)⁽⁶²⁾. Finalmente, el conocimiento de las controversias intra-eclesiales ha puesto en discusión la separación

⁽⁶⁰⁾ *San Diego v. Paulson*, 538 U.S. 978 (2003) [Writ of certiorari denied: April 21, 2003] *Paulson v. City of San Diego*, 294 F.3d 1124 (9th Cir. 2002); *ACLU de New Jersey v. Schundler*, 168 F.3d 92 (3rd Cir. 1999); *Knights of Columbus v. Town of Lexington*, 272 F.3d 25 (1st Cir. 2001); *City of Elkhart v. Books*, 532 U.S. 1058 (2001); *Books v. City of Elkhart*, 235 F.3d 292 (7th Cir. 2000); *Russ v. Adland*, 538 U.S. 999 (2003) [Writ of certiorari denied: April 28, 2003], *Adland v. Russ*, 307 F.3d 471 (6th Cir. 2002); *King v. Richmond County*, 331 F.3d 1271 (11th Cir. 2003); *ACLU of Ohio v. Ashbrook*, 211 F. Supp. 2d 873 (N.D. Oh. 2002), *ACLU of Ohio v. Ashbrook*, Case No.1:01CV0556, 2002 U.S. Dist.LEXIS 14096 (N.D. Oh. 2002).

⁽⁶¹⁾ *Metzl v. Leininger*, 57 F.3d 618 (7th Cir. 1995); *Metzl v. Leininger*, 850 F. Supp. 740 (ND. Il. 1994); *Cammack v. Waibee*, 505 U.S. 1219 (1992) [Writ of certiorari denied: June 29, 1992], *Cammack v. Waibee*, 932 F.2d 765 (9th Cir. 1991); *Ganulin v. United States*, 532 U.S. 973 (2001) [Writ of certiorari denied: April 16, 2001], *Ganulin v. United States*, 238 F.3d 420 (6th Cir. 2000), *Ganulin v. United States*, 71 F. Supp. 2d 824 (S.D. Ohio 1999); *Granzeier v. Middleton*, 173 F.3d 568 (6th Cir. 1999); *Harris County Texas v. CarMax*, 177 F.3d 306 (5th Cir. 1999); *Kurtz v. Baker*, 486 U.S. 1059 (1988) [Certiorari denied: June 13, 1988], *Kurtz v. Baker*, 829 F.2d 1133 (D.C. Cir.1987); *Snyder v. Murray City Corp.*, 526 U.S. 1039 (1999) [Certiorari denied: March 29, 1999], *Snyder v. Murray City Corp.*, 159 F.3d 1227 (10th Cir 1998); *North Carolina Civil Liberties Union v. Constangy*, 505 U.S. 1219 (1992) [Writ of certiorari denied: June 29, 1992], *North Carolina Civil Liberties Union v. Constangy*, 947 F.2d 1145 (4th Cir. 1991); *Coles v. Cleveland Board of Education*, 183 F.3d 538 (6th Cir. 1999); *Bunting v. Mellen*, 541 U.S. 1019 (2004) [Writ of certiorari denied: April 26, 2004], *Mellen v. Bunting*, 327 F.3d 355 (4th Cir. April 30, 2003); *ACLU of Ohio v. Capitol Square Rev. Advisory Board*, 243 F.3d 289 (6th Cir. 2001); *Briggs v. Mississippi*, 540 U.S. 1108 (2004) [Writ of certiorari denied: January 12, 2004], *Briggs v. Mississippi*, 331 F.3d 499 (5th Cir. 2003).

⁽⁶²⁾ *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589 (1988); *Steele v. Indus. Dev. Bd.*, 537 U.S. 1188 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003], *Steele v. Metro. Gov't of Nashville*, 301 F.3d 401 (6th Cir. 2002); *Legion of Christ v. Town of Mount Pleasant*, 303 A.D. 2d 507 (NY App. Div. 2d Dep't 2003); *Legion of Christ v. Town of Mount Pleasant*, 1 N.Y. 3d 406 (C.A.N.Y February 19, 2004); *Texas Monthly v. Bullock*, 489

exigida por la cláusula de no-establecimiento (*Carnesi, Cerullo, Brazauskas, Heart, Bhatti, Te-Ta-Ma Truth, Church of Christ in Hollywood* o *Kliebenstein*)⁽⁶³⁾.

4. Descripción negativa de la libertad.

En términos generales, los Tribunales y buena parte de la doctrina han venido operando con una noción de libertad reducida a inmunidad de coacción externa⁽⁶⁴⁾. El sujeto es libre si no existen obs-

U.S. 1 (1989); *Jimmy Swaggart Ministries v. California Bd. Of Equalization*, 493 U.S. 378 (1990); *Hernandez v. Commissioner of Internal Revenue*, 490 U.S. 680 (1989).

⁽⁶³⁾ *Alabama-West Florida Annual Conf. United Meth. Ch. v. Carnesi*, 537 U.S. 1190 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003] *Ferry Pass United Methodist Church v. Carnesi*, 537 U.S. 1190 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003]; *Carnesi v. Ferry Pass United Methodist Church et al.*, 826 So. 2d 954 (Fl. 2002); *Carnesi v. Ferry Pass United Methodist*, 770 So. 2d 1286 (Fl. Dist. Ct. App. 1st Dist. 2000); *Warren v. Morris Cerullo World Evangelism*, 537 U.S. 817 (2002) [Certiorari denied: October 7, 2002] *Cerullo World Evangelism v. The Superior Court of San Diego County*, 2002 Cal. LEXIS 897 (Ca. 2002); *Cerullo World Evangelism v. The Superior Court of San Diego County*, D038029, 2001 Cal. App. Unpub. LEXIS 812, December 12, 2001 (Ca. 4th Dist. Ct. App. 1st Div. 2001); *Beverly M. Brazauskas v. Fort Wayne-South Bend Diocese*, 124 S.Ct. 1602 (2004) [Writ of certiorari denied: March 8, 2004] *Beverly M. Brazauskas v. Fort Wayne-South Bend Diocese*, 796 N.E. 2d 286 (Ind. 2003); *African Meth. Episc. Zion Ch. v. From Heart Church Ministries*, 537 U.S. 1171 (2003) [Writ of certiorari denied: January 27, 2003] *Heart v. African Methodist Episcopal Zion Church*, 370 Md. 152 (CA. Md. 2002); *Singh v. Bhatti*, 537 U.S. 1194 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003] *Bhatti v. Singh*, 148 Ohio App. 3d 386 (Oh. 12th Dist. Ct. App., Butler County, 2002); *World Church of the Creator v. Te-Ta-Ma Truth Foundation*, 537 U.S. 1111 (2003) [Certiorari denied: January 13, 2003] *TE-TA-MA v. World Church Creator*, No. 02-1381, 2002 U.S.App.LEXIS 16672 (7th Cir. 2002); *TE-TA-MA v. World Church of the Creator*, 297 F.3d 662 (7th Cir. 2002); *Church of Christ in Hollywood v. Lady Cage-Barile*, 99 Cal. App. 4th 1244 (Ca. 2nd Dist. Ct. App. 1st Div. 2002); *Iowa Conf. United Methodist v. Kliebenstein*, 540 U.S. 977 (2003) [Writ of certiorari denied: October 20, 2003] *Kliebenstein v. Iowa Conference of United Methodist Church*, 663 N.W. 2d 404 (Ia. 2003).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad» en ID., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid 2000, p. 220. Una acertada exposición de esta idea de libertad negativa — junto a una inteligente crítica de la misma — la ofrece los excelentes trabajos del filósofo canadiense Charles Taylor: CH. TAYLOR, «What's wrong with negative liberty», en ID., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers II* (Cambridge/MA: Cambridge University Press, 1985) 211-229; CH. TAYLOR, «Liberal Politics and the Public Sphere», en ID., *Philosophical Arguments*, 2ª impresión (1ª 1995) (Cambridge/MA: Harvard University Press 1997) 257-287.

táculos — ajenos a él — que le impidan actuar desde fuera, más allá del respeto a ciertos límites en defensa de la paz, del orden público o de la libertad de los demás. En ese caso, no hay una idea de autorrealización o cumplimiento personal a cuyo servicio se encontraría la libertad que sería lo propio de la libertad positiva⁽⁶⁵⁾. Esto supondría hablar de cualidades, fines, bienes y de la posibilidad de error en su persecución. Ante el temor de una amenaza totalitaria que impusiera los bienes que debieran ser alcanzados, la visión negativa de la libertad impone el silencio sobre estas cuestiones y se abandona a un peligroso relativismo ético (incapaz de desenmascarar y enfrentarse a visiones erróneas del bien).

Por otra parte, junto a una visión negativa de la libertad, también se ha impuesto *una percepción formal de la igualdad*. Esta noción de igualdad no tiene en cuenta las diferencias y exige un trato uniforme de situaciones que son distintas. Al vaciarse de contenido y convertirse en una regla formal, el principio de igualdad sirve como instrumento de fuerza e imposición. No se busca que el otro pueda ejercer aquello que le identifica en su especificidad. En la medida en que eso no es compartido por otros, estos últimos lo denunciarán como trato discriminatorio. Pero, en tal caso, se impone una perspectiva sobre la otra y se vulnera la verdadera igualdad. El credo secular es profundamente combativo⁽⁶⁶⁾ y esta imposición, en su pretendida neutralidad, es tan discriminatoria como lo sería la coacción creyente.

5. *Consideración individual y privatista de la religión.*

Se ha terminado por entender que la religión es un asunto privado del individuo con Dios. Esto ha producido el olvido de la dimensión comunitaria y pública de la religión, así como su reducción a una *idea* más del agrado de cierta gente (un subtipo cultural). Al sentenciar que

(65) Cfr. I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad» en ID., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op.cit., pp. 220; 231-233; CH TAYLOR, «What's wrong with negative liberty» en *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers II*, op.cit., pp. 212-219.

(66) Cfr. CH. TAYLOR, «The Politics of Recognition», en *Philosophical Arguments*, op.cit., pp. 247-248. Para este autor, el liberalismo de la neutralidad es *combativo* porque, en primer lugar, supone una aplicación de los derechos de un modo uniforme, sin excepción, y porque, en segundo lugar, se desconfía de quienes defienden metas colectivas, sin admitir la discusión al imponer el silencio.

la religión no es una respuesta seria para los espíritus racionales del siglo XXI se ha buscado su superación a través de una doble medida: su transformación en una noción político-civil (*civil religion*)⁽⁶⁷⁾ y su silencio en la esfera pública (*naked public square*)⁽⁶⁸⁾.

6. *Un debate vivo en el contexto de una guerra cultural.*

A pesar de no alcanzar el medio centenar de decisiones, la jurisprudencia de la USSC sobre libertad religiosa durante los años Rehnquist (1986-2005) se inscribe en un contexto de abierta polémica cul-

(67) Con la expresión *religión civil* se suele designar el uso del lenguaje religioso en textos y discursos políticos, el empleo público de simbología religiosa o el desarrollo de ciertos rituales en determinadas ceremonias (juramento de cargos o saludo a la bandera). Es un concepto vago y no siempre bien delimitado pero supondría ese conjunto de creencias o de rasgos religioso-políticos que impregnan la historia y el destino de una nación, y que el Estado o el poder político utiliza (directa o indirectamente, consciente o inconscientemente) para sus fines políticos, de manera especial en ciertas ocasiones en las que se quiera fomentar la unidad o el sentido de pertenencia nacional. No se trata de una afirmación de carácter teológico o confesional sino nacional o cultural. Esto es, no hay *prescripción* de alguna verdad religiosa sino *descripción* de una situación que ni divide (más bien unifica) ni muestra preferencia alguna. Como es sabido, Robert Bellah fue quien advirtió que la Revolución norteamericana podía ser vista como el hecho final del éxodo a la Tierra de Promisión. Cfr. R.V. PIERAD, «Civil Religion», en E. FAHLBUSCH-J.M. LOCHMAN et al. editors, *The Encyclopedia of Christianity*, vol. 1: A-D (Grand Rapids/Michigan: William B. Eerdmans Publishing Co. 1999) 583 col. 1; R.N. BELLAH, «Civil Religion in America», en T.H.E. DOWDY-P.H. MCNAMARA, eds., *Religion: North American Style*, Third edition (New Brunswick/New Jersey: Rutgers University Press, 1997) 22-36 [Este artículo de Bellah apareció en «Daedalus» («Journal of the American Academy of Arts and Sciences») en 1967: R.N. BELLAH, *Civil Religion in America*, 96(1) Daedalus 1 (1967)].

(68) La metáfora de la *Public Square* ha servido para hablar de la presencia o no de la religión en la arena pública. En 1984 Richard John Neuhaus publicó un libro en el que estudiaba la democracia norteamericana y el papel que la religión desempeñaba en esta. La tesis del autor era que la esfera pública, despojada de referencias religiosas, se había convertido en un lugar vacío o desnudo (*naked*). Pero — al igual que el corazón del hombre — la plaza pública no puede permanecer vacía. Tan pronto como son desechadas las expresiones religiosas, nuevas imágenes pugnan por ocupar su lugar. Una plaza vacía no es posible. En el mejor de los casos sería una realidad transitoria. El agente encargado del control de la esfera pública (el Estado) será el que se ocupe de llenar el vacío dejado por la religión. De este modo, *una perversa noción del des-establecimiento de la religión lleva al establecimiento del Estado como Iglesia*, cfr. R.J. NEUHAUS, *The Naked Public Square. Religion and Democracy in America*, 2nd edition (Grand Rapids/Michigan: William B. Eerdmans Publishing Co. 1986) 86.

tural⁽⁶⁹⁾. Los Tribunales deben tomar partido, en sus decisiones, por la perspectiva conservadora o por la orientación liberal. Los casos más polémicos se han planteado en el sector educativo (*establishment* y *free exercise*) y en el de la libertad de expresión religiosa (*free exercise*). En los últimos años se ha ido imponiendo la regla de la mayoría. El pluralismo religioso y la diversidad de las minorías se han visto afectados por ese principio. La tolerancia y neutralidad han ocupado los valores máximos de un sistema que, sin embargo, parece operar en una única dirección: las nuevas ideocracias seculares. La neutralidad ha pasado a ser sinónimo de secularismo y la tolerancia ilustrada margina la religión como elemento oscurantista e irracional del pasado.

7. *Desplazamiento del derecho federal al derecho estatal en el contexto del «new federalism».*

La Corte Rehnquist se ha definido por una agenda moderadamente conservadora en la que uno de sus puntos centrales ha sido el mayor respeto hacia la soberanía estatal⁽⁷⁰⁾. Es cierto que en los

⁽⁶⁹⁾ Cfr. J.D. HUNTER, *Culture Wars. The Struggle to Define America* (NY: Basic-Books 1991) 42: «I define cultural conflict very simply as political and social hostility rooted in different systems of moral understanding. The end to which these hostilities tend is the domination of one cultural and moral ethos over all others».

⁽⁷⁰⁾ El federalismo es un sistema político por el que unidades soberanas deciden unirse para formar una más amplia entidad con autoridad sobre el conjunto, preservando la integridad de cada parte. El sistema federal será débil cuando las competencias de la Unión sean escasas; en cambio, será fuerte cuando el gobierno federal pueda decidir sobre un mayor número de cuestiones, algunas decisivas. La cláusula de supremacía de la Constitución norteamericana requiere que los conflictos entre poderes federales y estatales sean resueltos a favor del gobierno central, teniendo presente que aquellos poderes o facultades no asignadas al gobierno nacional están reservadas a los Estados a través de la Décima Enmienda. En cualquier caso, la tensión siempre ha existido. Si la Warren Court, con su programa liberal en defensa de las libertades, participaba de una visión claramente federalista en el sentido de intervención federal, por el contrario, la Rehnquist Court es menos dada a intervenir y más conforme con el reconocimiento de la competencia propia de cada Estado. En este sentido, la expresión *new federalism* ha servido en los últimos tiempos, desde 1970, para expresar la defensa de la soberanía de los Estados y de sus derechos frente a la Unión, algo que ha terminado imponiéndose en la Rehnquist Court formando un destacado apartado de su agenda conservadora. Finalmente, la interpretación de la 11ª Enmienda en el contexto de la relación entre los tribunales estatales y federales a través del mayor protagonismo dado a los primeros se conoce como *judicial federalism*. Cfr. J.T. NOONAN, Jr., *Narrowing the Nation's Power. The*

últimos tiempos se ha pretendido un reconocimiento mayor del derecho estatal como reacción a la utilización del poder federal que llevó adelante la *Warren Court* en defensa de su programa libertario. Así, algunos Estados han legislado en materia de libertad religiosa y sus Tribunales han seguido interpretando las cláusulas religiosas de las Constituciones estatales. En relación con la legislación, esta deferencia judicial ha producido la perplejidad de un Tribunal Supremo que, al tiempo que anulaba la aplicación estatal de la RFRA del 93, arbitraba fórmulas que permitieran la promulgación estatal de copias (RFRA's) de aquello que había anulado previamente. Y por lo que se refiere a la aplicación jurisprudencial de las cláusulas estatales, los Tribunales de cada Estado, en ciertos casos, han permitido un nivel de protección de la libertad religiosa superior al establecido por la USSC. Este desplazamiento hacia el derecho estatal es el que hace su conocimiento cada vez más necesario para el estudio de la libertad religiosa en EE.UU. Los acontecimientos vividos tras el 11 de septiembre han vuelto a subrayar el poder central de la Unión. La incorporación de magistrados liberales en el Supremo podría dar un giro a la agenda del Tribunal, aunque no parece posible desandar el camino emprendido en el respeto a la soberanía estatal conseguido en los últimos tiempos.

8. *Desplazamiento de la decisión judicial a la intervención legislativa.*

La USSC, bajo la presidencia de Rehnquist, ha mantenido un activismo conservador que asume posiciones restrictivas cuando no se ven amenazados los puntos centrales de su agenda judicial. Así surge esa deferencia hacia los órganos legislativos tan característica de los tiempos actuales⁽⁷¹⁾. Scalia ha conseguido que el Supremo

Supreme Court Sides with the States (Berkeley/CA: University of California Press 2002)

14.

(71) En la historia del derecho constitucional norteamericano se han ofrecido dos respuestas a la pregunta por el sujeto competente para marcar en cada caso la separación entre las ramas legislativa y judicial del poder: o bien es el Congreso nacional — por tratarse de una cuestión de carácter *político* (es decir, una decisión de política legislativa) —, o bien es la USSC como responsable primera de interpretar el *derecho* (puesto que nos encontramos ante aspectos de naturaleza jurídica más que política). Para quienes apuestan por la soberanía de la Unión, la cuestión es política y el órgano encargado de determinar la relación debe ser el Congreso federal como representación de la soberanía popular. Sin embargo, quienes son más dados a acentuar la soberanía indepen-

asuma que la legislación es la más indicada a la hora de establecer exenciones a la normativa general (*Smith-Lukumi*). La primacía de la ley respeta la racionalidad y mantiene el orden frente a la anarquía a la que conduciría el reconocimiento de exenciones que vaciarían la norma e introducirían inestabilidad en el sistema jurídico. Ahora bien, con la misma intensidad, la USSC niega esa deferencia cuando cuestiones federales pudieran quedar afectadas, como en el caso de la legislación federal (RFRA) del 93, según indicó en la decisión *Flores*.

9. *Los tres protagonistas de la USSC: O'Connor, Scalia y Souter.*

En los últimos tiempos, el presidente Rehnquist prefirió ocuparse de cuestiones más técnicas (el nuevo federalismo o la separación de poderes) dejando el tratamiento de la libertad religiosa a otros jueces. Aún así, en ciertas ocasiones, no perdió la oportunidad de tomar ciertos casos, en especial cuando se dieran cita aspectos federalistas (*Zobrest, Zelman, Locke* o *Van Orden*). En rigor, los tres magistrados que han ido determinando el alcance de las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda han sido: O'Connor, Scalia y Souter. La juez O'Connor ha seguido el respeto al precedente en los casos de *free exercise*. Por esta razón, se ha opuesto al principio de neutralidad formal de *Smith-Lukumi* y ha mantenido una fórmula mitigada

diente de los Estados acaban considerando que ese órgano debería ser la USSC, con la esperanza de que, llegado el momento, pudiera interponerse entre la Unión y los Estados saliendo en su defensa. La Warren Court primero y la Corte Burger después — aunque más limitadamente — dejaron que el Congreso decidiera, aún reconociendo que la USSC era el último intérprete del significado de la Constitución. El nuevo federalismo propuesto por Nixon y recibido en el Supremo por el magistrado Rehnquist reaccionará contra una política que se había servido del Congreso y de un Tribunal activista para sacar adelante su agenda política de corte libertario. Concretamente, Rehnquist en su opinión disidente en *City of Rome* se había mostrado contrario a la interpretación extensiva de la sección 5 de la Decimocuarta Enmienda: cfr. *City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156, at 209 (1980) [Rehnquist, J., *dissenting*]. Para Rehnquist, la sección 5 de la citada Enmienda no daba al Congreso el poder de prohibir prácticas estatales a no ser que judicialmente se determinara que esas prácticas violaban la Constitución, por lo que la primacía del Tribunal sobre el Congreso resultaba evidente. En conclusión, el principio que se ha impuesto en la actualidad es el de la deferencia del Supremo al poder legislativo en aquello que le pertenece a menos que resulte su actuación claramente inconstitucional, afecte a principios de la agenda del Tribunal como el nuevo federalismo y la protección de la soberanía de los Estados, o intente el Congreso colocarse por encima de una primacía que sigue conservando la USSC.

del *Sherbert test*, como había hecho, por ejemplo, en *Lyng*. Por otra parte, O'Connor ha apostado por su criterio del *endorsement test* (*Lynch* y *Wallace*) en los casos de *establishment*. En los supuestos de libre ejercicio, O'Connor no ha logrado imponer su criterio interpretativo por lo que el Supremo ha seguido empleando el principio de neutralidad propuesto por Scalia. En cambio, dónde ha tenido más fortuna ha sido en el campo del no-establecimiento. El *endorsement test* se ha aplicado en casos de financiación (*Agostini*, *Mitchell* y *Zelman*), en aquellos en los que estuviera en juego el derecho de libertad de expresión y el concepto de foro público (*Rosenberger* y *Good News Club*) y en los de oración escolar (*Weisman*, *Lamb's Chapel* y *Santa Fe*). La flexibilidad de este criterio ha permitido el recurso al mismo por conservadores (financiación y foro público) y liberales (oración escolar). Esta actuación de O'Connor le permitió afianzar su posición en el centro del Tribunal. Por su parte, Antonin Scalia lidera el ala conservadora del Supremo. Este juez ha intentado una lectura unitaria de las cláusulas religiosas a través del principio de neutralidad formal: débil *free exercise* y frágil *establishment*. Este principio de neutralidad se ha impuesto en el campo del libre ejercicio (*Smith* y *Lukumi*) pero no ha logrado avanzar en todos los casos de no-establecimiento (claramente en los de oración escolar). Finalmente, el liberal Souter ha recogido el testigo del magistrado Brennan defendiendo una fuerte lectura en el libre ejercicio (*Sherbert*) y una rigurosa comprensión del no-establecimiento (*Lemon* y *endorsement test*), pero sin hacer valer el legado de la Corte Warren en ninguno de los dos casos.

10. *Y, en fin, una libertad en tensión.*

En la actualidad, la libertad religiosa en los EE.UU. se encuentra atravesada, al menos, por las 6 siguientes tensiones: una primera tensión entre visiones seculares y creyentes de la escena pública; una segunda entre una noción positiva de libertad y otra negativa; otra más entre una lectura sustantiva de la libertad y otra formal de la igualdad; también una tensión entre las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda; igualmente la existente entre los Estados y la Unión; o, finalmente, aquella tensión entre el poder judicial y el legislativo.

Hay dos acepciones del término tensión que son aquí aplicables: en primer lugar, se dice que un cuerpo está en tensión cuando se en-

cuentra sujeto a la acción de fuerzas que lo atraen; y en segundo lugar, tensión representa también la fuerza que impide separarse a las partes de ese cuerpo en semejante estado. La libertad religiosa quedó consagrada en el derecho norteamericano a través de una doble formulación como si fuera una única libertad en dos cláusulas. Entre ellas existe una fuerza que las hace reclamarse recíprocamente: es decir, allí donde está el libre ejercicio se presenta una perspectiva determinada del no-establecimiento y viceversa. Estaríamos ante la segunda noción del término tensión. Pero también se produce la tensión en su primera acepción pues sobre el enunciado de estas dos disposiciones se han proyectado distintas fuerzas ideológicas que han provocado esta situación al atraer las cláusulas hacia sí. Entre esas fuerzas destacan dos nociones diversas de la libertad y de la religión según se trate de la perspectiva positiva-creyente o la orientación negativa-secular. En el primer caso, la libertad se encuentra al servicio de un proyecto de realización o cumplimiento personal y la religión entra de lleno en ese proyecto. La libertad es el instrumento a través del cual el hombre se realiza en la consecución de un designio vital. Y la libertad religiosa figura en tal esquema como la *primera* de las libertades. Por el contrario, la perspectiva negativa o secular no contempla fines, bienes o proyectos de vida que hicieran de ésta algo bueno o excelente. La libertad se definiría por la autonomía e indiferencia entre contrarios y se resumiría en la capacidad de elección. La libertad religiosa no pretendería ser más que una manifestación de esa libertad de autodeterminación que no se podría entender como primera.

Tal vez una perspectiva positiva-creyente de la libertad religiosa sea algo más que una simple orientación entre otras posibles. El planteamiento secular neutraliza la fuerza de la libertad religiosa y no consigue dar una respuesta adecuada al tratamiento singular de esta libertad. La libertad religiosa es la libertad primera porque permite que el hombre se realice en la persecución de una vida excelente. La cuestión pendiente es si este tipo de afirmaciones son posibles más allá de una visión positiva-creyente de esta clase de libertad.

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ