

173(a). RHR

Draft

Published as "La libertad religiosa en Estados Unidos: Una perspectiva internacional," *Ius Humani, Revista de Derecho* 8 (2019): 99-122

La libertad religiosa en Estados Unidos: Una perspectiva internacional¹

John Witte, Jr.²

Resumen: Este artículo compara la protección de la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos con las principales normas internacionales de derechos humanos sobre la materia. Especialmente, se analiza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981 y los llamados Documentos de Clausura de Viena de 1989. Los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la libertad de conciencia, el libre ejercicio de la religión, la igualdad religiosa y la no discriminación encajan favorablemente con las normas internacionales. Sin embargo, el encaje resulta más desfavorable en lo que respecta a la deficiente y repetida falta de protección de las distintas reivindicaciones de libertad religiosa por parte de grupos indígenas estadounidenses. Los casos de la Corte Suprema que defienden el principio de la separación de la iglesia y el estado encajan bien con las preocupaciones internacionales por los derechos y la autonomía de los grupos religiosos, aunque van más allá de lo dispuesto en las normas internacionales porque eliminan en gran medida la libertad religiosa de la educación pública.

Palabras clave: Libertad Religiosa; Primera Enmienda; Derechos Humanos Internacionales; Corte Suprema de los Estados Unidos; Libertad de Conciencia.

Introducción

¹ Traducción al español realizada por Rafaela Frixone. Este texto es una traducción al español con actualizaciones de mi artículo, "American Religious Liberty in International Perspective", publicado en Derek Davis, ed., *The Oxford Handbook on Church-State Relations in America* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2011) pp. 404-422. Estoy profundamente agradecido a la profesora Rafaela Frixone por su acertada traducción, y al profesor Rafael Domingo por sus sugerencias y comentarios.

² John Witte, Jr. es Director del Centro de Estudios de Derecho y Religión, así como titular de las cátedras Robert W. Woodruff y McDonald en la Universidad de Emory en Atlanta.

En 1787, uno de los padres fundadores y futuro presidente estadounidense, John Adams, ofreció una sólida evaluación del lugar que ocupa la nueva constitución estadounidense en la historia del mundo:

Los Estados Unidos han exhibido, tal vez, el primer ejemplo de gobiernos erigidos sobre los principios simples de la naturaleza; y si los hombres están ahora lo suficientemente iluminados para deshacerse del artificio, la impostura, la hipocresía y la superstición, considerarán este evento como una [nueva] era en la historia. Aunque en la actualidad el detalle de la formación de los gobiernos norteamericanos es poco conocido o considerado en Europa o América, puede convertirse en un objeto de curiosidad [ya que] está destinado a extenderse por la parte septentrional de (...) el globo terráqueo. Las instituciones ahora creadas en Estados Unidos no se extinguirán del todo hasta dentro de miles de años. Por lo tanto, es de la máxima importancia que comiencen bien. Si se equivocan, nunca podrán volver, a menos que sea por accidente, al buen camino.³

Más de dos siglos después, los sentimientos de Adams siguen siendo notablemente premonitorios. Particularmente en cuestiones de libertad religiosa, Adams y otros padres fundadores de los Estados Unidos del siglo XVIII comenzaron, de hecho, por el camino constitucional correcto, y hoy en día la mayoría de los estadounidenses disfrutan de una amplia libertad de religión como consecuencia de ello. La concepción norteamericana de la libertad religiosa ha tenido una profunda influencia en todo el mundo durante el último siglo, y ahora ocupa un lugar destacado en varias constituciones nacionales⁴, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵.

Ciertamente, como Adams señaló, siempre hubo «una gloriosa incertidumbre en la ley» de libertad religiosa estadounidense y una notable diversidad de interpretaciones de sus detalles⁶. Esto fue tan cierto en la época de Adams como en la nuestra. En la época de Adams, había modelos competidores de libertad religiosa más abiertamente teológicos que los suyos, ya fueran de inspiración anglicana, reformada o evangélica. También hubo enfoques más netamente filosóficos que el suyo, como los modelos clásicos, republicanos o libertarios. Pero a pesar de sus profundas diferencias, la mayoría de los padres fundadores del siglo XVIII se basaron en seis principios fundamentales de la libertad religiosa: (i) libertad de conciencia; (ii) libertad de

³ *The Works of John Adams*, ed. J. F. Adams, 10 vols. (Boston, 1850-1856), 4: 290, 292-293, 298.

⁴ John T. Noonan, Jr., *The Lustre of our Country: The American Experience of Religious Freedom* (Berkeley/Los Angeles/London, 1998), 263-356 ver simposio, “The Foundations and Frontiers of Religious Liberty: The Foundations and Frontiers of Religious Liberty: A 25th Anniversary Celebration of the 1981 UN Declaration on Religious Tolerance,” *Emory International Law Review* 21 (2007): 1-276.

⁵ Para un análisis más detallado, cfr. John Witte, Jr. & Johan D. van der Vyver (eds.), *Religious Human Rights in Global Perspective*, 2 vols. (1996); Tore Lindholm, W. Cole Durham, Jr., and Bahia G. Tahzib-Lie, eds. *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Leiden/Boston, 2004); Natan Lerner, *Religion, Secular Beliefs, and Human Rights: 25 Years After the 1981 Declaration* (Leiden/Boston, 2006).

⁶ Adams, *Works*, 9: 629–632, at 630.

ejercicio; (iii) pluralismo religioso; (iv) igualdad religiosa; (v) separación de iglesia y estado; y, (vi) no establecimiento federal de ninguna religión. Ellos diseñaron las cláusulas sobre la religión de la Primera Enmienda para equilibrar todos estos principios. La cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda prohíbe las *proscripciones* del gobierno sobre la religión (es decir, prohíbe las acciones que cargan indebidamente la conciencia, restringen las formas de ejercicio y expresión de la religión, discriminan contra la religión o invaden la autonomía de las iglesias y otros organismos religiosos). La llamada cláusula de no establecimiento de la Primera Enmienda, a su vez, proscribía al gobierno establecer una religión oficial (acciones que coaccionan indebidamente la conciencia, ordenan formas de ejercicio y expresión religiosa, discriminan a favor de la religión o alían indebidamente al gobierno con iglesias u otros organismos religiosos). De esta manera, tanto la cláusula de libre ejercicio como la de no establecimiento proporcionan protecciones complementarias a los primeros principios de libertad religiosa que defendieron los padres fundadores de la patria del siglo XVIII.

Hoy en día, estos modelos y principios fundadores de la libertad religiosa han dado origen a una amplia generación de enfoques, y las grandes rivalidades entre ellos se combaten en los tribunales federales y estatales, en las legislaturas y en los organismos de todo el país. Las normas constitucionales estadounidenses modernas sobre la libertad religiosa están hoy en día en transición. Las tajantes leyes establecidas entre los años sesenta a ochenta, se han dividido ahora en una multitud de líneas cambiantes de casos federales sobre temas menores, la mayoría de los cuales manejan estándares más débiles, sin que ninguno proporcione un marco integral para resolver las cuestiones de la libertad religiosa. Este debilitamiento y fractura de la Primera Enmienda, a su vez, ha desencadenado una pequeña explosión de nueva legislación federal y estatal sobre la religión, dando lugar a un intrincado mosaico de preferencias y exenciones religiosas. También ha desencadenado una nueva gama de litigios sobre libertad religiosa en los tribunales estatales. Para deleite de algunos y para consternación de otros, una comprensión neofederalista de la libertad religiosa, con senderos estatales y federales separados, se está convirtiendo en una realidad creciente en los Estados Unidos de hoy en día.

Este artículo compara el actual derecho estadounidense sobre libertad religiosa con las normas internacionales vigentes en la materia. El análisis jurídico comparativo es siempre edificante, aunque sólo sea para confirmar, desde una nueva perspectiva, la validez y utilidad de las propias normas y prácticas jurídicas, y para obtener alguna idea sobre su reforma. En estos momentos de transición normativa de la Primera Enmienda, este análisis comparativo resulta particularmente saludable. Además, puede apreciarse que gran parte del contenido de los actuales instrumentos internacionales de derechos humanos recoge lo mejor del aprendizaje constitucional estadounidense sobre la libertad religiosa. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los grandes Pactos de 1966 resumen y elaboran las famosas “cuatro libertades” del presidente estadounidense Franklin Roosevelt, donde se incluye de manera especial la libertad religiosa⁷. Las disposiciones internacionales más recientes sobre libertad religiosa se forjaron, en gran medida, gracias a los esfuerzos de políticos, académicos y activistas estadounidenses. Comparar la ley de la Primera Enmienda con las normas internacionales sobre libertad religiosa es, en realidad, juzgar a la norma norteamericana bajo un estándar de libertad que ella misma ha

⁷ Ver “Roosevelt’s Eighth Annual Message to Congress (January 6, 1941)”, en *State of the Union Messages of the Presidents, 1790-1966*, ed. F. Israel (New York, 1966), 3: 1.

ayudado a configurar⁸. También es juzgar a este país por el mismo estándar internacional que el Departamento de Estado, junto a la Oficina y Comisión de Libertad Religiosa Internacional de Estados Unidos utilizan ahora cada año para juzgar las leyes y políticas sobre religión del resto de naciones⁹.

Varios principios jurídicos internacionales ayudan a confirmar, refinar e integrar los más importantes principios y casos de la Primera Enmienda Americana. La priorización de los principios de libertad de conciencia, de libre ejercicio y de igualdad religiosa en los instrumentos internacionales de derechos humanos sugiere un modelo de integración de los valores estadounidenses de libre ejercicio y no establecimiento. La insistencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos en que las restricciones de los derechos y libertades religiosas solo pueden darse si son “necesarias” y “proporcionadas”, confirma el escrutinio estricto para el libre ejercicio de la religión previsto en la jurisprudencia norteamericana y en otros cuerpos legales. El fuerte énfasis en los derechos religiosos de los grupos en los recientes instrumentos internacionales se condice con la protección estadounidense de los derechos de libre ejercicio de las empresas y con la noción nuclear de la doctrina de la separación de iglesia y estado. Por otro lado, la doctrina internacional que concede “un margen de apreciación”¹⁰ a las diversas prácticas religiosas y políticas locales podría utilizarse convenientemente en nuestro sistema federal de gobierno.

A continuación, repasaremos las principales directrices sobre libertad religiosa contenidas en los documentos internacionales de derechos humanos. Luego las compararemos con la Primera Enmienda y con la regulación estadounidense sobre la materia.

El marco internacional de la libertad religiosa

Los derechos y libertades religiosas internacionales tienen profundas raíces en el derecho romano clásico, en el derecho canónico medieval y en las primeras tradiciones jurídicas modernas

⁸ Louis Henkin, “Rights, American and Human”, *Columbia Law Review* 79 (1979): 405.

⁹ Cfr. *International Religious Freedom Act* de 1998, 112 Stat. 2787, 22 U.S.C.A. 6401. Esta norma afirma la importancia de la libertad religiosa, tal como se refleja en la historia y el derecho norteamericano, y en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. También condena el nuevo aumento de la represión y la persecución religiosa en todo el mundo y aplica los estándares de libertad religiosa para evaluar las relaciones diplomáticas con las naciones extranjeras. Una Oficina de Libertad Religiosa Internacional, con un embajador itinerante para la Libertad Religiosa Internacional, publica informes anuales sobre el estado de la libertad religiosa en cada uno de los 195 países del mundo, así como otros extensos estudios de ciertos países seleccionados. La Oficina también formula recomendaciones al Congreso y al Poder Ejecutivo sobre las respuestas que le dan, incluyendo a veces sanciones económicas a los países que incumplen la normativa internacional.

¹⁰ Clovis C. Morrisson Jr., “Margin of Appreciation in European Human Rights Law,” *Revue des droits de l’homme* 6 (1973): 263.

protestantes y católica¹¹. Sin embargo, su formulación moderna definitiva sólo se produjo después de la Segunda Guerra Mundial, con la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Cuatro instrumentos internacionales, que elaboran la Declaración, contienen las principales protecciones de los derechos y libertades religiosas: (i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (a continuación “el Pacto de 1966”)¹²; (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981) (a continuación “la Declaración de 1981”)¹³; (iii) el Documento de Clausura de la Reunión de Continuidad de Viena: Cuestiones relativas a la seguridad en Europa, promulgado en 1989 (a continuación “Documento de Clausura de Viena de 1989”)¹⁴; y, (iv) la Declaración de 1992 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (a continuación “Declaración sobre las Minorías de 1992”).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 repite en gran medida la amplia garantía de los derechos y libertades religiosas anunciada por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. El artículo 18 del Pacto dice así:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El artículo transcrito distingue entre el derecho a la libertad de religión y la libertad de manifestar la propia religión; tal distinción equivale más o menos a lo que la ley estadounidense denomina libertad de conciencia y libre ejercicio de la religión, respectivamente. El derecho a la libertad de religión —la libertad de tener, cambiar o adoptar una religión de propia elección— es un derecho absoluto que no puede ser derogado y que no puede ser restringido o menoscabado de ninguna manera. En cambio, la libertad de manifestar o ejercer la propia religión —individual o colectivamente, pública o privadamente— puede estar sujeto a las limitaciones prescritas por la

¹¹ John Witte, Jr., *The Reformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism* (Cambridge/New York, 2008).

¹² ONU Doc. A/6316 (1968).^[1]^[2]

¹³ ONU Doc. A/RES/36/55 (1982).

¹⁴ 28 I.L.M. 527.^[1]^[2]

ley, siempre y cuando tales limitaciones sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. La disposición contiene una lista exhaustiva de materias donde se permite limitar la manifestación de la religión. El requisito de *necesidad* implica que las limitaciones a la manifestación de la religión deben ser proporcionales al fin, para proteger los intereses de cualquiera de los Estados incluidos en la lista. Con todo, tales limitaciones no se deben aplicar de modo que ellas puedan menoscabar los derechos garantizados en el artículo 18, lo que no deja de ser sino un ideal que con frecuencia se viola, aún en los países occidentales más avanzados¹⁵.

El artículo 20.2 del Pacto de 1966 insta a los Estados Partes a prohibir «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia». Los artículos 2 y 26 exigen la igualdad de trato de todas las personas ante la ley y prohíben la discriminación por motivos religiosos, entre otros. El artículo 27 garantiza además a las minorías religiosas y culturales el derecho «a tener su propia vida cultural» y «a profesar y practicar su propia religión».

La Declaración de 1981 desarrolla las disposiciones sobre libertad religiosa que el Pacto de 1966 ya contenía. Al igual que el Pacto de 1966, la Declaración de 1981 se aplica a «toda persona», ya sea «individual o colectivamente», «en público como en privado» (artículo 1.1). Los artículos 1 y 6 de la Declaración de 1981 establecen un largo catálogo ilustrativo de los derechos «a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», repitiendo, pero también ilustrando de manera más concreta, las garantías de libertad de conciencia y de libre ejercicio de la religión del Pacto de 1966. En concreto, el artículo 6 enumera las siguientes libertades:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

La Declaración de 1981 hace especial hincapié, con cierta extensión, en los derechos religiosos de los niños y de sus padres. Garantiza el derecho de los padres (o tutores) a organizar la vida en el hogar y a educar a sus hijos «de conformidad con su religión o sus convicciones» (artículo 5.1).

¹⁵ Symposium, “The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion and Belief,” *Emory International Law Review* 19 (2005): 465-1320.

Sin embargo, esta responsabilidad parental dentro y fuera del hogar debe ejercerse de acuerdo con el «interés superior del niño» (artículos 5.2 y 5.4). Como mínimo, la educación religiosa de los padres sobre su hijo «no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral» (artículo 5.5). Además, la Declaración establece de manera más genérica lo siguiente:

«El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad» (artículo 5.3).

La Declaración yuxtapone el derecho de los padres a criar y educar a sus hijos según su propia religión y creencias, y el poder del Estado para proteger el interés superior del niño, incluyendo ahí las nobles aspiraciones de su educación. A pesar del amplio debate sobre el tema, los redactores de la Declaración no ofrecieron principios específicos para resolver las disputas que inevitablemente surgirían entre los derechos de los padres y los poderes del Estado que opera *in loco parentis*. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 ofrece alguna orientación adicional sobre este tema, aunque la cuestión de los derechos de los padres sobre la educación religiosa y el bienestar de sus hijos sigue siendo muy discutida en el derecho internacional y en el nacional¹⁶.

Como ilustran estas disposiciones sobre los derechos del niño, la Declaración de 1981, de forma semejante al Pacto de 1966, permite que «la libertad de manifestar su religión» sea sometida a una regulación estatal apropiada. La Declaración de 1981 permite a los Estados hacer cumplir a las personas e instituciones religiosas los reglamentos generales destinados a proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (Declaración de 1981, art. 1.3). Se supone, sin embargo, que en todos esos casos, los motivos de esa regulación se enumeran y explicitan, y que se ajustan a los principios jurídicos internacionales de necesidad y proporcionalidad.

La Declaración de 1981 incluye prohibiciones más elaboradas que el Pacto de 1966 sobre la discriminación y la intolerancia religiosas. Impide la «discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares» (artículo 2.1). Y define dicha discriminación como

«toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (artículo 2.2).

Toda discriminación por motivos de religión o convicciones, insiste la Declaración, constituye «una ofensa a la dignidad humana» y una «negación» o «violación» de las «libertades fundamentales» que constituyen la piedra angular de la paz y la cooperación nacional e

¹⁶ ONU Doc. A/44/25. Véase más información en el Simposio “What’s Wrong with Rights for Children?”, *Emory International Law Review* (2006): 1-239.

internacional (artículo 3). En consecuencia, la Declaración hace un llamamiento a todos los Estados Partes para que adopten «medidas eficaces para prevenir y eliminar» dicha discriminación «en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural», incluida la derogación de las leyes que fomentan la discriminación y la promulgación de leyes que la prohíben (artículo 4.1-2).

El Documento de Conclusión de Viena de 1989 amplía la normativa sobre libertad religiosa prevista en la Declaración de 1981, especialmente en lo que se refiere a los grupos religiosos. El Principio 16 completa la lista de las garantías de derechos enumeradas anteriormente de la Declaración de 1981:

16. A fin de asegurar la libertad de la persona de profesar y practicar una religión o creencia, los Estados participantes, *inter alia*,

[A] - adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación contra individuos o comunidades, por motivo de religión o creencia, en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, política, económica, social y cultural, y garantizarán la igualdad de hecho entre creyentes y no creyentes;

[B] - promoverán un clima de tolerancia y respeto mutuos entre creyentes de diferentes comunidades, así como entre creyentes y no creyentes;

[C] - otorgarán, a petición de las comunidades de creyentes que practiquen o deseen practicar su religión en el marco constitucional de sus Estados, el reconocimiento del estatuto que para ellas se prevea en sus respectivos países;

[D] - respetarán el derecho de esas comunidades religiosas a

- establecer y mantener lugares de culto o de reunión libremente accesibles;
- organizarse de conformidad con su propia estructura jerárquica e institucional;
- elegir, nombrar y sustituir a su personal de conformidad con sus necesidades y normas respectivas, así como con cualquier acuerdo libremente establecido entre tales comunidades y su Estado;
- solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otra índole;

[E] - realizarán consultas con confesiones, instituciones y organizaciones religiosas, con el fin de obtener una mejor comprensión de los requisitos de la libertad religiosa;

[F] - respetarán el derecho de toda persona a impartir y recibir educación religiosa en el idioma de su elección, individualmente o en asociación con otras personas;

[G] - respetarán en este contexto, *inter alia*, la libertad de los padres de asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones;

[H] - permitirán la formación de personal religioso en las instituciones apropiadas;

[I] - respetarán el derecho de los creyentes individuales y de las comunidades de creyentes a adquirir, poseer y utilizar libros sagrados y publicaciones religiosas en el idioma de su elección, así como otros artículos y materiales relacionados con la práctica de una religión o creencia;

[J] - permitirán a las confesiones, instituciones y organizaciones religiosas la producción, importación y distribución de publicaciones y materiales religiosos y la difusión de los mismos;

[K] - prestarán favorable consideración al interés de las comunidades religiosas por participar en el diálogo público, *inter alia*, a través de los medios de comunicación.

Varias de estas disposiciones sobre los derechos de los grupos religiosos en el Documento de Conclusión de Viena reflejan el derecho internacional a la libre autodeterminación de los pueblos. Este derecho ha sido reconocido desde hace mucho tiempo como una norma básica del derecho internacional, y está incluido, entre otros lugares, en el artículo 1.1 del Pacto de 1966. El derecho a la libre determinación tiene su expresión más plena en la Declaración de las Minorías de 1992. Este derecho pertenece a los “pueblos” dentro de las sociedades pluralistas. Garantiza a una comunidad religiosa el derecho a practicar su religión, a una comunidad étnica el derecho a promover su cultura y a una comunidad lingüística el derecho a hablar su idioma, sin interferencias indebidas del Estado ni restricciones legales innecesarias. La Declaración de las Minorías de 1992 reconoce en sus considerandos que «la promoción y protección de los derechos» de las minorías religiosas, culturales y lingüísticas es «parte integrante del desarrollo de la sociedad en su conjunto y dentro de un marco democrático basado en el imperio de la ley». Por consiguiente, insta a los Estados a que respeten y aprueben leyes de aplicación que protejan y promuevan los derechos de las minorías culturales, religiosas y lingüísticas «a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo» (artículo 2.1)¹⁷. Además, dispone que

Art. 4.2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

Así entendido esto, el derecho a la libre autodeterminación religiosa ofrece a los grupos religiosos algunas de las mismas fuertes protecciones que se conceden a las personas religiosas en virtud de la garantía de la libertad de conciencia.

Estas son las disposiciones internacionales básicas sobre los derechos religiosos que aparecen en los libros. Varios instrumentos regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), elaboran algunas de estas garantías. Diversas declaraciones y tratados religiosos en los que participan organismos religiosos —en particular, los acuerdos entre la Santa Sede y España (1979) e Italia (1985), el Acuerdo Fundamental con Israel (1993), así como la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos (1981) y la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (firmada en El Cairo en 1990)—, resaltan las preocupaciones religiosas y puntos de interés de sus cosignatarios¹⁸. En todo caso, los cuatro instrumentos antes mencionados recogen la tradición común de las

¹⁷ Sobre este tema, puede consultarse: Johan D. van der Vyver, *Leuven Lectures on Religious Institutions, Religious Communities, and Rights* (Leuven, 2004): 67-90.

¹⁸ Véase la colección de estos documentos en Tad Stanke & J. Paul Martin, *Religion and Human Rights: Basic Documents* (New York, 1988).

actuales normas internacionales de derechos humanos en materia de derechos y libertades religiosas.

Estos instrumentos plasman en ellos los temas legales más candentes que han enfrentado los tribunales nacionales e internacionales durante el último medio siglo: ¿cómo proteger a las minorías religiosas dentro de una cultura religiosa mayoritaria, y en especial a ciertos grupos controversiales como los musulmanes, mormones, bahías, testigos de Jehová, científicos, miembros de la Iglesia de la Unificación, indígenas o primeros pueblos, quienes a menudo presentan demandas por discriminación religiosa o cultural? ¿Cómo poner límites al ejercicio y a las expresiones religiosas —y antirreligiosas— que ofenden o dañan a otros? ¿Cómo equilibrar las proscripciones o prescripciones estatales con los reclamos básicos de conciencia o de los mandamientos centrales de la fe de los ciudadanos? ¿Cómo compatibilizar el ejercicio privado y público de la religión, incluida la libertad de conciencia de una parte para ser dejada en paz (*to be left alone*), y el derecho de otra parte a ejercer libremente el proselitismo? ¿Cómo negociar las complejas necesidades y normas de los grupos religiosos, sin concederles *demasiada* soberanía sobre sus miembros o *muy poca* ayuda de los tribunales seculares, en caso de violaciones de los derechos fundamentales por parte de los tribunales religiosos? ¿Cómo resolver las disputas intrarreligiosas o interreligiosas que se presentan ante los tribunales estatales para su resolución? ¿Cómo determinar los niveles adecuados de cooperación estatal y apoyo a las instituciones religiosas en la prestación de servicios sociales vitales (como, por ejemplo, el cuidado infantil, la educación, la caridad, los servicios médicos, el socorro en casos de necesidad)?

Comparación entre las normas internacionales y el Derecho estadounidense

Estados Unidos ha ratificado el Pacto de 1966. Ninguna de las catorce reservas, entendimientos o declaraciones que Estados Unidos puso al instrumento busca evitar o evadir los estándares de libertad religiosa establecidos en el documento. Sin embargo, el Pacto de 1966 no es directamente eficaz ; no crea por sí mismo derechos subjetivos en los ciudadanos que puedan hacerlos valer ante los tribunales del país¹⁹. Para ello, se requiere que la legislación nacional desarrolle las disposiciones internacionales, lo que hasta la fecha no ha sucedido, pues no se ha promulgado ninguna ley en este sentido²⁰. Aun así, el Pacto de 1966 exige una protección de la libertad religiosa a un alto nivel, que Estados Unidos se ha comprometido a apoyar.

La Declaración de 1981, el Documento de Clausura de Viena de 1989 y la Declaración de las Minorías de 1992 no son instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados Unidos. Sin

¹⁹ «[It] does not, by itself, create private rights enforceable in U.S. courts» (David P. Stewart, “United States Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the Reservations, Understandings, and Declarations”, *DePaul Law Review* 42 (1993): 1183, 1202ff).

²⁰ Cfr. Louis Henkin, “U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker”, *American Journal of International Law* 89 (1995): 341; Gerald Neumann, “The Global Dimension of RFRA”, *Constitutional Commentary* 14 (1997): 33.

embargo, como expresiones colectivas de una opinión internacional común, cuando no del derecho internacional común, sobre el significado y el contenido de la libertad religiosa, estos instrumentos conllevan una amplia carga de persuasión moral, intelectual y diplomática.

Estos pactos internacionales de derechos humanos ratifican y priorizan varios de los principios fundamentales de la libertad religiosa en los Estados Unidos: la libertad de conciencia, la libertad de ejercicio, la igualdad religiosa, el pluralismo religioso, la separación de la iglesia y el estado, y el no establecimiento de una religión oficial. Los principios de libertad de conciencia, libre ejercicio individual y colectivo de la religión, e igualdad de las religiones ante la ley, constituyen la columna vertebral de las normas internacionales sobre libertad religiosa. Los derechos de libertad de conciencia, con sus protecciones inherentes a la adhesión religiosa voluntaria y las prohibiciones contra la coerción religiosa, son derechos absolutos que no pueden ser derogados. El ejercicio de la religión sólo puede regularse para proteger los derechos fundamentales de los demás o la salud pública, la seguridad, el bienestar y la moral, y el peso de la regulación debe ser “proporcional” a la consecución del interés declarado. La igualdad de las religiones ante la ley no sólo debe ser protegida, sino también fomentada por el Estado, sobre todo para garantizar la igualdad de protección y de trato de las minorías religiosas y culturales. Merece protegerse un vasto pluralismo de formas religiosas y de creencias, ya sean estos antiguos o nuevos, individuales o comunitarios, internos o externos, privados o públicos, permanentes o transitorios.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos confirman además los principios estadounidenses de los derechos de libre ejercicio de las empresas y la separación básica entre el Estado y comunidades religiosas (iglesias y otros grupos religiosos). Los grupos religiosos organizados con fines de culto religioso, educación, caridad, entre otras causas, gozan del derecho fundamental de operar de conformidad con sus creencias y valores religiosos, y deben gozar de un suficiente nivel de autonomía en sus asuntos internos. El Estado puede regular la actividad de estos grupos sólo de forma motivada, por razones que sean necesarias y proporcionadas. Sin embargo, están notoriamente ausentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos las aspiraciones más radicales de separacionismo, acuñadas en la metáfora popular estadounidense de un «muro de separación entre la iglesia y el estado», en alguna jurisprudencia²¹, y en otros casos antiguos de cláusulas de no establecimiento de una religión determinada, donde se sostuvo que la libertad religiosa requería la separación absoluta de la iglesia y el estado, así como el cese del apoyo estatal a la religión, particularmente a las escuelas religiosas. Se argumentó que sólo el Estado laico puede garantizar la libertad religiosa, y que sólo la separación puede garantizar la neutralidad del Estado en asuntos religiosos. Tales puntos de vista, que todavía impregnan parte de la opinión popular en Estados Unidos, no se reflejan en los instrumentos internacionales de derechos humanos ni, de hecho, son ampliamente compartidos por otros estados del mundo²².

²¹ Cfr. *Everson v. Board of Education* (1948). 330 U.S. 1 (1947); *McCullum v. Board of Education* (1948). 333 U.S. 203 (1948).

²² Véase John Witte, Jr., “Facts and Fictions About the History of Separation of Church and State”, *Journal of Church and State*, 48 (2006): 15-45.

Si, hipotéticamente, se aplicaran los instrumentos internacionales en los Estados Unidos, probablemente la Corte Suprema se remitiría a varias líneas jurisprudenciales suyas sobre la protección de los derechos de conciencia. Estas incluyen una serie de casos que van desde *Arver v. United States* (1918)²³ hasta *United States v. Welsh* (1970)²⁴, en los que la Corte confirmó que la ley federal reconoció la objeción de conciencia a los pacifistas religiosos. También se podrían ver casos viejos sobre el libre ejercicio de la religión, como los que ocurren desde *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943)²⁵ hasta *Torcaso v. Watkins* (1961)²⁶ que protegieron de la coacción a prestar juramentos y promesas contrarios a la conciencia, así como los casos posteriores sobre no establecimiento de una religión oficial, como el de *Lee v. Weisman* (1992)²⁷ y el *Distrito Escolar Independiente de Santa Fe v. Doe* (2000)²⁸, que protegieron a las partes de la participación coaccionada en oraciones públicas y ceremonias. Sobre la libertad de conciencia, hay además una serie de casos especiales, que comienzan en *Sherbert v. Verner* (1963)²⁹, que relevó a los demandantes de tener que elegir entre la adhesión a un mandamiento básico de conciencia o el cumplimiento de un conjunto de beneficios gubernamentales a los que otros tenían derecho. Las normas de los instrumentos internacionales dejan inequívocamente claro que las partes privadas tienen el derecho de elegir, cambiar o rechazar la religión sin coacción, control o condiciones impuestas por el estado.

Particularmente los niños más pequeños, subrayan la Declaración de 1981 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, no pueden verse obligados a participar en actividades religiosas o seculares a las que se oponen sus padres. Varios casos norteamericanos han confirmado esto, basándose en el histórico caso de *Wisconsin v. Yoder* (1972)³⁰. Ciertamente, los derechos de los padres para controlar la educación religiosa de sus hijos deben equilibrarse con el deber del estado de proteger el interés superior de cada niño. Los instrumentos internacionales probablemente confirmarían el caso de la Corte Suprema de

²³ 245 U.S. 366 (1918).^{[L][SEP]}

²⁴ 398 U.S. 333 (1970).^{[L][SEP]}

²⁵ 319 U.S. 624 (1943).^{[L][SEP]}

²⁶ 367 U.S. 488 (1961).^{[L][SEP]}

²⁷ 505 U.S. 577 (1992).^{[L][SEP]}

²⁸ 530 U.S. 290 (2000).^{[L][SEP]}

²⁹ 374 U.S. 398 (1963), extendida en *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981); *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 U.S. 136 (1987); *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989). Sin embargo, la Corte no siempre ha sido consistente al tratar las preocupaciones de los sabáticos. Véase, por ejemplo, *Estate of Thornton v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1985) donde se anuló la ley estatal que permitía a los empleados del sector privado elegir su día de reposo, caso en el que los empleadores debían buscar un acomodo de la situación; *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), donde se dijo que la ley que prohíbe las ventas el domingo no viola los derechos de los judíos sobre el sábado; y *Gallagher v. Crown Kosher Supermarket*, 366 U.S. 617 (1961), por el que se declara que la ley de cierre dominical no viola los derechos de libre ejercicio del propietario del supermercado *kosher*, ni de los clientes judíos ortodoxos, ni de los rabinos que deben inspeccionar tales supermercados según las leyes dietéticas judías.

³⁰ 406 U.S. 205 (1972), donde se eximió a los Amish del cumplimiento de la ley de asistencia obligatoria a la escuela.

Prince v. Massachusetts (1944)³¹ que insistía en que un niño menor de edad no podía hacer proselitismo en la esquina de una calle por la noche, porque tal exigencia violaba las leyes de trabajo infantil, incluso aunque el tutor del niño considerara que tal actividad era esencial para su educación religiosa. Estos instrumentos también confirmarían el caso *Testigos de Jehová v. King County Hospital* (1968)³², que exigía realizara un menor de edad una transfusión de sangre y otros auxilios médicos, a pesar de que los padres querían tratar al niño sólo con la oración, como una prueba y testimonio de fe. El hecho de poner en peligro la vida e integridad física de un niño desencadena automáticamente la intervención estatal, a pesar de que puedan existir otros intereses como los intereses religiosos de los padres.

Los instrumentos internacionales recomendarían encarecidamente el test de acuerdo con el denominado “escrutinio estricto” establecido para las reivindicaciones sobre el libre ejercicio de la religión. Este estándar fue desarrollado por la Corte Suprema en *Sherbert v. Verner* (1963) y *Wisconsin v. Yoder* (1972), y el Congreso lo usó en la *Religious Freedom Restoration Act* (Ley de Restauración de la Libertad Religiosa, 1993)³³ y en la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (Ley de Zonificación de Terrenos Religiosos y Libertad de Culto para Prisioneros, 2000)³⁴. El test establece que cuando el Estado impone una carga sustancial al libre ejercicio de la religión de un demandante, debe demostrar que persigue un propósito apremiante o primordial, que ha utilizado la alternativa menos restrictiva para lograr ese propósito y que no ha incurrido en discriminación religiosa al redactar o aplicar la ley en cuestión. En ausencia de tal demostración, el Estado debe abolir la ley o conceder a la parte agobiada una exención plena de su cumplimiento. El test norteamericano con escrutinio estricto es un equivalente aproximado a la norma de “necesidad” y “proporcionalidad” de los instrumentos internacionales de derechos humanos (especialmente establecido en el Pacto de 1966).

Tanto en el derecho internacional, como en la Primera Enmienda, la aplicación del test estricto al libre ejercicio resulta ser «estricto en teoría, pero fatal de hecho»³⁵. Aún en el apogeo de *Sherbert y Yoder* (de 1963 a 1989), cuando la Corte Suprema acogía el escrutinio estricto como estándar del libre ejercicio religioso, el gobierno ganó casi la mitad de las veces, sobre todo en los casos en que se reclamó la exención del pago de impuestos o de la seguridad social. Esta jurisprudencia consistente con las mencionadas normas de derecho internacional y de derecho comparado, según las cuales todas las personas, incluidas las comunidades religiosas, deben cumplir con un esquema justo de administración tributaria³⁶.

³¹ 321 U.S. 158 (1944).

³² 390 U.S. 598 (1968).

³³ 42 U.S.C. secs. 2000bb to 2000b-4

³⁴ 42 U.S.C.A. secs. 2000cc-2000cc5.

³⁵ Gerald Gunther, citado en Kent Greenawalt, *Religion and the Constitution: Free Exercise and Fairness* (Princeton, 2006), 215.

³⁶ Véase especialmente *U.S. v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982), donde se negó a un empleador Amish la exención del ejercicio libre de impuestos de seguridad social; *Jimmy Swaggart Ministries v. Board of Equalization of California*, 493 U.S. 378 (1990), que señaló que la imposición de impuestos estatales sobre las ventas y el uso de artículos religiosos no es una violación de los derechos de libre ejercicio de los cruzados.

Si bien en general el régimen internacional podría aplaudir el estándar del escrutinio estricto, los instrumentos internacionales encontrarían poco que elogiar en una interpretación mucho más restrictiva de la cláusula de libre ejercicio introducida por la Corte Suprema en *Bowen v. Roy* (1986)³⁷, *Lyng v. Northwestern Indian Cemetery Protective Association* (1988)³⁸, y *Employment Division v. Smith* (1990)³⁹. Estos últimos casos, que ahora regulan la aplicación federal de la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda, reducen efectivamente la garantía de libre ejercicio a una revisión de muy elevada base racional⁴⁰. Así, en *Smith Court* se ha sostenido que las normas consideradas como «neutrales y de aplicación general» pasan a formar parte del ordenamiento constitucional, con independencia de la carga que suponga a una religión o de la naturaleza del poder estatal ejercido. Incluso una ley o una norma discrecional que contradiga una creencia o práctica fundamental de una persona sobrevivirá a la impugnación constitucional, mientras esa ley o norma esté redactada de forma neutral y sea generalmente aplicable a todos. Sólo si la norma no se redactare de esta manera o no fuere de aplicación general, entonces se exigirá al gobierno que demuestre un interés estatal apremiante que prevalezca sobre el derecho de libre ejercicio invocado. Una neutralidad tan dura y ciega frente a la religión deja a las minorías religiosas demasiado vulnerables a las maquinaciones de los legisladores y de los jueces estatales, quienes tienden a fijar su atención en el sentimiento mayoritario y en las próximas elecciones. Esto contradice directamente la intensa preocupación actual por las minorías religiosas, especialmente evidente en el Pacto de 1966 y en la Declaración de las Minorías de 1992.

Resulta especialmente problemáticos que los casos *Bowen*, *Lyng* y *Smith* estén involucrados indígenas nativos americanos, quienes solicitaban protección de sus lugares y ritos sagrados. El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en particular su libre autodeterminación religiosa, es un principio internacional fundamental en los derechos humanos, y exige una atención especial de los Estados. De hecho, el Congreso reconoció esta responsabilidad al aprobar la *American Indian Religious Freedom Act* (La Ley de Libertad Religiosa de los Indígenas Americanos, 1978), que llamaba a los funcionarios «a proteger y preservar a los indígenas americanos su derecho inherente a la libertad de creer, expresar y ejercer sus religiones tradicionales (...) incluyendo, pero no limitándose a, el acceso a los lugares, el uso y posesión de objetos sagrados y la libertad de culto a través de ceremonias y

³⁷ 476 U.S. 693 (1986), que estableció que el uso estatal del número de seguridad social no viola los derechos de libre ejercicio de los nativos americanos, quienes creen que dicho uso perjudicaría el espíritu de su hijo.

³⁸ 485 U.S. 439 (1988), en la que se observa que la construcción de una carretera a través de un sector del bosque nacional considerado como tierra sagrada por tres tribus no viola la cláusula de libre ejercicio. La Ley de Libertad Religiosa de los Indígenas Americanos no proporciona ninguna causa de acción.

³⁹ 494 U.S. 872 (1990), por la que la negación de las compensaciones por desempleo a un nativo americano, dado de baja por el uso sacramental del “peyote” (un narcótico prohibido), no viola la cláusula de libre ejercicio.

⁴⁰ Salvo en casos de flagrante discriminación religiosa por parte del Estado. Véase, por ejemplo, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993) (la ordenanza local que discrimina de manera transparente contra el sacrificio ritual santeriano de animales viola la cláusula de libre ejercicio). Pero cf. *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004) (el programa estatal de becas establecido para ayudar a pagar los gastos de educación postsecundaria de los estudiantes académicamente superdotados para todos los estudiantes, excepto los que cursan estudios de teología, no viola la cláusula de libre ejercicio).

ritos tradicionales»⁴¹. El trato arrogante que da la Corte Suprema a las reivindicaciones de libertad religiosa de los nativos americanos, es una gran plaga en los expedientes de la Primera Enmienda. En realidad, las acomodaciones especiales que la Corte concede al sabbatarianismo adventista en *Sherbert* y al comunitarismo amish en *Yoder* se acercan mucho más a los estándares exigidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las normas internacionales sobre igualdad y no discriminación también aplaudirían los casos norteamericanos de “igualdad de acceso” e “igualdad de trato” a la libertad de expresión, como los que van desde *Widmar v. Vincent* (1981)⁴² hasta el *Good News Club v. Milford Central School* (2001)⁴³, que dan a los grupos religiosos igual acceso a los foros, a las instalaciones e incluso a los fondos que están puestos a disposición de otros grupos no religiosos y que están en una situación similar. Asimismo, el régimen internacional elogiaría casos recientes de cláusulas de no establecimiento como *Agostini v. Felton* (1997)⁴⁴, *Mitchell v. Helms* (2000)⁴⁵ y *Zelman v. Simmons-Harris* (2002)⁴⁶, que trataron por igual a las escuelas religiosas y no religiosas en la distribución de los servicios y materiales educativos financiados por el gobierno general. Nada en la ley interna, ni en la disposiciones de la Primera Enmienda, exige que el estado ponga a disposición de los privados fondos o foros públicos. Pero cuando el estado los ofrece, no puede discriminar a los reclamantes religiosos que de otro modo serían elegibles para acceder a tales beneficios⁴⁷.

Los instrumentos internacionales también celebrarían casos como el de *McDaniel v. Paty* (1978)⁴⁸, que eliminó las prohibiciones estatales que evitaban que los ministros religiosos pudieran ejercer cargos políticos. También confirmaría el reciente caso de *Watchtower Bible and Tract and Tract and Tract Society v. Village of Stratton* (2002)⁴⁹ y varios otros casos anteriores de libre ejercicio y libertad de expresión, en donde se prohibía prever algunos requisitos para obtener ciertas autorizaciones en entidades públicas, cuando estos requisitos discriminaban a los abogados religiosos que las solicitaban. Por otro lado, las regulaciones no discriminatorias y aplicadas de manera neutral sobre «tiempo, lugar y forma» en todos los discursos públicos, incluyendo los discursos y actividades religiosas y políticas, son tan permisibles bajo los instrumentos internacionales, como lo son bajo las disposiciones de la

⁴¹ 42 U.S.C. sec. 1996 (1978).^[1]

⁴² 454 U.S. 263 (1981), que indica que cuando una universidad estatal crea un foro público limitado, abierto a grupos de estudiantes voluntarios, los grupos religiosos deben tener “acceso igualitario” a ese foro.

⁴³ 533 U.S. 98 (2001) (La exclusión de la escuela secundaria pública a el club de niños cristianos por reunirse en la propiedad de la escuela después de las horas de trabajo fue una discriminación inconstitucional, y no se le exigió que evitara el establecimiento de la religión).

⁴⁴ 521 U.S. 203 (1997).

⁴⁵ 530 U.S. 793 (2000).

⁴⁶ 536 U.S. 639 (2002).

⁴⁷ El Estado tampoco puede discriminar a favor de una religión por una acomodación no esencial. Véase, por ejemplo, *Texas Monthly v. Bullock*, 489 U.S. 1 (1989) que señala que la exención del impuesto VAT realizado exclusivamente para publicaciones periódicas religiosas viola la cláusula de no establecimiento.

⁴⁸ 435 U.S. 618 (1978).

⁴⁹ 536 U.S. 150 (2002).

Primera Enmienda⁵⁰. Pero, una vez más, el hecho de prever que los abogados religiosos están sujetos a restricciones o requisitos especiales, viola el principio esencial de igualdad religiosa y de no discriminación.

Los principios del pluralismo estructural (o derechos de grupo) establecidos en los instrumentos internacionales refrendarían numerosas líneas jurisprudenciales y leyes norteamericanas que protegen la forma y organización de las asociaciones religiosas, ya sean estas centros de culto, escuelas religiosas, tanto como organizaciones benéficas, u otros grupos similares⁵¹. Varios casos de la Corte Suprema que confirman la validez de la regulación general de estas entidades para salvaguardar la salud, la seguridad y el bienestar; también se admite aquí el ejercicio del poder regulatorio, tributario y policial⁵². Sin embargo, el principio pluralista —especialmente como consta en el Documento de Conclusión de Viena— poco se compagina con el caso *Jones v. Wolf* (1979)⁵³, que permitió al gobierno resolver disputas intrarreligiosas (dentro de una comunidad de fieles) que involucraban «principios neutrales» de la ley. El denominado «test de deferencia», mantenido por la Corte Suprema desde *Watson v. Jones* (1871)⁵⁴ hasta la *Diócesis Ortodoxa Serbia v. Milivojevich* (1976)⁵⁵ parece encontrar mejor cobijo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y se muestra como una forma más apropiada de resolución de disputas intrarreligiosas. También serían favorablemente recibidos en el derecho internacional los casos de *NLRB v. Obispo Católico de Chicago* (1979)⁵⁶ y *Obispo Presidente v. Amos* (1987)⁵⁷, que protegieron las decisiones de empleo de los empleadores religiosos, validando su derecho a seleccionar al personal amparándose en razones de orden religioso. Ni el derecho internacional, ni el derecho estadounidense exigen que la Iglesia Católica contrate a un rabino para celebrar una misa, ni que una sinagoga emplee a un ministro metodista para leer la Torá el sábado.

La falta de un principio de no establecimiento de la religión en los instrumentos internacionales de derechos humanos no se opone a toda la línea jurisprudencial surgida sobre

⁵⁰ Véase el caso de libre ejercicio *Poulos v. New Hampshire*, 345 U.S. 395 (1953) y el caso sumario sobre libertad de expresión *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981).

⁵¹ Un caso especialmente emblemático es *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), que invalida la ley estatal que ordena la asistencia a las escuelas públicas por constituir una violación de los derechos de las escuelas privadas y de los padres.

⁵² Un buen caso sumario, que puede servir de ejemplo, es *Tony and Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor*, 471 U.S. 290 (1985). En él se señala que la aplicación de las normas laborales justas no obstruye la organización religiosa básica de una fundación. Cfr. *William Bassett, Religious Organizations and the Law*, 2 vols. (St. Paul, MN, 1997-2007).

⁵³ 443 U.S. 595 (1979).

⁵⁴ 80 U.S. (13 Wall.) 679 (1871).

⁵⁵ 426 U.S. 696 (1976).

⁵⁶ 440 U.S. 490 (1979).

⁵⁷ 483 U.S. 327 (1987).

el tema desde 1947, principalmente en cuestiones de religión y educación⁵⁸. Muchos de estos casos sirven para proteger los principios de la libertad de conciencia, libre ejercicio, igualdad religiosa y pluralismo religioso de una manera coherente con los instrumentos internacionales vigentes. Pero cuando tales principios chocan con el principio de no establecimiento religioso, las normas internacionales darían preferencia a los primeros, al igual que los casos estadounidenses que defienden el principio de acomodación.

Los instrumentos internacionales no tienen un equivalente al *Lemon* test que la Corte desarrolló en 1971 para aplicar la cláusula de no establecimiento de la Primera Enmienda. Según el test, una norma o política pública solo sería constitucional si: (i) tiene un propósito secular; (ii) su efecto principal no es el de inhibir, ni prohibir la religión; y (iii) no fomenta el enredo excesivo entre los funcionarios religiosos y políticos.⁵⁹ Esta prueba, aunque ha sido ignorada o reformulada en varios casos posteriores de la Corte Suprema, todavía encuentra acogida entre los tribunales federales inferiores en ausencia de una alternativa que sea aplicada de manera consistente. El test *Lemon* es coherente con los instrumentos internacionales en la medida en que protege a las minorías no religiosas o religiosas del apoyo o la participación coaccionada en las religiones mayoritarias, y protege a varias comunidades religiosas de la intrusión o regulación del Estado. Sin embargo, el test va más allá de lo previsto en los instrumentos internacionales, pues requiere que la norma tenga un propósito “secular”. La clave de la libertad religiosa internacional no es la naturaleza secular de la ley, sino la libertad de cada individuo de aceptar o rechazar las religiones disponibles.

Por otro lado, el ámbito de la educación —donde los derechos religiosos y las preferencias de los padres reciben una protección especialmente fuerte— no se muestra como el lugar ideal para dar rienda al fanatismo indebido, aplicando los valores del no establecimiento. Los instrumentos internacionales no tolerarían que la Primera Enmienda obligue a realizar ejercicios religiosos en las aulas de las escuelas (tales como la participación obligatoria en oraciones, promesas, confesiones de fe, lecturas bíblicas y otros similares), por muy fuertes que fueran las preferencias de los padres. Pero la pretensión constitucional de tener escuelas públicas apoyadas por los impuestos de virtualmente todos los símbolos, textos y tradiciones religiosas, con unas directrices supuestamente neutrales y seculares, está en considerable tensión con los principios internacionales de igualdad religiosa y de los derechos religiosos de los padres. Tampoco se ve el reconocimiento que los instrumentos internacionales han hecho desde hace tiempo: que “los pensamientos, la conciencia y las creencias” religiosas, no religiosas y antirreligiosas pacíficas son todos “religiosos” y merecen la protección de la libertad religiosa.

Conclusiones

Las amplias vacilaciones de la Corte Suprema en los casos que afectan a la Primera Enmienda pueden explicarse, en parte, por razones de hecho. La aplicación de una garantía

⁵⁸ Ver un resumen detallado de estos casos en el capítulo 8 de mi libro *Religion and the American Constitutional Experiment*.^[1]

⁵⁹ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). Este test fue utilizado más recientemente por la opinión pluralista del juez Souter en *McCreary County v. ACLU*, 545 U.S. 844 (2005), que eliminó la exhibición en un tribunal de un decálogo y otros textos, escritos con un lenguaje eminentemente religioso.

constitucional de dieciséis palabras a docenas de cuestiones diversas y complejas a lo largo de un siglo, y más, ha conducido inevitablemente a decisiones contradictorias. «La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia», nos recuerda Oliver Wendell Holmes⁶⁰. El derecho estadounidense libertad religiosa no es una excepción.

Estas vacilaciones, sin embargo, también dejan ver el fracaso de la Corte a la hora de desarrollar un marco coherente para interpretar y aplicar la Primera Enmienda. Este tribunal ha tendido a confiar demasiado en sus propios mecanismos protectores sobre el libre ejercicio y el no establecimiento, y a utilizarlos como sustitutos del análisis, y razonamiento jurídicos. La Corte ha tendido a confrontar entre sí las cláusulas de la Primera Enmienda sobre no establecimiento y de libre ejercicio, en lugar de tratarlas como garantías gemelas de los derechos y libertades religiosas. A la vez, la Corte ha buscado con demasiada ansiedad reducir las cláusulas sobre la religión a uno o dos principios, ignorando a menudo la gama de primeros principios interrelacionados del experimento estadounidense sobre la libertad religiosa. La acumulación de estas deficiencias interpretativas, particularmente en las últimas dos décadas, ha llevado al experimento estadounidense a un estado de crisis aguda, tanto desde la perspectiva de derecho como de la fe en el propio derecho como sistema garantista.

La Corte necesita desarrollar un enfoque más integrado de las cuestiones relacionadas con la Primera Enmienda, que incorpore los primeros principios de los derechos y libertades religiosas sobre los que se fundó el experimento estadounidense, para integrarlos en la resolución de los diversos casos. Tal marco es bastante fácil de elaborar en la pizarra o en las páginas de un tratado, y, de hecho, últimamente se han ofrecido varias metodologías y marcos integradores valiosos.

El recurso a la normativa internacional y a los derechos humanos derivados de la libertad religiosa puede parecer un camino poco prometedor para desarrollar derecho constitucional estadounidense más integrado en esta materia. En general, los estadounidenses han sido mejores exportando sus ideas e instituciones constitucionales, que importándolas de otros pueblos. Con todo, las normas internacionales comentadas sobre la libertad religiosa parecen, según la sabiduría convencional, tener muy poco que valga la pena importar. El canon de normas internacionales de derechos humanos aplicables se ha desarrollado sólo lenta y esporádicamente desde la Segunda Guerra Mundial. Muy pocos casos internacionales están a la mano, y los que han sido reportados no siguen la forma y el formato convencional del estándar constitucional estadounidense. Por lo tanto, sería mejor dejar las normas internacionales de derechos humanos fuera del ámbito de la investigación de la Primera Enmienda.

Sin embargo, encerrarse en sí mismo priva al experimento americano de libertad religiosa de una rica fuente de instrucción e inspiración. En realidad, encontramos más reglas de oro sobre la libertad religiosa en las pilas de documentos internacionales de derechos humanos de lo que comúnmente se pensaba. Un buen número de tribunales nacionales e internacionales,

⁶⁰ Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law* (Boston, 1881), 1.

especialmente en Europa⁶¹, están extrayendo innovadora doctrina de estos documentos, con nueva presteza, para discernir el significado y las consecuencias de la libertad religiosa para el siglo XXI. Tanto el Congreso, como la Corte Suprema de los Estados Unidos, han comenzado a tener en cuenta estas fuentes jurídicas internacionales y el derecho comparado a la hora de legislar o y decidir sobre otros derechos fundamentales⁶². Parece haber llegado la hora en que el derecho estadounidense sobre libertad religiosa también se regule y aplique con una perspectiva más internacional.

Referencias

- Adams, John, *The Works of John Adams*, ed. J. F. Adams, 10 vols. (Boston: Little Brown, 1850–1856)
- Aleinikoff, Thomas Alexander, “Thinking Outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution,” *Texas Law Review* 82 (2004): 1990.
- Bassett, William, *Religious Organizations and the Law*, 2 vols. (St. Paul, MN: West Publishing Co., 1997-2007).
- Evans, Carolyn M., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights* (New York/Oxford: Oxford University Press, 2001)
- Evans, Malcolm D., *Religious Liberty and International Law in Europe* (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1997)
- Greenawalt, Kent, *Religion and the Constitution*, 2 vols. (Princeton: Princeton University Press, 2006-08)
- Gunn, T. Jeremy, *Spiritual Weapons: The Cold War and the Forging of an American National Religion* (Westport, CT: Praeger, 2009)
- Henkin, Louis, “Rights, American and Human,” *Columbia Law Review* 79 (1979): 405
- Henkin Louis, “U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker,” *American Journal of International Law* 89 (1995): 341
- Holmes, Oliver Wendell, Jr., *The Common Law* (Boston: Little Brown, 1881) Israel, Fred L., ed., *State of the Union Messages of the Presidents, 1790–1966*, 3 vols. (New York: Chelsea House, 1966)
- Lerner, Natan, *Religion, Secular Beliefs, and Human Rights: 25 Years After the 1981 Declaration* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006)

⁶¹ Véase, por ejemplo, Paul Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice* (New York–Cambridge, 2005); Carolyn Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights* (New York–Oxford, 2001); Malcolm D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe* (Cambridge–New York, 1997).

⁶² Véase *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) y el análisis de Thomas Alexander Aleinikoff, “Thinking Outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution”, *Texas Law Review* 82 (2004): 1990.

- Lindholm, Tore, W. Cole Durham, Jr., and Bahia G. Tahzib-Lie, eds. *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004)
- Morrisson, Clovis C. Jr., "Margin of Appreciation in European Human Rights Law," *Revue des droits de l'homme* 6 (1973): 263
- Neumann, Gerald, "The Global Dimension of RFRA," *Constitutional Commentary* 14 (1997): 33.
- 20
- Noonan, John T., Jr., *The Lustre of our Country: The American Experience of Religious Freedom* (Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1998), 263-356
- Stahnke, Tad and J. Paul Martin, *Religion and Human Rights: Basic Documents* (New York: Columbia University Press, 1988)
- Stewart, David P., "United States Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the Reservations, Understandings, and Declarations," *DePaul Law Review* 42 (1993): 1183
- Symposium, "The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion and Belief," *Emory International Law Review* 19 (2005): 465-1320.
- Symposium, "What's Wrong with Rights for Children?" *Emory International Law Review* (2006): 1-239
- Symposium, "The Foundations and Frontiers of Religious Liberty: A 25th Anniversary Celebration of the 1981 UN Declaration on Religious Tolerance," *Emory International Law Review* 21 (2007): 1-276
- Taylor, Paul, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice* (New York/Cambridge, 2005)
- Van der Vyver, Johan D., *Leuven Lectures on Religious Institutions, Religious Communities, and Rights* (Leuven: Peeters, 2004)
- Witte, John, Jr., *God's Joust, God's Justice: Law and Religion in the Western Tradition* (Grand Rapids, MI: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2006)
- The Reformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism* (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2007)
- Facts and Fictions About the History of Separation of Church and State," *Journal of Church and State* 48 (2006): 15
- Witte, John, and Joel A. Nichols, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2016)
- Witte, John, Jr. and Johan D. van der Vyver, eds., *Religious Human Rights in Global Perspective*, 2 vols. (The Hague/London/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1996)