

252 RHR

Draft

Published in John Witte, Jr. and Joel A. Nichols, *La Libertad Religiosa en Estados Unidos: Historia de un experimento constitucional*, trans. Nicolás Zambrana-Tévar, ed. Rafael Domingo (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2018), 15-20

Preface to the Spanish Edition / Prefacio a la primera edición en español

John Witte, Jr.

Abstract

This is a brief preface to the Spanish translation of our volume, Religion and the American Constitutional Experiment (4th ed. 2016). Presented below in both English and Spanish, the preface describes briefly the American story of religious liberty from its colonial beginnings to the latest Supreme Court cases arising under the First Amendment and related statutes. It also sets out the comparative value of this American constitutional story for the Spanish-speaking world.

Keywords: religious freedom; First Amendment; Spain; United States Supreme Court

It is a privilege to present to the Spanish-speaking world this compact but comprehensive account of the American constitutional experiment in religious freedom. This volume analyzes the formation of the First Amendment religion clauses in 1789 and the range of religious freedom perspectives of the American founders and their colonial and European forbearers. It describes the six main principles of religious freedom that the American founders held in common and that subsequent courts took as constitutional axioms—liberty of conscience, free exercise of religion, religious equality, religious pluralism, separation of church and state, and no establishment of religion. It analyzes closely the two hundred thirty United States Supreme Court cases on religious freedom and maps the shifting patterns of jurisprudence under both the free exercise and non-establishment guarantees of the First Amendment. A final chapter addresses the political and academic challenges to religious freedom in America today, and renews the founders' call to guarantee robust religious freedom to all and religious establishment to none.

In some sense, this American story of religious freedom is worlds apart from the Spanish story. The Spanish tradition of religious freedom is rooted in the civil law, the

American tradition in the common law. Spain has had a long history of Islamic, Jewish, and Christian coexistence and sometimes conflict, and it has worked out ways that these Abrahamic faiths can live together peaceably. America has only recently become home to substantial Muslim and Jewish populations, and the nation is now struggling with sharp new outbreaks of nativist Islamophobia and anti-Semitism. Spain has long been a Catholic stronghold, bound by powerful concordats with Rome. America has long been a Protestant majority land that prohibits religious establishments and concordats with any faith. Spain has had a glorious tradition of great emperors and kings, many closely allied with the Catholic Church. America was born out of revolution against the English Crown and Church and has always been deeply suspicious of concentrations and combinations of religious and political power.

Nonetheless, these two great legal cultures and peoples also have much in common. Both are heirs to the great Western tradition of republican liberty, born in ancient Greece and Rome, developed by classical jurists and ancient Church Fathers, and refined and routinized by hundreds of medieval schoolmen and jurists, and their heirs in the Protestant and Catholic Reformations. Spain was the first European colonizer of America already at the turn of the sixteenth century, and it maintained colonial strongholds in Florida and the American southwest until the mid-nineteenth century. Spain produced great prophets of religious freedom like Francisco Vitoria and Bartholomew las Casas whose work inspired early American colonial founders like Roger Williams and William Penn, and later constitutional architects like James Madison and John Adams. Spain gave the world the brilliant schoolmen of Salamanca who laid many of the intellectual foundations of modern international, constitutional, and human rights law on which American jurists, among many others, have long depended. And today, both these great nations are committed to pluralistic liberal democracy, and to the constitutional protection of fundamental rights and freedoms for all peaceable peoples. Both are signatories to the religious freedom guarantees of Article 18 in the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights as well as the 1981 UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion and Belief. And many of the Spanish-speaking nations of Latin and Central America share in the 1969 American Convention on Human Rights, with its strong Article 12 protections of religious freedom. While the United States has not ratified this instrument, American and Latin American jurists worked hand in hand in drafting it, and have continued to work together on the Inter-American Court and Commission of Human Rights in protecting religious freedom and other rights. Indeed, my colleague, Thomas Buergenthal, a Holocaust survivor and distinguished international human rights scholar, served for a term as the first American President of the Court thirty years ago.

The American story of religious freedom over the last three centuries is thus a story of a people who share in some of the rich religious, intellectual, and legal heritage of Spain and the Spanish Americas. Given this kinship, the American story offers Spanish readers useful comparative lessons on the value and validity of constitutionalism and human rights protection, as well as warnings about some of the

pitfalls to be avoided in the protection of religious freedom and other fundamental rights. Given the relatively recent approval of the democratic constitution of Spain in 1978, and the relatively recent democratization of many Latin American lands, there may be further merit in seeing how a sophisticated court in a democratic land like the United States has dealt with complex issues of religion, human rights, and religious freedom over time. How to manage religious pluralism and protect religious and cultural minorities--particularly controversial groups like Jews, Muslims, Mormons, Jehovah's Witnesses, Scientologists, and Native peoples who often bring charges of discrimination. How to define and set limits on religious and anti-religious exercises and expressions that cause offense or harm to others or elicit charge of blasphemy, defamation, or sacrilege. How to adjudicate challenges that a state's laws run directly counter to a party's core claims of conscience or cardinal commandments of the faith. How to balance private and public exercises of religion, including the liberty of conscience of one party to be left alone and the free exercise right of another to proselytize. How to balance conflicts between the rights of parents to bring up their children in the faith and the duties of the state to protect the best interest of the child. How to discern the proper place of religion in public state schools, and the proper place of government in private religious schools. How to protect the distinct religious needs of prisoners, soldiers, refugees, and others who do not enjoy ready access to traditional forms and forums of religious worship and expression.

Many religious freedom issues that have come before American courts also involve religious groups, for whom the right to organize as a legal entity with juridical personality is itself often the most critical first issue. But here, too, myriad questions have reached the Supreme Court: How to negotiate the complex needs and norms of religious groups without according them too much sovereignty over their members or too little relief from secular courts in the event of fundamental rights violations by religious officials. How to balance the rights of religious groups to self-determination and self-governance with the guarantees of freedom from discrimination based on religion, gender, culture, and sexual orientation. How to balance competing religious groups who each claim access to a common holy site, or a single religious or cultural group whose sacred site is threatened with desecration, development, or disaster. How to protect the relations between local religious communities and their foreign co-religionists. How to adjudicate intra- or interreligious disputes over property, contracts, or torts that come before secular tribunals for resolution. How to determine the proper levels of state cooperation with and support of religious officials and institutions in the delivery of child care, medical services, disaster relief, or humanitarian aid. How to define the lines of cooperation and jurisdiction between religious and political officials over fundamental institutions like the family, school and charity that have both spiritual and secular dimensions for many citizens. All these issues and many others the United States Supreme Court has addressed in the cases taken up in this volume. And a number of these issues already occupied the American founders two and a half centuries before.

“The life of the law is not logic but experience,” Supreme Court Justice, Oliver Wendell Holmes, Jr. once wrote. Here is a complex and fascinating story of America’s constitutional experience of law and religion, and this story holds enduring lessons and logics for legal life that the Spanish-speaking and broader world might wish to consider. But constitutional laws and cases are not commodities to be exported or imported to other nations. They must grow out of the souls and soils of the people who create and live under them, and breathe into them their own cultures and experiences. The American story of religious freedom cannot and should not be fully duplicated or imitated in any Spanish-speaking nation. The better course is for Spain and Spanish American lands to use this American story as a resource and inspiration for constructing an ever better constitutional order for the protection of religious freedom for all their people.

I am deeply grateful to Professor Nicolás Zambrana-Tévar for preparing the learned and lively translation of this text, and to Professor Rafael Domingo for his careful editing of this Spanish edition and for his wise counsel throughout the production and publication process. Translation is very much an art form, and it takes refined linguistic and legal skill to render American idioms and technical legal terms properly accessible to the Spanish reader. Professor Zambrana-Tévar and Domingo have worked brilliantly to this end, and they have my deep admiration and thanks. I also wish to thank Professor Domingo for introducing me more fully to the distinct Spanish story of law, religion, and human rights historically and today, and the implications of that story for American and broader global legal development. I have learned much from his recent trio of Cambridge University Press titles -- *Great Christian Jurists in Spanish History*; *God and the Secular Legal System*; and *Global Law* – and have enjoyed the privilege of working with him in our Center for the Study of Law and Religion at Emory University.

Preparation of this volume and its translation was made possible by a generous grant from the McDonald Agape Foundation. I am deeply grateful for the perennial and generous support of my work offered by Ambassador Alonzo McDonald, Mrs. Suzie McDonald, Mr. Peter McDonald, and Dr. Robert Pool of the Foundation. My deep thanks as well to my colleagues Amy Wheeler and Anita Mann for their hard work on administering these McDonald funds for this and related book projects.

John Witte, Jr.
Director, Center for the Study of Law and Religion, Emory University

Prefacio a la primera edición en español

Es para mí un honor presentar al mundo hispano-hablante este conciso pero exhaustivo estudio del experimento constitucional norteamericano en materia de libertad

religiosa. Esta obra analiza la formación de las cláusulas y disposiciones sobre religión de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, de 1789 y la diversidad de planteamientos y perspectivas que a este respecto albergaban los padres fundadores de la nación norteamericana, así como sus antecesores europeos y de la época colonial. En este volumen, se describen los seis principios esenciales que informan la libertad religiosa, y que tanto los padres fundadores como los tribunales de justicia tuvieron por axiomas constitucionales: libertad de conciencia, libre práctica de la religión, igualdad religiosa, pluralismo religioso, separación entre Iglesia y Estado y no establecimiento oficial de una religión. En estas páginas, se analizan también en profundidad las doscientas treinta sentencias que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dictado en materia de libertad religiosa y se traza el mapa de las cambiantes tendencias jurisprudenciales, tanto desde la perspectiva de la garantía constitucional de la libre práctica como desde la perspectiva de la garantía constitucional de no establecimiento oficial de una religión, ambas contenidas en la Primera Enmienda. Un capítulo final trata de los actuales desafíos políticos y académicos a la libertad religiosa en Norteamérica y vuelve a exigir, como hicieron ya los padres fundadores, que se garantice a todos una sólida libertad religiosa, así como que se evite el establecimiento oficial de religión alguna.

En cierto sentido, este relato norteamericano sobre libertad religiosa es asombrosamente diferente de la historia de España. La tradición española de libertad religiosa está enraizada en la tradición jurídica continental del *civil law*, mientras que la norteamericana pertenece al *common law* inglés. España ha mantenido una larga historia de coexistencia –y a veces, de conflicto- entre musulmanes, judíos y cristianos y, por siglos, supo generar mecanismos para promover una convivencia pacífica entre las tres religiones abrahámicas. En cambio, sólo en los últimos tiempos Estados Unidos se ha convertido en el hogar de un considerable número de musulmanes y judíos, por lo que la nación se enfrenta ahora a nuevos y virulentos brotes de islamofobia y antisemitismo. España ha sido durante mucho tiempo un baluarte del catolicismo y está unida a Roma mediante poderosos concordatos. Estados Unidos ha sido siempre un país de mayoría protestante que ha prohibido las religiones oficiales y los concordatos con cualquier religión. España ha tenido una gloriosa tradición de grandes reyes, muchos de los cuales establecieron fuertes alianzas con la Iglesia Católica. Norteamérica nació de una revolución contra la Corona inglesa y siempre ha mirado con suspicacia cualquier concentración o entrelazamiento entre el poder religioso y político.

Sin embargo, estos dos grandes pueblos y culturas jurídicas también tienen mucho en común. Ambos son herederos de la gran tradición occidental de libertad republicana, nacida en Grecia y Roma, elaborada por juristas clásicos y Padres de la Iglesia antigua. Una tradición que se pulió y actualizó gracias a cientos de académicos y juristas medievales, así como a sus sucesores, en la Reforma protestante y católica. España fue el primer colonizador europeo de América, a comienzos del siglo XVI y mantuvo bastiones coloniales en Florida y el sudoeste americano hasta mediados del siglo XIX. España produjo grandes profetas de la libertad religiosa como Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, cuyos escritos inspiraron a algunos de los primeros

padres fundadores, como Roger Williams y Roger Penn y, más tarde, a arquitectos de la Constitución como James Madison y John Adams. España dio al mundo a los insignes miembros de la Escuela de Salamanca, que pusieron muchas de las bases intelectuales del Derecho internacional moderno, del Derecho constitucional y de los derechos humanos, de los que se han nutrido largo tiempo los juristas norteamericanos, entre otros muchos. Hoy en día, estas dos grandes naciones están comprometidas con la democracia liberal y pluralista, así como con la protección constitucional de los derechos y libertades fundamentales, de los que deben poder disfrutar todos los pueblos amantes de la paz. Ambas se enorgullecen de ser signatarias de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, con la garantía para la libertad religiosa de su artículo 18. Ambas también se enorgullecen de ser signatarias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, así como de 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. Asimismo, muchas de las naciones hispanohablantes de América han tomado parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, con sus vigorosas garantías para la libertad religiosa, de su artículo 12. Aunque los Estados Unidos no han ratificado este instrumento, los juristas norteamericanos y latinoamericanos trabajaron mano a mano en su redacción y han continuado trabajando juntos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para proteger la libertad religiosa y otros derechos. Mi colega Thomas Buergenthal, superviviente del Holocausto y un distinguido experto internacional en derechos humanos, fue durante un tiempo el primer presidente estadounidense de la Corte, hace treinta años.

La historia de la libertad religiosa en Estados Unidos, durante los últimos tres siglos, es por ello la historia de un pueblo que comparte algo de la rica herencia religiosa, intelectual y jurídica de España y de la América española. Debido a este parentesco, la historia de la libertad religiosa en Estados Unidos ofrece a los lectores de lengua española un aprovechable punto de comparación acerca del valor y validez del constitucionalismo y la protección de los derechos humanos, así como de otros derechos fundamentales. Dada la relativamente reciente aprobación de la Constitución española en 1978, y la relativamente reciente democratización de muchos países de América Latina, puede ser doblemente aprovechable observar cómo un sofisticado tribunal, en un país profundamente democrático como Estados Unidos, ha tratado complejas cuestiones sobre religión, derechos humanos y libertad religiosa, a lo largo del tiempo. El lector de este libro podrá conocer cómo se administra en Estados Unidos el pluralismo religioso y se protegen minorías religiosas y culturales; cómo se define y ponen límites a las prácticas y expresiones de religiosidad y antirreligiosidad que ofenden o hieren a otros o que provocan acusaciones de blasfemia, difamación o sacrilegio. El lector se familiarizará con las decisiones adoptadas por los tribunales en los casos en que la ley es directamente contraria a las principales exigencias de la conciencia o a los mandatos de la fe. El lector aprenderá cómo se equilibran en Estados Unidos las prácticas religiosas privadas y públicas, la libertad de conciencia de quien desea que le dejen en paz con el derecho a la libre práctica de quien pretende hacer proselitismo; o el derecho de los padres a educar a sus hijos en su propia Fe con el deber del Estado de proteger los

intereses del niño. En este volumen, se analiza también la función de la religión en las escuelas públicas, el papel del Estado en los colegios privados con ideario religioso, así como las específicas necesidades religiosas de los presos, soldados, refugiados y de otros que no tienen fácil acceso a formas y foros tradicionales de práctica y expresión religiosa.

Muchas de las cuestiones relativas a la libertad religiosa que se han defendido ante los tribunales estadounidenses implican a colectivos religiosos para los que el derecho a constituirse como entidad con personalidad jurídica es en sí una cuestión de primer orden. En este tema, una miríada de cuestiones ha llegado hasta el Tribunal Supremo: Cómo negociar las complejas necesidades y normas de los colectivos religiosos sin concederles demasiada autoridad sobre sus miembros o demasiada poca protección por parte de los tribunales ordinarios, en caso de que se produzcan violaciones de sus derechos fundamentales por parte de las autoridades eclesiásticas; cómo equilibrar el derecho a la autonomía y al autogobierno de los colectivos religiosos, pero ofreciendo protección frente a actos discriminatorios basados en la religión, el sexo, la cultura o la orientación sexual; cómo atender a la competencia entre colectivos religiosos, cada uno de los cuales exige tener acceso a un mismo lugar santo, o a la existencia de un solo colectivo religioso o cultural cuyo terreno sagrado se ve amenazado por profanadores, desarrollo urbanístico o desastres naturales; cómo proteger las relaciones entre las comunidades religiosas locales y sus correligionarios extranjeros; cómo juzgar las controversias internas o entre comunidades religiosas en materia de derechos de propiedad, contratos u obligaciones extracontractuales que se ponen ante los tribunales ordinarios en busca de solución; cómo determinar los niveles apropiados de cooperación estatal con las autoridades eclesiales e instituciones religiosas, así como el apoyo a las mismas, a la hora de proporcionar servicios en el cuidado de niños, servicios médicos, servicios de emergencia o ayuda humanitaria; cómo definir los límites de la cooperación y jurisdicción entre las autoridades religiosas y las civiles, respecto a instituciones fundamentales como la familia, la escuela y la ayuda a los desfavorecidos, que para muchos ciudadanos poseen dimensiones tanto espirituales como seculares. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido que ocuparse de todas estas cuestiones y de otras muchas como puede comprobarse en los casos y la jurisprudencia incluida en esta obra. Por otro lado, los padres de la nación norteamericana ya se ocuparon de un buen número de ellas hace doscientos cincuenta años.

“La vida del Derecho no ha seguido el camino de la lógica, sino el de la experiencia,” escribió en cierta ocasión Oliver Wendell Holmes, Jr., distinguido magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. He aquí una compleja y fascinante historia de la experiencia constitucional norteamericana sobre Derecho y religión. Una historia que encierra enseñanzas razonables y duraderas para el desarrollo del Derecho y que sería bueno que tanto el mundo hispano como el resto del mundo tuvieran en cuenta. Sin embargo, el Derecho y la jurisprudencia constitucional no son productos para ser exportados o importados a otras naciones. Deben crecer desde el alma y la tierra de los pueblos que los crean y que viven a su amparo y que les insuflan vida dentro de sus propias culturas y experiencias. La historia norteamericana de la

libertad religiosa no puede y no debe simplemente replicarse en o imitarse por ningún país de habla hispana. Es más sabio, en cambio, que España y los países hispanoamericanos empleen esta historia norteamericana como fuente de inspiración para construir un orden constitucional siempre mejor, con vistas a proteger la libertad religiosa de su pueblo.

No quisiera terminar este prefacio sin mostrar mis más profundo agradecimiento al profesor Nicolás Zambrana por preparar esta inteligente y amena traducción de mi obra, y al profesor Rafael Domingo por su cuidadosa labor de revisión de la traducción y de edición de la obra en lengua española, así como por sus sabios consejos a lo largo de todo el proceso de elaboración y publicación. Toda traducción es en buena medida una forma de arte y necesita gran destreza lingüística y jurídica, para hacer que las expresiones idiomáticas de Estados Unidos, así como su técnica terminología jurídica, sean adecuadamente accesibles al lector en castellano. Los profesores Zambrana y Domingo han trabajado brillantemente para alcanzar este objetivo y gozan de mi admiración y agradecimiento. También me gustaría agradecer al profesor Domingo por introducirme con más profundidad en la específica historia del Derecho en España, y en las implicaciones de dicha historia para América y para el desarrollo del Derecho a nivel global. He aprendido mucho de sus recientes tres obras publicadas por Cambridge University Press –*Great Christian Jurists in Spanish History*, *God and the Secular Legal System*, y *The New Global Law*- y estoy disfrutando del privilegio de trabajar con él en nuestro Center for the Study of Law and Religion de la Universidad de Emory, en Atlanta.

La elaboración de esta obra y su traducción han sido posibles gracias a la generosa ayuda de la McDonald Agape Foundation. Estoy profundamente agradecido al Embajador Alonzo McDonald, Suzie McDonald, Peter McDonald y al Dr. Robert Pool por el continuo y desinteresado apoyo que han prestado a mi trabajo académico. Mi más sincero agradecimiento también a Amy Wheeler y Anita Mann por su concienzudo trabajo a la hora de administrar los fondos de la Fundación McDonald, para este proyecto y para otros proyectos editoriales similares.

John Witte, Jr.

Director. Center for the Study of Law and Religion. Emory University