

Fernando Arlettaz

Universidad de Zaragoza
fernandoarlettaz@yahoo.com.ar

**La interpretación de la non-establishment clause de
la Constitución estadounidense**

*Interpretation of the Non-Establishment Principle of the
Establishment Clause of the U.S. Constitution*

*Interpretação da cláusula de não estabelecimento na
Constituição dos EUA*

Artículo de reflexión: recibido 24/01/2014 y aprobado 23/05/2014

Resumen

El artículo aborda la controvertida cuestión de la interpretación de la cláusula de no establecimiento religioso de la primera enmienda a la Constitución estadounidense. Por una parte, se discute cuál fue la verdadera intención de los autores de la enmienda y hasta qué punto esta intención ha de influir en la interpretación actual de la misma. Por otra parte, se estudia la ambigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha recurrido a diferentes estándares interpretativos para aplicar la disposición (el criterio de la imparcialidad, el criterio del excesivo involucramiento, el criterio de la coerción).

Palabras clave: Establecimiento religioso, Constitución estadounidense, jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, libertad religiosa.

Abstract

This article addresses the controversial issue of the First Amendment: Establishment Clause to the Constitution of the United States' interpretation. First, we debate about the actual purpose of the authors of this amendment, and the extent of the intention to influence on the current interpretation of this clause. We also examine the ambiguous jurisprudence of the Supreme Court of Justice which, in order to instrument the regulation, has appealed to different interpretative standards, namely, fairness, excessive involvement, and coercion criterions.

Keywords: Religious establishment, U.S. Constitution, jurisprudence of the Supreme Court of the United States, religious freedom.

Resumo

O artigo faz referência à debatida questão da interpretação da cláusula de não estabelecimento religioso da Primeira Emenda à Constituição dos EUA. Considera-se qual a intenção original dos autores da emenda, e ainda a influencia que ela possa exercer na interpretação atual da mesma. Reflete também na ambiguidade da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que tivera de apelar a diferentes cânones interpretativos -critério da equidade, critério da implicação excessiva e critério da coerção-, para aplicar a disposição.

Palavras-chave: Estabelecimento, Constituição dos EUA, decisões religiosas da Suprema Corte dos Estados Unidos, liberdade religiosa.

Introducción

El objetivo del presente texto es realizar un análisis, tanto desde la perspectiva de la interpretación doctrinal, como desde la perspectiva de la interpretación jurisprudencial, de la cláusula de la Constitución de los Estados Unidos que prohíbe el establecimiento oficial de una religión.

Como es sabido, el nacimiento de la libertad religiosa como concepto jurídico moderno está ligado a las guerras de religión europeas. El desarrollo de este concepto fue, por supuesto, lento y progresivo, hasta culminar en la plasmación de la libertad en los textos constitucionales fundamentales de Europa y América.

La libertad religiosa, como los demás derechos fundamentales que aparecieron en el contexto moderno, fue posible gracias a una combinación de circunstancias entre las que se encuentran la Reforma protestante, el nacimiento de la ciencia moderna y el mercantilismo, la consolidación de los Estados nacionales, las expediciones marítimas, y el nacimiento de una nueva clase media (Ishay, 2008:64-69).

Existe un principio constitucional estrechamente vinculado a la libertad religiosa, aunque distinguible de ella, relativo a la actitud del Estado en relación con el fenómeno religioso. Según sus variantes históricas y geográficas, este principio asume la forma de la laicidad del Estado, la aconfesionalidad del Estado, o la prohibición de establecimiento de una religión oficial.

En este trabajo nos referiremos a ese principio tal como ha nacido y se ha desarrollado en el derecho constitucional estadounidense. Para mantener la fidelidad al lenguaje literal de la primera enmienda a la Constitución estadounidense, hablaremos aquí de *no establecimiento* como traducción de lo que en el lenguaje constitucional norteamericano se conoce como *non-establishment*.

La primera enmienda incorpora también una cláusula relativa a la libertad religiosa, que guarda estrecha relación con la cláusula de no establecimiento que constituye el objeto de este estudio. El origen de las cláusulas de libertad religiosa y de no establecimiento de la Constitución de los Estados Unidos ha de encontrarse en el contexto histórico del nacimiento del nuevo Estado, que tuvo lugar después decon posterioridad a la independencia de las célebres trece colonias. Como se tendrá ocasión de ver en lo que sigue, resulta controvertido existe controversia con respecto al establecimiento de cuál fue la verdadera

intención de los autores de la primera enmienda, y acerca de hasta qué punto esta intención ha de guiar la su interpretación contemporánea de la misma.

Por otra parte, hay que tener también en cuenta que con posterioridad fue aprobada la 14ª enmienda constitucional que, al establecer que los Estados deben respetar los privilegios e inmunidades que la Constitución federal garantiza a los ciudadanos de Estados Unidos, tuvo una influencia interpretativa notable sobre la primera enmienda.

Origen de la cláusula de no establecimiento en la Constitución estadounidense

La situación religiosa en las colonias norteamericanas era variada. Entre las más intolerantes con los disidentes religiosos se encontraban la anglicana Virginia y las congregacionistas Massachusetts, Connecticut, y Nueva Hampshire. Las colonias fundadas en el siglo XVIII, aunque tenían también al anglicanismo como religión oficial, eran en general más tolerantes. Estados como Carolina del Norte y Carolina del Sur eran tolerantes, salvo con los ateos; Georgia era tolerante con los diferentes grupos protestantes y con los judíos, pero no con los católicos; Nueva Jersey y Nueva York eran dos de los lugares en los que se manifestaba una mayor tolerancia. Maryland, colonia católica, toleraba a los protestantes trinitarios. En Pennsylvania, había una tolerancia recíproca entre los grupos cristianos. Y en Rhode Island la tolerancia religiosa beneficiaba incluso a los no creyentes (Gill, 2007: 62 y ss.)¹.

208

El hecho de que existieran algunas colonias muy intolerantes con los disidentes religiosos, como Massachusetts y Virginia (las dos primeras colonias fundadas en Norteamérica), demuestra la falsedad del mito fundacional estadounidense, que presenta a los *Pilgrim Fathers* como inmigrantes en busca de la libertad religiosa. Tal vez buscaban la libertad religiosa, pero la buscaban en primer lugar o exclusivamente para sí mismos; y perseguían a los disidentes como ellos mismos habían sido previamente perseguidos. Por otra parte, el anticatolicismo virulento fue una constante en los siglos XVII y XVIII, fenómeno que se conoce como *nativism* (Gunn, 2004: 444).

Después de la declaración de independencia, las antiguas colonias se fueron organizando como Estados. Todas las constituciones o declaraciones de derechos de los nacientes Estados protegieron la libertad religiosa, ya sea con

1 Sobre este periodo histórico puede verse también Murphy (2001).

carácter general o sólo para los creyentes. Sin embargo, la regulación de las relaciones entre las iglesias y el Estado fue diferente en los diferentes estados. Algunos de estos optaron por un régimen de separación. Otros, en cambio, establecieron religiones de Estado, o algún tipo de privilegio a favor de alguna confesión (Commager, 1982:13-25; Patrick y Long, 1999:1-8).

Entre los que consagraron la separación se encuentran Pennsylvania (Constitución de 1776); Carolina del Norte (Constitución de 1776); Nueva Jersey (Constitución de 1776); Delaware (Constituciones de 1776 y 1792); Nueva York (Constitución de 1777); y Virginia (Declaración de derechos de 1776 que establece la igualdad en materia religiosa, Constitución de 1776 y *Bill for Establishing Religious Freedom* de 1786). Rhode Island no tenía religión establecida y mantuvo este régimen (Constitución de 1842). Carolina del Sur estableció el protestantismo en sus diferentes variantes (Constitución de 1778). Massachussets (Constitución de 1780), y Connecticut (que continuó rigiéndose por la Carta de 1662), establecieron el congregacionismo. Nueva Hampshire (Constitución de 1784) estableció un sistema de financiación estatal del protestantismo. Georgia, que no había tenido religión establecida, permitió (Constitución de 1789) que los individuos fueran obligados a contribuir a la financiación de su propio culto. Maryland sostenía el cristianismo en general (Constitución de 1776)².

A nivel del gobierno federal, la Constitución de 1787 abrogó el *religious test*, de modo que ninguna condición religiosa fue ya exigible para acceder a las funciones públicas del Estado federal. Sin embargo, la Constitución no estableció paralelamente una declaración de derechos, como lo habían hecho las constituciones de los Estados. Posiblemente, en la mente de los constituyentes tal declaración de derechos resultaba superflua, ya que concebían al gobierno federal como una entidad de poderes muy limitados, que sólo tenía competencias en los ámbitos expresamente enumerados, y ninguno de estos ámbitos de competencia le daba oportunidad de infringir derechos de los ciudadanos (Patrick y Long, 1999: 44 y ss)³.

2 Los textos constitucionales citados pueden consultarse en la base de datos de la Universidad de Maryland, que contiene todas las Constituciones estatales estadounidenses con todas sus enmiendas desde los orígenes hasta el día de hoy (<http://www.stateconstitutions.umd.edu/index.aspx>).

3 Sobre esta cuestión en los orígenes constitucionales ver ... Sobre este periodo de la historia estadounidense en general puede consultarse Bailyn (1992) y Reid (1981).

La declaración de derechos fue incorporada con posterioridad. La primera enmienda a la Constitución, realizada en 1791, garantizó que el gobierno federal no podía establecer ninguna religión, ni prohibir su libre ejercicio. Según esta enmienda: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]” (“El Congreso no puede aprobar ninguna ley relativa al establecimiento de una religión, o que prohíba el ejercicio de una religión”, traducción nuestra).

De este modo quedaban incorporadas en la primera enmienda las dos cláusulas religiosas: la cláusula de no establecimiento (*non-establishment clause*), y la cláusula de libre ejercicio de la religión (*free exercise clause*).

Esta disposición limitaba su alcance al gobierno federal solamente, de modo que los Estados federados mantuvieron su autonomía en lo que respecta al grado de protección que otorgarían a la libertad religiosa y a la definición de sus relaciones con las confesiones. No obstante, los Estados fueron eliminando gradualmente el sistema de iglesias establecidas, al tiempo que ampliaban el alcance de la libertad religiosa a todos los individuos. Connecticut eliminó el establecimiento en su Constitución de 1818; Massachussets lo hizo en su Constitución de 1833. Nueva Hampshire adoptó en 1819 la *Toleration Act*. Carolina del Sur mantuvo el establecimiento⁴, aunque luego se tornó inoperativo en razón de una interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos (que veremos más abajo).

Es cierto, y este hecho tiende a ser magnificado por los teóricos conservadores, que los Padres Fundadores tenían una visión religiosa del mundo, y que la Constitución federal es en buena medida el resultado de esa visión; por lo que posiblemente su intención era más proteger a la religión del Estado que al Estado de la religión, así como también asegurar la igualdad entre denominaciones religiosas (denominaciones protestantes, se entiende)⁵.

El filósofo católico Michael Novak (2006:3-4) recuerda que el primer acto del Congreso en 1774 fue una oración pronunciada por un clérigo episcopaliano, quien leyó un salmo, es decir, una plegaria judía. Además, cuando

4 Los textos constitucionales citados pueden consultarse en la base de datos de la Universidad de Maryland, que contiene todas las Constituciones estatales estadounidenses con todas sus enmiendas desde los orígenes hasta el día de hoy (<http://www.stateconstitutions.umd.edu/index.aspx>).

5 Para los aspectos históricos de la primera enmienda ver: Jeffries y Ryan (2001); Weisbrod (1986); Drakeman (1983).

Thomas Jefferson escribió la declaración de independencia, mencionó dos veces a Dios. Los miembros del Congreso insistieron en dos referencias más. Así, Dios aparece mencionado cuatro veces en la declaración: como Autor de la naturaleza y del derecho natural; como el Creador que confirió derechos a los hombres; como el Juez a quien se apela como testigo de que los motivos de la independencia han de encontrarse en la salvaguarda de la libertad y la dignidad; y finalmente, en la confianza en la Divina Providencia que, cree Novak, es muestra de la existencia de un pacto entre Dios y la nueva nación.

Esta mención se refería además a un dios concreto: el Dios de la tradición judeocristiana. Los Padres Fundadores no eran deístas al estilo de los ilustrados franceses, sino creyentes en un dios que se ocupa de los asuntos contingentes, que ama a naciones particulares y está interesado en pueblos particulares en circunstancias particulares (Novak, 2006:5).

En esta línea interpretativa, Rodney Smith (1991: 263) argumenta que las posiciones de los constituyentes en cuanto a las relaciones del gobierno federal con las iglesias oscilaban entre la versión *non-preferential* (que permite la asistencia estatal a la religión con tal de que no se favorezca a un grupo religioso por encima de otro grupo religioso, aunque sea legítimo que se favorezca a la religión por sobre la no religión), y la versión del juez Story (una variante del *non-preferentialism* que permite la asistencia a la religión *cristiana* con tal de que no se favorezca a un grupo religioso *cristiano* por encima de otro grupo religioso *cristiano*, aunque sea legítimo que se favorezca al cristianismo por encima de las demás corrientes religiosas). De este modo, la redacción de la primera enmienda habría sido lo suficientemente ambigua como para permitir ambas lecturas.

Los teóricos liberales creen en cambio que no se debe exagerar la importancia que los constituyentes dieron al rol de la religión en la vida pública. El clima general era el del rechazo al establecimiento de una religión por parte del gobierno federal, aunque es cierto que no había unanimidad respecto de lo que significaba el concepto de establecimiento. En los debates sobre la ratificación de la Constitución de 1787 y de sus enmiendas de 1791 por parte de los Estados, algunos sectores utilizaron un lenguaje *non-preferential*. Sin embargo, no está claro que se haya sostenido expresamente que la no preferencia de una denominación sobre otra agotaba todo el contenido de la cláusula de no establecimiento.

La opinión política liberal enfatiza el hecho de que la cláusula de no establecimiento está ligada al pensamiento de los Padres Fundadores, como Thomas Jefferson y James Madison, quienes seguían las premisas de la Ilustración (en especial a John Locke), y aunque no eran ateos creían que la religión debía ser asunto de la esfera privada. Dos textos fundamentales demostrarían esta toma de posición de los Padres Fundadores. El primero de ellos es el *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments*, redactado en 1785 por Madison. Por ese entonces se había dado en Virginia el debate sobre la utilización de dineros públicos para pagar a maestros de educación cristiana en las escuelas. Madison redactó una petición en contra de la iniciativa, en la que se oponía tenazmente a lo que consideraba una violación de la libertad de conciencia de los individuos, y un reprochable acto de establecimiento de una religión. Allí afirmaba, en términos lockeanos, que

Las opiniones de los hombres, dependiendo sólo de la evidencia contemplada por sus propios espíritus, no pueden seguir los dictados de otros hombres [...] ¿Qué influencia han tenido de hecho los establecimientos religiosos sobre la sociedad civil? En algunos casos, han erigido la tiranía sobre las ruinas de la autoridad civil; en muchas instancias han soportado el trono de la tiranía política; en ningún caso han sido los guardianes de las libertades del pueblo. Los gobernantes que buscan subvertir las libertades públicas han encontrado en el clero establecido auxiliares convenientes.⁶(s.f.).

212

Más adelante, siendo presidente, Madison vetó una ley que cedía un terreno público a una iglesia bautista que, por un error de catastro, se había construido sobre tierras que pertenecían al fisco. El argumento dado por Madison era que tal ley creaba un inaceptable precedente de utilización de bienes públicos en beneficio de una confesión religiosa, en contra de lo dispuesto por la primera enmienda.

Aunque esta posición es posterior a la redacción de la primera enmienda,

6 El texto ha sido traducido a partir de la versión original inglesa disponible en la base de datos sobre libertad religiosa de la Universidad de Virginia (http://religiousfreedom.lib.virginia.edu/sacred/madison_m&r_1785.html).

suele utilizarse como una interpretación auténtica acerca de la voluntad de sus autores. Sin embargo, la conducta política de Madison no fue siempre coherente, y siendo presidente también autorizó ciertos días festivos religiosos, algo que Jefferson, en cambio, se negó a hacer.

Igualmente célebre que el escrito de Madison es la carta de Jefferson a la Asociación Bautista de Danbury, de 1802, en la que se utiliza la conocida expresión *muro de separación entre la iglesia y el Estado* para referirse a la interpretación que considera correcta de la cláusula de no establecimiento. En este documento, puede leerse que:

Creando con ustedes que la religión es un asunto que ha de quedar exclusivamente entre el hombre y Dios, y que el hombre no debe dar cuentas a ningún otro por su fe o culto, y que los poderes legislativos del gobierno alcanzan sólo a las acciones y no a las opiniones, contemplo con soberana reverencia ese acto de todo el pueblo americano que declaró que su legislatura no debía ‘ni promulgar leyes con respecto al establecimiento de la religión ni prohibir el libre ejercicio de ella’, construyendo así un muro de separación entre la iglesia y el Estado”⁷ (s.f.).

Los autores conservadores, como Mary Segers (1998), ven en estas posturas un claro llamamiento a evitar el establecimiento de una denominación religiosa en perjuicio de otra, pero sin que esto implique una segregación completa de la religión en lo que concierne a la escena pública. Se admite que la postura de los Padres Fundadores era un tanto ambivalente sobre este punto, ya que por un lado veían en la religión una fuerza positiva que sostenía la moral cívica, pero por el otro temían que en una sociedad religiosamente diversa las divisiones sectarias se convirtieran en una amenaza.

Para los conservadores, la opinión de Madison y Jefferson era que la cláusula de no establecimiento debería ser leída en este sentido estrecho, lo cual implica que su función era evitar que una denominación se convirtiera en oficial. Por otra parte, un conjunto importante de personalidades de la épo-

⁷ El texto ha sido traducido a partir de la versión original inglesa disponible en la base de datos sobre libertad religiosa de la Universidad de Virginia (http://religiousfreedom.lib.virginia.edu/sacred/danbury_1802.html).

ca, como George Washington, John Adams, Patrick Henry, y John Marshall, sostenían la necesidad de mantener las iglesias establecidas porque creían en los beneficios sociales de la religión.

Michael Novak (2006: 1-5) recuerda que cuando se cuestionó el artículo de la Constitución de Massachussets que establecía la religión protestante, John Adams salió en su defensa. Adams dijo que no hacía falta creer en la religión protestante, pero que si se querían conseguir los beneficios que provienen de la enseñanza religiosa, había que pagar por ella.

Para Leonard Levy (1994.: 93), en cambio, la comprensión más extendida de la cláusula de no establecimiento era que el gobierno central no tendría ningún poder para legislar en cualquier materia de religión. También Douglas Laycock (1986: 875) rechaza que la intención de los autores del texto constitucional haya sido limitarse a una cláusula en sentido *non-preferential*. Sin embargo, admite que en lo relativo a las ayudas no financieras a las organizaciones religiosas los autores de la Constitución parecían adoptar una posición favorable a la asistencia a las denominaciones cristianas (Laycock, 1986: 913-918).

En cualquier caso, incluso si se admitiera que la intención de los autores de la primera enmienda era muy indulgente respecto de las ayudas estatales a la religión, es discutible hasta qué punto la intención original de los autores de la norma ha de guiar forzosamente la interpretación actual de la Constitución. La prevalencia del sentido original presente en la intención de los autores es lo que se conoce como *originalism*⁸. Sin embargo, y como se verá a continuación, ni la jurisprudencia de la Corte Suprema ni la doctrina de los autores dan a ese criterio un valor definitivo.

La cláusula de no establecimiento en el siglo XIX y la doctrina de la incorporación

Durante el siglo XIX, la interpretación de la primera enmienda en sentido *non-preferential* gozaba del favor de muchos juristas. Así, el juez Joseph Story afirmaba

8 Para una defensa del *originalism* en relación con la cláusula que aquí nos interesa ver Bork (1971) y McConnell (1990). La opinión liberal estadounidense, en cambio, es que el operador contemporáneo no está obligado por la intención de los fundadores, sino sólo a inquirir si los propósitos que ellos tenían en mente todavía merecen respeto político y obediencia constitucional. La historia sólo puede ser una guía, pero no un factor de control (Levy, 1994:239).

que el objetivo de la primera enmienda era evitar el enfrentamiento entre las denominaciones cristianas, pero que no había inconveniente alguno en que el Estado fomentara el cristianismo. Una sentencia dictada por unanimidad por la Corte Suprema en 1892 reconocía abiertamente que los Estados Unidos eran una nación cristiana⁹. Más aún, en la mente de los líderes estadounidenses del siglo XIX, *cristiano* significaba, en muchas ocasiones, *protestante*.

De hecho, a lo largo del siglo XIX se sucedieron brotes de *nativism* anticatólico, expresado en el lenguaje de los ideales y valores del naciente patriotismo estadounidense, que se asociaba con la religión protestante. El antisemitismo estaba presente en menor medida, aunque se intensificó a partir de los años '20 y '30 del siglo XX (Gunn, 2004: 450-451).

En los primeros años de vida independiente de los Estados Unidos no se conocieron casos relativos a la cláusula de no establecimiento de la primera enmienda resueltos por la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, a mediados del siglo XIX se produjo un cambio constitucional que habría de tener una enorme repercusión posterior.

En su redacción original, las enmiendas a la Constitución que constituyen el *Bill of Rights* estaban pensadas sólo como un límite al gobierno federal. Por ello, ni la cláusula de libertad religiosa ni la cláusula de no establecimiento imponían obligaciones a los Estados federados. La 14^a enmienda, de 1868, estableció que ningún Estado puede limitar los privilegios e inmunidades que la Constitución federal garantiza a los ciudadanos de Estados Unidos. Poco a poco, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue entendiendo que el efecto de esta disposición era tornar obligatorias para los Estados las pautas emergentes de las enmiendas constitucionales.

Sin embargo, antes de que esta operación jurisprudencial tuviera lugar en relación con la cláusula de no establecimiento, la Corte Suprema se refirió en tres casos a esta cláusula. En *Bradfield v. Roberts* se convalidaron pagos hechos por el Congreso a favor de un hospital de orientación religiosa en el distrito de Columbia¹⁰. En *Quick Bear v. Leupp* se aceptó como legítimos los pagos hechos a una escuela católica que estaba en una reserva indígena¹¹. En

9 Supreme Court of the United States: *Church of Holy Trinity v. Unites States*, 143 US 457 (1892).

10 Supreme Court of the United States: *Bradfield v. Roberts*, 175 US 291 (1899).

11 Supreme Court of the United States: *Quick Bear v. Leupp*, 210 US 50 (1908).

Cochran v. Louisiana Board of Education la Corte convalidó la compra de libros de carácter no religioso por parte del gobierno, para ser distribuidos en escuelas tanto públicas como privadas (lo que incluía a las escuelas religiosas). Sin embargo, en este último caso, la cuestión fue discutida más bajo la óptica del uso del dinero de los contribuyentes a favor de iniciativas privadas que bajo la óptica de la cláusula de no establecimiento¹².

Hubo que esperar casi ochenta años desde la aprobación de la 14ª enmienda para que la Corte Suprema entendiera que las cláusulas de libertad religiosa y de no establecimiento estaban *incorporadas* a ella, es decir, que las cláusulas de libertad religiosa y de no establecimiento eran obligatorias para los Estados en virtud de la 14ª enmienda. Probablemente, la doctrina de la incorporación en relación con la doble cláusula de la primera enmienda no estaba en la mente de los constituyentes. Pero lo verdaderamente importante, y esto fue lo que contó en la evolución histórica, no es lo que pasaba por la mente de los constituyentes históricos sino si el lenguaje de la 14ª enmienda autorizaba tal extensión (Levy, 1994: 225)¹³.

En 1940 se entendió como incorporada la cláusula de libertad religiosa, en un caso en que la Corte Suprema declaró inconstitucional la condena de un testigo de Jehová por actos de proselitismo¹⁴. En 1947 sucedió lo mismo con la cláusula de no establecimiento, en el célebre caso *Everson v. Board of Education of Swing Township*, relativo a la financiación del transporte para llevar a alumnos a colegios católicos¹⁵.

La acción conjunta de la primera y la 14ª enmiendas tendió a dejar a las conductas religiosas libres del accionar del gobierno federal y de los Estados federados. Esto, al tiempo que secularizaba las instituciones públicas, construía una especie de *economía de lo religioso*. Junto al libre mercado económico, que gracias a la acción de la *mano invisible* debía permitir el florecimiento del comercio y de la industria, la libertad religiosa iba a permitir

12 Supreme Court of the United States: *Cochran v. Louisiana Board of Education*, 281 US 370 (1930).

13 Suele señalarse como precedente de la doctrina de la incorporación en general (no respecto de la libertad religiosa o del no establecimiento) el caso Supreme Court of the United States: *Gitlow v. New York*, 268 US 652 (1925). A veces, sin embargo, se remontan los antecedentes hasta Supreme Court of the United States: *Chicago, Burlington and Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 US 226 (1897).

14 Supreme Court of the United States: *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940).

15 Supreme Court of the United States: *Everson v. Board of Education of Swing Township*, 330 US 1 (1947).

el florecimiento de vigorosas y variadas denominaciones religiosas. Como las fuerzas económicas, las fuerzas religiosas habían de autorregularse por la libre competencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema

En los apartados siguientes presentaremos la interpretación que la Corte Suprema ha realizado de la cláusula de no establecimiento. A diferencia de la cláusula de libre ejercicio, la de no establecimiento no ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial clara (Nussbaum, 2009: 224-232; Levy, 1994: 153). Dividiremos los subapartados en función de los diferentes criterios interpretativos usados por la Corte.

La variación en la interpretación de la primera enmienda, en su aspecto de cláusula de no establecimiento, ha de verse no sólo como el resultado del carácter genérico de su enunciación lingüística, sino también como un producto de las diferentes posiciones interpretativas posibles que acompañan a su origen histórico. Como hemos visto, no es claro cuál fue la intención de los autores de la primera enmienda sobre el alcance que había de darse al texto. Esta ambigüedad original se ha trasladado a las interpretaciones jurisprudenciales.

La agrupación de las diferentes posiciones de la Corte a partir de criterios generales que hacemos presentamos en los subapartados siguientes, se muestra más adecuada que la presentación de la evolución cronológica de las posiciones jurisprudenciales, ya que no puede identificarse una sucesión histórica inequívoca en las distintas posiciones interpretativas. Los criterios que se usan para resolver algunos casos pueden desaparecer durante cierto tiempo, para volver a aparecer luego, ya sea en los votos de la mayoría o de la minoría.

4.1. El criterio de la imparcialidad

La Corte Suprema de Justicia se aproximó primeramente a la interpretación de la cláusula de no establecimiento a través de la idea de imparcialidad. Sin embargo, el uso de este concepto fue muy variable, y no puede decirse que en torno de él se haya constituido un verdadero criterio interpretativo (Beschle, 2002: 457).

El primer hito en la jurisprudencia es el ya mencionado caso *Everson v. Board of Education of Ewing Township*, de 1947, en el que se discutió la constitucionalidad de una ley de Nueva Jersey que acordaba subvenciones para los viajes en autobús de los alumnos de escuelas privadas sin fines de lucro. Esto incluía a los alumnos de escuelas religiosas. La mayoría de la Corte Suprema se inclinó por la constitucionalidad de la ayuda¹⁶, a favor de la cual se presentaron dos argumentos: a) que ella no implicaba una subvención directa a las escuelas privadas, sino a los padres que enviaban a sus hijos a escuelas privadas (religiosas o no). De este modo, se trataba de una ayuda indirecta a las escuelas religiosas, que era en cierto modo equiparable a otros medios de ayuda que puede prestar el Estado (a nadie se le ocurriría, por ejemplo, que los bomberos no deben intervenir en el incendio de una escuela religiosa por el carácter confesional de ésta). Y, b) la libre elección de los padres respecto de la educación de los hijos.

Lo fundamental para la resolución del caso fue la idea de *imparcialidad*. El Estado no puede favorecer ni obstaculizar una religión, aun cuando los actos estatales no impliquen coerción directa sobre las personas. Así, habrá violación de la cláusula de no establecimiento si el Estado no ha actuado de modo imparcial, aunque no se haya ejercido coacción sobre las personas.

Inversamente, si el Estado ha actuado de modo imparcial no hay violación de la cláusula de no establecimiento, aunque alguna religión o algunas religiones se vean favorecidas como resultado de una política pública general no específicamente religiosa. Es lo que sucedía en este caso: aunque indirectamente las escuelas confesionales se veían favorecidas, el Estado no veía afectada su imparcialidad, ya que esta situación era el resultado de una política de carácter general.

El criterio de la imparcialidad fue utilizado en otros casos de los años '50 y '60 del siglo XX. En el caso *McCullum v. Board of Education* la Corte halló una violación de la primera enmienda en el hecho de que se dieran clases de religión en un edificio escolar y durante el horario escolar, aunque la asistencia a esas clases no fuera obligatoria¹⁷. En cambio, en *Zorach v. Clausen*

16 Supreme Court of the United States: *Everson v. Board of Education of Ewing Township*, 330 US 1 (1947).

17 Supreme Court of the United States: *McCullum v. Board of Education*, 333 US 203 (1948).

se sostuvo que dejar tiempo libre al horario escolar para que los estudiantes pudieran seguir instrucción religiosa fuera de la escuela no violaba la cláusula de no establecimiento¹⁸.

En el caso *Engel v. Vitale* la Corte Suprema decidió la inconstitucionalidad de la plegaria en las escuelas¹⁹. En *Abington School District v. Schempp*, se decidió la inconstitucionalidad de la lectura de la Biblia en las escuelas²⁰. En ambos casos se hizo hincapié en que la ausencia de coerción (el hecho de que participar en la plegaria o en la lectura de la Biblia no fuese obligatorio) no cambiaba el fondo del asunto. Es decir, que lo esencial no era si había o no había coerción por parte del Estado, sino que el Estado no podía renunciar a su imparcialidad. Tampoco cambiaba el fondo del asunto el hecho de que, en el caso de las oraciones, éstas estuvieran redactadas de modo tan *non-denominational* como fuera posible.

La idea de imparcialidad también se ha utilizado para evaluar la legitimidad de la enseñanza de la perspectiva bíblica sobre el origen del universo, o la prohibición de la enseñanza de la teoría de la evolución en las escuelas. En 1968, en el caso *Epperson v. Arkansas*, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley que prohibía la enseñanza de la teoría de la evolución, aunque sin hacer expresa referencia a la contradicción entre esta teoría y la Biblia²¹.

El criterio de la imparcialidad, eclipsado durante bastante tiempo por el uso del *test Lemon* al que nos referiremos en el subapartado siguiente, reapareció en algunos casos puntuales. A mediados de la década del '90, en el caso *Rosemberger v. University of Virginia*, se discutió sobre las ayudas económicas que una universidad daba a las asociaciones de estudiantes, siempre que éstas no tuvieran un carácter religioso. Al respecto, se decidió que la ayuda debía darse en razón de la libertad de expresión; y se consideró que la cláusula de no establecimiento no era un obstáculo para concederla, de modo que las asociaciones religiosas deberían poder acceder a ellas en pie de igualdad con las no religiosas²².

18 Supreme Court of the United States: *Zorach v. Clausen*, 343 US 306 (1952).

19 Supreme Court of the United States: *Engel v. Vitale*, 370 US 421 (1962).

20 Supreme Court of the United States: *Abington School District v. Schempp*, 374 US 203 (1963).

21 Supreme Court of the United States: *Epperson v. Arkansas*, 393 US 97 (1968). Sobre la enseñanza de la teoría de la evolución puede consultarse Arlettaz (2013a).

22 Supreme Court of the United States: *Rosemberger v. University of Virginia*, 515 US 819 (1995).

El criterio de la implicación

Una interpretación más elaborada respecto a nuestro problema surgió en los años '70 y '80 del siglo XX. En el caso *Lemon v. Kurtzman* la Corte rechazó que profesores de educación compensatoria, pagados por el Estado, pudieran dar clases en escuelas confesionales²³. El Estado había creado un programa de educación compensatoria que financiaba profesores que se desplazaban por varios colegios (públicos y privados) dando clases de refuerzo en materias de carácter no religioso.

En el caso se formuló el llamado desde entonces *test Lemon*, según el cual, para que una ley no viole la separación: a) ha de tener un propósito legislativo secular; b) su efecto principal o primario no debe ser promover ni inhibir la religión; c) no puede fomentar una excesiva implicación estatal en la religión. La Corte entendió que destinar profesores de educación compensatoria también a escuelas confesionales era una excesiva implicación estatal en la religión.

El criterio de *Lemon* fue aplicado en el caso *Aguilar v. Felton*, también relativo a profesores de educación compensatoria en escuelas privadas pagados por el Estado²⁴. Aquí también se señaló la violación del tercer elemento del *test*: el programa preveía que los profesores debían ser estrictamente monitoreados por el Estado para evitar que inculcaran creencias religiosas en su trabajo. Paradójicamente, a través de este control se producía una implicación excesiva del Estado en la religión.

El *test Lemon* también fue aplicado en el caso *Grand Rapids School District v. Ball*, en el que se discutía nuevamente la legitimidad de cursos de educación compensatoria en escuelas privadas, dirigidos por profesores pagados con fondos estatales, ya fuese dentro (*shared time program*) o fuera (*community education program*) del horario escolar normal²⁵.

La Corte encontró que los programas tenían el efecto de promover la religión, violando de este modo el segundo elemento del *test Lemon*. Aquí la Corte dijo que esta promoción se producía por tres razones. En primer lugar, porque puede presumirse que cualquier empleado público que trabaja en el local de una escuela religiosa inculca valores religiosos a través de su

23 Supreme Court of the United States: *Lemon v. Kurtzman*, 403 US 602 (1971).

24 Supreme Court of the United States: *Aguilar v. Felton*, 473 US 402 (1985).

25 Supreme Court of the United States: *Grand Rapids School District v. Ball*, 473 US 373 (1985).

trabajo. En segunda instancia, porque la presencia de los empleados públicos en las escuelas religiosas crea una impermissible unión simbólica entre la iglesia y el Estado. En tercer lugar, porque cualquier ayuda pública que vaya dirigida (aunque sea indirectamente) al funcionamiento de una escuela religiosa está financiando de modo impermissible la inductación religiosa.

El criterio del *test Lemon* es más exigente que el que se había aplicado en los casos que mencionamos en el subapartado anterior. En los casos resueltos bajo el *test Lemon* se entiende el no establecimiento como separación del Estado y la religión (el Estado no se involucra en cuestiones religiosas), y no como mera imparcialidad. Según el criterio de imparcialidad el Estado no puede favorecer a una religión, pero dicho criterio no niega una ayuda general por el hecho de que vaya destinada, indirectamente y por efecto de la elección de un individuo, a una finalidad religiosa. Es decir, si el Estado otorga determinadas prestaciones con carácter general, no puede negarlas cuando el beneficiario hace de ellas un uso religioso. En cambio, según el *test Lemon*, estas ayudas generales pueden ser negadas cuando ellas implican un excesivo involucramiento del Estado en la religión.

Hay que tener en cuenta que si bien el criterio fue desarrollado en *Lemon*, ya se había insinuado con anterioridad. Así, en *Walz v. Tax Commission of New York* se había validado la práctica de otorgar exenciones fiscales a las propiedades de los grupos religiosos que tenían un uso estrictamente religioso, y que se beneficiaban de la misma exención que correspondía a las organizaciones educativas y benéficas²⁶.

El argumento de la Corte fue que la exención creaba sólo una implicación mínima y remota entre las iglesias y el Estado; y que en cualquier caso esta implicación era menor que la que se crearía si el Estado sometiera a las iglesias al pago de impuestos. Sin embargo, el criterio de la excesiva implicación no fue considerado aquí como un elemento independiente, sino como un indicio para saber si había existido una impermissible promoción de la religión.

El *test Lemon* fue aplicado en casos posteriores. En *McGowan v. Maryland* la Corte sostuvo la constitucionalidad de las normas que obligaban a cerrar los comercios en domingo, y que habían sido cuestionadas por minorías, cuyo día de descanso era otro. Aunque la Corte reconoció el origen religioso del descanso dominical, sostuvo que las normas tenían la finalidad secular

26 Supreme Court of the United States: *Walz v. Tax Commission of New York*, 7 US 664 (1970).

de establecer un día de descanso uniforme²⁷.

Dos décadas más tarde, la Corte sostuvo en *Thornton v. Caldor* la inconstitucionalidad de una ley que obligaba a los empleadores a dar un día a la semana libre a sus empleados bajo la simple manifestación de parte de éstos de que ése era su día de descanso religioso, y sin ninguna otra consideración respecto de las cargas que ese descanso podía generar a la empresa²⁸.

Con el mismo criterio, en *Wallace v. Jaffree* la Corte Suprema dijo que no era inconstitucional que las leyes educativas previeran un momento de silencio para la meditación o la oración, pero que éstas se volvían inconstitucionales si (como era el caso en cuestión) incorporaban alguna mención de que la plegaria era la actividad favorecida, o si un observador objetivo podía, a la luz de los antecedentes de la norma, concluir que su propósito era favorecer a una religión. El test *Lemon* no era superado, porque la ley no tenía un propósito secular²⁹.

En *Texas Monthly, Inc. v. Bullock* la Corte debía fallar sobre la constitucionalidad de una ley que eximía de impuestos a los periódicos publicados o distribuidos por una fe religiosa, y a los libros de sus textos sagrados. Como esa exención no estaba disponible para las publicaciones no religiosas, se presentaba la pregunta acerca de la posible violación de la primera enmienda. La Corte entendió que esa violación se producía, ya que la legislación carecía de un propósito secular³⁰.

El test *Lemon* también fue usado en relación con la exposición de símbolos religiosos en los lugares públicos. El Estado de Kentucky había dispuesto que en cada aula debía colgarse un ejemplar de los diez mandamientos. La imagen debía ser acompañada por el siguiente texto: *La aplicación secular de los Diez Mandamientos es claramente vista en su adopción como código jurídico de la Civilización Occidental y Derecho Común [Common Law] de los Estados Unidos*. La Corte Suprema, en el caso *Stone v. Graham*, entendió que no había un propósito secular que justificara la exposición de la imagen. Se trataba, en la perspectiva de la Corte, de un símbolo con claro significado religioso, y cuya colocación no podía tener otro sentido que la promoción de determinados puntos de vista religiosos.

27 Supreme Court of the United States: *McGowan v. Maryland*, 366 US 420 (1961).

28 Supreme Court of the United States: *Thornton v. Caldor*, 472 US 703 (1985).

29 Supreme Court of the United States: *Wallace v. Jaffree*, 472 US 38 (1985).

30 Supreme Court of the United States: *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 US 1 (1989).

En consecuencia, el Tribunal rechazó que la inscripción reproducida más arriba hiciera que el símbolo adquiriera un propósito secular. Según la Corte, para evitar el choque con la cláusula de no establecimiento no es suficiente que exista una finalidad secular meramente proclamada: ésta debe ser real³¹.

En otros casos que involucraban la presencia de símbolos religiosos la Corte hizo uso del mismo criterio, que se puede resumir, básicamente, en que el Estado no puede transmitir un mensaje de apoyo o reprobación de la religión porque las acciones estatales deben tener una finalidad secular. Y para saber si el Estado transmite este mensaje hay que preguntarse qué es lo que el Estado quiere transmitir, y qué es lo que transmite realmente. Para ello, como expresa Martha Nussbaum (2009), lo fundamental es tener en cuenta el contexto en que se producen las manifestaciones estatales. Y precisamente porque lo que interesa es el mensaje que transmite el Estado, el criterio es el mismo en el caso de símbolos religiosos en espacios públicos que no sean estrictamente edificios del Estado (como una plaza o un parque), si fueron colocados ahí por decisión de una autoridad estatal.

En el caso *Lynch v. Donnelly* se resolvió la cuestión de la presencia de un Belén en un parque³². La Corte aplicó el criterio del *test Lemon*. Sin embargo, su aplicación fue más laxa que en otras ocasiones (Levy, 1994: 206). El argumento central fue que el Estado no estaba apoyando una religión, sino celebrando festividades públicas con símbolos tradicionales. El voto de la mayoría de la Corte no negó el carácter al menos parcialmente religioso de la escenografía (parcialmente religioso porque junto a los signos religiosos había otros de carácter secular, como un payaso y un elefante). Sin embargo, entendió que del contexto en el que estaba incluido el belén podía deducirse que existía un propósito secular en su emplazamiento (celebrar una festividad tradicional en los Estados Unidos); que la promoción de la religión cristiana que resultaba de la simbología era indirecta e incidental, y en cualquier caso no era mayor que la promoción que los Padres Fundadores habían legitimado al convocar a capellanes religiosos para inaugurar las sesiones de sus asambleas legislativas; y que no había una excesiva implicación del Estado

31 Supreme Court of the United States: *Stone v. Graham*, 449 US 39 (1980).

32 Supreme Court of the United States: *Lynch v. Donnelly*, 465 US 668 (1984).

con la religión, ya que no había prueba de que la simbología hubiese sido establecida a pedido o con colaboración de organizaciones religiosas.

Una situación parecida se abordó en *County of Allegheny v. ACLU*. El condado de Allegheny había colocado un Belén (sin ningún tipo de acompañamiento profano) en las escaleras de acceso a la sede del gobierno local. En la parte superior del belén había una imagen de un ángel con la inscripción *Gloria in excelsis Deo*. La mayoría de la Corte entendió que existía preferencia y promoción de la religión³³. En el mismo caso, la Corte fue preguntada por la constitucionalidad de una *menorah* (candelabro judío utilizado en la festividad de Hanukkah) de dieciocho pies de altura, colocada en la misma ciudad al lado de un árbol de navidad de cuarenta y cinco pies. De los cinco jueces que habían constituido la mayoría para declarar inconstitucional el Belén, dos consideraron que la *menorah* no implicaba una violación de la cláusula de no establecimiento, cambiando así el resultado de la votación respecto de la decisión sobre el Belén. El argumento utilizado fue que el elemento central de la composición era el árbol de navidad (mucho más grande que la *menorah*), que es un símbolo más secular que religioso. Esto hacía que la actitud del gobierno pudiera ser leída no como una celebración propiamente religiosa, sino como la celebración de la diversidad cultural.

Más recientemente se cuestionó la presencia de los diez mandamientos en un tribunal de Kentucky. La Corte Suprema resolvió, en *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, que tal presencia era inconstitucional porque no había un propósito secular, sino que esa exhibición representaba un apoyo a una determinada confesión³⁴. En este caso se citó expresamente el precedente relativo a los diez mandamientos en las escuelas públicas. Se recordó que en el precedente se había reconocido que los diez mandamientos son un instrumento religioso y que su texto puede ser presumiblemente considerado como una promoción de la religión.

Por la misma razón derivada del contexto, en otro caso jurisprudencial (*Van Orden v. Perry*), la Corte estadounidense decidió que la presencia de los diez mandamientos frente al capitolio de Texas no era una violación de la

33 Supreme Court of the United States: *County of Allegheny v. ACLU*, 492 US 573 (1989).

34 Supreme Court of the United States: *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 US 844 (2005).

primera enmienda, porque del contexto (había sido donado por particulares, estaba en un parque junto a otros monumentos, tenía inscriptos simultáneamente una estrella de David y el símbolo de Cristo) podía colegirse que la representación tenía un propósito esencialmente secular, que era recordar el rol jugado por la religión en la historia norteamericana³⁵.

Puede verse que la Corte Suprema estadounidense permite la subsistencia de los símbolos religiosos en cuanto de ellos pueda hacerse una lectura secular. Es decir, estos símbolos serán viables como manifestación pública estatal en cuanto sea posible secularizarlos de modo tal que pierdan su estricto significado religioso (Monsma, 1995: 40-46; Goldberg, 2011). Esto parecería sugerir que la cláusula de no establecimiento no debe funcionar necesariamente como exclusión de los símbolos (originariamente) religiosos del ámbito público. En efecto, es posible que ella se vea satisfecha con la transformación del sentido de un símbolo, que era originariamente religioso, en un símbolo secular.

Como se ve, el criterio de la Corte Suprema estadounidense respecto de los símbolos religiosos en espacios públicos es altamente casuístico. No todo símbolo religioso ubicado por el Estado en un espacio público contraviene la cláusula de no establecimiento. Ha de estudiarse caso por caso si por las características del signo y por su emplazamiento puede considerarse que hay un propósito de promover una religión³⁶.

El test fue también utilizado en relación con las disputas sobre la enseñanza de la teoría de la evolución. En *Edwards v. Aguillard* la Corte juzgó la constitucionalidad de la ley del Estado de Louisiana que pretendía equiparar la enseñanza de la teoría de la evolución con la llamada *teoría de la creación*, que no era sino la presentación de la perspectiva bíblica sobre el origen de las especies bajo un ropaje científico. La ley no exigía que ambas teorías fueran enseñadas, pero sí que si una de ellas era explicada, también debía serlo la otra. La Corte entendió que no se trataba, como el Estado lo sostenía, de una ley para promover la libertad académica, sino de una ley que tenía como única finalidad promover una

35 Supreme Court of the United States: *Van Orden v. Perry*, 545 US 677 (2005).

36 Para más detalles sobre la cuestión de los símbolos religiosos en los Estados Unidos puede verse Arlettaz (2013b); Cohn y Anderson (2006). Véase también un análisis semiótico sobre la actividad de la Corte Suprema en relación con los símbolos religiosos en Lewis (2010).

determinada visión de los orígenes de la humanidad, o restringir la enseñanza de teorías que son contrarias a esa visión. Por ello, decidió que esta ley violaba la cláusula de no establecimiento, ya que no tenía una finalidad secular³⁷.

El test *Lemon* ha sido utilizado en los años '90 y 2000 en relación con temáticas distintas a la de los símbolos religiosos. Con base en este test se decidió, en *Santa Fe Independent School District v. Doe*, la inconstitucionalidad de las invocaciones religiosas con carácter previo a los eventos deportivos³⁸. Igualmente, en el caso *Locke v. Davey* se estudió la situación de un estudiante que había obtenido una beca del Estado de Washington, la cual podía usarse para cualquier estudio salvo para la teología devocional. Davey había decidido estudiar simultáneamente administración de empresas y teología devocional. El Estado se negó a darle la beca en estas condiciones. La Corte Suprema dio la razón al Estado³⁹.

La aplicación del test *Lemon* como criterio interpretativo de la cláusula de no establecimiento pone de manifiesto las barrocas distinciones de la Corte, que dificultan la realización de una lectura coherente de la jurisprudencia. Esto parece ser asumido por especialistas de diferentes tendencias. Así, resulta significativo que tanto Leonard Levy (1994: 212-213) quien considera que la Corte infringió la correcta interpretación de la primera enmienda al permitir en algunos casos la subsistencia de símbolos religiosos en espacios públicos, como Gabriël Moens (2004: 566-574) quien piensa que la decisión de la Corte de remover esos símbolos en otros casos es una muestra de hostilidad a la religión, y de una indebida preferencia hacia el secularismo, coinciden en que los sutiles criterios de la Corte en poco contribuyen a fijar una clara interpretación de la cláusula de no establecimiento.

Autores conservadores como Gabriel Moens (2004: 540-541) o Stephen Monsma (1995: 202-209) creen que el test *Lemon* hace una interpretación errónea de la cláusula de no establecimiento, porque al impedir cualquier actividad que implique un excesivo compromiso del Estado con la religión, establece una visión extrema de la neutralidad, la cual puede afectar la libertad religiosa protegida por la cláusula de libre ejercicio. Para quienes defienden esta opinión, una verdadera libertad religiosa puede exigir, en algunos

37 Supreme Court of the United States: *Edwards v. Aguillard*, 482 US 578 (1987).

38 Supreme Court of the United States: *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 US 290 (2000).

39 Supreme Court of the United States: *Locke v. Davey*, 124 US 1307 (2004).

casos, prestaciones positivas del Estado que la garanticen; pero el *test Lemon* descalifica demasiado fácilmente esas prestaciones.

La posición conservadora cree, además, que el *test* trivializa el sentido de la religión en la sociedad estadounidense; y que, aun cuando admite ciertas prácticas religiosas (como en las lecturas seculares de los símbolos religiosos que hemos mencionado, o en los casos de *ceremonial deism* a los que nos referiremos más abajo) lo hace precisamente a costa de vaciar de contenido religioso esas prácticas.

Los teóricos liberales, en general, defienden como apropiado el criterio de *Lemon*. Admiten, en concordancia con él, que el gobierno puede ayudar a la religión en tanto esta ayuda sea el resultado incidental o indirecto de una legislación secular. Por ejemplo, el gobierno puede incluir a las organizaciones religiosas en sus programas de subvenciones si el programa tiende a asistir a actividades puramente seculares de estas organizaciones. Por la misma razón, así como la autoridad puede beneficiar indirectamente a la religión por el ejercicio de poderes legítimos, puede también afectarla negativamente. Un poder para ayudar es también un poder para dificultar o dañar. El Congreso podría, por ejemplo, establecer impuestos sobre la propiedad eclesiástica. No hacerlo es el resultado de una decisión política, pero no de una exigencia constitucional (Levy, 1994: 237-240).

La ambigüedad en el uso de los criterios

Entre los defectos del *test Lemon* se encuentra su marcada ambigüedad. Además de esto, el *test* no ha sido constantemente aplicado luego de su adopción. En efecto, en muchos casos resueltos con posterioridad a la adopción del *test Lemon*, e incluso con posterioridad a su aparente consolidación en la jurisprudencia, la Corte se ha apartado de él para utilizar otros baremos de medición.

Tal ha sido el caso del criterio que identifica el no establecimiento con la ausencia de coerción. El criterio de la no coerción ha aparecido en algunos votos disidentes de jueces. Así, en su disidencia en el caso *Abington*, el juez Stewart enfatizó que la neutralidad que se buscaba en la interpretación de la cláusula de no establecimiento era ficticia, porque finalmente la no religión triunfaba sobre la religión.

En su interpretación, la mayoría de la Corte había decidido en contra de la libertad de los padres que querían que sus hijos recibieran la lectura bíblica en las escuelas, imponiendo así la *religión del secularismo*. Para este juez, lo verdaderamente importante en la interpretación de la primera enmienda era que no existiera coerción respecto de quienes no querían participar en las lecturas bíblicas, lo que en el caso estaba garantizado por el sistema de excepciones.

El criterio de la no coerción también ha sido sostenido por el juez Scalia en su voto disidente en *Lee v. Weisman*, combinado con el *non-preferentialism*. Para Scalia, existe violación de la cláusula de no establecimiento en dos supuestos: si la medida implica coerción sobre las personas; o si, sin implicar tal coerción, privilegia una religión concreta sobre otra religión concreta⁴⁰. El criterio de la coerción también puede encontrarse en los votos del juez Kennedy⁴¹.

Pero el mismo criterio ha sido utilizado también en los votos de la mayoría. Así, en *Lee v. Weisman*, la Corte decidió que era inconstitucional la plegaria en las ceremonias de graduación de las escuelas secundarias. En lugar de aplicar el criterio del caso *Lemon*, la Corte sostuvo que se violaba el no establecimiento porque había una coerción estatal a participar en actos religiosos (si bien la participación en la ceremonia de graduación no era obligatoria, se ponía a los alumnos y sus familias en la situación de elegir entre participar en la ceremonia en contra de sus creencias o no participar en ella)⁴².

Es verdad que la opinión de la mayoría en este último caso tiene una naturaleza ambigua. En efecto, podría decirse que lo que se sostiene es que, como mínimo, el Estado no puede coaccionar a nadie a participar en actos contra sus creencias; pero que eso no quiere decir que la mera ausencia de coerción alcance para tener por constitucional cualquier acción del Estado a la luz de la cláusula de no establecimiento.

Otro *test* que ha adquirido notoriedad es el llamado *endorsement test*, desarrollado en la opinión concurrente de la juez O'Connor en el caso *Lynch*. Para O'Connor lo que la primera enmienda prohíbe es la degradación de las minorías que se produce cuando el gobierno toma una posición en mate-

40 Supreme Court of the United States: *Lee v. Weisman*, 505 US 577, voto disidente del juez Scalia.

41 Supreme Court of the United States: *County of Allegheny v. ACLU*, 492 US 573 (1989), voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez Kennedy.

42 Supreme Court of the United States: *Lee v. Weisman*, 505 US 577 (1992).

ria religiosa. Cuando el gobierno adopta una determinada versión religiosa envía un mensaje a quienes no comparten esta versión de que no son miembros plenos de la comunidad política, es decir, que son *outsiders*⁴³.

Lo que parece quedar demostrado en estas oscilaciones es que el *test Lemon* no ha quedado firmemente establecido en la jurisprudencia⁴⁴. Un caso de 2002, que guarda algunas semejanzas con el caso *Everson*, y que fue resuelto en un sentido semejante, parece demostrarlo. En efecto, en el caso *Zelman v. Simmons-Harris*, se discutía si un sistema de vouchers que el Estado de Ohio otorgaba a familias de bajos ingresos, y que podían ser usados para pagar tutorías extras en escuelas públicas, o para pagar parcialmente la matrícula de escuelas privadas, violaba el no establecimiento.

En los hechos, sucedía que la gran mayoría de las familias utilizaba los vouchers en escuelas religiosas privadas. La Corte entendió que el programa no violaba la cláusula de no establecimiento, porque daba una ayuda estatal con carácter imparcial, aun cuando por resultado de elecciones privadas, terminara beneficiando a escuelas confesionales⁴⁵. El recurso a la idea de las *elecciones privadas* establece un símil entre el contexto escolar y el religioso, por un lado, y el funcionamiento del mercado, por otro (Saiger, 2013: 1191-1192).

El abandono del *test Lemon* ha quedado todavía más claro en otros casos. Ya hemos señalado más arriba el caso *Rosemberger*, para cuya resolución fue usado el criterio de la imparcialidad. En *Marsh v. Chambers* la Corte abandonó completamente el *test Lemon*, y se basó exclusivamente en un análisis histórico de la primera enmienda. Según este criterio, la práctica legislativa de abrir las sesiones con una oración era legítima como una forma de reconocimiento de las creencias mayoritariamente mantenidas por el pueblo, tal como se había

43 Supreme Court of the United States: *Lynch v. Donnelly*, 465 US 668 (1984), voto concurrente de la juez O'Connor.

44 Kritzer y Richards (2003), a partir de un estudio cualitativo y cuantitativo sobre la jurisprudencia estadounidense respecto de cláusula de no establecimiento han señalado la pertinencia de la aplicación de lo que llaman *jurisprudential regime* como marco de interpretación. Un *jurisprudential regime* (como puede ser, por ejemplo, el surgido a partir del caso *Lemon*) no impone un cierto resultado en la solución de un proceso de un modo determinista, sino que establece los parámetros que los jueces, y otros actores, deben tener en cuenta al decidir los casos. Así, en el régimen de *Lemon* los parámetros serían si la ley tiene un propósito secular, si involucra un servicio general (como la policía, los bomberos), si tiene un soporte histórico, etc.

45 Supreme Court of the United States: *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 US 639 (2002).

hecho desde el Primer Congreso Continental⁴⁶.

En otros casos, la Corte ha utilizado el *test Lemon*, aunque modificando su estructura y contenido. En *Agostini v. Felton* la Corte volvió a abordar el tema de los profesores de educación compensatoria⁴⁷. A diferencia de lo que había sucedido en los casos *Aguilar* y *Ball* la Corte halló que no había violación de la cláusula de no establecimiento. La Corte no abandonó totalmente el *test Lemon*, pero consideró que las bases para su aplicación habían sido modificadas por su propia jurisprudencia posterior a *Aguilar* y *Ball*. Así, ya no se podía afirmar que el solo hecho de que haya empleados públicos en escuelas religiosas tiene el efecto impermisible de promover la religión, porque no es posible presumir que van a inculcar creencias religiosas en su trabajo, o que su sola presencia provoque una unión simbólica entre el Estado y la religión.

Además, en *Agostini* se introdujo un elemento que no estaba presente en *Aguilar* ni en *Ball*: el de la coerción. En este caso se dijo que el programa de profesores compensatorios no generaba ningún incentivo para modificar las creencias, o prácticas religiosas para beneficiarse de él. El incentivo no estaba presente en casos como éste, en el que la ayuda era dada sobre la base de criterios neutrales y seculares, que ni favorecían ni obstaculizaban la religión.

Paralelamente, se hizo mención de la idea de imparcialidad, al señalar que los beneficios se otorgaban a escuelas privadas religiosas y seculares sin discriminación entre ellas. Sin embargo, estos dos elementos no parecían tener una existencia independiente, sino que fueron utilizados por la Corte para señalar que el programa no tenía el efecto de promover la religión.

Igualmente, la Corte revirtió el argumento presente en *Aguilar* acerca de que el control de los profesores compensatorios producía un excesivo involucramiento del Estado en asuntos religiosos. En efecto, dado que la Corte había abandonado la presunción de que los profesores tenderían a inculcar creencias religiosas por el solo hecho de encontrarse en el contexto de una escuela religiosa, no había ya necesidad de ejercer uncontrol estricto sobre ellos en este sentido. Y por ello no había riesgo de excesiva implicación.

46 Supreme Court of the United States: *Marsh v. Chambers*, 463 US 783 (1983).

47 Supreme Court of the United States: *Agostini v. Felton*, 521 US 203 (1997).

En conclusión, la Corte señaló que el programa de profesores compensatorios no cae en ninguno de los supuestos que la misma institución suele usar para saber si hay un efecto de promoción de la religión. Por tanto se concluyó que este programa no resulta en inductinación gubernamental, no define a sus beneficiarios sobre la base de la religión, y no implica un excesivo involucramiento del Estado en materia religiosa.

Al hacer esta afirmación, la Corte modificó la estructura del *test Lemon*. En consecuencia, la excesiva implicación no es ya un elemento independiente, sino sólo una vía para corroborar la existencia de una promoción de la religión. De este modo, la Corte volvió a la estructura que había insinuado en *Walz*.

Cualquiera que sea el criterio que se entienda como prevalente, hay cierto consenso en que algunos casos en los que el Estado se implica con creencias religiosas no violan el no establecimiento. Se trata de los casos en los que el Estado se vale de un lenguaje religioso incorporado en la propia tradición norteamericana. Estos supuestos no implican violación constitucional si se usa el lenguaje religioso con un objetivo esencialmente secular. Cuando esto ocurre estamos ante lo que se ha denominado *ceremonial deism*.

Son entonces legítimas las menciones religiosas vinculadas a la historia y la tradición, que no hacen mención a una denominación en particular, no implican actos de culto, y tienen un contenido religioso mínimo. Dentro de esta categoría estaría, por ejemplo, la mención *In God we trust* que aparece en la moneda, el juramento presidencial (*So help me God*), o la fórmula de apertura de las audiencias de la Suprema Corte (*God save the Unites States and this honorable Court*)⁴⁸.

En general, la Suprema Corte se ha negado a dar tratamiento a los cuestionamientos de estas fórmulas, aunque seguramente habrían pasado su control por aplicación del principio *de minimis non curat lex*, ya que la práctica las ha secularizado de tal modo que resultaría difícil encontrar en ellas una violación de la primera enmienda (Levy, 1994: 153-154).

La composición actual de la Corte Suprema parece llevar a pensar que puede existir una revisión de los parámetros interpretativos de la cláusula de no establecimiento. En el caso *Hein v. Freedom from Religion Foundation* se negó la legitimación a un contribuyente para cuestionar una decisión de gasto público

48 Sobre el denominado *ceremonial deism* puede consultarse Hill (2010).

destinada a iniciativas religiosas⁴⁹. La decisión redujo el campo de legitimación de los contribuyentes para poner en cuestión el gasto del gobierno federal por una eventual colisión con la primera enmienda (Doshi, 2010: 461-462).

Algunos han sugerido que la restricción de la legitimación podría extenderse a otras cuestiones relativas a la cláusula de no establecimiento, como por ejemplo las manifestaciones simbólicas del gobierno en apoyo a una religión, porque al igual que en el caso del dinero público no hay una lesión directa y el demandante se basa sólo en su situación de ciudadano *observador* (Lupu y Tuttle, 2008: 158). Otros se oponen a esta extensión, y señalan las diferencias entre uno y otro supuestos (Esbeck, 2013: 616-637). El caso que mencionamos en el párrafo siguiente parece dar razón a la segunda opinión.

En un caso de 2010, *Salazar v. Buono*, la Corte se refirió a la presencia de una cruz latina en una reserva pública, como forma de homenaje a los soldados muertos en la Primera Guerra Mundial. Aunque el caso fue resuelto fundamentalmente con base en consideraciones procedimentales, la opinión mayoritaria mencionó que una cruz colocada por particulares, como era la de este caso, no podía ser considerada como una ilegítima forma de promoción de la religión por parte del gobierno, aunque estuviese en terreno público⁵⁰.

Conclusiones

La interpretación de la cláusula de no establecimiento se encuentra entre las cuestiones más complejas del derecho constitucional estadounidense. El primer aspecto controvertido corresponde a cuál fue verdaderamente la intención de los autores de la primera enmienda al prohibir el establecimiento de una religión. Hay quienes sostienen que lo que se prohíbe es el favorecimiento una denominación religiosa por sobre otra, pero no la asistencia a la religión en general por sobre la no religión en general. Otros creen que la cláusula implica la prohibición de cualquier asistencia a la religión.

Por otra parte, aunque se conociera con certeza la intención de los autores de la primera enmienda, tampoco es una cuestión saldada la de hasta qué punto la interpretación *originalista* ha de prevalecer sobre otras interpretacio-

49 Supreme Court of the United States: *Hein v. Freedom from Religion Foundation*, 551 US 587 (2007).

50 United States Supreme Court: *Salazar v. Buono*, 130 S. Ct. 1803 (2010).

nes posibles y adecuadas al contexto actual.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es a este respecto altamente ambigua. Diferentes criterios han sido utilizados a lo largo de la historia para evaluar si una decisión o política gubernamental viola la cláusula de no establecimiento. Sin embargo, a pesar de la gran ambigüedad reinante, parece que la opción *non-preferential*, que permitiría beneficiar a la religión en general con tal de que no se discriminara entre denominaciones concretas, no ha calado en los votos que han ido configurando la mayoría.

Un primer criterio utilizado por la Corte ha sido el de la imparcialidad. Este fue luego reemplazado por el *test Lemon*, constituido en tres partes. Según el *test*, para que no haya violación de la cláusula de no establecimiento, la medida gubernamental tiene que tener un propósito secular, un efecto secular, y no significar una excesiva implicación del Estado con la religión.

Sin embargo, el criterio y su utilización han sido muy variables. En algunos casos, la Corte ha reformulado su estructura y contenido. En otros, lo ha ignorado por completo.

6. Referencias

- Arlettaz, F. (2013a). Darwinismo, creacionismo y neutralidad religiosa en los Estados Unidos. En: A. García Inda y M. J. Bernuz Beneitez, *La lucha de los derechos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arlettaz, F. (2013). Símbolos religiosos en la órbita del poder público: dos aproximaciones. *Revista de estudios políticos*, (161), 143-170.
- Bailyn, B. (1992). *The ideological origins of the American Revolution*. Harvard University Press.
- Beschle, D. L. (2001). Does the Establishment Clause Matter-Non-Establishment Principles in the United States and Canada. *U. Pa. J. Const. L.*, 4, 451.
- Bork, R. H. (1971). Neutral principles and some First Amendment problems. *Ind. LJ*, 47, 1.
- Commager, H. S. (1982). "The significance of freedom of religion in American history", en: Clark, H., *Freedom of religion in America. Historical roots, philosophical concepts and contemporary problems*, California: Rutgers University, pp. 13-36.
- (2011). Ten Commandments, other displays & mottos | First ... Retrieved July 7, 2014, from <http://www.firstamendmentcenter.org/ten-commandments-other-displays-mottos>.
- Doshi, R. M. (2009). Nonincorporation of the Establishment Clause: Satisfying the Demands of Equality, Pluralism, and Originalism. *Geo. LJ*, 98, 459.
- Drakeman, D. L. (1983). Religion and the Republic: James Madison and the First Amendment. *Journal of Church and State*, 25(3), 427-445.
- Esbeck, C. H. (2013). Unwanted Exposure to Religious Expression by Government: Standing and the Establishment Clause. *Rev.*, 607.
- Esbeck, C. (2001). A typology of church-state relations in current American thought. *Religion, Public Life, and the American Polity*, ed. Luis Lugo, 3-34.
- Gill, A. (2007). *The Political Origins of Religious Liberty*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gill, A. J. (2008). *The political origins of religious liberty*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldberg, S. (2010). Coming Demise of the Crucifix, The. *Rutgers JL & Religion*, 12, 277.

- Gunn, T. J. (2004). Religious freedom and Laïcité: A comparison of the United States and France. *BYU L. Rev.*, 419.
- Hill, J. B. (2009). Of Christmas Trees and Corpus Christi: Ceremonial Deism and Change in Meaning Over Time. *Duke LJ*, 59, 705.
- Ishay, M. R. (2008). *The history of human rights: From ancient times to the globalization era*. Univ of California Press.
- Jeffries, J. C., & Ryan, J. E. (2001). A Political History of the Establishment Clause. *Michigan Law Review*, 279-370.
- Jelen, T. G. In Defense of Religious Minimalism. *Mary C. Segers and Ted G. Jelen, A Wall of Separation*, 3-51.
- Kritzer, H. M., & Richards, M. J. (2003). Jurisprudential regimes and Supreme Court decisionmaking: The Lemon regime and establishment clause cases. *Law & Society Review*, 37(4), 827-840.
- Laycock, D. (1985). Nonpreferential aid to religion: A false claim about original intent. *Wm. & Mary L. Rev.*, 27, 875.
- Levy, L. W. (1994). *The establishment clause*. North Carolina: The University of North Carolina Press.
- Lewis, F. (2010). Symbolic Conflict and the First Amendment: US Supreme Court Adjudication of the Expression of Condensation Symbols. *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, 23(2), 207-220.
- Lupu, I. C., & Tuttle, R. W. (2008). Ball on a Needle: *Hein v. Freedom from Religion Foundation, Inc.* and the Future of Establishment Clause Adjudication. *BYU L. Rev.*, 115.
- McConnell, M. W. (1990). The origins and historical understanding of free exercise of religion. *Harvard Law Review*, 1409-1517.
- Moens, G. A. (2004). Menace of Neutrality in Religion, The. *BYU L. Rev.*, 535.
- Monsma, S. V., & Novak, M. (1993). *Positive neutrality: Letting religious freedom ring*. Greenwood Press.
- Murphy, A. R. (2010, November 1). *Conscience and Community: Revisiting Toleration and Religious Dissent in Early Modern England and America*. Penn State Press.
- Murphy, A. (2001). *Conscience and Community. Revisiting Toleration and Religious Dissent in Early Modern England and America*, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.

- Novak, M. (2006). Faith and American Founding: Illustrating Religion's Influence, *First Principles Series*, 7, pp. 1-7.
- Nussbaum, Martha Craven. *Liberty of conscience: In defense of America's tradition of religious equality*. Basic Books, 2008.
- Patrick, J. y Long, G. (1999). *Constitutional Debates on Freedom of Religion.*, Westport: Greenwood Press.
- Reid, J. P. (1981). *The Briefs of the American Revolution.*, New York: New York University Press.
- Saiger, A. (2013). Charter Schools, the Establishment Clause, and the Neo-liberal Turn in Public Education. *Cardozo Law Review*, 34, pp. 1163-1225.
- Segers, M. (1998). In Defense of Religious Freedom, en: M. Segers y T. Jelen, *Wall of separation? Debating the public role of religion*, Maryland: Rowman and Littlefield Publishers, pp. 53-114.
- Smith, R. (1991). Nonpreferentialism in Establishment Clause Analysis: A Response to Professor Laycock. *St. John's Law Review*, 65 (1), pp. 245-271.
- Weisbrod, C. (1986). "On Evidences and Intentions: 'The More Proof, the More Doubt'", *Connecticut Law Review*, 18, pp. 803-842.