

AGREEING TO DISAGREE. HOW THE ESTABLISHMENT CLAUSE PROTECTS RELIGIOUS DIVERSITY AND FREEDOM OF CONSCIENCE

Nathan S. Chapman y Michael W. McConnell

Nueva York, Oxford University Press, 2023, 226 páginas.

En su nuevo libro, los profesores Chapman¹ y McConnell² abordan un problema de interpretación constitucional, a saber: cuál es el significado de la cláusula de establecimiento de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica³ y qué consecuencias se derivan de ella para las áreas históricamente más conflictivas en las relaciones entre el Estado y las personas e instituciones religiosas. Además de una perspectiva novedosa sobre la cuestión, que da lugar a un estudio sobre sólidas bases históricas, los lectores argentinos encontrarán en este libro una sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los conflictos a los que da lugar la aplicación de la cláusula y podrán informarse sobre los importantes cambios jurisprudenciales que han acontecido en el área en los últimos años. Finalmente, el libro también resultará de especial interés para aquellos interesados en reflexionar sobre el papel del Estado en una sociedad diversa. A fin de cuentas, la cláusula de establecimiento, como la entienden los autores, es una garantía para la libertad individual que puede ser extrapolada como modelo a otros ámbitos.

-
- 1 Pope F. Brock, profesor de Derecho, University of Georgia School of Law. McDonald Distinguished Fellow of Law and Religion, Emory Center for Law and Religion. Exdirector ejecutivo del Constitutional Law Center de la Stanford Law School.
 - 2 Richard and Frances Mallery profesor y director del Constitutional Law Center de la Stanford Law School. Senior Fellow, Hoover Institution. Es coeditor de los libros *Religion and the Constitution* y *Christian Perspectives on Legal Thought*. Su libro más reciente es *The President Who Would Not Be King: Executive Power under the Constitution*.
 - 3 Tomando la traducción de Bermúdez (2017), la Primera Enmienda reza en la parte pertinente: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma (...)” (p. 105).

El libro está dividido en dos partes. En la primera, titulada “Historia”, los autores presentan y fundamentan su interpretación de la cláusula de establecimiento. Para ello, describen la estructura jurídica y la fundamentación filosófica del establecimiento y del desestablecimiento (*disestablishment*) religioso en los Estados Unidos a nivel federal y estatal. En la segunda parte, titulada “Controversias Actuales”, presentan las consecuencias de su interpretación para la solución de los grupos de casos actualmente más problemáticos. Esta parte está compuesta por seis capítulos, dedicados al *Lemon test* (capítulo 5), a las excepciones religiosas (capítulo 6), al apoyo económico-estatal a escuelas religiosas (capítulo 7), a las prácticas religiosas en instituciones públicas (capítulo 8), a los símbolos religiosos (capítulo 9) y a la autonomía de las iglesias (capítulo 10). Por limitaciones de espacio, sólo presentaré aquí algunas de las ideas centrales del libro, pero confío en que serán suficientes para convencer al lector de la importancia de este nuevo estudio.

De acuerdo con los autores, la cláusula de establecimiento es un acuerdo para poder estar en desacuerdo sobre asuntos de religión, es decir, a través de esta norma, el pueblo estadounidense se comprometió a abstenerse de usar el poder estatal para coaccionar o inducir la uniformidad de creencias religiosas. No se trata, empero, de la consagración del secularismo en la vida pública. La idea central de la cláusula no es la separación entre Estado y religión, sino el que todas las creencias sean libres para florecer con independencia del poder estatal. La vida pública ha de reflejar el tipo y el grado de religiosidad de las personas, sin intromisiones ni coerciones estatales.

Según explican los autores, el significado de la Primera Enmienda era muy claro para los estadounidenses cuando fue escrita, pues ellos estaban mucho más familiarizados con las características de un establecimiento religioso que nuestros contemporáneos. Después de todo, la Iglesia anglicana era la “Iglesia establecida por ley” en Inglaterra, en cinco colonias del sur y en algunos condados de Nueva York. También la mayoría de los estados de Nueva Inglaterra tenía un establecimiento religioso, aunque con características diferentes debido a su impronta puritana. Los establecimientos consistían en una compleja red de leyes dedicadas a la promoción e inculcación de un conjunto común de creencias a través de la autoridad estatal. Si bien sus características concretas eran variables, los autores identifican los siguientes elementos comunes asociados con el concepto de “establecimiento religioso”:

1. Control gubernamental de la doctrina y de los ministros religiosos.
2. Asistencia compulsiva al culto.

3. Sostenimiento económico de la iglesia con recursos públicos (especialmente, a través de impuestos o concesiones de tierras).
4. Prohibición del culto de otras confesiones o denominaciones.
5. Ejercicio de funciones públicas por parte de la Iglesia oficial.
6. Ejercicio de la participación política restringida a los miembros de la Iglesia oficial.

Chapman y McConnell destacan que ni la revolución ni la aprobación de la Primera Enmienda eliminaron los establecimientos religiosos del derecho estadounidense. Antes bien, la cláusula en análisis le prohibió al Gobierno federal el establecimiento de una religión nacional, pero, al mismo tiempo, garantizó su no interferencia con los establecimientos estatales.

Los autores exponen que los establecimientos estatales descansaban sobre una justificación predominantemente política: su propósito era usar la autoridad de la religión para promover la virtud pública, necesaria, según se entendía, para el republicanismo. En cambio, el movimiento de desestablecimiento, que llevó al desmantelamiento de las estructuras jurídicas descritas, fue liderado por grupos religiosos que consideraban a dichos regímenes como innecesarios y dañinos para la religión. Las críticas se basaban en que la imposición de obligaciones religiosas era violatoria de la libertad de conciencia, en que el apoyo económico estatal era contrario a la autonomía de las iglesias y en que el establecimiento contradecía las enseñanzas de la religión cristiana. Concordantemente, los estados fueron aboliendo sus establecimientos religiosos, siendo el último de ellos el de Massachusetts, en 1833.

Este movimiento de desestablecimiento, por cierto, fue muy anterior a la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplicó la cláusula de la Primera Enmienda contra los estados.⁴ Los autores, manteniendo su posición asumida en un trabajo anterior (Chapman y McConnell, 2012, p. 1801), son críticos de la interpretación dominante de la Catorceava Enmienda a la Constitución, pero comparten la conclusión de la Corte en cuanto a que, a partir de la sanción de esa norma, la cláusula de establecimiento se aplica no sólo contra el Gobierno federal, sino también contra los estados. Nótese que esta conclusión no es trivial, pues ¿acaso no resulta contraintuitivo que una provisión que originalmente procuró proteger los establecimientos estatales de la intromisión federal sea aplicada contra los estados? La clave para los autores está en el doble objetivo de

4 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

la provisión: primero, reservar a los estados la decisión sobre el establecimiento religioso, segundo, evitar el establecimiento de una religión a nivel nacional. Ese segundo objetivo se logró prohibiéndole al Gobierno federal regular la religión, favorecer una religión sobre otras y obligar a las personas a comprometerse en prácticas religiosas. Mientras que el primer objetivo fue superado por el desestablecimiento en los estados, el segundo puede ser comprendido sin dificultades como una provisión de derechos apta para ser incorporada contra los estados por vía de la Catorceava Enmienda.

En la segunda parte del libro, los autores comienzan por describir el *Lemon test*, utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1971⁵ y durante aproximadamente tres décadas para resolver los casos que versaban sobre la cláusula de establecimiento, en general provenientes de jurisdicciones provinciales. Las tres reglas que componían este test indicaban que, para ser constitucional, una ley (1) debía tener un propósito secular; (2) su “efecto principal” no debía promover ni inhibir la religión; y (3) no debía promover una intervención excesiva del Gobierno en la religión.

Los autores presentan tres críticas centrales en contra de dicha doctrina. Primero, el test estaba plagado de ambigüedades conceptuales. Por ejemplo, si una política estatal financiara la compra de computadoras para colegios, incluyendo colegios religiosos, ¿tendría esa política el efecto “principal” de promover la religión? En segundo lugar, el test enfatizaba desproporcionadamente la separación como principio general, elevándola por sobre el valor de la libertad religiosa. Así, por ejemplo, la regla del “propósito secular” acabó por excluir a las voces religiosas del diseño y fundamentación de políticas públicas. Finalmente, el test no coincidía con la comprensión histórica del desestablecimiento que fue cuidadosamente reconstruida por los autores del libro en la primera parte.⁶

Como explican Chapman y McConnell, la Corte fue dejando de lado el *Lemon test* progresivamente en distintas constelaciones de casos, hasta que en

5 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

6 Los autores critican que la interpretación de la cláusula de establecimiento acogida por la Corte Suprema se limitó a una evidencia histórica parcial, vinculada con el debate suscitado en el Estado de Virginia, y que se haya atribuido un peso decisivo a la opinión de Thomas Jefferson en cuanto a que la cláusula de establecimiento constituía un “muro de separación entre la iglesia y el Estado” (Jefferson, 1802). La excesiva importancia atribuida a las palabras de Jefferson sobre este asunto resulta cuestionable para Chapman y McConnell, puesto que la suya fue solo una de las voces en uno de los múltiples debates estatales sobre el desestablecimiento, y la preocupación por la separación fue solo una de las cuestiones tenidas en cuenta al momento de la aprobación de la Primera Enmienda.

2022, en el caso *Kennedy v. Bremerton School District*,⁷ el máximo tribunal estadounidense describió al test como “ambicioso, abstracto y ahistórico” y anunció que “la Corte ha abandonado Lemon hace mucho tiempo”. En su reemplazo, en lugar de comprometerse con un test equivalente, la Corte indicó que la cláusula de establecimiento debe ser interpretada con referencia a las prácticas e interpretaciones históricas, por lo que las soluciones deberán encontrarse separadamente para cada grupo de casos. De allí que, en lo que queda del libro, los autores apliquen su interpretación de la cláusula de establecimiento a un núcleo de cuestiones problemáticas a la vez.

No debería sorprendernos que la primera de las controversias modernas abordadas en el libro sea la relativa a la validez constitucional de las excepciones religiosas. Como explican los autores, en el contexto de la “batalla cultural”, la facilitación de las prácticas religiosas se presenta como una política mucho más controversial que en el pasado. Ello es así, remarcan los autores, especialmente frente a las excepciones que involucran la resistencia a someterse a leyes entendidas como triunfos de un modelo “progresista”, tales como el aborto, el matrimonio homosexual o ciertos derechos de las personas trans. En muchos de estos casos, la cláusula de establecimiento se esgrime como un argumento contra la permisibilidad de estas excepciones, por ejemplo, sobre la base de que éstas imponen un daño sobre terceros, en tanto les trasladan el costo del ejercicio de las creencias religiosas que ellos no poseen.⁸

Pero los autores explican que el sentido de las excepciones es precisamente prevenir que el Gobierno dificulte o imposibilite las prácticas religiosas para alcanzar un beneficio secular para terceros. Por su parte, la cláusula de establecimiento existe para proteger los derechos de los disidentes de mantener y ejercer sus creencias aunque ellas sean contrarias a las de la mayoría, de modo que difícilmente pueda justificarse que esa cláusula impida conceder excepciones que imposibiliten a un tercero gozar de los beneficios que le asegura la política estatal. En tal sentido, los autores recuerdan que, durante la guerra de Vietnam, 170000 jóvenes varones fueron enviados a pelear y, potencialmente, a morir, tomando el lugar de objetores de conciencia.

En ocasiones, las objeciones contra las excepciones religiosas no se vinculan con un daño a terceros, sino que revelan la indignación ante el rechazo de

7 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. __ (2022).

8 Por ejemplo, ver Case (2014). Pero ver también Laycock (2014). La contraposición de ambos textos brinda un panorama de las discusiones sobre excepciones religiosas en el contexto de la llamada “batalla cultural”.

ciertos grupos a sumarse a la voluntad de la mayoría. En estos casos, los autores nos exhortan a no olvidar el sentido de la cláusula de establecimiento: el compromiso de no usar el poder estatal para alcanzar la uniformidad de creencias.

Otro de los desarrollos más interesantes del libro se presenta en el grupo de casos relativo al apoyo económico a las escuelas religiosas. En este ámbito, los autores lamentan que la aplicación del *Lemon test* haya llevado durante aproximadamente veinte años a resoluciones contrarias al propósito de la Primera Enmienda. Frente a ello, explican que el uso de fondos públicos para el apoyo a la educación, incluso para la educación administrada por congregaciones religiosas, nunca se consideró ampliamente, al menos hasta la segunda posguerra, contrario a la cláusula de establecimiento, pues no implicaba ninguna forma de coerción a las personas. En cambio, era percibido como un uso de los ingresos públicos para perseguir un interés estatal legítimo en la educación.⁹ La línea de casos de *Lemon* llevó a excluir a las instituciones religiosas de planes de apoyo estatal, es decir, lisa y llanamente a discriminar a las instituciones religiosas en función de sus creencias. Esa jurisprudencia fue dejada de lado en una línea jurisprudencial cuyos principales exponentes son *Zelman v. Simmons-Harris*,¹⁰ *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*¹¹ y *Espinoza v. Montana Department of Revenue*.¹² Con estos casos, la Corte Suprema pasó de sostener que los programas de ayuda de alcance general no podían incluir a instituciones religiosas a decir que los estados tenían discreción para decidir si incluirían a instituciones religiosas, para luego resolver que un programa de alcance general que excluya a instituciones religiosas sobre la base de su estatus religioso resulta inconstitucional.¹³ Esta nueva doctrina es, según los autores, más consistente con el significado de la cláusula de establecimiento y con la historia del desestablecimiento en Estados Unidos. Precisamente, la política

9 En obras anteriores, los dos autores han presentado ejemplos de programas de sostenimiento económico estatal a misiones educativas de congregaciones religiosas que se remontan a los albores de la revolución americana (Chapman, 2020; McConnell et. al., 2022, p. 306).

10 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

11 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U.S. ___ (2017).

12 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U.S. ___ (2020).

13 Como explican los autores, más recientemente la Corte Suprema aclaró que tampoco puede excluirse a instituciones educativas de proyectos de financiación sobre la base de que la institución haría un “uso religioso” de los fondos recibidos. Chapman y McConnell comparten esa conclusión, pues el estatus de institución religiosa está determinado, según explican, precisamente por las actividades religiosas. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Carson v. Makin*, 596 U.S. ___ (2022).

estatal no debe incitar a la uniformidad de creencias, sino ampliar el rango de elecciones individuales.

Finalmente, resultará de especial interés para los lectores argentinos el desarrollo relativo a los casos que involucran símbolos religiosos. La primera observación de los autores al respecto nos invita a reflexionar sobre el porqué de la reciente proliferación de la litigación sobre estos asuntos en un país en el que los símbolos religiosos exhibidos en público son raros, producto de su tradición protestante. Consideran que se trata de un episodio más de la “batalla cultural”: establecer quién tiene el control sobre el espacio público para demostrar quién tiene el poder en la cultura. El capítulo incluye un elocuente tratamiento de las cuestiones de legitimación vinculadas con la litigación de estos casos. Pero más interesante aún resulta el análisis crítico del *endorsement test*, una variación del *Lemon test* diseñada por la jueza Sandra Day O’Connor especialmente para esta constelación de casos.¹⁴ La premisa de tal razonamiento fue que el propósito central de la cláusula de establecimiento era prevenir que el Gobierno enviara mensajes de aprobación (*endorsement*) o desaprobación de la religión. Un mensaje de aprobación expresaría que los no creyentes son *outsiders* en la vida pública, mientras que un mensaje de desaprobación tendría el sentido opuesto.

Los autores señalan varios problemas en este test. En primer lugar, que parece vincular la aprobación con la preferencia, pero ello no resulta para nada convincente. Por ejemplo, las legislaturas aprueban múltiples resoluciones expresando su interés o aprobación hacia eventos, actividades o productos, sin que ello signifique que otros eventos sean desaprobados. Resulta aún más problemático que el test no se haga cargo de la diferencia entre erigir un nuevo símbolo y preguntarse si uno ya erigido debió estar allí en primer lugar. ¿Acaso el mensaje que se envía al remover un símbolo religioso de un espacio público no es una desaprobación general hacia un grupo de miembros de la comunidad o hacia sus creencias? Los autores explican que la solución de estos casos no puede ignorar que la modificación del *status quo* altera el mensaje, en algunos casos, dramáticamente. Finalmente, el *endorsement test* ignora que el sentido de la cláusula de establecimiento nunca fue secularizar a la sociedad eliminando la religión de la esfera pública.

Por todo ello, los autores aprueban la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en la materia en el caso *American Legion v. American Humanist Asso-*

14 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Lynch v. Donnelly*, 463 U.S. 668 (1984).

ciation (2019).¹⁵ A partir de este caso, remarcan los autores, la cuestión central será si los símbolos religiosos ya erigidos se limitan a reconocer el rol que tiene la religión en la vida de las personas en una comunidad determinada o si efectivamente ellos declaran que una religión es superior o que se ve privilegiada respecto a las otras, o bien que una religión minoritaria es falsa o que no es digna de respeto.

Para concluir esta breve reseña, quiero destacar la importancia de estudiar la cláusula de establecimiento en una sociedad fuertemente polarizada. En la interpretación de Chapman y McConnell, se trata de una norma que no favorece ni una visión secular ni una religiosa de la sociedad. Por el contrario, su razón es asegurar que ningún bando utilice el poder político para imponer una visión como ortodoxa y suprimir el desacuerdo a su respecto.

Como adelanté, y como resaltan los autores al final de la obra, el principio de neutralidad coronado en la cláusula de establecimiento puede ser extendido más allá de cuestiones religiosas y servir como modelo para definir cómo debe comportarse el Estado frente a ideologías modernas que, en muchos aspectos, resultan similares a la religión (como lo notan los autores en términos de intensidad, impermeabilidad a la impugnación con pruebas, y en su afán por imponer sus propias nociones de virtud).¹⁶ Las herramientas que utilizaban los estados con un establecimiento religioso continúan disponibles para promover la uniformidad de pensamiento respecto a estas cuestiones no religiosas. La experiencia de la cláusula de establecimiento puede constituir una advertencia contra estos usos abusivos del poder estatal. Tal vez sea hora de adoptar una “cultura del desestablecimiento”, infundida por un espíritu de libertad.

Jeremías Brusau

Universidad de Buenos Aires

jbrusau@hotmail.com

15 Suprema Corte de los Estados Unidos, *American Legion v. American Humanist Association*, 588 U.S. __ (2019).

16 Para una descripción concordante que incluye ejemplos concretos, ver Fazio (2014, pp. 99-157).

Bibliografía

- Bermúdez, H. (2017). *Libertad e igualdad religiosas en el Estado de Derecho*. La Ley.
- Case, M. A. (2014). Why Live-and-Let-Live is not a Viable Solution to the Difficult Problems of Religious Accommodation in the Age of Sexual Civil Rights. *Southern California Law Review*, (88), 463-492.
- Chapman, N. (2020). Forgotten Federal-Missionary Partnerships: New Light on the Establishment Clause. *Notre Dame Law Review*, (96), 677-748.
- Chapman, N. y McConnell, M. (2012). Due Process as Separation of Powers. *Yale Law Journal*, (121), 1672-1807.
- Fazio, M. (2014). *Secularización y cristianismo. Las corrientes culturales contemporáneas*. Logos.
- Jefferson, T. (1802). *Letter to the Danbury Baptists*. Library of Congress. <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>.
- Laycock, D. (2014). Religious Liberty and the Culture Wars. *University of Illinois Law Review*, 2014, 839-880.
- McConnell, M., Berg, T. C. y Lund, C. C. (2022). *Religion and the Constitution*. Aspen Publishing.

