REDC 65 (2008) 139-173

EL IMPACTO DE LA INMIGRACIÓN RELIGIOSA EN LA SOCIEDAD Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Resumen

La evolución de la diversidad religiosa norteamericana se corresponde con la historia de los asentamientos por motivos religiosos, seguida por la inmigración reciente que acarrea la crisis económica; su geografía es un mapa de religiones, según el lugar en que se asientan los inmigrantes que traen consigo su propia ciudadanía religiosa.

La libertad de religión y la libertad de conciencia de los creyentes se deciden en torno a las cláusulas de la Primera Enmienda de la Constitución, de modo que los casos de conciencia individuales envuelven debates no sólo sobre el libre ejercicio de la libertad religiosa, sino relativos al muro de la separación entre la Religión y el Estado. La relación entre las dos cláusulas de la Enmienda que trazan los tribunales resolviendo sobre diversidad religiosa se extiende a la escuela y a la familia, los grandes espacios donde un ser humano desarrolla su vida, por eso se estudia la igualdad y la libertad religiosa en la escuela, y el factor religioso en los litigios matrimoniales.

Este trabajo informa sobre las opiniones de expertos en estos temas, y analiza un amplio elenco de sentencias norteamericanas.

Abstract

American religious diversity evolution is a product of settlements history because of religious persecution, followed for the new current economic immigration; its geography is a map of religions, according to the immigrant placements from whom keep a religious citizenship.

Freedom of Religion and freedom of conscience restrictions are evaluated analyzing the clauses of American Constitution's First Amendment, so that conscience cases involve debates on free exercise and the wall of separation. The relationship among both clauses resolving religious diversity is extended to school and family, two

Universidad Pontificia de Salamanca

important aspects developed in a human life. The equality and religious freedom at school and religious factor in child's custody decisions are also studied.

This research work reports on experts opinions analysing cases concerning these topics.

I. Aproximación al tema[1]

La frase: "the greatest happiness of the greatest number"[2], ha sido afirmada como una apreciación crítica sobre la preeminencia de la mayoría, y fue trazada desde el corazón de la noción de utilitarismo por John Stuart Mill, en su teoría sobre la tiranía de la mayoría.[3].

La Cristiandad es una muestra de la mayoría, al menos en USA, y no ha estado sola entre las tradiciones religiosas que se consideran a sí mismas como el único camino. La tensión entre tales exclusivistas pretensiones y las apreciaciones abiertas de otras tradiciones, como el budismo, se siente de un modo muy especial en nuestros días [4]; esta situación requiere un análisis sobre las posibilidades de un diálogo interreligioso, como mínimo entre la cristiandad, el judaísmo y el Islam, y como ambición máxima entre todas las antiguas tradiciones y las nuevas religiones, movimientos religiosos o comunidades diferentes, sin caer en el relativismo, ni pretender una religión común.

Con el fin de dar respuestas a una situación pluralista, sociólogos, juristas, y políticos principalmente, intentan investigar los diferentes enfoques de las principales mayorías y minorías que coexisten en los Estados Unidos de América y cómo este país está enfrentándose a la diversidad religiosa en los últimos tiempos[5], a pesar del hecho de que el pluralismo religioso es una constante en la historia de América[6].

En este trabajo no se pretende realizar un análisis sociológico, sino dar enfoque jurídico a una realidad social, provocada por la inmigración religiosa.

1 Este artículo es el resultado de un trabajo de investigación realizado en el "Center for comparative immigration studies", San Diego, Universidad de California, gracias a la financiación del Vicerrectorado de Relaciones Internacionales (UCM), a través de la Beca Complutense del Amo, 2008.

2 La mayor felicidad del mayor número.

3 AAVV. Minorities and Majorities. Edited by John W. Chapman and Alan Wertheimer. New York Universities Press. 1990.

4 AAVV. Mobilization of the human family. Christian faith and religious diversity. Edited by John B. Coob Jr. Fortrees Press. Minneapolis. 2002.

5 Withnow, Robert. America and the challenges of religious diversity. Princeton of University Press. 2005.

6 AA.VV. Religious diversity and American Religious History. Studies in traditions and cultures. Edited by Walter H. Conser Jr. y Sumner B. Twiss. University of Georgia Press, 1998.

Universidad Pontificia de Salamanca

Aunque los fundadores no se anticiparon a la increíble diversidad de la religión contemporánea norteamericana, sí se preocuparon por los peligros del conflicto religioso, y se creó la Primera Enmienda de la Constitución, con dos cláusulas, que han sido objeto de litigios, y de un notable análisis por parte de investigadores. Los juristas, concretamente, han focalizado en artículos y monografías el estudio de las específicas palabras de las citadas cláusulas, intentando conocer su significado para prohibir leyes que puedan considerar a una religión como propia del Estado[7], o por el contrario, para enjuiciar si el concepto de neutralidad asfixia el ejercicio de la libertad religiosa.

II. Asentamientos religiosos

La historia de la religión, la etnicidad y la geografía están interrelacionadas, y se refuerzan las unas a las otras. Los Estados Unidos de América fueron fundados bajo una mezcla de religiones. Varios grupos cristianos, considerados sectas en sus países de procedencia, vinieron al nuevo continente cuando comenzaba el siglo XVI porque constituían una minoría en Europa, incluyéndose entre ellos a los Puritanos, Cuáqueros, y Baptistas. Cuando llegaron no consiguieron integrarse en una sociedad más unida conviviendo en paz, al contrario, hubo una gran tensión entre las religiones durante un largo tiempo.

Los católicos llegaron en el siglo dieciséis y los judíos llegaron en el siglo diecisiete, hace más de cuatrocientos años. Por supuesto, los americanos nativos tuvieron enfrentamientos con los nuevos asentamientos, ya que introdujeron creencias y religiones muy distintas a las suyas. Así las cosas, comenzó la diversidad más allá de los protestantes.

A lo largo del siglo diecinueve, los inmigrantes asiáticos trajeron el budismo, el hinduismo y otras nuevas religiones a las orillas de América. Al final del siglo XIX, los musulmanes fueron inmigrando también.

Este panorama remarcó la diversidad, que nunca había declinado, y se incrementó hasta llegar al siglo XX, con una nueva era de miles y miles de diferentes grupos religiosos y sectas[8].

Por otra parte, no debemos olvidar que la pluralidad religiosa a veces es también considerada una pluralidad étnica, así es el caso de los judíos, los

7 Wilcox, Clyde and Jelen, Ted G. Religion and Politics in an Open Market. Religious Mobilization in the United States. En *Religion and politics in comparative perspective: the one, the few, and the many*. Edited by Ted G. Jelen, and Willian Clyde Wilcox. University of Cambridge, 2002, 297.

8 Eck, Diana . A New Religious America: How a "Christian Country" Has Become the World's Most Religiously Diverse Nation, Harper, San Francisco, 2002, 1-6.

Universidad Pontificia de Salamanca

americanos nativos, los Punjab Sikh, los Presbiterianos escoceses, los tibetanos, los budistas Vajrayanan, o los ortodoxos griegos.

La tentación de simplificar esta mezcla de creyentes religiosos, en una coherente y nacional religión civil que suponga un diálogo público, es extraordinaria. Hamilton se muestra favorable a esta tendencia y, con una jocosa reflexión, afirma que esta tentación ha sido rechazada más recientemente por aquellos que insisten en una nación cristiana y, por tanto, que los diez mandamientos deben ser puestos en los tribunales, y la promesa o juramento de lealtad a la bandera debe elevarse a Dios. Ellos quieren reclamar a los Estados Unidos como un dominio protestante, pero no cuentan con un problema empírico inevitable como es la presencia de muchos ciudadanos que no son cristianos[9].

Otra tentación es la de pensar que la diversidad religiosa es el producto de la ambigüedad, siendo Dios solamente uno. McKim advierte que la diversidad religiosa y la ambigüedad religiosa están íntimamente vinculadas, de modo que la existencia de la ambigüedad es la explicación más prometedora del fenómeno de la diversidad, aunque existan otras posibles razones. Así, para McKim, los hechos que estamos viviendo en el área de la religión son ejemplos claros de esta ambigüedad, y evidentes para ver que mucha gente persiste en malinterpretar la religión[10].

Considero que estas observaciones de McKim encierran un cierto rechazo al pluralismo religioso, y ceguera ante la belleza de la diferencia. Es cierto que la diversidad y el pluralismo religioso han enfrentado el Derecho y la Religión ante el Tribunal Supremo, y en la sociedad misma, pero como advierte Ravitch, traer la diversidad a la coexistencia requiere un gran esfuerzo, y aquí es donde entra en juego el pluralismo, éste es un compromiso filosófico con la diversidad, una creencia de que hay algo intrínsicamente bueno en la diferencia[11].

Sean cuales sean las razones de la diversidad religiosa, podemos contemplarla en las estadísticas que existen sobre la demografía religiosa, Estado por Estado, en América del Norte[12], y compararlas con los datos demográficos de todos los países en el mundo[13]. Labor que, por supuesto, esta autora no puede realizar porque soy jurista, no socióloga, por lo que tengo que acudir a datos

9 Hamilton, Marci A. Religion and politics in The United States. Review Essay. 21 In *Journal of Law and Religion*.173. 2005-2006.

10 McKim Janet. Robert. Religious Ambiguity and Religious Diversity. Oxford University Press. 2001, 130.

11 Ravitch, Franks. Masters of Illusion. The Supreme Court and the Religion Clauses. New York University Press. New York. 2007, 9.

12 http://www.adherents.com/adhloc/indexWhere.html,

13 http://www.teachingaboutreligion.org/Demographics/map_demographics.htm.

Universidad Pontificia de Salamanca

de expertos sociólogos, para luego pasar a un análisis jurídico, de la doctrina legalista y de la jurisprudencia.

III. Distribución de la inmigración religiosa en la geografía americana

Los inmigrantes transforman y son transformados en Estados Unidos[14], creando un nuevo paisaje cultural, aunque también se han producido escenarios de conflicto y sufrimiento en la adaptación de las diferencias entre inmigrantes y residentes. Diferencias en rituales religiosos, prácticas matrimoniales[15], o simplemente el estilo de las casas y el lenguaje. Y por supuesto, la difícil integración socio-económica, y los cambios jurídicos que ello conlleva. Sobre todo cuando se piensa que «a todo nuevo inmigrante, a todo refugiado acogido, a todo residente y a todo trabajador se le deben ofrecer las oportunidades de la ciudadanía»[16].

Mientras sabemos mucho acerca de la política de inmigración, de los nuevos inmigrantes, así como de sus países de origen, de los patrones de asentamiento en los Estados Unidos de América, de los costes y beneficios del trabajo, de los resultados en la escuela, y de la asimilación[17], sabemos relativamente poco acerca de los patrones o modelos de religión que traen consigo. El descuido en el estudio de las religiones es evidente, entre los expertos que investigan sobre inmigración, aunque ya se aprecian algunas aportaciones interesantes[18].

El libro de Helen Rose Ebaugh y Janet Saltzman Chafetz[19] estudia la geografía del culto en las denominadas olas de inmigrantes, intentando llenar esta laguna. A pesar de ello, la ola de la inmigración religiosa en el nuevo continente es un concepto por definir.

Como advertimos en otro epígrafe, el siglo XIX supuso una ruptura radical con la popular y establecida religión protestante porque los nuevos

14 Jones, Richard. C. Immigrants transform and are transformed by the US Heartland. En *Immigrants outside megalopolis: ethnic transformation in the heartland*. Edited by Richard C. Jones. Rowman and Littlefield Publishers. 2008, 3 -23.

15 AA.VV. Marriage and the family. Lutterworth Press. Cambridge. 1985.

16 Walzer, Michael, Las esferas de la justicia Una defensa del pluralismo y la igualdad, F.C.E., México, 1993 (trad. de Heriberto Rubio), 74.

17 Vid., AA.VV. America's new immigrant Law: origins, rationales and potential consequences. Edited by Wayne Cornelius and Ricardo Andaldua Montoya. Center or U.S. Mexican Studies University of California. San Diego. Monograph Series, 11.1983.

18 Levitt, Peggy. God needs no passport. Immigrants and the changing American religious landscape. The New Press. New York and London. 2007; McClymer, John. Religion and Ethnicity. En *A companion of American Immigration*. AA.VV. Blackwell Publishing Ltd. 2006, 513 -527; AAVV. Religion across borders. Transnational networks. Edited by Helen Rose Ebaugh Chafetz. Altamira Press. Oxford.2002.

19 Ebaugh, Helen Rose and Saltzman Chafetz, Janet. Religion and the new immigrants. Continuities and Adaptations in Immigrant Congregations. Altamira Press. 2000.

Universidad Pontificia de Salamanca

inmigrantes formaron nuevas comunidades religiosas[20] que se asentaron en el territorio buscando el sueño americano, una sociedad donde la libertad religiosa fuese una realidad.

El centro "Glenmary Research Center"[21] presenta una fascinante gráfica sobre el modo en que Estados Unidos de América se divide religiosamente por Estados y por grupo religioso. Aunque estos datos obedecen a la realidad, hay que decir que en los últimos años los inmigrantes están cambiando sus preferencias y no sólo llegan a grandes ciudades, sino que pueblan ciudades más pequeñas, dato que también altera el mapa religioso[22].

Se contempla inmediatamente en el mapa, que la Iglesia Católica y la Convención Baptista del sur tienen más seguidores a través del país que cualquier otro grupo religioso.

A pesar de la prevalencia de los adeptos católicos, hay sobre todo protestantes porque hay más tipos de protestantismo (Southern Baptists, Methodists, Latter-Day Saints, and Lutherans) que católicos. Sin embargo, los católicos están geográficamente más dispersos a lo largo del país, de ahí que se vislumbre un gran número de adeptos en el mapa. Este esparcimiento fue el resultado de la construcción y mantenimiento de muchas parroquias católicas que cubrió prácticamente todos los Estados de Norteamérica.

El mapa también muestra la historia de la propagación de la iglesia y la migración étnica. Un buen ejemplo es el estado de Texas, que es especialmente Southern Baptist (baptistas sureños), excepto en la frontera del sur, que es católica, probablemente como consecuencia de la proximidad con México. Otros Estados del sur son católicos igualmente.

Minnesota y el upper Midwest (alto medio oeste), es el hogar de las poblaciones alemanas y escandinavas, que tienen muchos luteranos como en cualquier Estado de US. Utah y sus Estados vecinos tienen un gran número de congregaciones religiosas de los santos de los últimos días. El Medio Oeste, cuya población es la de descendientes blancos de Inglaterra y Escocia, respondía al recorrido que realizaban los predicadores del circuito de Wesley a través del siglo XVIII y todavía tiene un número representativo de Metodistas. En el sudeste se instaló el "Bible Belt," (el citurón de la Biblia) inicialmente configurado por inmigrantes protestantes de Irlanda y de Escocia, que comenzó

20 Vid., about this matter. Warner, R. S., Immigration and religious communities in the United States, Gatherings in diaspora: Religious communities and the new immigration, Warner, R. S., and Wittner, J. G., Eds., Temple University Press: Philadelphia, 1998, 3-34.

21 http://www.glenmary.org/

22 Wilcox, Clyde and Jelen, Ted G. Religion and Politics in an open market. Religious mobilization in the United States. En *AAVV. Religion and politics in comparative perspective: the one, the few, and the many.* Ob.cit., 290-294

Universidad Pontificia de Salamanca

a tener un resurgimiento de Baptistas en el siglo dieciocho y diecinueve, y entonces, como resultado del clima político antes y después de la Guerra civil, se solidificó su compromiso tanto con una estricta interpretación de la Biblia como con la Iglesia Baptista del sudeste.

Payton señalaba que: "the changes of which I speak are demographic, and they reveal the emerging reshaping of American society. The first set of facts is transitory: the baby boom of the period from 1946 to 1962 is passing through, and for a very long time we will live in a society that is disproportionately old after decades of being unusually youthful. The second set of facts *is permanent*: the ethnic profile of the United States is changing dramatically, and that change will continue. *We are entering a period of being less Western in our ethnic and cultural makeup*" [23].

Si interpretamos el sentido de sus palabras, pronunciadas en 1986, quería decir que las nuevas religiones desdibujan el perfil occidental de Estados Unidos, y este hecho es un hito histórico y una constante en la tierra americana, al contrario que el *baby boom*, que marcó una etapa interesante en la demografía y el derecho matrimonial, pese a que desapareció como si fuese una moda de temporada, a pesar de crear una situación que cedió el paso a una sociedad sin juventud.

En efecto, la religión no pasa de moda, hay un renacimiento en estudios sobre religión y diversidad religiosa, como un tema cultural, que aún generando conflictos jurídicos y sociales, es muy importante en la vida diaria de las personas[24].

IV. Escepticismo hacia la religión como institución

Las religiones arraigadas en Estados Unidos son una realidad, institucionalmente hablando, pero hay dificultades metodológicas en identificar a los individuos con las tradiciones religiosas. Un porcentaje considerable de personas que se han educado en una religión tradicional, como la cristiana, se han convertido en apáticos religiosos.

Los expertos se plantean muchos interrogantes como los siguientes: Las personas no eligen en qué religión son educados porque sus padres eligen bajo su patria potestad, por eso habría que preguntarse ¿En qué reli-

23 Payton, Robert L. Demographics, Democracy and Education. In "A melting pot or a nation of Minorities". Edited by W. Lawson Taitte. The University of Texas at Dallas.1986, 33.

24 Vid., Ellingsen, Tanja. Toward a revival of Religion and Religious clashes? En *Religion in world conflict*. Edited by Jonathan Fox and Shamuel Sandler. Routledge. London and New York. 2006, 11.

Universidad Pontificia de Salamanca

gión están ahora insertos? ¿En qué modo se comprometen con la religión regularmente? ¿Cómo identificamos a los niños que nacen de una relación interreligiosa? ¿Cómo consideramos a los que combinan varias religiones en su práctica de fe? ¿Qué sentido le otorgamos a aquellos que no profesan ninguna religión? ¿Qué ocurre con la gente que se identifica a sí misma como espiritual y no religiosa? ¿Qué consistencia tiene en las estadísticas aquellas personas que profesan una creencia religiosa pero no se integran en una religión organizada? ¿O a aquellos quienes no pueden practicar su fe fuera de la comunidad como los Sijs? Dependiendo de cómo se responda a estas preguntas, *el número real* de adeptos a una tradición religiosa podría variar.

En 2002 fue publicado un artículo acerca de los "unchurched believers"; este trabajo estudia la proporción de americanos que informaron sobre su no preferencia en materia religiosa, y se demostró que este porcentaje de personas se había doblado del 7 al 14 por ciento en la década de los noventa.

El escepticismo religioso, sin embargo, resultó tener una dudosa explicación: la mayoría de la gente sin preferencia religiosa, asentaba sus vidas sobre unas creencias religiosas tradicionales, *a pesar de su desvinculación de religiones organizadas*. Este drástico cambio puede dar explicación a las variaciones demográficas, al incremento del escepticismo religioso, o a la mezcla de temas políticos y religiosos que caracterizó la década de los noventa[25].

Durante algún tiempo, hubo una búsqueda de nuevas experiencias religiosas, pero siempre se vuelve a las raíces. Además y, en contraste, las nuevas comunidades religiosas en los Estados Unidos están viviendo profundas transformaciones, de modo que sus adeptos dejan de ser espíritus libres o librepensadores: 1. Adoptan una forma congregacional con una estructura organizada y un rito propio; 2. Retornan a las fundaciones teológicas. 3. Avanzan más allá de los límites étnicos y religiosos para incluir a otras personas.

Estos cambios soportan el nuevo paradigma en la sociología de la religión que rechaza las teorías de la secularización: existe un pluralismo religioso interno y externo, *en vez de un declinar de la religión*[26].

25 Hout, Michael and Fischer Claude S. Why more Americans have no religious preference: politics and generations. In *American Sociological Review,* 2002, Vol. 67 (April), 165-190.

26 Yang, Fenggang and Ebaugh, Helen Rose. Transformation in new immigrant religions and their global implications. In *American Sociological Review,* 2001, Vol. 66 (April), 269-288. Barro, Robert J. and McClearly Rachel. Religion and Economic Growth across countries. In *American Sociological Review,* 2003, Vol. 68 (October), 760-781.

Universidad Pontificia de Salamanca

Como resumen, podremos decir que tras el aparente telón de una apatía religiosa en buena parte de la sociedad norteamericana, sólo hay personas que bajo la mezcla de diferentes religiones en su escuela, en su familia y en todos los contextos en los que están insertas, dejan de incorporarse en una iglesia organizada, pero siguen en una búsqueda constante de Dios y de valores que dignifiquen su vida.

De cualquier modo, la recepción transnacional de los inmigrantes religiosos y la influencia de los cambios religiosos y culturales que traen consigo estas comunidades de inmigrantes, tienen un gran impacto político y religioso sobre el país receptor, incluso en el ámbito de la educación donde los presidentes de sesenta y dos universidades que componen la Asociación de Universidades Americanas afirman que creen en que los estudiantes se benefician significativamente de la educación que toma lugar en un escenario diverso, que provee la oportunidad de encontrarse y aprender de otros quienes tiene un background y características muy diferentes a las nuestras[27].

V. Igualdad ante la ley y libertad religiosa en una sociedad diversa

A. La libertad de conciencia ante la primera enmienda

Examinemos cómo en USA, el nexo entre Derecho y Religión, y la interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución americana constituyen un continuado debate.

Aunque las cláusulas de la Primera Enmienda han generado muchísima jurisprudencia sobre el tema de la "separación", y se ha tenido que dilucidar sobre los límites del libre ejercicio de la libertad religiosa, sin embargo, el muro entre las Iglesias y el Estado, conocido como *a high wall of separation* nunca ha sido interpretado en el sentido de que las Iglesias no puedan criticar al Estado, o apoyar causas políticas. Incluso, los radicales defensores del *high wall* admiten que esta separación permite que los cuerpos religiosos puedan ser críticos con el gobierno y sean más activos en pronunciamientos morales, aunque esto vaya más allá del derecho a la autonomía interna de las Iglesias[28].

27 "believe that our students benefit significantly from education that takes place within a diverse setting", that provides the opportunity to "encounter and learn from others who have backgrounds and characteristics very different from their own" (Norgren, Jill. American cultural pluralism and Law. Praeger Publishers. 2006, 22).

28 Laycok, Douglas. The right to Church Autonomy as part of Free Exercise of Religion. En *Government Intervention in Religious Affairs. II. Proceedings of the Second Conference on Government Intervention in Religious Affairs.* Pilgrim Press. New York. 1986, 29-32.

Universidad Pontificia de Salamanca

Muchos investigadores consideran que la separación es una ilusión de los legisladores[29]; otros evocan una implicación necesaria para facilitar un compromiso razonable con la libertad religiosa[30].

Entre éstos últimos, Mary Ann Glendon resalta que en la década de los setenta, la mayoría de los Tribunales dejaron de mantener lo que ella denomina como *a high and impregnable wall of separation*, aunque sobrevivieron algunos efectos perjudiciales de un excesivamente estrecho punto de vista sobre el ejercicio de la libertad religiosa y un inflado concepto del *establishment*, especialmente en los casos protagonizados en escuelas públicas[31].

Las cláusulas, en su origen, fueron un decisivo compromiso constitucional con la libertad e igualdad religiosa[32], sin embargo, como Perlmutter[33] hace notar, algunos de los Estados continuaron discriminando explícitamente contra los credos religiosos en sus propias constituciones estatales.

Michael S. Ariens y Robert A. Destro[34], nos relatan algunos casos antiguos interesantes que nos muestran las dificultades de la aplicación de las cláusulas desde sus primeros tiempos. Entre ellos, *Cummings vs. Missouri (1866)*[35], el Estado de Missouri, uno de los Estados que estaba a favor de la esclavitud, aprobó una ley requiriendo que los profesionales, incluyendo clérigos, recitaran un juramento de lealtad a la Constitución[36]. Un sacerdote católico protagonizó lo que podríamos denominar un tipo de objeción de conciencia y se

29 Noonan T., John and McGlynn Gaffney. Religious Freedom. History, cases and other materials on the interaction of Religion and Government. Foundation Press. New York, 2001, 13 - 46. En el mismo sentido se critica la supuesta neutralidad de las cláusulas por Ravitch, Franks. Masters of Illusion. The Supreme Court and the Religión Clauses. Ob.cit, 2007.

30 Por lo tanto, la excesiva implicación del gobierno con la religión, la relación entre religión y nación, no es solamente un continuado debate en los países con una Iglesia establecida como en UK. Vid., Jackson Preece, Jennifer. Minority Rights. Cambridge. Polity Press. 2005.

31 Glendon, Ann Mary. Religion and the Court: A New Beginning? En *Religious Liberty in the Supreme_Court: the cases that define the debate over Church and State.* AAVV. Edited by Terry Eastland. Ethics and Public Center. 1993, 477.

32 Una buena herramienta de estudio de todos los documentos relacionados con la libertad religiosa hasta 1998 lo encontramos en la obra editada por John J. Patrick, Gerald P. Long. Me refiero a *Constitucional debates on freedom of religion: a documentary history.* Greenwood Press. 1999. En esta obra, se encuentran todos los documentos sobre: colonial roots of religious liberty, 1606-1776; religious liberty in the founding of the United States, 1776-1791; the constitutional right to free exercise of religion, 1791-1991; the constitutional prohibition of an Establishment of religion, 1791-1991; constitutional issues on freedom of religion, 1991-1998.

33 Perlmutter, P. Legacy of hate: A short history of ethnic, religious, and racial prejudice in America M.E. Sharpe: Armonk, New York, 1999.

34 Ariens, Michel and Destro, Robert. Religious liberty in a pluralistic society. Carolina Academy Press. Durham, North Carolina. 2002, 175 -176.

35 Cummbings vs. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1866).

36 "No person shall… be competent as a bishop, priest, deacon, minister, elder, or other clergyman of any religious persuasion, sect, or denomination, to teach or preach, or solemnize marriages, unless such person shall have first taken, subscribed, and filed said (loyalty) oath". IV Thorpe, at 2197.

Universidad Pontificia de Salamanca

negó a realizar el juramento, por lo que fue sancionado con una multa de 500 dólares. El caso llegó al Tribunal Supremo, y el Juez Field, tras un riguroso examen de lo sustantivo del caso, y no sólo de la forma, consideró que las provisiones de la Ley de Missouri eran inconstitucionales.

Carolina del Norte, por ejemplo, requería que los funcionarios creyeran en Dios o en la verdad de la religión protestante o en la autoridad divina de la Biblia; mientras que en la Constitución de New Hampshire se mantuvo que los católicos y los judíos estuvieran fuera de las legislaturas hasta 1876. En contraste, Pennsylvania, fundada por el cuáquero, William Penn, mantuvo determinantemente la separación entre la Iglesia y el Estado, a causa de la tolerancia religiosa inherente en el quaquerismo o porque, como Nord (1995) argumenta, tal tolerancia lideraría probablemente una mayor inmigración y, por tanto, más negocio e ingresos a través de impuestos. La libertad religiosa, afirma, fue un buen sistema de conseguir el bienestar económico para el Estado.

En los albores del siglo XX, también la conciencia religiosa ha privado de algunos derechos, como el de obtener la ciudadanía norteamericana a los inmigrantes. Sekulow[37], comienza con una *gran dosis de ironía* un interesante capítulo –a matter of conscience– de uno de sus libros, relatando que la aparición de la estatua de la libertad, y la lectura de un poema de Emma Lazarus en su interior, para millones de inmigrantes de todas las edades y de muchos países quienes dejaban sus tierras de origen por América en las tres primeras décadas del siglo veinte, llegó a ser la más inolvidable bienvenida a los Estados Unidos de América y la esperanza de un futuro en la tierra de la libertad. Desde 1905 a 1914 más de un millón de inmigrantes entraban en los Estados Unidos todos los años. Un nuevo siglo, un nuevo país, una nueva vida.

Tras esta irónica introducción, el autor comienza a narrar una historia. Uno de aquellos inmigrantes era un joven canadiense llamado Douglas Macintosh. Al mismo tiempo, George Sutherland estaba trabajando como senador republicano de Utah, y Charles Evans Hughes fue senador republicano de Nueva York. Veinticuatro años más tarde, con la primera guerra mundial en medio, Sutherland y Hughes, *ambos hijos de inmigrantes ingleses*, fueron jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y Macintosh fue ordenado Ministro Baptista y estuvo enseñando en Yale. El deseo de Macintosh fue el de llegar a ser un ciudadano lo que llevó a los tres hombres juntos *a un histórico caso de libertad de religión*.

37 Seculow, Jay. Witnessing their faith: religious influence on Supreme Court justices and their opinions. Maryland, 2006, 161-163.

Universidad Pontificia de Salamanca

La solicitud de Macintosh para conseguir la ciudadanía norteamericana llegó a los tribunales inferiores a partir de 1926. El primer tribunal dictaminó que él no podía llegar a ser un ciudadano a causa de su respuesta a una pregunta en la solicitud de ciudadanía. El segundo tribunal consideró que sí podía ser ciudadano americano. En 1931, el caso llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos para su decisión final. Macintosh había declarado abiertamente y sinceramente en su solicitud que, *su lealtad a Dios y a su conciencia religiosa, estaría por encima de la lealtad al país en caso de futuras guerras.* En una decisión ajustada de 5-4, a Macintosh le fue denegada la ciudadanía.

Sutherland y Hughes mantuvieron puntos de vista completamente opuestos con respecto a la definición de libertad religiosa que reflejan el pensamiento de finales del siglo diecinueve y que persiste en el siglo veinte: la divergencia entre el nacionalismo y el pluralismo religioso.

A pesar de la llamada *Selective Draft Law Cases de 1918*, que proveía de exenciones para los objetores de conciencia, rechazar el uso de las armas podría suponer la denegación de la ciudadanía bajo el imperio de la *Naturalization Act* , asi el citado caso *United States vs. Macintosh (1931)*, o *Girouard vs. United States (1946)*[38]. Fue necesario esperar al año 1964 con *Seeger* para que la objeción de conciencia religiosa a la participación en la guerra fuese reconocida ante el Tribunal Supremo[39].

Ahora bien, la conciencia ha ido alcanzando cotas de libertad cada vez más altas, me refiero tanto a la conciencia atea como a la religiosa.

Ya antes de la década de los setenta, algún caso dejó profunda huella en el mundo del derecho y del ejercicio de la libertad religiosa, como fue *Sherbert vs. Verner* (1963). En esta ocasión fue la primera vez que el Tribunal Supremo estableció que la provisión de libertad religiosa de la primera Enmienda requiere exenciones para los creyentes incluso cuando se trate de una ley secular sin propósitos discriminatorios[40].

En fechas próximas a *Sherbert vs. Verner*, se inició un caso que se ha definido como "el triunfo del ateismo"[41], me refiero a la controversia sobre la lectura de la Biblia.

Las guerras de la Biblia, como advierte Lee[42], mantuvieron enfrentadas a las diversas comunidades religiosas en la segunda mitad del siglo XIX, y

38 Vid., los datos sobre este conflicto en Urofsky, Melvin. I. Religious freedom: rights and liberties under the law. Santa Barbara. 2002, 145-148.

39 1964 WL 81249 (U.S.)

40 Sherbert vs. Verner. 374 U.S. 398 (1963).

41 Goldberg, George. Church, State and the Constitution. Regnery gateway. Washington. 1984, 72-76.

42 Lee, Francis Gram. Church and State relations. Greenwood Press. 2002, 255.

Universidad Pontificia de Salamanca

la primera del siglo XX. Los católicos sacaban a sus hijos de la escuela hasta que les permitieron la lectura de una versión de la Biblia que ellos aceptaron. Sin embargo, los judíos, libre pensadores y los libertarios se irritaban con el régimen de la oración en la escuela pública.

Las "Bible wars" produjeron una interesante jurisprudencia, recordemos *Ángel vs. Vitale* (1962), y *Abington vs. Schempp* (1963), acompañada de un intenso debate judicial y político. Cuando ya la Biblia parecía tener la batalla perdida, el mismo Presidente John F. Kennedy, trataba de tranquilizar los ánimos poniendo de relieve: "there was a very easy remedy, and that was to pray ourselves… we can pray a good deal more at home, we can attend our churches with more fidelity, and we can make the true meaning of prayer much more important in the lives of all our children"[43].

Finalmente, la conciencia atea triunfó a través de una mujer, Murray, madre de dos hijos sin haber contraído matrimonio, que mantenía una ideología comunista radical, y de total oposición hacia el gobierno de los Estados Unidos. En 1953, renunció a su ciudadanía americana, y se fue a Paris, desde allí intentó conseguir la ciudadanía rusa, pero no lo consiguió. Tras este desengaño, decidió volver a Norteamérica, y se instaló en Baltimore.

El conflicto comenzó cuando uno de sus hijos, que había sido matriculado en una escuela pública, se veía obligado a recitar todos los días la famosa *Pledge of Allegiance*, y a realizar algunas lecturas de la sagrada Biblia. Murray sacó al menor de la escuela, y las autoridades le advirtieron que la escolarización era obligatoria. El caso llegó a la prensa y la Junta de Educación preguntó al Abogado del Estado cuál era la solución más adecuada. Éste afirmó que las prácticas mencionadas eran constitucionales, pero sería razonable una acomodación, de modo que los estudiantes que objetasen a dichas prácticas, pudiesen mantenerse en silencio o ser excusados.

Murray ganó su primera batalla pero quiso conquistar aún más, es decir, acabar con la lectura de la Biblia, y las oraciones. Contrató a un abogado local e inició el proceso que obtuvo el respaldo de un comité cubano pro -Castrista, y comenzó a recibir muchísimas cartas y sobres con dinero. Se hizo cargo de una revista que llamó el 'ateo americano', y dirigió una librería comunista financiada por la Unión Soviética.

Perdió el caso ante el Tribunal Supremo de Maryland, pero apeló ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en junio de 1973, mantuvo 8-1, que el hecho de recitar los pasajes de la Biblia en la escuela pública era inconstitucional de acuerdo con la primera Enmienda, concretamente dictaminó que

43 Idem., 260-261.

Universidad Pontificia de Salamanca

suponía "an inconstitutional Establishment of religion". Como dato anecdótico, con fecha de 10 de mayo de 1980, William Murray, el hijo de la demandante, publicó una carta en "The Baltimore Sun", pidiendo disculpas por el papel que jugó eliminado la Biblia de las escuelas públicas de la ciudad y del país.

Ahora bien, no todos los casos tienen resultados similares, ni todas las religiones tienen el mismo favor ante los Tribunales[44]. En lo que se refiere a la determinación del rumbo de estos asuntos en el siglo XXI, los tribunales y, especialmente, el Tribunal Supremo siguen ejerciendo una función central en la determinación del enfoque de la nación sobre la relación entre las instituciones del gobierno y la religión[45], la libertad de conciencia religiosa y la ley secular, incluso en contra de las posiciones gubernamentales.

Así se demostró en el famoso caso *Terri Shiavo* que llegó a los medios de comunicación del mundo entero, despertando una notable sensibilidad, y en el que un Tribunal de Florida ordenó que se retirara la alimentación asistida a Terri, a pesar de la oposición de los republicanos y de George W. Bush en persona, representando a los grupos religiosos cristianos[46].

Aunque, sinceramente, debo reconocer que no estoy de acuerdo con la eutanasia, en lo que se refiere a la posición gubernamental ante la religión, sería conveniente hallar un punto de inflexión en el que no nos encontremos siempre ante una posición de indiferencia o de manifiesta hostilidad hacia la religión o, por el contrario, de excesiva intervención. En esta línea, Michael W. McConnell considera que los tribunales deben preguntarse ante cada ley o acción gubernamental si el propósito es el de incrementar la uniformidad religiosa, o inhibir la práctica religiosa, o forzar o inducir a una practica religiosa contraria, sin suficiente justificación. En la base de estos juicios, afirma, está el hipotético mundo en el cual los individuos pueden tomar decisiones acerca de la religión bajo los criterios de su propia conciencia religiosa, *sin la influencia del gobierno*. El principio que subraya es que si la acción gubernamental

44 Barbara M. Yarnold ha escrito un interesante trabajo de cómo los Tribunales han dictaminado dependiendo de los litigantes, incluso descendiendo a los "district courts y circuit courts of appeals".

"The district courts" están más a favor de cuáqueros y presbiterianos en cuanto organizaciones protestantes. "The circuit courts of appeals" también apoyan a organizaciones protestantes, especialmente los llamados "Unitarians" o la "Church of God".

Si los litigantes son personas que actúan de modo individual, en su propio nombre, los católicos y judíos tienen que demostrar que no están envueltos en una organización religiosa, para poder ganar, mientras que los protestantes no tienen problemas por el hecho de demostrar su integración en la Iglesia protestante (Yarnold, Barbara M. Religions wars in the Courts II: Who were the litigants in the U.S. Courts, Religious Cases 1970-1990. Nova Science Publishers. New York).

45 Rofes, Peter. The religion guarantees: a reference guide to the United States Constitution. Praeger Publishers. Westport. 2005, 112.

46 Senator John Danforth. Faith and Politics. How the moral values debate divides America and How to move forward together. Peguin books. 2007, 69-77.

Universidad Pontificia de Salamanca

tuviese el mínimo efecto posible sobre la religión, eso estaría conforme con los legítimos propósitos del gobierno en cuanto tal[47].

B. Política en materia de nuevas religiones

En los Estados Unidos hay más iglesias, sinagogas, templos y mezquitas que en ninguna otra nación de la tierra. Además, un tanto por ciento muy elevado ha experimentado la presencia de Dios o una fuerza espiritual cercana a ellos[48].

Las religiones que tienen una larga historia tras de sí gozan de lo que se llama C*hurch autonomy*, que está protegida por la cláusula del libre ejercicio, pero también tiene límites.

Se pueden apreciar algunos conflictos entre las pretensiones religiosas y las leyes seculares que persiguen la protección del orden público, o impedir que se lesionen intereses de terceros, así la denegación de una licencia para realizar obras en los templos con finalidades religiosas. Esta simple contradicción supuso un serio debate en torno a la "Religious Freedom Restoration Act" of 1993 (RFRA), que había restaurado el test del "compelling state interest" (interés público predominante)[49]. Éste fue aplicado durante veintiocho años desde la citada sentencia *Sherbert vs. Verner,* hasta que el Tribunal lo abandonó en 1990 con el famoso caso de *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon vs Smith*.

Aunque en la mayoría de los casos resueltos bajo la RFRA, entre 1993 y 1997, la encontraron constitucional, el Tribunal Supremo decidió que la aprobación de tal ley violaba la doctrina de la separación de poderes. En *City of Boerne v. Flores*[50], el Tribunal reflexionó sobre la RFRA que permitía a la Iglesia Católica reclamar contra una ciudad, retando la aprobación requerida por una ordenanza sobre construcción de edificios en barrios históricos, ya que la ciudad no le permitió ampliar su edificio, y la Iglesia alegó que se había infringido su libre ejercicio de la religión. The *district court* declaró inconstitucional la RFRA porque el Congreso se excedió en su autoridad imponiendo la aplicación de la decimocuarta enmienda.

47 McConnell, Michael. The Establishment of religion clause: the First Amendment: its constitutional history and contemporary debate. Edited by Alan Brownstein. Prometheus Books. 2008, 137.

48 "There are more Churches, Synagogues, Temples, and Mosques per capita in the United States than in any other nation on earth. More than 4 of 5 American say they have experienced God's presence or a spiritual force' close to them" (U.S News & World Report, May 6, 2002, pp. 40-42.).

49 La ley se aprobó tras el polémico caso: Employment Division v. Smith , 494 US 872 (1990).

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

Universidad Pontificia de Salamanca

Otros casos de límites a la autonomía interna los encontramos en las causas penales. Por ejemplo, si uno de los miembros de la Iglesia se enfrenta a una acusación de agresión sexual, la Iglesia no puede impedir que se abra una investigación interna, ya que ésta no pretende averiguar si el comportamiento del sacerdote violaba el Derecho Canónico, sino si violaba una ley secular, y si el requerimiento del Derecho Canónico para evitar escándalos y realizar una investigación secreta, estaba realmente enraizado en valores religiosos, o vulneraba su obligación de informar a las autoridades sobre el abuso sexual de menores por parte de sus miembros[51].

A pesar de estos desencuentros con la ley secular, las Iglesias con *tradición* gozan de una saludable libertad de religión.

En contraste, los esfuerzos por el control social de las controvertidas *nuevas* religiones en los Estados Unidos, envolvieron casos como si se tratase de protección del consumo, con un intento en varios Estados de definir legislativamente las nuevas religiones como bien de consumo o un servicio sujeto a la regulación de los productos de consumo.

Mucho más intensos y persistentes, al menos inicialmente, fueron los esfuerzos por definir la participación en las religiones como un problema mental, utilizando el concepto de la protección de la salud mental para sostener la facultad de control sobre los nuevos movimientos religiosos (NRM - New Religious Movements). Así, se construyeron conceptos pseudos científicos como lavado de cerebro o control mental, con la intención de utilizar una poderosa arma contra aquellos que se dedicaban al desarrollo y la expansión de experiencias religiosas alternativas en los Estados Unidos[52].

Estos desacertados pasos legales, dados bajo una política de control de un desconcertado gobierno norteamericano, nos hacen regresar otra vez a la realidad de que la historia de la inmigración y de los asentamientos a través de los siglos, ha construido la diversidad religiosa y la convivencia de diferentes identidades étnicas que están presentes con sus peculiares tradiciones y costumbres en la misma tierra y bajo el mismo sistema legal público[53]. Este paisaje religioso de América ha incentivado a muchos investigadores a reflexionar si la Constitución necesita una reforma con el fin de acomodar esta transformación[54].

51 People v. Campobello, 348 Ill. App. 3d 619, 284 Ill. Dec. 654, 810 N.E.2d 307.

52 Richardson, James T. Legal Dimensions of New Religions. In *The Oxford handbook of New Religious Movements*. Edited by James R. Lewis. Oxford University Press. 2003. Chapter 7, 164-165.

53 AAVV. New Religions Movements and Religious Liberty in America. Editors Derek H. Davis. Barry Hankins. Baylor University Press. 2003.

54 Inouye, Daniel K. Our Constitution. Will it survive another 200 years? En *A melting pot or a nation of Minorities*. Edited by W. Lawson Taitte. The University of Texas at Dallas. 1986, 47-62.

Universidad Pontificia de Salamanca

Un compromiso constitucional con la libertad religiosa no es lo mismo que la actual actitud ante la libertad religiosa. Hubo un inteligente compromiso constitucional con la libertad religiosa[55], pero ha sido seriamente deteriorado con la prueba de la diversidad.

Por un lado, el gobierno es como perro policía con la situación de la libertad religiosa, elaborando un informe anual de libertad religiosa de todos los países alrededor del mundo[56]. Esto explica que la oficina internacional de libertad religiosa tenga la misión de promover la libertad religiosa como un objetivo central de la política exterior de los Estados Unidos.

Como resultado de esta política, recordemos que la Comisión de Estados Unidos sobre la libertad religiosa (USCIRF)[57] anunció su informe anual de 2005 con algunas recomendaciones a la secretaria de Estado Condoleezza Rice sobre "countries of particular concern". La Ley 1998 sobre libertad religiosa "The 1998 International Religious Freedom Act (IRFA)" requería que los Estados Unidos de América designasen como países de particular atención a aquellos cuyos gobiernos se han comprometido con la intolerancia sistemática o las violaciones del derecho universal de libertad religiosa[58].

Este escrupuloso control del estado de la libertad religiosa contrasta con la realidad interna. ¿Qué sucede con los parámetros de la libertad religiosa en USA? Un buen punto a tomar en consideración es cómo la ley distingue con severidad entre la libertad de creer y la libertad de practicar diariamente en una vida secular[59].

El segundo argumento está dirigido a las dificultades de las minorías étnicas y religiosas para ganar acceso a los objetivos de auto respeto como las oportunidades en la educación, trabajos satisfactorios o vivienda.

55 "Many of the founders therefore called for equality of all religions before the law. James Madison captured well the prevailing sentiment: <<A just Government… will be best supported by protecting every Citizen in the enjoyment of his religion, with the same equal hand which protects his person and property; by neither invading the equal rights of any sect, nor suffering any sect to invade those of another>>. John Adams concurred: <<All men of all religions consistent with morals and property must enjoy equal liberty… security of property… and an equal chance for honours and power>>. Isaac Backus wrote similarly that religious liberty requires that <<each person and each religious society are equally protected from being injured from others, all enjoying equal liberty to attend the worship which they believe is right" (Witte, John. Religion and theAmerican constitutional experiment: essential rights and liberties. Westview Press, 2005, 48-49).

56 Cfr. the website of US government http://www.state.gov/g/drl/irf/

57 http://www.uscirf.gov/countries/publications/currentreport/2006annualRpt.pdf#page=1

58 Las recomendaciones de la Comisión para 2005 incluyeron en primer lugar a Uzbekistan. Además, la Comisión reafirmó su recomendación de 2004 en la que la Secretaría de Estado designó como países de particular atención a los siguientes: Burma, Democratic People's Republic of Korea (North Korea), Eritrea, Iran, Pakistan, People's Republic of China, Saudi Arabia, Sudan, Turkmenistan, and Vietnam. India fue recomendada para quitarlo de la lista de estos países.

59 Beckley, Gloria and Burstein, Paul. Religious Pluralism, Equal Opportunities, and the State. In *Western Political Quartely*. Vol. 44. nº 1, 185.

Universidad Pontificia de Salamanca

Y, el tercero, sería el reto de una equivalencia moral, me refiero a la tensión que existe debido a que la cultura, la etnicidad o la expresión religiosa de algunos grupos son más aceptadas que las de otros, en la misma fábrica de religiones de la América del norte[60].

La mayoría de los casos de discriminación están basados en razones religiosas debido a las diferencias culturales, incluyendo las raíces étnicas diferentes[61], y el Tribunal Supremo tiene ante sí lo que David E. Guinn llama "faith on trial"[62] en una sociedad de profunda diversidad, debiendo resolver los asuntos religiosos en la vida Americana bajo la regulación de una Constitución secular[63], que separó a la Iglesia del Estado, con no pocas batallas legales[64].

En la casuística norteamericana podemos mencionar, por ejemplo, a Oregón, ya que ha sido un lugar fértil para el desarrollo del nuevo fenómeno religioso. Este Estado ha visto el desarrollo de un número desproporcionado de nuevos grupos religiosos, algunos de los cuales han conquistado la preeminencia nacional de la protestante.

Los grupos religiosos de Oregón han estado envueltos en litigios en un considerable número de veces. Incluso antes del famoso caso Employment Division vs. Smith que permitió un decisivo cambio en el Derecho Americano en lo que se refiere a la libertad religiosa. Algunas acciones legales anteriores al caso Smith envolvieron diferentes grupos religiosos: Shiloh y the internal revenue service, Christofferson versus Scientology, o los casos de Rajneesh[65].

La experiencia de nueva religiones en Oregón, parece reflejar lo que ha sucedido en todos los Estados Unidos de América, con las nuevas e impo-

60 Religion and Immigration. Christian, Jewish, and Muslim Experiences in the United States. Edited by Yvonne Yazbeck Haddad, Jane I. Smith, and John L. Esposito, Walnut Creek, CA, 2003. Un buen número de temas se tratan en los capítulos de este volumen. Entre ellos podemos mencionar los siguientes: la actitud de los que son ya ciudadanos de los Estados Unidos hacia los nuevos inmigrantes con sus nuevas religiones y culturas; y, la herencia del colonialismo occidental y sus efectos. Ambos temas juegan un papel importante en las experiencias de hispanos, americanos africanos, los judíos víctimas del holocausto, y los musulmanes. También es interesante el reto de la equivalencia moral, es decir, la tensión sobre cuál cultura o expresión religiosa es más aceptada que otra en la fábrica religiosa de América del Norte. Otra materia es el de la asimilación de los inmigrantes, y cómo la rapidez con que lo hacen influye en el trato que reciben.

61 Fox, Jonathan. Religious cases of discrimination against ethno — religious minorities. In *International Studies Quaterly* (2000), Vol. 44, 423-450.

62 Guinn, David. E. Faith on trial: communities of faith, the first amendment, and the theory of deep diversity. Lexington Books, 2002.

63 Los más interesantes casos en USA han sido comentados Hitchcock, James. The Supreme Court and Religion in American Life. Princeton University Press. 2004.

64 Mc.Garvie, Marck Douglas One nation under law. America's early national struggles to separate Church and State. Northern Illinois University Press. 2004.

65 James T. Richardson. State and Federal Cooperation in Regulating New Religions. Oregon versus the Bhagwan Rajneesh. In *Regulating Religion. Case Studies from around the globe. Critical issues in social justice*. Edited by James T. Ricahrdson. University of Nevada, Reno. 2004, 477.

Universidad Pontificia de Salamanca

pulares religiones. Estas nuevas y exóticas religiones han encontrado algunas dificultades severas en establecerse, han realizado grandes esfuerzos y gastado muchos recursos en mantener su existencia[66].

C. Igualdad y libertad religiosa en la escuela pública

Como consecuencia del establecimiento de las cláusulas de la primera Enmienda, ratificadas en 1791, se establece la libertad de religión y un modelo dorado para el papel de las religiones en las escuelas públicas.

Si examinamos la diversidad en las escuelas públicas, es fácil verificar que desde su fundación, hace más de 400 años, han tendido a reflejar la herencia de la mayoría protestante, simplemente porque los protestantes blancos fueron los primeros en colonizar la costa este y establecer un sistema de educación pública. En tanto las diferentes voces religiosas han crecido más fuertemente[67] y los Tribunales han llegado a ser más activos en la interpretación de las cláusulas de no establecimiento de una religión como propia[68] y la del libre ejercicio[69] de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, las escuelas han sido forzadas a adaptarse o, al menos, a considerar las creencias y las prácticas de las minorías religiosas, antes de entablar con ellas litigios que conllevan riesgos[70].

Una de las primeras acciones del Presidente G.W. Bush después de ocupar su cargo en enero de 2001 fue la emitir una orden que establecía en la Casa Blanca una serie de iniciativas comunitarias para expandir oportunidades a otras organizaciones comunitarias basadas en la fe, y extender su capacidad para satisfacer las necesidades sociales que tienen estas comunidades de América"[71]. De modo concurrente, otra orden creó un departamento que

66 Idem, 484-485.

67 Metz, M. H. Classrooms and corridors: The crisis of authority in desegregated secondary schools University of California Press: Berkeley, 1978.

68 *The Establishment Clause clearly prohibits certain types of governmental activities that were once common in Europe: the establishment of a national church; laws requiring individuals to go to or remain away from church against their will; laws forcing individuals to profess a belief or disbelief in any religion*. Russell L. Weaver. The Establishment Clause of the United States Constitution. In *Law and Religion. God, State and the Common Law*. Edited by Peter Radan, Denmise Meyerson and Rosalind F. Croucher. Routledge In *Studies in Religion*. 2005, 28-59.

69 Russell L. Weaver. The free exercise clause of the United States Constitution. In *Law and Religion. God, State and the Common Law*. Edited by Peter Radan, Denmise Meyerson and Rosalind F. Croucher. Routledge In *Studies in Religion*. 2005, 60 -80.

70 Marshall, Joanne M. Nothing New Under the Sun: A Historical Overview of Religion in U.S. Public Schools. Educational Leadership and Policy Studies. Iowa State University, 1999.

71 Exec. Order No. 13199, 66 Fed. Reg. 8499 (Jan. 29, 2001) (Establishment of White House Office of Faith-Based and Community Initiatives), available at http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/01/20010129-2.html.

Universidad Pontificia de Salamanca

protegiera las iniciativas comunitarias basadas en la fe a través de diversas agencias, incluyendo en este objetivo al departamento de educación[72].

La legislación de reforma de la educación incluye provisiones que favorecen los objetivos del Presidente para expandir el papel de la fe de las organizaciones comunitarias, y permitiendo a estos grupos participar en programas que permitan prestar servicios a los niños con el fin de que acudan a la escuela[73].

En este contexto del pluralismo social, *los padres exigen que se haga efectivo su derecho a elegir la educación religiosa de sus hijos en su vida privada y en la escuela*[74] donde los niños no reciben los valores religiosos de los padres, siendo quizá ésta la mayor preocupación y el reto más difícil en el orden constitucional americano, ya que cualquier compromiso del gobierno con la religión en las clases es rechazado.

Acusaciones de violación del derecho de los padres a su derecho al libre ejercicio de la religión se han realizado cuando una escuela adopta una regulación o práctica que no es consistente con las creencias de los hijos y los padres. Entre los casos a destacar está el hecho de que una escuela hace disponible el uso de condones para los estudiantes[75], o si se organiza una reunión sobre educación sexual, que es contraria a las creencias religiosas de la familia, igualmente cuando aparece una objeción de conciencia religiosa ante la exigencia de ciertas lecturas[76], o si el estudiante tiene que asistir a clases de educación física mixta en las que el sexo opuesto viste con ropas inmodestas[77].

El matiz que resuelve estos casos es que las actividades en cuestión no son obligatorias, de modo que a los estudiantes no se les obliga a violar sus creencias religiosas. La voluntariedad de la participación ha sido un factor importante incluso en la aplicación de la RFRA.

72 . Exec. Order No. 13198, 66 Fed. Reg. 8497 (Jan. 29, 2001) (Agency Responsibilities with Respect to Faith-Based and Community Initiatives), available at http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/01/20010129-3.html.

73 Esta medida gubernamental supone un intento significativo de cambiar las dificultades de integración de los niños y satisfacer las preferencias religiosas de los padres, y en otro orden de cosas, en profunda contradicción, los objetivos gubernamentales de seguridad interna producen una injusta discriminación religiosa para los adultos y una estricta política de inmigración por la ley de extranjería.

74 Good, Heatder. M. The forgotten child of our Constitution: the parental free exercise right to direct the education and religious upbringing of children. In *Emory Lay Journal*. Vol. 54. ½, Winter — Spring, 2005.

75 Vid., Curtis v. School Committee of Falmouth, 420 Mass. 749, 652 N.E.2d 580, 101 Ed. Law Rep. 1047, 52 A.L.R.5th 887 (1995); Alfonso v. Fernandez, 195 A.D.2d 46, 606 N.Y.S.2d 259, 88 Ed. Law Rep. 747 (2d Dep't 1993).

76 Vid., Mozart v. Hawkins County Bd. of Educ., 827 F.2d 1058, 41 Ed. Law Rep. 473, 102 A.L.R. Fed. 497 (6th Cir. 1987); Fleischfresser v. Directors of School Dist. 200, 15 F.3d 680, 89 Ed. Law Rep. 429, 28 Fed. R. Serv. 3d 217 (7th Cir. 1994).

77 Vid., Moody v. Cronin, 484 F. Supp. 270 (C.D. Ill. 1979).

Universidad Pontificia de Salamanca

En el supuesto de los condones, algún tribunal señaló que aunque la disponibilidad de los mismos podía tentar al estudiante a violar sus principios religiosos en lo concerniente a relaciones premaritales, dicha disponibilidad no es una violación de los derechos del libre ejercicio de las creencias del estudiante y de sus padres[78]. Sin embargo, otro tribunal trasladó la esencia del caso al *derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones*, y aunque el uso de condones no era obligatorio, podía comprometer a los hijos en cuestiones de relaciones sexuales sin la aprobación de los padres[79]. El derecho parental a educar a sus hijos fue mantenido por el Tribunal Supremo en varios casos[80].

No obstante, en supuestos donde los requerimientos de la escuela sí eran obligatorios tampoco se han encontrado violaciones del libre ejercicio de la religión. Me refiero a la necesidad de realizar determinadas lecturas, ya que se consideró que no obligaba a los estudiantes a aprobar el contenido u orientación, ni a estar de acuerdo con las mismas.

Por otro lado, uno de los más importantes casos en USA fue el del juramento en las escuelas, impuesto como una religión civil[81]. Después de la campana diaria, el profesor llama a los estudiantes para que formen filas; entonces, como cualquier otro día, el profesor lidera la clase recitando unas palabras de memoria: Juro por la bandera de los Estados Unidos de América, y a la República por la cual ésta se mantiene, una Nación bajo Dios, indivisible, con libertad y justicia para todos".

El Ministro Baptista Francis Bellamy elaboró originalmente el juramento de lealtad a la bandera en 1892. En el texto inicial de Bellamy, el juramento no contenía la frase: "under God". En 1954, el Congreso enmendó el juramento para incluir la citada y debatida frase, como una respuesta política a la expansión del comunismo. El Congreso consideró que declarando a los Estados Unidos como una nación bajo Dios se retaría a los ideales comunistas y se combatiría este movimiento político tan temido[82].

78 Vid., Curtis v. School Committee of Falmouth, 420 Mass. 749, 652 N.E.2d 580, 101 Ed. Law Rep. 1047, 52 A.L.R.5th 887 (1995); Alfonso v. Fernandez, 195 A.D.2d 46, 606 N.Y.S.2d 259, 88 Ed. Law Rep. 747 (2d Dep't 1993).

79 Alfonso v. Fernandez, 195 A.D.2d 46, 606 N.Y.S.2d 259, 88 Ed. Law Rep. 747 (2d Dep't 1993).

80 Vid., Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 43 S. Ct. 625, 67 L. Ed. 1042, 29 A.L.R. 1446 (1923) (law prohibiting instruction in language other than English violated right of parent to direct education and engage teacher of choice); Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary, 268 U.S. 510, 45 S. Ct. 571, 69 L. Ed. 1070, 39 A.L.R. 468 (1925) (law requiring parents to send students to public school violated parents' liberty interest in directing children's education).

81 The confrontation of religious faith and civil religion: Catholics becoming Justices: Sanford Levinson. Wrestling with Diversity. Duke University Press, 2003, 195.

82 Toy, David. A. The Pledge: The Constitutionality of an American Icon. In *Journal of Law & Education*. V. 34. Nº 1. January 2005, 25ss.

Universidad Pontificia de Salamanca

The Ninth Circuit dijo, en *Newdow vs. U.S. Congress*[83], que un profesor viola la Constitución de los Estados Unidos recitando el juramento en presencia de los niños de una escuela pública. Sin embargo, en *Sherman v. Cmty*[84], los hechos son casi idénticos a los de Newdow, pero la decisión fue exactamente la opuesta a la alcanzada por el Tribunal de Newdow. El Tribunal mantuvo en *Sherman* que la referencia a Dios en el juramento de lealtad no supone la adopción por el Estado de una religión como propia. Posteriormente, el Tribunal Supremo denegó la petición de revisión de la decisión Sherman.

Con estas decisiones se produjo una gran división con un alto interés público, político y académico, la constitucionalidad de las palabras "under God" creó un supuesto que fue madurado por el Tribunal Supremo: 1. Este juramento sobrevive a todos los enfoques en los retos que conlleva la Primera Enmienda de los Estados Unidos; 2. Este juramento resiste todos los análisis de la Primera Enmienda de los Estados Unidos; 3. Muchos razonamientos del Tribunal Supremo, incluyendo una mayoría de los miembros Tribunal, han repetidamente indicado en sus pronunciamientos que el juramento es constitucional.

Si la referencia a Dios fue contemplada, en un primer momento, como un inminente establecimiento de una religión propia en el país norteamericano, un segundo paso hacia la confesionalidad, nunca llegó. Al contrario, en la segunda mitad del siglo XX, como un comentador hizo notar, la expansión de la religión hizo de los Estados Unidos *la nación más diversa en todo el mundo, religiosamente hablando*[85].

Como consecuencia de estos hechos, los liberales más seculares tienen fobia a la religión en la esfera pública[86], pero considero como Nakashima que, las múltiples formas religiosas en la esfera pública son necesarias para un completo y libre ejercicio de la democracia. Permitiendo una mayor presencia de las religiones en la esfera pública es el único modo de romper con el bloqueo entre la izquierda secular y la derecha religiosa[87].

83 Newdow v. U.S. Congress, 292 F. 3d 597 (9th Cir. 2002), amended by 328 F. 3d 466 (9th. Cir. 2003), rev´d 124 S.Ct. 2301, 542 U.S. (2004).

84 Sherman v. Cmty. Consol. Sab. Dist. 21, 980. F2d437 (7thCir 1992).

85 Albright, D. Chris. The Words 'Under God' do not render the pledge of Allegiance unconstitutional, En *11 New Lawyer 9, 13* (May 2003).

86 Y también reclama que los jueces y legisladores abandonen sus propias creencias regulando materias religiosas: "In other words, as a practical matter, voluntary self-regulation by the nation's lawmakers is inadequate to ensure protection against the potential harms that religious lawmaking may cause to Establishment Concerns and Citizenship Rights". Peach, Lucinda. Legislating morality. Oxford University Press. 2002. En *chapter seven. A legal Strategy for addressing religious lawmaking*, 158

87 Nakashima Brock, Rita. The fiction of Church and State separation: A proposal for greater freedom of Religión. En *Journal of the American Academy of Religion*, 858.

Universidad Pontificia de Salamanca

Retornando al espacio escolar, en efecto, hay dos esferas, la pública y la privada, y dos sujetos, las escuelas y los estudiantes.

La escuela pública ha sido terreno de batallas jurisprudenciales e ideológicas muy contradictorias, ya que frente a la posición tomada con el juramento de lealtad, encontramos que una escuela pública no puede invitar a un sacerdote, clérigo o rabino para la ceremonia de la graduación (*Lee vs. Weisman* -1992-)[88], ni tampoco puede seleccionar a un alumno para que diga una oración en el comienzo de un partido de football (*Santa Fe Independent School District vs. Doe* —2000-)[89]. Este es el juego de la democracia secular, que se impone sobre las instituciones, y de las decisiones del Tribunal Supremo resolviendo sobre el significado de la Primera Enmienda de los Estados Unidos de América.

Sin embargo, los estudiantes pueden ejercer su derecho a la libertad religiosa en el ámbito público y privado, les está permitido hacer una oración en privado, o desarrollar actividades religiosas dentro del campus de la escuela, de leer la Biblia o de hablar de su fe. Como dice Garry, las creencias religiosas son lo más importante en las convicciones de un ciudadano y es fundamentalmente antidemocrático restringir la expresión pública de estas creencias[90].

VI. Diversidad religiosa y familia ante los tribunales

A. Los efectos de la religión sobre los hijos

Los niños que nacen en Estados Unidos, en un elevado tanto por ciento, son hijos de diversas culturas religiosas. Sus padres tienen diferente origen, cultura religiosa e incluso raza, aunque sean ya ciudadanos norteamericanos.

Hay dos factores que influyen fuertemente en las responsabilidades y decisiones de los padres: el grado de implicación religiosa, y las culturas de las distintas tradiciones religiosas profesadas por ellos mismos[91].

La transmisión de la fe a través de nuestros padres tiene mayor éxito si no tienen preferencias religiosas diferentes[92]. Aunque las madres influyen muy

88 505 U.S. 577 (1992).

89 530 U.S. 290 (2000) 168 F.3d 806.

90 Y, va más allá afirmando: "owing to the interconnection between religion and democracy, <<a radical separation of Church and State is an oxymoron>>" (Garry, Patrick. M. Wrestling with God: the court´s tortous treatment of religion. The Catholic University of American Press. 2006, 44 — 45).

91 Bradford Wilcox, W. Convention and Paternal Involvement. In *Journal of Marriage and the Family*. 64 August, 2002, 780-792.

92 Call, V & Heaton, T.B., Religious influence on marital stability, in *Journal for the Scientific study of Religion*. V. 36., 382-392.

Universidad Pontificia de Salamanca

fuertemente en los adolescentes que necesitan sentirse aceptados[93], en una muestreo estadístico que se realizó entre 810 padres, por *the National survey of Midlife Development in the United States (MIDUS)*, los resultados indicaron que los padres que se implicaron más en aspectos religiosos, consiguieron una mayor calidad en las relaciones paterno — filiales con sus hijos[94].

También se concluyó que la enseñanza y los valores religiosos enfatizan y soportan el papel central de la vida de familia, así como la importancia de una positiva relación en la familia, y considerar todo lo que concierne a las necesidades de los demás por encima de las propias[95].

Utilizando la base de datos NELS (National Education Longitudinal Study), y situándonos en el periodo de 1988-92[96], encontramos un estudio que mide los efectos de del compromiso religioso de los estudiantes, en lo que se refiere a sus logros académicos, entre aquellos que viven en una familia un tanto desintegrada. El estudio se centraba también en los efectos de la religiosidad en los estudiantes que pertenecen a familias negras e hispanas. Los resultados indicaban que los estudiantes que no tenían una práctica religiosa profunda obtenían peores calificaciones, y este dato pesaba más que el estatus socioeconómico y el sexo. Estos resultados sugirieron que la religiosidad podría ayudar a muchos niños de madres solteras para conseguir mejores resultados en la escuela[97].

Algunas familias deciden inculcar valores religiosos a sus hijos, apartándolos tanto del sistema público como privado de la educación; hablamos del *home schooling* o *home education*. El fenómeno de la educación en casa implica otras consecuencias de dificultades en la integración social, y existen dudas sobre una óptima alfabetización, además, crecen en un ambiente familiar con un enfoque muy estricto, bajo la dirección de las enseñanzas religiosas de sus padres, sin poder comparar con otros valores existentes en la sociedad[98]. No obstante, ante una posible ideología civil impuesta desde

93 Wan-Ning, Les B. Whitback, Danny R. Hoyt, and Rand D. Ranger. Percived parental acceptance as a moderator of religious transmission among adolescents, boys and girls. In *Journal of Marriage and the Family*, 61, May 1999, 362-374.

94 King, Valerie. The influence of Religión on fathers´ relationships with their children. In *Journal of Marriage and the Family*, 65, May 2003, 382-395.

95 Idem, p. 384.

96 http://nces.ed.gov/surveys/nels88/

97 Jeynes, William H. The effects of the religious commitment of twelfth graders living in non-intact families on their Academic. In *Marriage & family Review*. Vol. 35 nº ½. 2003.

98 Whitehead, John W, and Alexis, Irene Crow. Home Education: Rights and Reasons. Crossway books. 1993; AAVV, Religion, Education, and the American experience. Reflections on religion and American public life. Edited by Edit Blumhofer. The University of Alabama Press. 2002. Vid., Parte IV. Religion and home education. Religion, Schooling, and Home Education: Past and Present by James C. Carper and Brian D. Ray, 223-242.

Universidad Pontificia de Salamanca

el gobierno, respondiendo a una política laicista y de combate contra la religión, puede ser la única alternativa para ejercer el derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones.

B. El mejor interés del menor *y el factor religioso en los litigios matrimoniales sobre custodia*

A medida que se incrementa la diversidad religiosa en los Estados Unidos, aparecen matrimonios interreligiosos que provocan conflictos en la educación religiosa de los hijos y, causan el fracaso del matrimonio por la dificultad en la convivencia de diferentes tradiciones religiosas. En otras palabras, a pesar de los positivos efectos de la religión en la familia, las cifras de divorcios se incrementan.

En estos supuestos necesitamos recordar el caso *Lemon vs Kurztman*[99]. El denominado *Lemon test* se creó para saber en qué supuestos se violaba la primera Enmienda[100]. De ahí que este test se puede aplicar en orden a determinar el mejor interés del niño —the *best interest of the child*—, cuando intervienen criterios en relación con alguna religión, o con la libertad religiosa.

Bajo este *test*, la actividad de gobierno está constitucionalmente prohibida si: (1) falta un propósito secular; (2) si tiene un efecto substancial sobre una religión, ayudándola a desarrollarse o procurando su estancamiento; (3) si constituye una implicación excesiva entre el gobierno y la religión[101].

Aunque en palabras de *Thomas Jefferson*, la cláusula de la primera Enmienda que prohíbe la adopción como propia de una religión se estableció para crear un muro que separase la Iglesia y el Estado[102], el Tribunal Supremo, aplicando el *Lemon test*, explicó que lo que se aprecia, a veces, como intento de implicación es para prevenir, tanto como sea posible, la intrusión de un Estado secular en una religión. Ahora bien, el Tribunal también señaló que estas implicaciones son inevitables y que las líneas deben ser dibujadas según la conveniencia[103].

¿Podría ser la religión un factor para determinante del mejor interés del niño, de acuerdo con el *Lemon test*? Siguiendo a Jenna Blackwell[104], solamente

99 403 U.S. 602 (1971).

100 Id. at 612.

101 Id. at 612-13.

102 Beschle, Donald L. God Bless the Child? The Use of Religion as a Factor in Child Custody and Adoption Proceedings, 58 Fordham L. Rev. 383, 383 (1989)., n. 2, at n. 42.

103 403 U.S. 602 (1971) at 625.

104 The role of religion in child custody disputes. In *5 Appalachian Journal of Law. 17.* Spring 2006.

Universidad Pontificia de Salamanca

unos pocos estatutos especifican los factores a considerar en el análisis del mejor interés del niño; la mayor parte de los estatutos han sido elaborados teniendo en cuenta otros elementos como el adecuado sustento económico, y similares condiciones de vida.

En efecto, el Tribunal decide cuál es el mejor interés del niño, y los factores determinantes son los siguientes: 1º. Los deseos de los padres; 2º. Los deseos del niño; 3º La interrelación del niño con los padres, parientes y otras personas de su entorno; 4º La adaptación del niño a la escuela, el hogar y la comunidad; 5º La salud mental y física de todas las personas implicadas en su desarrollo; 6º La situación financiera de quienes le tienen a su cargo.

Por tanto, el análisis del mejor interés ha llegado a ser una determinación que debe ser realizada por los tribunales, y no por ley; Algunos tribunales han mantenido que los factores morales son consideraciones propias, así como el bienestar espiritual del niño. Un tribunal de Nueva York, manteniendo que era correcto dirigirse hacia la consecución del bienestar secular del niño, mantuvo que la religión y la moralidad están muy conectados en las vidas de la mayoría de las personas, de tal modo que es difícil decir cuándo el buen carácter moral podría ser adquirido por un niño sin una formación religiosa[105].

Por lo tanto, aunque la religión puede ser considerada en los litigios, un tribunal debe conocer que la interferencia en materia religiosa, sin una prueba de que el más alto interés público está siendo perjudicado, supone un manifiesto abuso de discrecionalidad.

La regla básica consiste en que si existe un *compelling state interest* —interés público predominante—, un tribunal puede:

1º. Entrar en competencias paterno-filiales que afecten a la libertad de conciencia religiosa.

2º. Negar el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas.

3º. Modificar las órdenes de custodia y visita.

Además, e independientemente de los hechos, un tribunal[106] debe mantener *una actitud de imparcialidad* ante las religiones.

En *Angel vs. Angel*[107], el Tribunal razona que: a) No se puede decidir quién tiene la custodia o derechos de visita basándose en las creencias religiosas que se profesan o en su ausencia; b) Los tribunales no tienen autoridad

105 *Robert O. vs. Judy* E., 90 N.Y. Misc. 2d 439, 395 N.Y.S.2d 351 (N.Y. Fam. Ct. 1977).

106 Criterios establecidos en Compton vs.Gilmore. Idaho. 1977.

107 *Angel vs. Angel* (C.P. 1956), 74 Ohio Law Abs. 531, 533-34, 2 O.O.2d 136, 137, 140 N.E.2d 86, 87.

Universidad Pontificia de Salamanca

sobre la formación religiosa del menor; c) Sólo se puede interferir cuando las enseñanzas fuesen subversivas para la moralidad y a la decencia; d) Todas las denominaciones religiosas son medidas con el mismo rasero, salvo que se menoscabe el interés del menor.

En *Zummo vs. Zummo*[108], un matrimonio judío que educa a sus hijos en esta religión, decide divorciarse. Tras el divorcio, él se convierte al catolicismo, y reclama que sus hijos puedan ser educados en un contexto birreligioso. La madre, quien obtuvo la custodia, consideraba que una segunda religión podría desorientarles.

El tribunal inferior prohíbe al padre llevar a sus hijos a servicios religiosos católicos. Sin embargo, el tribunal de apelación considera impropia tal prohibición. Para este tribunal, saber si el judaísmo y el cristianismo son reconciliables envuelve cuestiones teológicas y filosóficas más allá de la función del tribunal.

Según el criterio de este tribunal, el órgano judicial es incompetente para analizar la ortodoxia de cada religión y comparar las creencias. De modo que, imponer una restricción en los derechos de visita del padre, basada en sus creencias, constituiría un abuso de discreción del poder judicial.

A pesar de estas pautas, la interpretación del mejor interés del menor en materia religiosa puede variar notablemente de tribunal a tribunal.

Un tribunal de Illinois rechazó de plano llegar a estar envuelto en un tema referente a la religión, manteniendo que es impropio concluir que proveer de un ambiente religioso a un niño sea *per se* beneficioso: "Nosotros creemos que los beneficios intrínsecos, si existen, de una formación religiosa, están más allá del poder que tiene un tribunal civil para decidir. La mayoría de los tribunales se muestran de acuerdo con que ninguna de estas consideraciones sobre la religión pueden ser el único factor que determine la decisión sobre la custodia de un niño"[109].

Otros, por el contrario, entran de lleno a juzgar sobre los efectos del factor religioso en los menores. *North Carolina* retiró la custodia a un padrastro en *Spence vs. Durham*[110] y concedió la custodia a la madre, porque podía mantenerlo y porque, entre otros factores, ella era un miembro activo de la Iglesia metodista de la Trinidad y atendía a la educación religiosa de los niños.

En *Felton vs. Felton*[111], la madre pretende que los derechos de visita del padre sean restringidos puesto que es un miembro Testigo de Jehová. La madre educa a sus hijos en otra religión.

108 *Zummo vs. Zummo*, 574 A.2d 1130, 1157 (Pa. Super. 1990)
109 *Zucco vs. Garret*, 150 Ill. App. 3d 146, 155, 501 N.E.2d 875, 880 (1986).
110 *Spence vs. Durham*, 283 NC 671, 198 SE2d 537 (1973) about Child custody visitation.
111 *Felton vs. Felton* 1981.

Universidad Pontificia de Salamanca

El Tribunal de familia restringe los derechos de visita, y llegado el litigio al Tribunal Supremo, éste examina si existe una prueba evidente de un daño sobre la educación de los hijos[112].

Se encuentra que la formación birreligiosa que reciben no está siendo perjudicial. Para el Tribunal la diferencia de creencias puede ser un valor, ya que los menores tienen varios modelos religiosos que les permite ser educados en la diversidad desde una edad temprana.

Los tribunales, en general, a pesar de su compromiso constitucional de no poder implicarse con la religión, usan el indicador denominado: *temporal well-being test*, que les permite investigar sobre la naturaleza de las creencias religiosas de los padres y su práctica, si tales creencias o prácticas aparecen como efecto adverso al niño, o indagar si hay evidencias de malos tratos físicos o psíquicos.

En otro caso, la madre educaba a su hijo en la fe cristiana; el padre, que era judío, pretendía una orden del tribunal que le permitiese educar a su hijo en el judaísmo y no como un cristiano. En el juicio, los psicólogos dictaminaron que la tensión causada por las disputas religiosas de los padres le estaba ocasionando un severo stress, así como problemas psicosomáticos. El tribunal excluyó al padre de adoctrinar formalmente a su hijo dentro del judaísmo. El tribunal de apelación, por su parte, mantuvo la misma decisión considerando que existía una clara evidencia de daño[113].

Un ejemplo de este amplio enfoque puede ser encontrado en *Burnham vs. Burnham*[114], en el que el Tribunal Supremo de Nebraska, sin evidencia de daño actual de amenaza al bienestar físico del niño, determina que el bienestar temporal del niño sería adversamente afectado por la madre, y concedió la custodia al padre.

En contraste, el tribunal de apelación de Nebraska en *Garrett vs. Garrett*[115] encontró que no perjudicaba el bienestar temporal de los hijos ni el rechazo de la madre, basado en motivos religiosos, a no conceder su consentimiento para las transfusiones de sangre de sus hijos, ni la confusión que se les podría crear

112 "There was clear error in probate court's judgment modifying visitation provisions of divorce judgment in effect to forbid visitation unless father refrained from instructing children in his religion, since judge's findings of "deleterious effect" on children and "undermining" of custodial relationship by reason of father's religious instruction or practice were not supported by sufficient evidence".

113 *Funk vs. Ossman*, 150 Ariz. 578, 724 P.2d 1247 (Ct. App. Div. 2 1986). Vid., también Kendall v. Kendall, 426 Mass. 238, 687 N.E.2d 1228 (1997); LeDoux v. LeDoux, 234 Neb. 479, 452 N.W.2d 1 (1990).

114 *Burnham vs. Burnham*, 208 Neb. 498, 304 N.W.2d 58 (1981) (held that mother's adherence to views of ultra-conservative sect endangered the welfare of the daughter; specifically, the mother believed that her daughter was illegitimate in the eyes of the church, and that if her daughter disobeyed the mother, the mother would be required to shun the daughter).

115 *Garrett vs. Garrett*. 527 N.W.2d 213. Neb.App.,1995. Jan. 31, 1995.

Universidad Pontificia de Salamanca

a los menores, al no poder celebrar los días de fiesta, ni recitar el juramento de lealtad a la bandera en la escuela, tal y como lo exige dicha religión.

Un punto de vista más restrictivo hacia la admisión de evidencias respecto a la religión fue encontrado en el enfoque del *threatened harm*. Ya que se exige que un experto (psiquiatra, psicólogo o trabajador social), evalúe al niño y aporte evidencias del daño o amenaza de daño. Es un enfoque más restrictivo porque elimina la posibilidad de que el Tribunal decida discrecionalmente si la religión de una parte va en detrimento del niño, en ausencia de evidencias que prueben un daño físico o mental.

En *Becnel vs. Becnel*[116], un matrimonio de católicos deciden divorciarse tras veinte años de matrimonio, debido al adulterio del esposo. La custodia legal era compartida, pero el domicilio fijo era el de la madre. El ex-marido decide casarse en forma civil con su amante, de ahí que la madre solicite la limitación de los derechos de visita, para que los menores no convivan con la nueva esposa de su padre.

Su petición se justifica en que el padre no había solicitado la nulidad canónica del matrimonio católico por lo que estaba viviendo en adulterio con otra mujer. Este hecho supone exponer a los hijos a un mal ejemplo, en contra de las enseñanzas de la doctrina católica en la que estaban siendo formados los hijos.

El Tribunal considera necesario acudir a la pericia de un sacerdote católico, quien admite que el padre está cometiendo adulterio, es decir, está en pecado, y que ello supone un grave obstáculo para la formación católica de los hijos, pero esto no es razón suficiente para privar a sus hijos de su compañía, salvo que hubiese un riesgo evidente de que están perdiendo la fe. El Tribunal decide no restringir los derechos de visita del padre.

En algunas ocasiones se ha llegado a intentar prohibir la práctica de la religión, y violar la libertad religiosa de los padres, y esto dista mucho del criterio bajo el cual ningún tribunal puede usar la religión como un factor positivo en la determinación de la custodia.

En contraste, algunos tribunales aplican tres modos en los cuales se tiene una consideración positiva de la religión en los procedimientos para determinar la custodia: (1) prefiriendo a los padres que siguen una religión organizada y, por el contrario, castigando a los padres que son ateos o no practican como miembros de una religión[117]; (2) persuadiendo a los padres no religiosos para

116 En *Becnel vs. Becnel*. 732 So. 2d 589 La. App. 5 Cir., 1999.

117 Gary M. Miller, Balancing the Welfare of Children with the Rights of Parents: Petersen v. Rogers and the Role of Religion in Custody Disputes, 73 N.C. L. Rev. 1294 (1995).

Universidad Pontificia de Salamanca

que se comprometan en una religión; y (3) procurando incrementar el número de niños que crecen en un ambiente religioso[118].

Finalmente, algunos tribunales distinguen entre niños con verdaderas necesidades religiosas y niños sin estas necesidades. Desde este enfoque, un tribunal determina cuándo el niño ha adquirido preferencias religiosas y cuando una concreta religión es parte de la identidad de un niño. Si se encuentra en este último caso, entonces la determinación de la capacidad de los padres para satisfacer tales necesidades puede llegar a ser tomada en consideración por el tribunal. Si no es así, entonces la religión no es un factor determinante.

VII. Observaciones críticas

1. Cuando se estaba escribiendo la Constitución hubo un considerable debate sobre inmigración. Algunos de los fundadores creían que podía suponer una contribución constructiva para la nueva nación. Otros, por el contrario, pensaban que traería el despotismo y supondría una amenaza para el bienestar de un país democrático. Este desacuerdo fue probablemente la razón de que se guardase silencio sobre la inmigración en la Constitución[119].

El fenómeno religioso en U.S., sí lo encontramos hasta en las primitivas intenciones de los *founding fathers*, los fundadores de la Constitución de los Estados Unidos eran creyentes y sus valores impregnan todos los artículos y sus enmiendas, de modo que la religión ya está desde entonces en la base misma del ordenamiento jurídico estadounidense[120].

Lo interesante de este aspecto histórico, es que si hablamos del impacto de la religión sobre la sociedad y la jurisprudencia norteamericana, que es el

118 *Zucco vs. Garret*, 150 Ill. App. 3d 875, 879 (Ill. App. 1986).

119 "The convention that drafted the Constitution of the United States heard considerable debate about immigration. Some of the founders spoke positively, believing that immigrants could make constructive contributions to the new nation. Others were concerned that immigrants from monarchical societies would import a preference for despotism and thus would threaten the welfare of a democratic country. Probably because the founders disagreed about the impact of immigration, the Constitution in essentially silent on the subject. Immigration is mentioned only in Art. 1. Sec. 9, which deals with those special immigrant, slaves. Article 1. Sec. 8, empowered Congress "to establish a uniform Rule of Naturalization", and the Constitution refers to requirements of citizenship in two other places". (Flowers, Ronald B. To defend the Constitution. Religion, Conscientious Objection, Naturalization, and the Supreme Court. The Scarecrow Press, Inc. Lanham, Maryland, and Oxford. 2003, 4-5).

120 "The last sentence of the Declaration of Independence contains the words: "a firm reliance on the protection of divine Providence". The founding fathers not only believe in God, but also recognized his ruling hand in human activity" (Eidsmoe. John. Christianity and the Constitution. The faith of our founding fathers. Baker book house. Michigan. 1987, 362).

Universidad Pontificia de Salamanca

cornestone de su democracia, tenemos que referirnos a la inmigración, en este caso a la inmigración religiosa, que como en todos los países del mundo es un tema interdisciplinar porque tiene muchas implicaciones. A mí, como jurista, me interesa destacar el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes y la necesidad de reformas constantes para adaptarnos a cada escenario[121], pero como eclesiasticista, debo analizar el fenómeno religioso y su incidencia en la sociedad y en la jurisprudencia.

2. La doctrina discrepa en torno a la función de la religión sobre la democracia y el Derecho. Edismoe afirma que América es una nación de dos reinos, la Iglesia y el Estado, y que el país reclama ser una nación bajo el imperio de Dios. Para este autor, la Iglesia y el Estado tienen esferas separadas de autoridad, pero ambas reciben su autoridad de Dios. Incluso la primera Enmienda encierra este concepto de los dos reinos acorde con la Biblia, aunque últimamente algunos Tribunales requieran del Gobierno una política hostil hacia el cristianismo y la religión en general, que ha degenerado en un humanismo secular y se aparta de lo que los fundadores de la constitución pretendían[122].

Ledewitz, por el contrario, relata una irónica experiencia para iniciar una obra de carácter sumamente crítico: "Recently, a friend of mine, upon hearing that I was writing about religious democracy, asked, "Isn't that an oxymoron? This question reflects a general assumption in certain educated American circles that secular democracy is the norm and that religious democracy is the phenomenon that must be analyzed and justified[123].

3. Por otra parte, independientemente de los debates jurídicos y políticos en torno al concepto de separación del Estado frente al factor religioso, lo cierto es que los seres humanos vivimos en un particular mundo, distinto de aquel concreto lugar que según la geografía le corresponde a un territorio. El ser humano vive en su mundo de ideologías y creencias, pero si se trata de creencias religiosas, éstas marcan profundamente las pautas de su vida, siendo ese algo espiritual y sagrado, el lugar auténtico donde residen, de modo que

121 Vid., el sugerente trabajo de Johnson, Kevin. R. Opening the floodgates: why America needs to rethink its borders and immigration laws. New York University Press. 2007.

122 "America is also a nation of two kingdoms, the church and the state. But the country claims to be "one nation under God". The church and the state have separate spheres of authority, but both derive authority from God. In that sense America, like Israel, is a theocracy". "The first Amendment, when properly understood, is an admirable embodiment of the two-kingdom concept and is consistent with the Bible. In recent years the courts have frequently misinterpreted the First Amendment and required government to maintain a hostile indifference toward Christianity and religion in general. The result has been the elevation of the establishment clause at the expense of the free exercise clause, and an establishment of Secular Humanism. This is a far cry from what the framers of the Constitution intended" (idem, 376 and 377).

123 Ledewitz, Bruce. American Religious Democracy. Coming to terms with the end of secular politics. London. 2007, 1.

Universidad Pontificia de Salamanca

en cualquier parte del mundo entero, su conciencia religiosa le seguirá. Si esas creencias se conforman a una Iglesia determinada y extendida, entonces no serán nacionales o extranjeros, sino miembros de una comunidad de fe, es lo que algunos llaman la *ciudadanía religiosa*[124], que genera una fructífera jurisprudencia en materia de libertad religiosa[125].

Ahora bien, el choque de civilizaciones no es solamente a causa de los diferentes valores de las religiones, sino por la defensa a ultranza de los valores propios frente a las nuevas religiones. Por ejemplo, la política de los Estados Unidos, es una constante respuesta a las necesidades de proteger los valores de los ciudadanos norteamericanos. Como algún autor ha puesto de manifiesto, no sólo la protección de la seguridad interna sino también algunos factores religiosos, han dado soporte a la invasión en Irak[126], aunque en ciertos aspectos se esté infringiendo la primera Enmienda de la Constitución[127].

Yo sólo pretendo ocuparme del análisis jurídico del impacto de las religiones en Estados Unidos, es decir, de las relaciones entre los Estados y las Iglesias, de los casos de objeción de conciencia religiosa, de las decisiones de custodia sobre los menores cuando interviene el factor religioso, y supuestos similares, en su mayoría generados por la expansiva inmigración religiosa, tal y como lo he realizado en este trabajo.

Sin embargo, en el debate de las cuestiones legales y políticas, siempre se utilizan datos sociológicos. Y es a los sociólogos a quienes corresponde el estudio de un viable diálogo interreligioso que, desde mi punto de vista, será solamente posible si investigan a fondo sobre la religión y desde la religión.

Los profesores e investigadores en la materia tienen que hacer un esfuerzo para estudiar las diversas religiones o, al menos, las principales religiones que existen actualmente en nuestra sociedad: la enseñanza cristiana, el judaísmo, el Islam, Baha'i, Hinduismo, Sikhismo, Confucianismo, y Taoísmo.

124 Religious global citizenship entails rights and responsibilities that complement, supplement, and sometimes contradict other forms of belonging. But for this group, these rules matter most". (Levitt, Peggy. God needs no passport. Immigrants and the changing American religious landscape. New York Press. 2007, 83).

125 En *Reinolds vs. United States*, el Tribunal no sólo rechazó el reclamo de los Mormones de considerar la poligamia como un derecho constitucional, sino que calificó como impensable la idea de que cada creyente religioso creara un microambiente de ley moldeado según sus distintas creencias (*Reynolds v. United States,* 98 U.S. 145 (1878)). Vid. El comentario de Christopher L. Eisgnber & Lawrence G. Sager. The vulnerability of conscience. The constitucional basis for protecting religious conduct. En *Law and Religion, a Reader: Cases, concepts, and the theory* American Casebooks series. Tthomson West. 2004, 628.

126 Corwin E. Smidt. Religion and American attitudes toward Islam and Invasion of Iraq. En *Sociology of Religion*. V. 66. nº.3. 2005, 243-261.

127 Cole, David and Dempsey. Terrorism and the Constitution. Sacrificing civil liberties in the name of national security. The New York Press. 2002.

Universidad Pontificia de Salamanca

Otra buena y práctica idea estaría en crear una discusión interreligiosa a través de los diversos grupos en las comunidades locales como primer estadio antes de conseguir la paz nacional y, por supuesto, de pretender un diálogo entre civilizaciones a nivel internacional. Esto constituye un reto porque algunos consideran que su única nacionalidad es su pertenencia a una comunidad de fe, ignorando otras experiencias religiosas e incluso la realidad secular en la que viven[128].

Vivimos en un mundo con diferentes valores, y la globalización no ha sido la mejor solución para conseguir un punto de encuentro. Estoy de acuerdo con Juergensmeyer: el factor religioso en un mundo globalizado es a menudo como puzzle. Su papel —aunque significativo— es a veces contradictorio.

En algunos casos, la globalización provee de recursos para valores compartidos -incluyendo una base cultural común para las leyes y regulaciones transnacionales, las organizaciones con una responsabilidad económica y social, y un sentido global de ciudadanía. En algunos casos esto ayuda a reducir las dificultades culturales vividas en las sociedades multiculturales, porque permite a la gente a convivir juntos en armonía.

En otros casos, la globalización suena a una nota profética que alerta contra los aspectos superficiales de una cultura global homogénea. Y, sí, en casos extremos, esto anima también a ideologías extremas como el Islam a rechazar la globalización y a declarar alianzas tradicionales, en otros tiempos con algunos métodos un tanto más violentos[129].

4. Para concluir, podemos afirmar que en esta fábrica de religiones, llamada Estados Unidos, hay un reconocimiento cada vez mayor de la libertad religiosa, y de la libertad de conciencia religiosa, en su vertiente positiva y

128 "Some people don't live according to an atlas, or at least not the kind most of us are used to. They link of themselves as living in a religious landscape, no carved up into nation or encompassing the entire world but delineated by the spiritual and the sacred. They are not nationals or cosmopolitans but members of communities of faith composed of fellow believers around the globe. Religious global citizenship entails rights and responsibilities that complement, supplement, and sometimes contradict other forms of belonging. But for this group, these rules matter most" (Levitt, Peggy. God needs no passport. Immigrants and the changing American religious landscape. New York Press. 2007, 83).

129 "This means that the religious factor in globalization is often a puzzling one. Its role -though significant- is frequently contradictory. In some cases it provides the resources for shared values -including a universal sensibility toward spirituality and the elements of a global ethic- that provide the cultural basis for the trasnational laws and regulations, agencies of economic and social accountability, and a sense of global citizenship. In some cases it helps to ease the cultural difficulties experienced in multicultural societies by providing the shared values that allow peoples of divergent cultures to live together in harmony. In other cases it sounds a prophetic note by and warning against the superficial aspects of a homogeneous global culture. And, yes, in extreme cases it also fosters ideologies of rebellion that embolden its proponents to reject globalization and reassert traditional allegiances, some times with quite violent methods" (Religion in Global Civil Society. Edited by Mark Juergensmeyer. Oxford University Press. 2005, 5).

Universidad Pontificia de Salamanca

negativa, es decir, se respeta el derecho y el ejercicio de las libertades, con razonables límites en la esfera pública, aunque también se han protagonizado supuestos de una excesiva dilatación del concepto del ejercicio como en el histórico caso Kunz.

Una ordenanza de Nueva York establecía que era ilegal predicar en las calles sin un permiso concedido por el comisionado de policía. Carl Jacob Kunz obtuvo el permiso requerido pero fue revocado, según el Tribunal, por buenas razones, ya que había ridiculizado y denunciado otras creencias religiosas en sus discursos. No obstante, siguió predicando por lo que fue condenado y sancionado.

El Tribunal Supremo decidió que las penas que se impusieron a Kunz por predicar sin permiso eran injustificadas por dos motivos. En primer lugar, debido a que el hecho de ridiculizar y denunciar a otras creencias religiosas no era uno de los motivos especificados en la ordenanza como causa de revocación. En segundo lugar, resolvió que una ordenanza que da un poder discrecional a un oficial administrativo para controlar el derecho de los ciudadanos a hablar sobre materias religiosas en las calles de Nueva York, es claramente una ordenanza inválida porque restringe a priori el ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda.

Este criterio sería valorado positivamente, si no fuera porque se trataba de un Ministro baptista que equiparaba el catolicismo con la maldad, y se lamentaba de que todos los judíos —los anti Cristo— no hubiesen muerto en el Holocausto. En mi opinión, hubiera sido una buena oportunidad de poner de manifiesto que las libertades fundamentales tienen límites como el ejercicio de los derechos de los demás, o de proclamar la consideración de las ofensas de los sentimientos religiosos como delito.

Se han vivido, como se ha visto, diferentes etapas en las que las cláusulas de la primera Enmienda parecían contradecirse, ello quizá fuera debido a que la excesiva protección de la libertad del ejercicio parecía reflejar un cierto favor hacia la religión o, por el contrario, la estricta aplicación de la obligación de no implicarse con la religión, ha dado lugar a una actitud hostil hacia el factor religioso.

5. El panorama jurisprudencial y el fenómeno de la inmigración religiosa que vivimos en buena parte de los países europeos, se está equiparando cada vez más al norteamericano[130], pero la jurisprudencia de Estados Unidos es: a) mucho más fructífera, por los asentamientos religiosos que hemos estudiado, y b) nos lleva muchos años de adelanto, especialmente en comparación con

130 Controlling immigration: a global perspective. Edited by Wayne Cornelius, Philip L. Martin, and James F. Hollifield. Stanford University Press. 1994.

Universidad Pontificia de Salamanca

España, donde el mapa religioso ha sido monocolor durante gran parte del siglo XX. Muchos de los casos que se están juzgando actualmente en los tribunales en España, han sido ya solucionados en sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, dictadas en la primera mitad del siglo veinte, sin contar con el cambio significativo que se produjo a partir de los años sesenta, se esté conforme o no con sus criterios.

De ahí la importancia que tiene para los juristas europeos, el análisis del impacto de las religiones en la jurisprudencia norteamericana y, por tanto, en su sociedad. Es cierto que el sistema judicial es distinto, y la sociedad también, pero los derechos fundamentales son universales, y su tratamiento en esta nación, por los matices que ya hemos explicado, tienen un particular y atractivo interés para los juristas europeos.

Irene María Briones Martínez
Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pontificia de Salamanca