

1. ¿Para qué queremos la libertad religiosa?

Brett G. Scharffs

Resumen

En el presente trabajo el autor aborda la cuestión de la importancia de la libertad religiosa. Se desarrolla brevemente por qué el tema de la libertad religiosa y de conciencia debería ser motivo de interés tanto para los religiosos como para los que no se interesan en la religión. En este sentido, se presentan tres argumentos en defensa de la importancia de la libertad religiosa de todos los individuos.

En primer lugar, se remarca el rol de la libertad religiosa como fundamento histórico para los derechos constitucionales, políticos, civiles y humanos. Sin la libertad de religión y de convicciones, todo el proyecto de derechos humanos puede colapsar bajo su propio peso. En segundo lugar, se sostiene que la libertad de religión y de convicciones es necesaria si se pretende resistir el estatismo y otras visiones monísticas del poder estatal. Finalmente, el autor sugiere que posiblemente no tengamos los recursos intelectuales, políticos o retóricos necesarios para defender la conciencia si no respetamos y protegemos la libertad de religión y de convicciones.

Palabras claves

Libertad religiosa — Libertad de conciencia — Derechos humanos — Poder estatal

Abstract

In this paper, the author addresses the question of the importance of religious freedom. The work develops briefly why religious freedom and freedom of conscience should be a matter of interest for both religious people, as well as for those who are not interested in religion. In this sense, three arguments in defense of the importance of the religious freedom of all individuals are offered.

In the first place, it is addressed the role of religious freedom as a historical foundation for constitutional, political, civil and human rights. Without freedom of religion and belief, all the human rights project can collapse under its weight. Secondly, it is stated that the freedom of religion and belief is necessary to resist statism and other monistic visions of state power. Finally, in the third place, the author suggests that we may not have the intellectual, political or rhetorical resources needed to defend conscience if we do not respect and protect the freedom of religion and convictions.

Introducción

¿Es la libertad religiosa la abuela venerada de los derechos humanos o, por el contrario, la hijastra despreciada? Como ocurre con la mayoría de las falsas dicotomías, la respuesta es “ambas cosas”. Es la abuela de los derechos humanos y también la hijastra despreciada. Pero también es el núcleo subestimado, o la raíz primaria de los derechos humanos.

En este ensayo, abordaré una cuestión engañosamente simple y sorprendentemente polémica, incluso “provocativa”, como la describió Heiner Bielefeldt, relator especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión y de creencias o convicciones: ¿por qué debe importarnos la libertad religiosa?¹

Para quien busca la verdad religiosa, la respuesta puede parecer obvia: la libertad religiosa crea las condiciones, el “espacio constitucional”,² para la investigación y la búsqueda de la verdad. Pero ¿qué ocurre con aquellos que pertenecen a otros grupos? ¿Qué hay acerca de los que tienen un compromiso religioso, los que están seguros de que poseen la verdad religiosa? ¿O aquellos a los que la religión les resulta indiferente, a quienes no tienen un gran interés en la religión o la espiritualidad? ¿O aquellos que tienen una actitud activamente hostil hacia la religión, aquellos que consideran que la religión hace más mal que bien? ¿Deberían ellos, o deberíamos nosotros, preocuparnos por la libertad religiosa?

Me gustaría ofrecer tres razones para sugerir que ellos y todos nosotros deberíamos preocuparnos seriamente por la libertad religiosa y de conciencia. Para empezar, quisiera hacer dos observaciones preliminares. En primer lugar, es importante la inclusión en los

¹ “La libertad de religión o de culto es un derecho sorprendentemente provocativo. Así que dejémoslos provocar”. Heiner Bielefeldt, *A Surprisingly Provocative Human Right: Freedom of Religion or Belief*, XXIII Simposio Internacional sobre Derecho y Religión: “Religious Rights in a Pluralistic World”, (octubre de 2016).

² Quisiera agradecer a la decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne, Carolyn Evans, por llamarme la atención sobre el concepto de “espacio constitucional”.

documentos de derechos humanos de la frase “y de conciencia”³ en la formulación de la protección de la libertad religiosa, dado que abre un espacio para proteger y respetar el fundamento religioso y también el no religioso. En las palabras del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, protege las “creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia”.⁴

La segunda nota preliminar es reconocer que hay muchas razones instrumentales fundamentales por las que la religión y la libertad religiosa son importantes. Por ejemplo, un estudio reciente estima que

³ La *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* de 1981 dice:

1.1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.

1.2 Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.

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

3 La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Resolución de la A. G. A 36/55 (1981) [en adelante “Eliminación de todas las formas de intolerancia”].

⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 22, artículo 18 (cuadragésimo octavo período de sesiones, 1993). Recopilación de las observaciones generales y las recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (en inglés), Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.1 en 35 (1994).

en Estados Unidos la religión aporta 1,2 billones de dólares a la economía nacional, gran parte en forma de educación, atención médica, atención de las personas sin hogar, asesoramiento sobre drogas y adicciones, asesoramiento matrimonial, etcétera.⁵ También se ha comprobado que la libertad religiosa se correlaciona positivamente con una serie de otros bienes sociales y políticos importantes.⁶ Mi enfoque es un poco diferente: no se centra en el bien que hace la religión, sino en por qué debemos preocuparnos por la libertad religiosa en sí misma, o por la libertad de elegir una religión.

Las razones a las que me dedicaré hoy son las siguientes:

En primer lugar, el rol de la libertad religiosa como fundamento histórico para los derechos constitucionales, políticos, civiles y humanos. Sugeriré que, sin la libertad de religión y de convicciones, todo el proyecto de derechos humanos puede colapsar bajo su propio peso.

En segundo lugar, diré que la libertad de religión y de convicciones es necesaria si pretendemos resistir el estatismo y otras visiones monísticas del poder estatal.

Finalmente, en tercer lugar, sugeriré que posiblemente no tengamos los recursos intelectuales, políticos o retóricos necesarios para defender la conciencia si no respetamos y protegemos la libertad de religión y de convicciones.

Importancia histórica de la libertad de religión y de convicciones

Desde un punto de vista histórico, la libertad religiosa se encuentra entre los primeros y fundacionales derechos humanos.⁷ La histo-

⁵ Brian Grim y Melissa Grim, "The Socio-economic Contribution of Religion to American Society: An Empirical Analysis," *Interdisciplinary Journal of Research on Religion* (vol. 12, 2016).

⁶ Brian Grim y Roger Fienke, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the 21st Century*, (Reino Unido: Cambridge University Press, 2010). ("Cuanto mayor sea el grado en que los gobiernos y las sociedades garanticen la libertad religiosa para todos, menos violentos serán la persecución religiosa y el conflicto por motivos religiosos").

⁷ Malcom Evans, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Netherlands: Springer Netherlands, 2010) 11-14.

ria del surgimiento de la libertad de religión y de convicciones como un derecho humano es compleja.⁸ Pero pensemos acerca de los demás derechos civiles y políticos importantes que agrupamos junto a la libertad religiosa: libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de reunión y libertad de asociación, entre otros.⁹ Desde un punto de vista histórico, la libertad de expresión surgió en gran medida como un esfuerzo para proteger a los disidentes religiosos y su derecho a expresar y defender sus opiniones religiosas.¹⁰ También desde un punto de vista histórico, la libertad de prensa fue una batalla que en gran parte se libró en torno a la cuestión de la impresión de la Biblia.¹¹ Del mismo modo, la libertad de reunión fue históricamente en gran medida una lucha por el derecho de las comunidades religiosas minoritarias de reunirse y practicar su culto.¹² La libertad de asociación,

⁸ *Ibid.*, 1-18.

⁹ Por ejemplo, todas estas libertades aparecen en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que afirma: “El Congreso no aprobará ninguna ley que se aboque al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de esta; o que coarte la libertad de expresión o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios”. Constitución de Estados Unidos, enmienda I.

¹⁰ En el siglo XVI, la Reforma dio cabida para que los disidentes expresaran sus cuestionamientos a la Iglesia católica dominante. Elizabeth Powers, *Freedom of Speech: The History of an Idea* (Lewisburg: Bucknell University Press, 2011) 23. (“Durante [el siglo XVI], la libertad de expresión se trató primariamente como un aspecto de un tema más amplio, el de la *tolerancia religiosa*”).

¹¹ William Tyndale fue condenado por herejía y ejecutado por traducir la Biblia del griego al inglés. David Daniell, *William Tyndale: A Biography* (United States: Yale University Press, 1994) 83-134. Por su parte, Martín Lutero, sufriendo como consecuencia de persecuciones de la Iglesia católica, rompió con el catolicismo tradicional y publicó la primera Biblia en idioma alemán. Scott Hendrix, *Martin Luther: Visionary Reformer* (United States: Yale university Press, 2015) 13-14, 240. Además, Scott Hendrix relata cómo se utilizó la imprenta para perpetuar los ideales de la Reforma. “A partir de 1518, una cantidad asombrosa de personas estuvieron de acuerdo con Lutero, abandonaron la religión de sus antepasados y se unieron a su causa. Roma, sin embargo, no cedió y lo que sucedió entre 1520 y 1525 fue una guerra de palabras... Esto fue posible gracias a una tecnología nueva, más barata y más rápida: la impresión con tipos móviles”. *Ibid.*, 13-14.

¹² En el siglo XVII, la Iglesia de Inglaterra impuso restricciones a la posibilidad de que los grupos religiosos minoritarios se reunieran y practicaran su culto. John D. Inazu, “The Forgotten Freedom of Assembly”, *Tulane Law Review* (vol 84, 2010): 565-612. Durante esta época, los inconformistas religiosos no podían reunirse en grupos de más de cinco personas. *Ibid.* En 1670, William Penn y otros cuáqueros intentaron reunirse y practicar su culto violando las leyes de Inglaterra. *Ibid.*, 575-576. Fueron arrestados bajo la acusación

estrechamente relacionada, incluye el derecho a asociarse con aquellos que comparten nuestras creencias y compromisos, e incluye a comunidades religiosas e instituciones de afiliación religiosa, tales como escuelas y universidades.¹³ Incluso las normas antidiscriminación (que actualmente a menudo se conceptualizan como si estuvieran en conflicto con la libertad de religión y de convicciones) surgieron en gran medida como esfuerzos por erradicar la discriminación por motivos de religión, por ejemplo, la discriminación contra católicos y judíos en Estados Unidos.¹⁴ Las disposiciones relativas a la no discriminación

de que su culto constituía una reunión ilegal, pero posteriormente fueron absueltos por un jurado. *Ibid.* El caso, sin embargo, obtuvo renombre en las colonias norteamericanas. *Ibid.*, 576. Cien años después del juicio de William Penn, John Page, representante de Virginia y defensor incondicional de la libertad de reunión, hizo referencia al juicio de Penn durante los debates de la Cámara sobre la redacción de la Carta de Derechos. *Ibid.*, 575-576. Irving Brant señaló que “la mera referencia [al juicio de Penn] valió por media hora de oratoria”. Irving Brant, *The Bill of Rights: Its Origin and Meaning* (Indiana: Bobbs-Merrill Company, 1965) 55.

¹³ *Boy Scouts of EE.UU. versus Dale*, 530 U.S. 640, 648, 120 S. Ct. 2446, 2451, 147 L. Ed. 2d 554 (2000) (“La inclusión forzada de una persona no deseada en un grupo viola la libertad de asociación expresiva del grupo si la presencia de dicha persona afecta de manera significativa la capacidad del grupo para defender puntos de vista públicos o privados.”); *Runyon versus McCrary*, 427 U.S. 160, 176 (1976) (Las escuelas privadas gozan del derecho de libertad de asociación siempre y cuando no discriminen a las personas por motivos de raza); Malcom Evans, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Netherlands: Springer Netherlands, 2010); Karen Lim, “Freedom to Exclude After Boy Scouts of America v. Dale: Do Private Schools Have A Right to Discriminate Against Homosexual Teachers?”, *Fordham Law Review* (vol. 71, 2003): 2599.

¹⁴ Estados Unidos explícitamente menciona la religión como una clase protegida contra la discriminación en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Véase 42 U.S.C. §2000e-2 (1964) (que prohíbe la discriminación sobre la base de “raza, color, religión, sexo o nacionalidad”). En la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se utiliza un lenguaje similar. Declaración Universal de Derechos Humanos, Res. de la A.G. 217 (III) Doc. de la ONU A/810, art. 2 (1948) [en adelante DUDH]: “ Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración..., sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, 16 de diciembre de 1966, S. Tratado Doc. N.º 95-20, 6 I.L.M. 368 (1967), 999 U.N.T.S. 171 [en adelante PIDCP] (que exige que cada uno de los Estados Parte del Pacto garantice “a todos los individuos que se encuentren en [su] territorio y estén sujetos a [su] jurisdicción los derechos reconocidos [en el presente Pacto], sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, na-

de los documentos internacionales de derechos humanos y también la Ley de Derechos Civiles de Estados Unidos incluyen prohibiciones basadas en la religión como un componente clave del concepto de no discriminación.

Mi planteo (dirigido a los creyentes, a los indiferentes y a los hostiles) es simplemente el siguiente: la libertad de pensamiento, de conciencia y de convicciones, que incluye fundacionalmente la libertad religiosa, históricamente es la raíz primaria¹⁵ del árbol de los derechos humanos, que se plantó con la Carta Magna (redactada por un líder religioso, el arzobispo de Canterbury, Stephen Langton),¹⁶ se nutrió con la Declaración de la Independencia (con los derechos inalienables otorgados a los seres humanos “por su Creador”)¹⁷ y la Declaración de los Derechos del Hombre de Francia (que describe derechos fundacionales

cimiento o cualquier otra condición social”); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 1, 18 de diciembre de 1979, 1249 U.N.T.S. 13 [en adelante CEFDM] (que prohíbe “toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”).

¹⁵ La raíz primaria es la raíz principal de un árbol, de la cual brotan otras raíces. Es la raíz que penetra más profundamente en el suelo y proporciona nutrición y sustento a las raíces más pequeñas.

¹⁶ William J. Murray & Robert Armstrong, *The Magna Carta: Celebrating Our Foundation of Freedom*, Religious Freedom Coalition (15 de junio de 2015), <http://www.religious-freedomcoalition.org/2015/06/15/the-magna-carta-celebrating-our-foundation-of-freedom/> (que declara que la Carta Magna es la “columna vertebral de nuestras libertades individuales”). La Carta Magna fue el documento que estableció muchos derechos, entre ellos “la protección de los derechos de la iglesia”. *Ibid.* Para una discusión sobre el surgimiento de los derechos humanos como un ideal normativo, véase Thomas Buergenthal, *The Human Rights Revolution*, St. Mary’s L.J. 3, 7 (1991) (que describe la Declaración Universal de Derechos Humanos como “la Carta Magna del movimiento internacional de los derechos humanos y el principal instrumento normativo internacional en la materia”).

¹⁷ La Declaración de Independencia párr. 2 (U.S. 1776): “Sostenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas, que todos los hombres han sido creados iguales, que fueron dotados por su Creador de ciertos Derechos inalienables; que entre estos figuran la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. — Que para garantizar estos derechos, se instituyen entre los Hombres los Gobiernos, los cuales derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...”

que identifica como “sagrados”),¹⁸ se reconoció universalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH),¹⁹ y se convirtió en derechos humanos mundialmente reconocidos y protegidos por los tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰ y el Convenio Europeo de

¹⁸ Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen [Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano] art. 17 (Fr. 1789), *traducción inglesa utilizada en Avalon Project: Declaration of the Rights of Man*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/rightsof.htm> (visitado por última vez el 27 de noviembre de 2016) [en adelante Declaración de los Derechos del Hombre]. Entre estos derechos sagrados se incluye el derecho a manifestar las opiniones religiosas siempre que estas no “perturben el orden público establecido por la ley”. *Ibíd.* en art. 10.

¹⁹ DUDH, nota *ut supra* 15: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

²⁰ PIDCP, nota *ut supra* 15, en el art. 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener o adoptar una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”.

Derechos Humanos (CEDH),²¹ entre otros,²² y varias constituciones promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial.²³

Mi pregunta es la siguiente: ¿podemos esperar que las hojas y las ramas crezcan, o incluso sobrevivan, si las raíces han sido cortadas? En este simposio, Simon McCrosson, del Reino Unido, describió la cultura de “la flor cortada”: el goce de algo hermoso, después de cortarle sus raíces, sin reconocer que las flores cortadas están destinadas a perder su lozanía, marchitarse y, muy pronto, morir. Estas pueden ser las consecuencias de cortar las raíces de la libertad o de separar nuestras libertades de sus cimientos morales.

Consideremos la controversia sobre la presencia del crucifijo en las escuelas públicas en Italia. Desde una perspectiva estadounidense, dicha demostración sería una clara violación de la Cláusula de Establecimiento. Pero evaluemos la sorprendente solidez de la posición italiana. El argumento, más claramente articulado en las opiniones del tribunal de primera instancia en Italia, señala que fueron la doc-

²¹ Convención Europea de Derechos Humanos, art. 9: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia”. 2. “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

²² Eliminación de todas las formas de intolerancia, nota *ut supra* 4 (que analiza cómo se redactó este documento para promover el objetivo de las Naciones Unidas de “promover y fomentar el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de ninguna clase por motivos de raza, sexo, idioma o religión”); Convención sobre los Derechos del Niño, abierta a la firma el 20 de noviembre de 1989, 1577 U.N.T.S. 3 (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990), en el art. 2 (que le otorga derechos a “cada niño sujeto a la jurisdicción de [un Estado Parte] sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”).

²³ Aproximadamente 160 constituciones desde la Segunda Guerra Mundial han declarado la libertad de religión como un derecho. Véase Constitute Project, <https://www.constitute-project.org/?lang=en> (consultada el 29 de noviembre de 2016).

trina católica (con respecto a la dignidad de hombre) y la cultura católica (con su compromiso hacia la igualdad) las que crearon las condiciones en las que se podían reconocer, adoptar y brindar protección legal a los derechos humanos.²⁴ El crucifijo es un símbolo de la doctrina y la cultura religiosa que preparó el terreno en el cual pudieron prosperar los derechos humanos, por lo menos en Italia, y quizás más allá. Según este argumento, prohibir el crucifijo no solo implica olvidar o rechazar dicha historia, sino que también es una especie de parricidio arrogante: los hijos, que disfrutaban de los derechos humanos legados por el padre, desterrando, exiliando o expulsando a ese padre en el mismo nombre de los derechos humanos de los que disfrutaban.

Actualmente, un argumento popular es que la libertad religiosa y de convicciones es un derecho humano innecesario o redundante, dado que gran parte de lo que está protegido por la libertad religiosa y de convicciones estaría protegido por la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de reunión y la libertad de asociación.²⁵ Si imaginamos a los derechos como una especie de manojo de varas, entonces quizás retirar una vara (la libertad religiosa y de convicciones) no debilitará significativamente la solidez del manojo.

Sin embargo, pienso que tenemos que admitir que las declaraciones religiosas se encuentran entre las declaraciones más sentidas y moralmente serias hechas por los seres humanos, dado que apelan no solo a las creencias más arraigadas de la conciencia, sino también a menudo a lo que las personas creen que Dios les pide o exige. Si no estamos dis-

²⁴ En efecto, los tribunales reconocieron que en su debate sobre dar a César lo que es de César, el requisito de amar al prójimo y la prioridad de la caridad incluso sobre la fe, Cristo expuso esas “ideas de tolerancia, igualdad y libertad que constituyen la base del Estado secular moderno.” *Lautsi versus Italia*, Ap. No. 30814/06, 2011 Eur. Ct. H.R. (G.C.), en 15 (citando TAR Veneto, 17 de marzo de 2005, Decisión n°. 1110, párr. 11.1).

²⁵ Véase, por ej., Daniel O. Conkle, *The Free Exercise Clause: How Redundant, and Why?*, 33 *Loy. U. Chi. L.J.* 95, 96 (2001) (que sostiene que la libertad religiosa y de convicciones se “puede subsumir en el principio de libertad de expresión que desapruueba la discriminación basada en el contenido”); Donald L. Beschle, *Does the Establishment Clause Matter? Non-establishment Principles in the United States and Canada*, 4 *U. Pa. J. Const. L.* 451, 492 (2002) (“Entonces, ¿la Cláusula de Establecimiento es redundante? Sí, en gran medida. Pero eso no significa que no tiene importancia”).

puestos a proteger la expresión religiosa, ¿debemos esperar que otros tipos de expresión estén protegidos, tipos de expresión que pueden ser menos importantes para la identidad y el significado del ser humano? Si no estamos dispuestos a proteger la libertad de la prensa para el discurso religioso, ¿debemos esperar que se brinde una protección sólida a otros tipos de publicaciones? Si se niega la libertad de asociación para lo religioso, ¿podemos esperar que se conceda protección legal a otros tipos de asociación?

Creo que estas preguntas se responden por sí solas: si no estamos dispuestos a proteger la libertad religiosa, que yace en el núcleo de la identidad y el significado del ser humano, entonces no podemos esperar que nuestras instituciones políticas, legales y sociales protejan otros derechos civiles y políticos importantes.

Resistencia al estatismo

Mi segunda respuesta a la pregunta ¿para qué queremos la libertad religiosa? se refiere a convocar a los recursos intelectuales y culturales para resistir al estatismo.

Recientemente, comencé a preocuparme por el hecho de que estamos en medio de un conflicto más grande que lo que a menudo reconocemos. Lo que tengo en mente es una lucha entre dos visiones drásticamente distintas del Estado y su relación con su pueblo, cuyo resultado será definitorio para nuestro mundo.

La lucha que tengo en mente se da entre lo que denominaré monismo (que se inclina hacia diversos tipos de estatismo) y el dualismo, o la idea de que el dominio que tiene el Estado sobre nuestras vidas está de alguna manera importante sujeto a los límites que yacen fuera y más allá del Estado mismo.²⁶

El dualismo es una antigua idea que se encuentra en la respuesta de Jesucristo al abogado que le preguntó si era lícito pagar impuestos.

²⁶ El profesor de Derecho de la Universidad de San Diego, Stephen Smith, hizo una distinción similar entre el monismo y el dualismo durante una charla celebrada en la Revisión Anual de Libertad Religiosa en la Facultad de Derecho de BYU en julio de 2016.

La respuesta de Jesús expresa una visión del mundo que ya era poderosa en términos normativos, y a la vez perturbadora, hace 2000 años.

Como se registra en el Evangelio de Marcos:

[Jesús dijo] Tráiganme una moneda, para que la vea. Cuando se la llevaron, él les dijo: “¿De quién es esta imagen, y esta inscripción?”. Ellos respondieron: “Del César”.

Entonces Jesús les dijo: “Pues den al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”. Y se quedaron admirados de él.²⁷

Esto refleja lo que denomino dualismo: la idea de que hay ciertos reclamos que César, o la autoridad del Estado, nos formula, y otros reclamos que son planteados por Dios, o la autoridad divina.

En la actualidad, las características clave de una concepción dualista del Estado son que el Estado se ve justificado en gran medida por su éxito en la protección de la libertad individual, que el gobierno está sujeto a limitaciones específicas y al imperio de la ley.²⁸

Dualismo versus monismo

Los sistemas políticos se pueden basar en concepciones dualistas o monistas del alcance del poder, la jurisdicción y la autoridad del Estado.

En el siglo IV, se libró una lucha definitoria entre el Imperio romano y el cristianismo emergente. Para los romanos, César era un dios, de modo que no había ningún dualismo entre las cosas que son de César

²⁷ *Marcos* 12:16-17 (Reina Valera Contemporánea).

²⁸ La Declaración de la Independencia, por ejemplo, establece explícitamente que “Se instituyen entre los hombres los gobiernos” para garantizar los derechos inalienables, y “[q]ue cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios”. La Declaración de Independencia párr. 2. Véase también Randy E. Barnett, *Our republican Constitution: securing the liberty and sovereignty of We the people* (New York, NY: Broadside Books, an imprint of HarperCollinsPublishers, 2016) (que sostiene que la inclusión de la palabra “legítimos” en el debate del poder del gobierno en la Declaración de Independencia implica que “el poder de legislar a su vez debe estar limitado por la ley” solo a aquellos poderes que aseguren los derechos que antecedieron a la formación del gobierno).

y las cosas que son de Dios. Pero a partir del siglo IV, en Europa por lo menos, este dualismo ha persistido.

Por cierto, cuando planteamos el dualismo, no tenemos las respuestas a todas nuestras preguntas, pero nos concentramos en cuál es *la* pregunta: cuáles son los límites adecuados entre la religión y el Estado; entre la conciencia y el poder del Estado; entre los derechos inalienables de las personas y las exigencias legislativas y regulatorias del Estado.

La respuesta de estas preguntas requerirá una exploración continua, pero hay una respuesta que está fuera de toda consideración, y es la respuesta que se encuentra en los estatistas de todo tipo, ya sean religiosos o seculares, de que no hay límites sobre el poder o la jurisdicción del Estado, y que los derechos son en realidad apenas dones que el Estado ha concedido a las personas, obsequios que se pueden quitar además de dar.

En gran medida, el proyecto de derechos humanos al final de la Segunda Guerra Mundial que culminó en la Declaración Universal de Derechos Humanos fue una reacción contra el marcado monismo estatal del régimen nazi, donde el poder del Estado estaba por encima de la conciencia y donde el gobierno invocaba poderes de emergencia para anular los reclamos de derechos políticos y civiles.²⁹

El preámbulo de la DUDH comienza diciendo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”³⁰ Este reconocimiento inicial refleja la intuición dualista de que hay intereses lo suficientemente importantes como para constituirse en

²⁹ Véase Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/history-document/index.html> (consultado el 5 de diciembre de 2016) [en adelante Historia de la Declaración Universal de Derechos Humanos] (“La Declaración Universal de los Derechos Humanos... fue el resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto”).

³⁰ DUDH, nota *ut supra* 15, en el preámbulo.

derechos inalienables: cosas que el Estado está obligado a respetar y proteger.

A continuación, en un pasaje que debe interpretarse a la luz del recuerdo vívido y reciente de las atrocidades imperialistas nazis y japonesas, el preámbulo de la DUDH prosigue diciendo: “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...”³¹ En estas palabras, escuchamos el eco de la convicción despertada por la Segunda Guerra Mundial: “¡Nunca más!”³²

Luego, en el artículo 1, la DUDH establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”³³

Hay que tener en cuenta que esta declaración propone un dualismo que impone límites a la autoridad del Estado. Los derechos humanos se afirman como algo con lo que todas las personas nacen, dotes que se basan en las características humanas de razón y conciencia, y también en nuestra capacidad para tener una consideración genuina hacia los demás.

Sugiero que la intranquilidad que muchos sienten con respecto a los derechos humanos se basa en una erosión del fuerte compromiso hacia el dualismo en el que se asienta no solo la visión de los derechos humanos, sino la mayor parte de la historia occidental.

Desarrollo histórico y manifestaciones del dualismo

Este dualismo está presente en muchas formas y ha sido objeto de muchas *instanciaciones*.

Ya a comienzos del siglo V encontramos una versión agustiniana: la Iglesia como una espiritual ciudad de Dios, en contraste con la

³¹ DUDH, nota *ut supra* 15, en el preámbulo.

³² Véase *Redacción de la DUDH*, nota *ut supra* 32.

³³ DUDH, nota *ut supra* 15, en el art. I.

ciudad terrenal material.³⁴ San Agustín sostuvo que, aunque el cristianismo había sido adoptado como la religión oficial del Imperio romano, la Iglesia debía ocuparse de la ciudad celestial mística (la nueva Jerusalén) y no de la política terrenal.³⁵

Contrastó los placeres tempranos de la ciudad terrenal con las verdades eternas de la Ciudad de Dios.³⁶ Concebía la historia humana como la intervención en una guerra universal entre Dios y el demonio.³⁷ Identificó a la Iglesia católica con la ciudad de Dios y a los poderes políticos y militares alineados contra ella como la ciudad del demonio.³⁸

Santo Tomás de Aquino articuló otra versión, en la que ponía énfasis en la razón natural, la teología natural y la ley natural.³⁹ Aquino propone una diferencia entre cuatro tipos de leyes: la eterna, la natural, la humana y la divina.⁴⁰ La ley eterna es la ley mediante la cual Dios gobierna toda su creación.⁴¹ La ley natural es la “participación” humana en la ley eterna y se descubre a través de la razón.⁴² La ley natural se basa en los primeros principios, entre ellos el primer precepto de que se debe hacer el bien y evitar el mal.⁴³

También se observa en la idea de las “dos espadas” articulada en la bula papal *Unam Sanctam* promulgada en 1302 por el Papa Bonifacio VIII, donde una espada era la “espada espiritual”

³⁴ San Agustín, *La ciudad de Dios*, Tomos XVII-XXII (versión inglesa en *The Fathers of the Church*, Tomo 24) (Gerald G. Walsh & Daniel J. Honan trad., The Catholic University of America Press 1954).

³⁵ *Ibid.* en 217-29, 292-94, 415-17.

³⁶ *Ibid.* en 220-22.

³⁷ *Ibid.* en 481.

³⁸ Véase *por lo general* San Agustín, nota *ut supra* 37.

³⁹ Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* (versión inglesa Benziger Bros. ed. 1947).

⁴⁰ *Ibid.* en 1328-1497 (Cuestiones 90-108).

⁴¹ *Ibid.* en 1332-33 (Cuestión 91).

⁴² *Ibid.* en 1333-34 (Cuestión 91).

⁴³ *Ibid.*

controlada por la Iglesia y la otra era la “espada temporal” controlada por el Estado.⁴⁴

Una variación de este dualismo también se encuentra en Martín Lutero y su teoría de los dos reinos, que sostenía que Dios gobierna al mundo de dos maneras, el “reino de la mano izquierda” a través del derecho secular y el gobierno eclesial, y el “reino de la mano derecha”, su reino espiritual a través del evangelio y la gracia.⁴⁵ Según Lutero, el reino terrenal incluye todo lo que podemos hacer y ver con nuestros cuerpos, inclusive las cosas hechas en la Iglesia. El reino celestial incluye únicamente la fe en Cristo, y se expresa a través de los eslóganes “Cristo solamente” o “fe solamente”.⁴⁶

Esto se pone de manifiesto expresamente en John Locke. En la influyente *Carta sobre la tolerancia*, Locke declara: “Estimo necesario, sobre todo, distinguir exactamente entre las cuestiones del gobierno civil y las de la religión fijando, de este modo, *las justas fronteras* entre la Iglesia y el Estado. Si esto no se hace, no se puede resolver ningún conflicto entre los que realmente desean, o fingen desear, la salvación de las almas o la del Estado”.⁴⁷ Sigue explicando: “El *Estado* es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida para preservar y promover simplemente los *bienes civiles*”.⁴⁸ “Llamamos bienes civiles la vida, la libertad, la salud, la inmunidad del dolor, la posesión de cosas externas, tales como la tierra, el dinero, los enseres, etc”.⁴⁹

⁴⁴ Papa Bonifacio VIII, *Unam Sanctam* (1302) (“Por las palabras del Evangelio somos instruidos que en esta [Iglesia] y en su potestad hay dos espadas: la espiritual y la temporal”).

⁴⁵ Martín Lutero, *Von weltlicher Obrigkeit* (1523).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ John Locke, J. R. Milton, and Philip Milton, *An essay concerning toleration: and other writings on law and politics, 1667-1683* (Oxford: Clarendon Press, 2006).

⁴⁸ John Locke, J. R. Milton, and Philip Milton, *An essay concerning toleration: and other writings on law and politics, 1667-1683* (Oxford: Clarendon Press, 2006). Locke describe al reino terrenal, o “el Estado”, como algo puramente secular. El “Estado” es un grupo de personas que se constituye con el fin de garantizar los derechos políticos o “bienes civiles”, pero no necesariamente “la salvación de las almas”. Véase *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

Las Revoluciones francesa y americana, y canadiense

Estados Unidos

En el momento en que se produjeron las Revoluciones francesa y americana, este dualismo fue una característica importante y definitoria de ambas revoluciones y sobre cómo fueron conceptualizadas por los revolucionarios.

Consideremos la declaración central que se utilizó para justificar la independencia de Inglaterra en la Declaración de Independencia de Estados Unidos:

Sostenemos como evidentes en sí mismas estas verdades: *que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.* – Que para garantizar estos derechos, se instituyen entre los Hombres los Gobiernos, los cuales derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cada vez que una forma cualquiera de Gobierno se vuelve destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo Gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrezca las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.⁵⁰

El derecho a la revolución surge cuando los gobiernos no respetan este dualismo, cuando los derechos inalienables básicos no son reconocidos o protegidos.⁵¹

⁵⁰ La Declaración de Independencia párr. 2 (U.S. 1776) (énfasis agregado).

⁵¹ La Declaración de Independencia declara: “La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo Objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un Despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese Gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad. – Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas Colonias; tal es ahora la necesidad que las obliga a reformar su anterior Sistema de Gobierno. La historia del actual Rey de la Gran Bretaña es una historia de repetidos agravios y usurpaciones, encaminados todos directamente hacia el establecimiento de una Tiranía absoluta sobre estos Estados”. *Ibíd.*

La Constitución aborda específicamente el lado que ocupa el Estado en la ecuación dualista, aunque las primeras diez enmiendas (la Carta de Derechos) fueron, probablemente, una condición previa para conseguir que suficientes Estados ratificaran la Constitución y que esta entrara en vigor.⁵² Las cláusulas de libre ejercicio y la de no establecimiento de la religión de la Primera Enmienda reflejan este dualismo. “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente...”⁵³ La prohibición de una Iglesia del Estado Nacional, así como también la garantía del libre ejercicio de la religión, reflejaban la forma dualista de pensamiento, estableciendo límites al poder del Estado.

Francia

Incluso la Revolución francesa, que fue mucho más secular en cuanto a su orientación que la Revolución americana, y en mayor grado una revolución contra una Iglesia establecida que la Revolución americana,⁵⁴ se expresó en un lenguaje de derecho natural similar que suponía un dualismo en el que el Estado y la religión representaban distintas esferas o categorías de organización social.

La declaración francesa, conocida popularmente como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fuertemente influenciada por las doctrinas de la razón natural, la ley natural y los derechos naturales, afirmaba que los derechos del hombre son universales y válidos en todo momento y ocasión. El preámbulo de la

⁵² Matthew Holland, *Religious Liberty v. Secularity: Is the American Founding Still Useful?*, Discurso de apertura en la Revisión Anual del International Center for Law and Religion Studies (julio de 2016), en 8 (que explica que la adopción de la Carta de Derechos fue necesaria antes de que el número necesario de Estados ratificara la Constitución).

⁵³ Constitución de EE.UU. enmienda I.

⁵⁴ Maura Kalthoff, “Faith and Terror: Religion in the French Revolution”, (Undergraduate, University of Colorado Boulder, 2015)1-66: “La religión fue una de las cuestiones más conflictivas de la Revolución [Francesa] y el tratamiento que le dio el gobierno fue una de las causas principales del descontento popular e incluso de la contrarrevolución. A medida que la Revolución se radicalizó, se hizo más peligroso profesar el catolicismo tradicional...”

Declaración, aprobada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789, comienza diciendo:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, *han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes...⁵⁵

El artículo 1 declara: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.⁵⁶ El artículo 2 establece: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.⁵⁷

Al igual que en la Revolución americana, hay un poderoso y dominante dualismo en la base de la Revolución francesa. Se afirma que los derechos declarados son “naturales, inalienables y sagrados”, cosas con las que nacen todos los seres humanos, y que el gobierno tiene la obligación de proteger estos derechos básicos, que incluyen la libertad de religión, la libertad de asociación y la libertad de expresión.⁵⁸

Canadá

Como nos recordó el profesor David Novak en su discurso de apertura de la conferencia del International Consortium of Law and Religion Studies celebrada en Oxford en septiembre de 2016, el

⁵⁵ Declaración de los Derechos del Hombre, nota *ut supra* 19 en el preámbulo. (énfasis agregado).

⁵⁶ *Ibid.* en art. I.

⁵⁷ *Ibid.* en art. II.

⁵⁸ “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley”. *Ibid.* en art. X. “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. En consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. *Ibid.* en art. XI.

preámbulo de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades expresa un dualismo similar, con un preámbulo que declara: “Considerando que Canadá fue fundado sobre principios que reconocen la supremacía de Dios y el imperio de la Ley”.⁵⁹ Las libertades fundamentales enumeradas incluyen “libertad de conciencia y religión”,⁶⁰ y también “libertad de pensamiento, creencia, opinión y expresión”,⁶¹ la libertad de “reunión pacífica”⁶² y la “libertad de asociación”.⁶³

Me pareció interesante y digno de mención que el profesor Novak reconociera que muchos secularistas desestiman este texto del preámbulo como una concesión a los tradicionalistas, y también estuviera de acuerdo en que apenas treinta años después podría ser improbable que dicho reconocimiento de los límites y fundamentos del poder estatal se incluyera si la Carta fuera aprobada hoy en día.⁶⁴

Dualismo: peces viendo agua

De hecho, yo diría que dicho dualismo es un aspecto tan sólido e indiscutible de los sistemas constitucionales occidentales que difícilmente lo vemos como lo que es: un notable rechazo de las alternativas monistas, diversas formas de estatismo que pueden encontrarse en una sólida alianza con una religión en particular (como Rusia y la Iglesia ortodoxa rusa,⁶⁵ o lo que en la actualidad queda cada vez

⁵⁹ Carta canadiense de Derechos y Libertades, Parte I de la Constitución de 1982 de Canadá, que es el Anexo B del Acta de Canadá de 1982, c 11 (Reino Unido).

⁶⁰ Carta canadiense de Derechos y Libertades, Parte I de la Constitución de 1982 de Canadá, que es el Anexo B del Acta de Canadá de 1982, c 11 (Reino Unido), en 2(a).

⁶¹ *Ibid.* en 2(b).

⁶² *Ibid.* en 2(c).

⁶³ *Ibid.* en 2(d).

⁶⁴ David Novak, *What is Religious Freedom?*, Discurso de apertura de la Cuarta Conferencia del International Consortium of Law and Religion Studies, Universidad de Oxford (8 de septiembre de 2016) en 4, <https://www.iclrs.org/content/events/121/3212.pdf>.

⁶⁵ A lo largo de los años, se formó una sólida alianza entre el presidente Vladimir Putin y la Iglesia ortodoxa rusa. Durante su primera presidencia, Putin se reunía periódicamente con el líder de la Iglesia ortodoxa rusa. Michael J. LaVelle, “A Russian experience”, *Arizona Attorney* (enero 2006): 30, 34. Durante este período, el gobierno ruso y la Iglesia ortodoxa rusa parecieron fortalecer los vínculos y los valores comunes. Robert C. Blitt, “One

más demostrado por el nacionalismo hindú en India⁶⁶), Estados que ejercen una postura de control sobre la religión (como China y sus cinco religiones oficiales reconocidas, patrocinadas y controladas por el Estado⁶⁷), o incluso Estados dedicados a la estricta limitación

New President, One New Patriarch, and a Generous Disregard for the Constitution: A Recipe for the Continuing Decline of Secular Russia”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, (vol 43, 2010): 1337, 1339–40. Estos vínculos se han mantenido hasta la actualidad, y el presidente Putin aprobó leyes que favorecen a la Iglesia ortodoxa. Véase, por ej., Kate Shellnutt, *Russia’s Newest Law: No Evangelizing Outside of Church*, Christianity Today, 8 de julio de 2016, <http://www.christianitytoday.com/gleanings/2016/june/no-evangelizing-outside-of-church-russia-proposes.html> (destacando que es probable que se interprete que una ley que fue aprobada por el presidente Putin a comienzos de este año y que impone restricciones a las actividades misioneras exima a la Iglesia ortodoxa rusa del control intensificado impuesto a otros grupos religiosos.); Marc Bennetts, *Putin Brings God - and Potential Jail Time for Atheists - to Russia*, The Washington Times, 4 de abril de 2016, <http://www.washingtontimes.com/news/2016/apr/4/vladimir-putin-patriarch-kirill-alliance-puts-athe/> (que describe que una “ley que convierte en delito “ofender los sentimientos religiosos de los creyentes”, algo que algunos consideran como “un símbolo de los lazos incómodamente estrechos entre el Kremlin y la religión dominante del país”). Según se informa, a la Iglesia ortodoxa rusa se le están otorgando concesiones comerciales cuyo valor asciende a miles de millones de dólares, y el patriarca de la Iglesia ha dicho que Putin es “un milagro de Dios”. Mark Woods, “How the Russian Orthodox Church is Backing Vladimir Putin’s New World Order”, *Christian Today*, 3 de marzo de 2016.

⁶⁶ Incluso antes de convertirse en primer ministro de India, Narendra Modi tenía lazos con el nacionalismo hindú. Durante varios años, había sido miembro del partido nacionalista Rashtriya Swayamsevak Sangh y, posteriormente, se unió a su actual partido, el partido Bharatiya Janata, otro partido nacionalista. Baba Umar, “Modi: From Tea Boy to India’s Leader”, *Al Jazeera*, 27 de mayo de 2014. En 2002, mientras era miembro de la administración en el Estado de Gujaraat, Modi fue acusado de complicidad en la masacre de 2000 musulmanes durante violentos disturbios sectarios. Tunku Varadarajan, “Modi Crushes Gandhi in India’s Election Landslide”, *The Daily Beast*, 16 de mayo de 2014. Durante su campaña, Modi se declaró “nacionalista hindú”, y posteriormente fue condenado por ello. Peerzada Ashiq, “Can’t be Hindu or Muslim nationalist in India: J-K Court”, *Hindustan Times*, 12 de octubre de 2013. Al resultar electo, muchos nacionalistas hindúes se sintieron fortalecidos porque estaban convencidos de que el país podría convertirse en un país ‘puramente hindú’ para 2020”. Jean-François Mayer, “Hindu Nationalist Project Target Conversions to Christianity”, *Religion Watch Archives*, 1 de septiembre de 2015.

⁶⁷ Véase Liu Peng, Brett G. Scharffs & Carl Hollan, “Constitutional, Legislative and Regulatory Change Regarding Religion in China”, en *Law, Religion, Constitution: Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law*. Cristiana Cianitto, (Surrey, England: Ashgate, 2013).

de la religión (aquí estoy pensando en la Unión Soviética⁶⁸), o incluso la eliminación de la religión (Albania de la era soviética).⁶⁹

Mi tesis (o preocupación, realmente) es que en la actualidad estamos inmersos en una lucha trascendente entre el monismo y el dualismo, entre ideologías estatistas que no reconocen ningún poder más allá del Estado y las ideologías dualistas que basan la legitimidad

⁶⁸ Durante los 20 años posteriores a la revolución bolchevique de 1917, el nuevo régimen “utilizó leyes discriminatorias, propaganda antirreligiosa y violencia para desarraigar toda religión en la sociedad soviética”. Bohdan R. Bociurkiw, *Church and State in the Soviet Union*, 14 Int'l J. 182, 183 (1959). “El objetivo principal de la campaña antirreligiosa de las décadas de 1920 y 1930 fue la Iglesia ortodoxa rusa, que contaba con el mayor número de fieles. Prácticamente todos los miembros del clero y muchos de sus creyentes fueron fusilados o enviados a campos de trabajo. Las escuelas teológicas se cerraron y se prohibieron las publicaciones eclesiásticas. Para 1939, solo unas 500 de más de 50 000 iglesias permanecían abiertas”. *Revelations from the Russian Archives: Anti-Religious Campaigns*, Library of Congress (consultado el 30 de noviembre de 2016), <https://www.loc.gov/exhibits/archives/anti.html> [en adelante *Revelations*]. El gobierno tuvo tanto éxito en su campaña que en 1940, había solo 4225 iglesias ortodoxas rusas en uso, en comparación con 46 457 en 1917. Bociurkiw, *ut supra*. Aunque la Unión Soviética posteriormente recurrió a la religión y, especialmente, a la Iglesia ortodoxa rusa, para ayudar a unir a su gente durante la Segunda Guerra Mundial, mantuvo su legislación antirreligiosa y, posteriormente, comenzó a distribuir propaganda antirreligiosa una vez más. *Ibid.* en 184–185, 189. Otras religiones y sectas que fueron perseguidas incluyen el catolicismo, la iglesia uniata, el judaísmo y los grupos protestantes. *Revelations, ut supra*.

⁶⁹ El gobierno albanés intentó por todos los medios erradicar la religión en el país durante la segunda mitad del siglo xx. En 1945, la Ley de Reforma Agraria “nacionalizó la mayor parte de las propiedades de las instituciones religiosas, incluso los bienes inmuebles de los monasterios, las órdenes religiosas y las diócesis. Muchos miembros del clero y creyentes fueron juzgados, torturados y ejecutados. Todos los sacerdotes, monjes y monjas católicos romanos nacidos en el extranjero fueron expulsados en 1946”. *Hoxha's Antireligious Campaign*, Library of Congress, <http://countrystudies.us/albania/56.htm> (consultado el 1 de diciembre de 2016). A través de varios decretos legislativos, el gobierno declaró ilegales todas las manifestaciones religiosas, y rebautizó ciudades y lugares que tenían “nombres religiosos”. *Ibid.* Los códigos penales declararon ilegal la distribución o la posesión de literatura religiosa, e impuso penas de prisión que iban de 3 a 10 años. *Ibid.* En la década de 1940, “muchos miembros del clero y creyentes fueron juzgados, torturados y ejecutados” y los miembros del clero católicos nacidos en el extranjero fueron expulsados del país en 1946. *Ibid.* Para más información sobre los esfuerzos del gobierno de Albania para erradicar la religión, véase, “Albania: Violations of the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion” (Minnesota: Minnesota Lawyers International Human Rights Committee, 1988); Barbara Frey, “Violations of Freedom of Religion in Albania”, *Occasional Papers on Religion in Eastern Europe* (noviembre 1989).

del Estado en gran medida en si el Estado respeta los derechos que preceden y que no dependen del Estado para ser reconocidos.

Derechos humanos

Los desafíos al dualismo hoy provienen tanto de la derecha como de la izquierda.

Tradicionalistas (incluso algunas voces religiosas)

Los desafíos al dualismo de hoy provienen de diversas partes, incluso de voces no occidentales que afirman que los derechos humanos son simplemente un invento y una imposición de Occidente.⁷⁰ Normalmente estas no son las voces de los desamparados, sino de los poderosos (típicamente de quienes detentan el poder del Estado), quienes desean promover diversos proyectos nacionalistas o estatistas.⁷¹ Cada vez más, en una era que tiene como una de sus características el terrorismo inspirado por la religión, muchas de estas voces apuntan más específicamente a la propia libertad religiosa.⁷²

⁷⁰ Stephen Kinzer, End Human Rights Imperialism Now, *The Guardian*, 31 de diciembre de 2010: “¿Desea derrocar al gobierno de un país pobre pero rico en recursos? ¿Quiere atacar a los musulmanes? ¿Pretende incrementar el apoyo a las intervenciones militares estadounidenses en todo el mundo? ¿Desea minar a los gobiernos que están sacando a sus pueblos de la pobreza, porque no están de acuerdo con los gustos de los intelectuales del Upper West Side? ¿Use los derechos humanos como excusa!”

⁷¹ Véase Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2001), 37: “Los estándares estadounidenses o europeos de fines del siglo XX no pueden ser universales”. (cita de Lee Kuan Yew, *Democracy, Human Rights and the Realities*, discurso en el Foro Create 21 Asahi, Tokio, 10 de noviembre de 1992, *Speeches*, noviembre-diciembre 1992, 34); véase también Bilahari Kausikan, “An Asian Approach to Human Rights”, *American Society of International Law* (abril 1995): 146.

⁷² Fred Lucas, “Back to The Soviet Era: Putin’s New Law Could Lead to Religious Crack-down”, *The Daily Signal*, 20 de julio de 2016: “La ley antiterrorismo prohíbe las reuniones religiosas en áreas no registradas, que según se informa pueden incluir las residencias privadas. También restringe la promoción de la religión en la Internet. El trabajo de los misioneros, o la difusión de la fe cuando no se poseen ciertos documentos para hacerlo, podría dar lugar a multas de hasta el equivalente de 765 dólares estadounidenses para un ciudadano ruso y hasta 15.000 dólares estadounidenses para una organización, mientras que un infractor extranjero sería deportado”.

Críticas progresistas (incluso algunas con una actitud abiertamente hostil hacia la religión)

Sin embargo, hay un ataque más específico y sostenido no solamente contra la religión, sino contra la libertad religiosa de parte de quienes consideran a la religión y a quienes la defienden en nombre de la libertad religiosa como un obstáculo retrógrado e ignorante para sus visiones progresistas de una sociedad igualitaria dominada por las normas antidiscriminación.⁷³ No importa que estas normas también formen parte del proyecto universal de derechos humanos. De manera que una estrategia progresista es promover estas normas antidiscriminación, excluyendo las normas de libertad que también existen como parte de los derechos humanos: no solo libertad de religión, de pensamiento, de conciencia y de creencia, sino también libertad de expresión, asociación y reunión.

Por ejemplo, en septiembre de 2016, en un informe titulado “Coexistencia pacífica”, el presidente de la Comisión Estadounidense de Derechos Civiles, Martin R. Castro, se refirió a la frase “libertad religiosa” como “una descripción en código para la discriminación, la intolerancia, el racismo, el sexismo, la homofobia, la islamofobia [y] la supremacía cristiana”.⁷⁴ Dijo que “hoy, así como en el pasado, la religión se está usando como arma y como escudo por quienes procuran denegar la igualdad a los demás”.⁷⁵

Una de las principales conclusiones del informe es que “[l]as exenciones religiosas a las protecciones de los derechos civiles basados en clasificaciones tales como raza, color, nacionalidad, discapacidad,

⁷³ Brian Leiter, *Why tolerate religion?* (Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2014): “Si la religión es un cuerpo de creencias deliberadamente aislado del sistema ordinario de la razón y la evidencia, ¿por qué una persona racional esperaría obtener beneficios epistémicos de proteger o privilegiar dichas creencias?”.

⁷⁴ Presidente Martin R. Castro, *Peaceful Coexistence: Reconciling Nondiscrimination Principles with Civil Liberties*, Comisión Estadounidense de Derechos Civiles 29 (septiembre de 2016).

⁷⁵ *Ibid.*

orientación sexual e identidad de género, cuando son admisibles, *infringen significativamente dichos derechos civiles*.”⁷⁶

Por supuesto, no puede decirse que la libertad religiosa nunca haya sido invocada por racistas, homofóbicos, islamofóbicos y supremacistas cristianos, pero es un argumento alarmantemente reduccionista, simplemente identificar la libertad religiosa con algún tipo de código secreto para la discriminación.

Esto resulta especialmente parcial cuando gran parte de los actos de discriminación que se producen en todo el mundo son de discriminación contra las personas por su religión, incluso genocidios y migraciones forzadas masivas contemporáneas. Decir que la libertad religiosa es primariamente una idea en conflicto con los derechos civiles demuestra un grado de ignorancia que solo puede describirse como enorme y sorprendente.

Sin embargo, la conceptualización que hace Castro de que la libertad religiosa y los derechos civiles se encuentran en situación de conflicto se ha vuelto muy común. En Estados Unidos, por lo menos, durante los últimos diez años aproximadamente, se ha desarrollado un esfuerzo constante y deliberado por parte del progresismo de izquierda de proponer la libertad religiosa como enemiga de la antidiscriminación. Esto es en gran parte un producto de la lucha sobre los derechos de los gays en general, y del matrimonio gay en particular. Al exigir la aceptación social total del matrimonio gay, aquellos que se oponen a él por cualquier motivo son rápidamente clasificados como homofóbicos,⁷⁷ y cualquiera que se rehúsa a participar en él por motivos de conciencia, incluso los grupos religiosos, las instituciones con afiliación religiosa (como las universidades religiosas), los propietarios religiosos de instituciones comerciales, los empleados públicos e incluso los empleados religiosos de instituciones comerciales se encuentran bajo tremenda presión para mantenerse callados

⁷⁶ *Ibíd.* en 108 (énfasis agregado)

⁷⁷ Paul Brandeis Raushenbush, “No Cardinal Dolan, the Catholic Church Wasn’t “Outmarketed” on Gay Marriage”, *The Huffington Post*, 30 de noviembre de 2013. “Hay que ser muy claro al respecto: si estás contra el matrimonio igualitario, eres antigay. Punto”.

en todos los aspectos en caso de cualquier oposición a la agenda de derechos sexuales.⁷⁸

El año pasado el tema fue el matrimonio gay; este año son los derechos de los transgénero.

En mi intento por entender el *zeitgeist* por detrás de estos esfuerzos, me resulta aparente que el valor primario es la igualdad, el mecanismo legal primario para lograr la igualdad son las leyes antidiscriminación y la definición de discriminación se basa en una especie de subjetivismo hedónico radical.

La fuerte insistencia sobre la antidiscriminación y el rechazo total de cualquier tipo de concesión o excepción para quienes tienen objeciones de conciencia ante un mandato legal refleja una actitud de monismo. Las concesiones pasan de ser un ajuste que el Estado hace ante las objeciones religiosas u otro tipo de objeción de conciencia, a ser algo que el Estado exige de los disidentes, que se ven obligados a ceder.

La insistencia sobre una visión monista se ve ilustrada por la oposición a que la Universidad Trinity Western abra una Facultad de Derecho. La Facultad exige que los estudiantes firmen un compromiso comunitario que, entre otras cosas, no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁷⁹ La Sociedad Legal de Columbia

⁷⁸ Sergio Hernandez y Huizhong Wu, "Texas Falls in Line With Same-Sex Marriage Ruling", *Mashable*, 2 de julio de 2015": En el condado Hood, cerca de Ft. Worth, la Secretaria del Condado Katie Lang recibió críticas después de indicar a su oficina: 'No emitiremos [licencias de matrimonio entre personas del mismo sexo] porque estoy aplicando mi libertad religiosa en este cargo'. Después de la reacción negativa, Lang rápidamente emitió un comunicado donde declaró que ella 'se abstendría personalmente' de emitir las licencias debido a 'las doctrinas religiosas a las que adhiero', pero que su oficina tendría personal disponible y preparado para emitir licencias matrimoniales para parejas del mismo sexo"; Paul Karp, 'Marriage Equality: Law Would Protect "Conscientious Objectors" Who Reject Same-Sex Weddings', *The Guardian*, 14 de septiembre de 2016. "Bill Shorten ha dicho que los laicos estarán obligados, bajo amenaza de multas, a proporcionar servicios a matrimonios en los que ellos no creen que deberían involucrarse".

⁷⁹ El Compromiso Comunitario de la Universidad Trinity Western declara en parte: "Los miembros de la comunidad de la TWU, por lo tanto, se comprometen a:

- cultivar las virtudes cristianas, como el amor, la alegría, la paz, la paciencia, la amabilidad, la bondad, la fidelidad, la ternura, el autocontrol, la compasión, la humildad, el perdón, la pacificación, la misericordia y la justicia

Británica decidió no aprobar la apertura de la Facultad de Derecho, al considerar esto como discriminación por motivos de orientación sexual. El Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica dio la razón a Trinity Western y declaró:

-
- vivir vidas ejemplares caracterizadas por la honestidad, la cortesía, la veracidad, la generosidad y la integridad
 - comunicarse de maneras que promuevan a los demás, según sus necesidades, para beneficio de todos
 - tratar a todas las personas con respeto y dignidad, y sostener su valor, concedido por Dios, desde la concepción hasta la muerte
 - ser ciudadanos responsables, tanto local como internacionalmente, que respeten a las autoridades, se sometan a las leyes de este país, y contribuyan al bienestar de la creación y la sociedad
 - observar el recato, la pureza y la intimidad adecuada en todas las relaciones, reservando las expresiones sexuales de la intimidad para el matrimonio, y dentro del matrimonio tomar todas las medidas razonables para resolver conflictos y evitar el divorcio
 - ejercitar el juicio atento en todas las opciones de estilo de vida, y asumir la responsabilidad de las opciones personales y su impacto sobre los demás
 - alentar y respaldar a otros miembros de la comunidad en su búsqueda de estos valores e ideales, ejerciendo al mismo tiempo el perdón, la responsabilidad, la restauración y la sanación los unos con los otros”.

Al mantener los ideales de la Biblia y de la TWU, los miembros de la comunidad se abstienen voluntariamente de las siguientes acciones:

- las comunicaciones que sean destructivas para la vida y las relaciones interpersonales de la comunidad de la TWU, lo que incluye los chismes, las calumnias, el lenguaje vulgar u obsceno y los prejuicios
- el acoso o cualquier forma de intimidación verbal o física, lo que incluye las agresiones contra los nuevos estudiantes
- mentir, hacer trampa u otras formas de deshonestidad, incluso el plagio
- robar, usar indebidamente o destruir la propiedad de otros
- la intimidad sexual que viole la santidad del matrimonio entre un hombre y una mujer
- el uso de materiales que sean degradantes, deshumanizantes, explotadores, promotores del odio o gratuitamente violentos, lo que incluye, pero no se limita a la pornografía
- la embriaguez, el consumo de alcohol entre los menores, el uso o la posesión de drogas ilegales, y el uso indebido o el abuso de sustancias, incluso medicamentos recetados
- el uso o la posesión de alcohol en el predio universitario, o en cualquier actividad patrocinada por la TWU, y el uso de tabaco en el predio universitario, o en cualquier actividad patrocinada por la TWU”.

Una sociedad que no admite y no hace concesiones ante las diferencias no puede ser una sociedad libre y democrática, donde sus ciudadanos tienen la libertad de pensar, de estar en desacuerdo, de debatir y de cuestionar las visiones generalmente aceptadas sin miedo a las represalias. Este caso demuestra que una mayoría bienintencionada que actúa en nombre de la tolerancia y el liberalismo puede, si no se le ponen límites, imponer sus puntos de vista a las minorías de una manera que es en sí intolerante y antiliberal.⁸⁰

En cambio, el Tribunal de Apelaciones de Ontario respaldó a la Sociedad Legal, enfatizando el daño causado a la comunidad homosexual por la política de Trinity Western. Lo más probable es que el caso llegue a la Corte Suprema de Canadá⁸¹.

Conciencia

Haré brevemente referencia a la tercera razón por la que pienso que a todos debe importarnos la libertad religiosa. Sin libertad religiosa y de convicciones, no hay una base confiable para proteger y respetar la conciencia.

Se debe recordar que el artículo 1 de la DUDH identifica a “la razón y la conciencia” como dos de los dones básicos que nos definen como seres humanos, y como la base de la dignidad humana.⁸²

Ideología oficial: razón pública

Si la ideología oficial del dualismo representa alguna variación de la razón natural y de los derechos naturales (o quizás la deontología kantiana o la teoría del contrato social), la ideología oficial del monismo es razón pública, con su tendencia a menospreciar la conciencia, en un grado significativo, o totalmente.

La afirmación de que la razón pública es hostil a la conciencia necesita algunas explicaciones. Recordemos que el primer teórico

⁸⁰ Trinity Western versus Sociedad Legal de Columbia Británica, Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica (1 de noviembre de 2016), párrafo 193.

⁸¹ [Nota del editor] El caso fue admitido por la Corte Suprema de Canadá bajo el número de expediente 37209, y probablemente sea resuelto durante 2018.

⁸² DUDH, nota *supra* 15.

de la razón pública no fue John Rawls, ni tampoco Immanuel Kant, sino que fue Thomas Hobbes, que se mostró totalmente claro en afirmar que el soberano habla con la voz de la razón pública, y los sujetos renuncian a sus derechos de conciencia a cambio de la protección ofrecida por el soberano contra el estado de naturaleza, donde la vida es desagradable, brutal y corta.⁸³

La razón pública (ya sea la de Hobbes, Kant o Rawls) siempre realiza el mismo movimiento normativo inicial, diferenciando entre razón pública y razón privada, y dando crédito a la una y desacreditando a la otra, al menos en cuestiones de vida pública.⁸⁴

⁸³ THOMAS HOBBS, *LEVIATAN* (S.I.: CREATSPACE INDEPENDENT P, 2017), 17. “Y la razón sugiere adecuadas normas de paz, sobre las cuales puede llevarse a los hombres al acuerdo.” Hobbes sostiene que incluso quienes no aceptan ser gobernados por el soberano se encuentran bajo la obligación de someterse a su gobierno, debido al consentimiento de la mayoría. “[S]i la mayoría ha proclamado un soberano mediante votos concordados, quien disiente debe ahora consentir con el resto, es decir, debe avenirse a reconocer todos los actos que realice, o bien exponerse a ser eliminado por el resto. En efecto, si voluntariamente ingresó en la congregación de quienes constituían la asamblea, declaró con ello, de modo suficiente, su voluntad (y por tanto hizo un pacto tácito) de estar a lo que la mayoría de ellos ordenara: y por esta razón si rehúsa mantenerse en esa tesitura, o protesta contra algo de lo decretado, procede de modo contrario al pacto, y por tanto, injustamente. Y tanto si es o no de la congregación, y si consiente o no en ser consultado, debe o bien someterse a los decretos, o ser dejado en la condición de guerra en que antes se encontraba, caso en el cual cualquiera puede eliminarlo sin injusticia”. *Ibíd.* en 109.

⁸⁴ Véase *Ibíd.* en 27. «[P]ero no es la razón de ningún hombre, ni la razón de ningún número de hombres, lo que confiere la certeza... Y, por consiguiente, igual que cuando hay una controversia en un asunto las partes deben, por propio acuerdo, fijar como recta razón la razón de algún árbitro o juez, a cuya sentencia se atenderán unos y otros, o de lo contrario su controversia tendrá que acabar a golpes o quedar sin resolverse, por falta de una recta razón constituida por la naturaleza». Véase también Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura* (México: Porrúa, 2005): “La razón debe en todos sus emprendimientos someterse a la crítica; ... La razón depende de esta libertad para su propia existencia. Pues la razón no tiene autoridad dictatorial: su veredicto siempre es simplemente el acuerdo de ciudadanos libres, de los cuales a cada uno de los cuales se le debe permitir que exprese, sin obstáculos, sus objeciones o incluso su veto.” John Rawls, *Political liberalism* (New York: Columbia University Press, 2005), 213: “La razón pública es característica de un pueblo democrático: es la razón de los ciudadanos, de quienes comparten el estado de ciudadanía igualitaria. El sujeto de su razón es el bien del público: lo que la concepción política de la justicia requiere de la estructura y las instituciones básicas de la sociedad, y de los propósitos y fines a los que debe servir”.

El problema para quienes valorizan la conciencia es que a menudo nos habla en registros que se cuentan, paradigmáticamente, como “razón privada”. Piensen en las metáforas que usamos para la conciencia: “seguir nuestro corazón”,⁸⁵ o algo que “sentimos en las tripas”,⁸⁶ una voz poderosa que sentimos en nuestro interior, o que a veces oímos afuera, que nos declara: “hasta aquí llego, no puedo hacer otra cosa”.⁸⁷ Estas no son razones públicas; son razones privadas. Y la razón pública está comprometida con la marginalización de la razón privada.

Pensemos en el debate sobre las exenciones religiosas para médicos que deben realizar abortos o funcionarios públicos que deben celebrar matrimonios. Desde la perspectiva de la razón pública, no hay un buen motivo para conceder una exención. Para un estatista, la consideración principal puede ser un valor tal como la antidiscriminación, que exige un trato igualitario para todos, y no se debe conceder un tratamiento especial a quienes tengan puntos de vista religiosos o de conciencia especiales o idiosincráticos. Argumentos como estos resultan familiares en los sistemas estatistas.⁸⁸

Es verdad que la razón pública puede afirmar que valoriza la libertad religiosa o la conciencia (quizás sobre la base de un argumento

⁸⁵ Ronda Parrish, “The Blessings of Responding to a Prick of the Heart”, *Element3 Church*, 26 de noviembre de 2014, (detallando la experiencia de cómo un “sentimiento en el corazón” hizo que una persona religiosa se decidiera a ir en un viaje de servicio.)

⁸⁶ Samantha Olson, “Your Gut Feeling Is Way More Than Just a Feeling: The Science of Intuition”, *Medical Daily*, 12 de marzo de 2015, (donde se discute cómo la intuición o la conciencia pueden manifestarse literalmente como algo que se siente en las tripas).

⁸⁷ Martín Lutero (citado en Elesha Coffman, “What Luther Said”, *Christian History*, 8 de agosto de 2008, (donde se explica que, a pesar del debate de si Lutero realmente hizo esta declaración antes de la Dieta de Worms, Lutero claramente hubiera estado de acuerdo. “Lutero afirmó que su conciencia era cautiva de la Palabra de Dios y que no iría en contra de su conciencia”).

⁸⁸ Estos argumentos son habituales en sistemas estatistas como China. Véase, *por ej.*, Emily N. Marcus, “Conscientious Objection as an Emerging Human Right”, *UC Hastings Scholarship Repository*, (vol 7, 1998): 529. (donde se explica que China es uno de 48 estados que “tienen conscripción [militar] sin que se reconozca la objeción de conciencia o un servicio alternativo”); T. Jeremy Gunn, “Definition of Religion in International Law”, *Harvard Human Rights Journal* (vol 16, 2003):189, 207. (“China ha intentado prohibir cualquier tipo de actividad religiosa, a menos que opere bajo la autorización y el control directos del estado”).

desde la “posición original”), pero también podemos esperar que la razón pública interprete la libertad religiosa de una manera minimalista, por ejemplo en la forma en que la trata el Juez Scalia en *División de Empleo versus Smith*, prohibiendo las leyes que apuntan específicamente a la religión, pero permitiendo aquellas que colocan una carga sobre la religión, incluso una carga severa, siempre y cuando sean de carácter “general” y “neutral”.⁸⁹ Las leyes generales y neutrales son una formulación clásica para la razón pública del tipo de regulación que es legítima, pero como hemos visto en el caso *Smith*, esto no constituye una protección sólida de la conciencia o de la religión.

Historia de la protección de la conciencia

Es importante recordar que, como cuestión histórica, la libertad de religión constituyó la base del reconocimiento de la libertad de conciencia en general. La historia de la objeción de conciencia comenzó con los reclamos de comunidades religiosas organizadas como los cuáqueros, que presentaban objeciones doctrinales religiosas contra la prestación del servicio militar.⁹⁰ Con el tiempo (en realidad, después

⁸⁹ *División de Empleo versus Smith*, 494 U.S. 872, 879 (1990). “Las decisiones [de la Suprema Corte] han sostenido de manera constante que el derecho al libre ejercicio no releva a una persona de la obligación de cumplir una ‘ley válida y neutral de aplicabilidad general sobre la base de que la ley proscribe (o prescribe) una conducta que su religión prescribe (o proscribe)’”.

⁹⁰ Cuando algunos cuáqueros fueron reclutados para incorporarse a las fuerzas de George Washington durante la Guerra Franco-India, estos se rehusaron a “portar armas, trabajar, recibir provisiones o paga, o a hacer cualquier cosa que tienda en cualquier aspecto a la autodefensa”. Paul F. Boller Jr., “George Washington and the Quakers”, *The Bulletin of Friends Historical Association* (vol. 49, 1960): 67-83. A George Washington se le ordenó enviar a prisión a los objetores de conciencia, y a darles apenas una pequeña ración de pan y agua hasta que aceptaran participar en la guerra. Washington respondió a su superior que “no podría imponer cualquier término a los cuáqueros. Preferían ser azotados hasta la muerte antes que portar armas, o prestarnos cualquier asistencia en el fuerte, o cualquier aspecto de la autodefensa”. *Ibid.* (citando a Fitzpatrick, editor, *The Writings of George Washington*, en I, 420). Posteriormente, George Washington estuvo de acuerdo en que las objeciones de conciencia de los cuáqueros debían ser protegidas por el gobierno: “La libertad de la que gozan los pueblos de estos Estados, de rendir culto a Dios Todopoderoso según lo dicten sus Conciencias, no solo está entre sus más preciadas *Bendiciones*, sino también entre sus *Derechos*: mientras los hombres ejecuten fielmente sus Deberes sociales, hagan todo lo que la Sociedad o el Estado pueda exigirles o esperar de ellos con propiedad; y sigan siendo

de varios siglos), la protección de la objeción de conciencia para quienes pertenecían a *grupos religiosos* se expandió para cubrir a *personas* que tuvieran objeciones de orden religioso, incluso cuando la Iglesia a la que pertenecían no mantuviera de por sí una oposición institucional contra el servicio militar,⁹¹ y después a los casos de objetantes donde el gobierno *no estuviera seguro* sobre si su objeción de conciencia era religiosa o no,⁹² y finalmente (por analogía) a aquellos que insistían en que el motivo de su objeción al servicio militar *no era religioso*.⁹³

La cuestión es que no fue un respeto generalizado por la conciencia lo que llevó a las protecciones por motivos de conciencia religiosa, sino la protección de la conciencia religiosa lo que llevó a un reconocimiento más amplio de la conciencia como valor humano fundamental.

Desde Gobitis hasta Barnette

La historia de Estados Unidos ofrece numerosas advertencias sobre lo que ocurre cuando los valores de la uniformidad reciben prioridad sobre el valor de la conciencia.

Veamos, por ejemplo, el caso de los niños testigos de Jehová que objetaron el hecho de que se los obligara a jurar a la bandera de Estados Unidos. A fines de la década de 1930, en un período de desunión nacional, las escuelas empezaron a establecer normas que exigían que todos los estudiantes juraran a la bandera.

responsables únicamente ante su Hacedor de la Religión o los modos de fe que puedan preferir o profesar. Los principios y la conducta [de los cuáqueros] son bien conocidos para mí, y no es más que Justicia para los llamados Cuáqueros el decir que, (salvo por su negativa de compartir con los demás la carga de la defensa común) no hay Denominación entre nosotros compuesta por Ciudadanos más ejemplares y útiles". George Washington, *From George Washington to the Society of Quakers* (13 de octubre de 1789), <http://founders.archives.gov/documents/Washington/05-04-02-0188> (visitado por última vez el 1 de diciembre de 2016).

⁹¹ En 1958, el Congreso de Estados Unidos exceptuó del servicio militar "a cualquier persona... que, por motivo de crianza y creencia religiosa, se oponga por motivos de conciencia a la participación en la guerra de cualquier forma". 50 USCS § 3806(j) (2016).

⁹² Véase *Estados Unidos versus Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).

⁹³ Véase *Estados Unidos versus Welsh*, 398 U.S. 333 (1970).

Una de estas reglas se adoptó en Minersville, Virginia Occidental. La disposición se había implementado específicamente para obligar a los niños testigos de Jehová a saludar la bandera, después de que se rehusaran a participar en ceremonias patrióticas por motivos de conciencia.⁹⁴ Solo después de que Lillian y William Gobitis (alumnos de séptimo y quinto grado respectivamente) alegaran razones religiosas para no participar en el juramento es que la junta directiva escolar de Minersville impuso una resolución que transformaba el saludo a la bandera en obligación legal.⁹⁵ Inmediatamente después, el superintendente de escuelas se levantó en una asamblea pública de la junta directiva escolar y, de manera aparatosa, expulsó a los niños Gobitis por insubordinación.⁹⁶ Esta “acción de Estado” fue confirmada posteriormente por la Suprema Corte. En la opinión de la mayoría, el juez Felix Frankfurter declaró: “Los escrúpulos de conciencia, en el transcurso de la larga lucha por la tolerancia religiosa, no han relevado a las personas de la obediencia a las leyes generales que no apuntan a la promoción o restricción de las creencias religiosas”.⁹⁷

⁹⁴ Véase *Gobitis versus Distrito Escolar de Minersville*, 24 F. Sup. 271 (D. Pa. 1938). Lillian y William Gobitis, miembros de la congregación Testigos de Jehová, se inscribieron en la Escuela Pública de Minersville en 1935 y se habían rehusado a saludar la bandera durante los “ejercicios diarios de la Escuela Pública de Minersville”. *Ibid.* en 272. Ese mismo año, el Distrito Escolar de Minersville implementó una norma escolar que obligaba a los estudiantes a recitar el juramento a la bandera o enfrentarse a la expulsión. *Ibid.* El mismo día en que se implementó la norma, el superintendente anunció públicamente que los niños Gobitis habían sido expulsados. *Ibid.* en 273.

⁹⁵ La Junta Directiva Escolar de Minersville aprobó unánimemente la siguiente resolución: “Que el Superintendente de las Escuelas Públicas de Minersville esté obligado a exigir que todos los maestros y estudiantes de las escuelas antes mencionadas saluden a la bandera de nuestro País como parte de los ejercicios diarios. La negativa a saludar la bandera se considerará como un acto de insubordinación y recibirá el trato correspondiente”. David R. Manwaring, “Render Unto Caesar: The Flag-Salute Controversy”, *Journal of Church and State* (otoño 1964): 82, 83.

⁹⁶ Después de que se adoptó la resolución, el superintendente Charles E. Roudabush inmediatamente se levantó y anunció: “Por el presente expulso de las escuelas de Minersville a Lillian Gobitis, William Gobitis y Edmund Waslewski por este acto de insubordinación, a saber, el rehusarse a saludar a la bandera en nuestros ejercicios escolares”. *Ibid.* (se omiten citas internas).

⁹⁷ *Distrito Escolar de Minersville versus Gobitis*, 310 U.S. 586, 594-95 (1940).

La Corte sostuvo que la regla debía aplicarse a todos porque se trataba de una regla neutral de aplicación general. Ignorando la historia de su implementación, la Suprema Corte describió la norma como una “legislación de alcance general no dirigida contra las lealtades doctrinales de sectas específicas”.⁹⁸

La decisión de la Suprema Corte desató una ola de persecuciones contra los testigos de Jehová en todo el país.⁹⁹ Se informaron cientos de ejemplos de justicia por mano propia contra los testigos de Jehová que se negaban a saludar a la bandera ni bien pasó una semana después de la decisión.¹⁰⁰ Esto incluyó golpizas perpetradas por hordas furiosas, el incendio de salones del Reino de los Testigos de Jehová y ataques a casas donde se creía que vivían testigos de Jehová. El profesor de Derecho de Harvard, Noah Feldman, realizó la siguiente descripción sobre estas reacciones: “Para algunos observadores horrorizados, la impresión era que la Suprema Corte, al negar a los niños el derecho constitucional a que se los exceptuara del saludo, había declarado abierta la temporada de caza de los Testigos”.¹⁰¹

Uno de los episodios más escandalosos tuvo lugar en el condado de York, Maine:

Dos Testigos fueron golpeados en Sanford el 8 de junio, cuando se rehusaron a ejecutar el saludo. Al día siguiente, en Kennebunk, un automóvil lleno de hombres convenientemente provistos de rocas de tamaño apto para arrojar, “pararon de casualidad” frente al Salón del Reino de los Testigos de Jehová, que además servía como hogar del siervo de compañía. Los Testigos, que ya estaban nerviosos después de dos semanas de tensión, recibieron a los visitantes a los tiros, hiriendo seriamente a uno de ellos. Seis Testigos fueron arrestados por intento de homicidio. Mientras tanto, una turba enfurecida de 2.500 personas, al no poder llegar a los prisioneros, saqueó e incendió el

⁹⁸ Distrito Escolar de Minersville versus Gobitis, 310 U.S., en 594.

⁹⁹ Manwaring, nota *ut supra* 95, en 163.

¹⁰⁰ *Ibid.* en 163-86.

¹⁰¹ Noah Feldman, *Scorpions: The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices* 185 (2010).

Salón del Reino, luego se dirigieron a Biddeford para atacar casas donde ellos sospechaban que había Testigos de Jehová...¹⁰²

Entre otros incidentes, toda la población adulta de Litchfield, Illinois, se reunió para atacar a sesenta testigos de Jehová; en Rawlins, Wyoming, una muchedumbre liderada por la Legión Estadounidense se dirigió a un campamento organizado por los testigos de Jehová como parte de los preparativos para una reunión regional y los obligó a salir del Estado; en Nebraska, un testigo fue sacado de su casa con artimañas, secuestrado y castrado; en Little Rock, Arkansas, obreros que trabajaban en las obras de un gasoducto federal, armados, golpearon a un grupo de testigos e hirieron de bala a dos; en Klamath Falls, Oregon, una horda de mil habitantes de la ciudad atacó un salón del Reino.¹⁰³ Estas reacciones representan una advertencia sobre lo que las personas son capaces de hacer cuando el valor de la uniformidad se considera como algo importante en extremo.

Lo que es notable sobre esta historia es que apenas tres años más tarde, la Corte Suprema de Estados Unidos hizo algo que (pueden creerme cuando lo digo) no hace muy seguido: admitió su error.

La Corte Suprema revirtió su decisión. En *Dirección de Educación de Virginia Occidental versus Barnette*, la Corte sostuvo que cuando los funcionarios del Estado obligan a la participación en el saludo y el juramento a la bandera, “transcenden las limitaciones constitucionales de sus atribuciones e invaden las esferas del intelecto y el espíritu, que según la Primera Enmienda de nuestra Constitución, están protegidas contra todo tipo de control oficial”.¹⁰⁴ En una de las frases más citables (y citadas) en la historia de la Corte Suprema, el Juez Jackson, al escribir la opinión de la Corte, declaró: “Si hay una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ningún funcionario, ya sea alto o raso, puede determinar lo que será ortodoxo en la política,

¹⁰² Manwaring, nota *ut supra* 95, en 166. Manwaring observa, “El bien publicitado ataque en Maine puede haber tenido tanto que ver con el desencadenamiento de la persecución en otros lugares como la decisión *Gobitis* en sí”. *Ibid.* en 164-65.91, en 166.

¹⁰³ *Ibid.* en 163-86.

¹⁰⁴ *Dirección de Educación de Virginia Occidental versus Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

el nacionalismo, la religión u otras cuestiones de opinión, ni obligar a los ciudadanos a confesar mediante palabras o actos cuál es su creencia en estos ámbitos”.¹⁰⁵

Se había terminado todo ese discurso (salvo en el amargo disenso del Juez Frankfurter) de que la regla en cuestión era “legislación de alcance general no dirigida contra las lealtades doctrinales de sectas específicas”. Manwaring describe la disidencia de Frankfurter como “un grito de indignación prolongado y muy personal”.¹⁰⁶ Noah Feldman se muestra de acuerdo: “Frankfurter tomó la revocación de su opinión en *Gobitis* como una calamidad profesional y personal”. Feldman se refiere a la oposición de Frankfurter como “la opinión más agónica y agonizante registrada en cualquier documento de Estados Unidos”.¹⁰⁷ Frankfurter presentó una apasionada defensa de su filosofía de restricción judicial y enfatizó nuevamente el carácter regulatorio secular de la ley. Para Frankfurter, las leyes que imponen una carga al ejercicio religioso son constitucionales. Describió la norma como una “ley antidiscriminatoria” que “puede herir u ofender a algunas opiniones disidentes”.¹⁰⁸

Sin embargo, lograr esta revocación no fue fácil. En total, los testigos de Jehová tuvieron que presentarse seis veces ante la Corte Suprema para conseguir que el derecho a la conciencia estuviera libre de coerción con respecto al juramento a la bandera.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Barnette*, 319, U.S. en 642.

¹⁰⁶ Manwaring, nota *ut supra* 95, en 230,91.

¹⁰⁷ Feldman, nota *ut supra* 101, en 229.

¹⁰⁸ Frankfurter declara: “La esencia de la libertad religiosa garantizada por nuestra Constitución es por lo tanto la siguiente: ninguna religión debe recibir el apoyo del Estado ni incurrir en su hostilidad. La religión está excluida de la esfera del gobierno político... Mucho de lo que pertenece al área de la autoridad temporal afecta los intereses espirituales de los hombres. Pero no es suficiente anular una ley antidiscriminatoria que pueda herir u ofender a algunas opiniones disidentes... Únicamente en un estado teocrático las doctrinas eclesásticas miden lo que es legalmente bueno o malo”. *Barnette*, 319 U.S. en 654 (Frankfurter, J., disidencia).

¹⁰⁹ Manwaring, nota *ut supra* 95, en 249,91.

Ocasionalmente, los tribunales concluyen que las leyes que son en principio generales y neutrales apuntan inconstitucionalmente a una religión en particular. En 1993, los practicantes de la santería en Florida obtuvieron una victoria para la libertad religiosa cuando la Corte Suprema determinó que las ordenanzas municipales ostensiblemente generales y neutrales que buscaban prohibir los sacrificios animales tradicionales de esa religión eran inconstitucionales y las anuló.¹¹⁰ Cinco años más tarde, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito decidió que un departamento de policía no podía exigir que dos agentes (que iniciaron una demanda para impedirlo) se afeitaran la barba en violación de su fe musulmana suní, aunque el requisito era supuestamente general y neutral.¹¹¹

Como se ilustra en estos casos, no solo las leyes supuestamente generales y neutrales tienen efectos muy distintos sobre diferentes grupos de personas, sino que también su descripción misma como generales y neutrales es a menudo altamente sospechosa. En las controversias actuales sobre normas relacionadas con agencias de adopción, matrimonio entre personas del mismo sexo y dispositivos anticonceptivos entregados por el Estado, es muy difícil ver como generales y neutrales las reglas subyacentes que apuntan a cambiar el comportamiento, si no las actitudes subyacentes.

¹¹⁰ Iglesia de Lukumi Babalu Aye, Inc. versus Ciudad de Hialeah, 508 U.S. 520 (1993) (donde se describe cómo los funcionarios municipales, preocupados por el inminente establecimiento de una iglesia que practicaba la santería —incluso con el sacrificio ritual de animales vivos— adoptó apresuradamente ordenanzas que prohibían la matanza de animales dentro de los límites urbanos. En apariencia, las ordenanzas —neutrales y generales en su redacción— estaban destinadas a proteger la moral pública, la paz y la seguridad. Sin embargo, incluían excepciones que efectivamente permitían cualquier matanza, salvo si era por motivos religiosos. La presencia de estas excepciones llevó a la Corte a concluir que las leyes no eran neutrales ni generales, y no resistían un escrutinio judicial estricto).

¹¹¹ Fraternal Order of Police Newark Lodge No. 12 versus Ciudad de Newark, 170 F.3d 359 (3d Cir. 1998) (donde se sostiene que el requisito de la Ciudad de que los agentes de policía en funciones debían estar afeitados estaba destinado a promover una imagen que ayudaría a la policía a cumplir su deber. Sin embargo, existía una excepción para los policías que tuvieran un trastorno dermatológico que impidiera que se afeitaran. La presencia de una excepción secular intensificó el grado de escrutinio judicial, y la Corte decidió que, dado que conceder la excepción religiosa no minaría el objetivo del requisito en un grado mayor que la excepción médica, el requisito infringía la Cláusula de Libre Ejercicio).

¿Por qué cuento esta historia de ceremonias patrióticas obligatorias, del camino desde Gobitis hasta Barnette? Porque ilustra la potencia que puede tener la idea de que los valores de unidad y uniformidad pueden justificar el hecho de que se obligue a quienes están en desacuerdo a aceptar la visión de la mayoría o sufrir graves consecuencias. Lo que aprendemos de *Barnette* es que no tenemos que forzar la conformidad. Sin embargo, la razón pública no tiene razón para respetar la conciencia; la razón pública exigirá que todos reciban el mismo tratamiento.

Conclusión

De manera que, como conclusión, ¿para qué queremos la libertad religiosa? ¿Por qué debe importarnos?

Si nos importan los derechos humanos, la dignidad humana, no creo que estos constructos normativos puedan sobrevivir si negamos la libertad de los seres humanos de vivir según los dictados de su conciencia.

Si tememos al estatismo, a los estados monistas que no reconocen límites a su autoridad y consideran los derechos como dones otorgados por el Estado (y que el Estado como consecuencia también puede quitar), necesitamos algo como una perspectiva dualista, que diferencie entre la esfera de la autoridad estatal y otras esferas de autoridad que no pertenezcan al Estado. Los recursos intelectuales para un entendimiento dualista del poder limitado del Estado tienen sus raíces, históricas e intelectuales, en las formas religiosas de ver el mundo. Sin la religión, no estoy seguro de que tengamos los recursos intelectuales, morales o filosóficos para resistir la lógica imperial del estatismo.

Finalmente, si nos importa la conciencia, la existencia de un sentimiento o una voz interior que funciona como guía de la justicia o el error de nuestro comportamiento, debemos proteger la libertad religiosa. Las justificaciones de la protección de la conciencia fueron en primer lugar, y ante todo, justificaciones religiosas, y si la conciencia religiosa no recibe protección, no debemos esperar que otros fundamentos de la conciencia sean respetados tampoco.

Brett G. Scharffs

Provo, Utah

scharffsb@law.byu.edu

Artículo recibido el 1/3/2017