

RELIGIÓN, MORAL PÚBLICA Y DERECHO CONSTITUCIONAL*

DAVID A. J. RICHARDS**

Resumen: El presente trabajo analiza la configuración de las cláusulas relativas a la libertad religiosa incluidas en la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense, así como su relación con las cláusulas de libertad de expresión y la protección constitucional del derecho a la intimidad. El enfoque del presente trabajo se basa en la posición prevalente del principio de neutralidad en el derecho constitucional estadounidense como fundamento interpretativo de estas cláusulas.
Palabras clave: Libertad religiosa; neutralidad estatal; libertad de expresión; derecho a la intimidad.

Abstract: This work analyzes the configuration of the religion clauses included in the First Amendment to the U.S. constitution and its relation to the freedom of speech and constitutional privacy protection. The approach of this work is based on the prevalent position of the neutrality principle in U.S. Constitutional Law as the interpretative foundation for these clauses.

Keywords: Freedom of religion; state neutrality; freedom of speech; privacy right.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA TOLERANCIA LOCKEANA Y LA CLÁUSULA DE LIBERTAD RELIGIOSA; III. EL ALCANCE DE LA LIBERTAD RELIGIOSA; IV. EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN; V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD; VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El equilibrio adecuado entre pluralismo moral y colectividad es, en mi opinión, una cuestión interpretativa omnipresente en el Derecho constitucional estadounidense y en la jurisprudencia constitucional sobre la neutralidad estatal exigida por las cláusulas de libertad religiosa, de expresión y el derecho a la intimidad. Las limitaciones estatales a la

* Fecha de recepción: 3 de julio de 2012.

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2012.

** Profesor de Filosofía del Derecho. Universidad de Nueva York (NYU). El presente trabajo es una traducción del original del mismo autor titulado "Religion, Public Morality and Constitutional Law", publicado en J. R. PENNOCK/J.W. CHAPMAN (eds.), *Religion, Morality & the Law*, Nomos XXX, New York University Press, Nueva York, 1988. Esta traducción ha sido elaborada por Cristina García Grewe, Luis Gordo González y Domingo J. Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois. Desde el Consejo de Redacción de la RJUAM queremos agradecer al profesor Richards que haya autorizado esta traducción y toda su colaboración e interés.

libertad de religión, por ejemplo, son justificables, si acaso, únicamente sobre la base de una fuerte presencia de objetivos de neutralidad estatal¹. En un reciente libro, *Toleration and the Constitution*², he elaborado una tesis general acerca del papel de la historia, las convenciones interpretativas y la teoría política en la interpretación constitucional en general y he tratado de demostrar la fuerza interpretativa de este argumento en términos de una teoría unificada del valor de la neutralidad estatal presente en la interpretación de las cláusulas de libertad religiosa, de expresión y el derecho constitucional a la intimidad. En el presente trabajo, mi estudio se centra en un aspecto de dicha tesis, en concreto, en cómo la interpretación de la neutralidad respecto de la cláusula de libertad religiosa, cambiante a lo largo del tiempo, puede ser entendida de forma verosímil desde la perspectiva de un enfoque de la interpretación constitucional que enfoque con seriedad el papel diferencial de una determinada clase de teoría moral y política para desarrollar el mejor juicio interpretativo de nuestra historia y de nuestras cambiantes convenciones interpretativas. Sobre esta base, desarrollo propuestas correlativas sobre cómo deben entenderse los cambios comparados en la interpretación del argumento sobre la neutralidad fundamental en el derecho moderno sobre la libertad de expresión y el derecho constitucional a la intimidad. Mi idea principal es que el distintivo compromiso estadounidense respecto de las libertades de religión y de expresión y el derecho a la intimidad agrupa deliberadamente una teoría relacionada con las limitaciones al poder estatal que se aparta de modo radical de las concepciones tradicionales sobre la moral pública susceptible de ser impuesta.

II. LA TOLERANCIA LOCKEANA Y LA CLÁUSULA DE LIBERTAD RELIGIOSA

La cláusula de libertad religiosa de la Primera Enmienda parte y desarrolla la teoría clásica de la tolerancia religiosa desarrollada en las obras de John LOCKE, *Letters concerning Toleration*³, y la obra contemporánea de Pierre BAYLE, *Philosophique Commentaire*⁴. Esa teoría incorpora, de modo principal, aspectos críticos y constructivos interdependientes⁵.

La clave del ataque crítico de LOCKE y BAYLE a la teoría y práctica de la persecución religiosa agustiniana es su concepción de un criterio de justa ejecución para la conciencia errante⁶, en concreto, el argumento agustiniano es que la conciencia puede someterse al

¹ Vid. por ejemplo, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

² RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 1986.

³ Vid. *The Works of John Locke*, vol. 6, Thomas Davison, Londres, 1823.

⁴ BAYLE, P., “Philosophique Commentaire sur ces paroles de Jesus Christ “Contrain-les d’entree”, en *Oeuvres Diverses de Mr. Pierre Bayle*, vol. 2, Chez P. Husson et al., La Haya, 1727, pp. 357-560 (*Philosophique Commentaire*, en adelante).

⁵ Para un análisis más completo, vid. RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, op. cit., pp. 89-98.

⁶ *Ibid.*, pp. 86-88.

derecho penal cuando exprese una incapacidad deliberada para aceptar verdades religiosas evidentes. Sin embargo, todos tenemos un convencimiento acerca de la veracidad de nuestras creencias sobre la base de los cuales las creencias disidentes serán consideradas como incapacidades premeditadas para admitir verdades religiosas evidentes. De acuerdo con lo anterior, tal argumento justificaría la persecución universal que ni un dios justo, ni las leyes naturales podrían haber querido. En el fondo, un sistema teológico, entre otros también racionales, se basa en la medida de verdades que puedan ser impuestas.

Una concepción tan tendenciosa de una verdad racional impuesta corrompe, al mismo tiempo, la concepción de una equitativa libertad de la persona. La presunta persona irracional es, por dicho motivo, considerada como carente de libertad, viciada por un juicio trastornado. Este juicio de falta de libertad, considerado como la base de la persecución coercitiva, de hecho degrada perniciosamente la libertad que para LOCKE y BAYLE es el derecho inalienable de la conciencia: La conciencia se convierte en rehén de los juicios emitidos por otras personas. El valor moral del argumento a favor del derecho a la conciencia es que las personas son creadoras independientes de reivindicaciones y que las demandas éticas y de una divinidad ética, son ambas, en la práctica, sólo conocidas y efectivas en nuestras vidas cuando el derecho a la conciencia de las personas es respetado de un modo apropiado. De otro modo, las demandas éticas se confundirían con la opinión o preferencias populares.

La asociación de la conciencia religiosa con imperativos éticos es, desde luego, una característica constante en la tradición judeo-cristiana así como su concepción de una deidad ética interviniendo a lo largo de la historia⁷. LOCKE y BAYLE eran cristianos creyentes en esta tradición. Así, ellos consideraban que estaban devolviendo el Cristianismo a sus fundamentos éticos al recordar a los cristianos, por ejemplo, la tolerancia de los comienzos del periodo patrístico⁸. Los desacuerdos en teología especulativa, que habían servido de base a la persecución agustiniana de la herejía, eran, en su opinión, traiciones patentes de la esencia del Cristianismo; aquéllas imposibilitaban que las personas pudieran regular sus vidas con los simples y elevados imperativos éticos de la caridad cristiana.

De este modo, la crítica más profunda de la persecución agustiniana enarbolada por LOCKE y BAYLE se centraba en su corrupción de la religión, política y ética, y la motivación de sus argumentos en favor del derecho inalienable a la conciencia es una nueva y constructiva interpretación de qué es la ética y cómo se relaciona con la religión y la política. Así, LOCKE vincula la libre conciencia al ejercicio autónomo de la competencia moral de todas y cada una de las personas, como iguales democráticos, para reflexionar acerca de la naturaleza y contenido de las obligaciones morales impuestas a cada persona por una deidad

⁷ Sobre la fuerza distintiva de esta concepción en el estilo narrativo del Antiguo Testamento y el marcado rechazo de diferentes concepciones de la divinidad en culturas cercanas, *vid.* SCHNEIDAU, H., *Sacred Discontent: The Bible and Western Tradition*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1976; JACOBSON, D., *The Story of Stories*, Harper and Row, Nueva York, 1982; ALTER, R., *The Art of Biblical Narrative*, Basic Books, Nueva York, 1981.

⁸ *Vid.* por ejemplo, BAYLE, P., *Philosophique Commentaire*, *op. cit.*, pp. 387-388.

ética⁹, y considerar estas obligaciones centradas en un núcleo de estándares éticos mínimos reflejados en los Evangelios¹⁰. La ética, para BAYLE, al igual que para KANT, sólo es una fuerza central en la vida cuando sus principios se reconocen sin influencias externas y se integran de este modo en la vida del individuo¹¹. BAYLE, que se regocijaba en las paradojas, plantea la cuestión sin rodeos. Las creencias en verdades religiosas especulativas no aseguraban la salvación. Tales creencias eran objeto de fanatismo por la más grave falta de irreligión, en forma de las más atroces quiebras de obligaciones éticas y de caridad cristiana, es decir, la persecución religiosa; además, la falta de creencia en estas verdades, incluso el ateísmo, era consistente con una conducta decente¹². El aspecto central del respeto a la conciencia para LOCKE y BAYLE es el de asegurar que todos y cada uno de los individuos tengan garantizada la independencia moral para determinar la naturaleza y contenidos de las obligaciones éticas. La aplicación estatal de creencias religiosas sectarias contamina esta libertad moral inalienable a través de la aplicación ejecutiva de desacuerdos teológicos especulativos que distorsionan el fundamento central de esta concepción democrática de la ética en lo que se considera como religión verdadera.

La nueva concepción de la ética, para LOCKE y BAYLE, se encuentra motivada por lo que ellos consideran como la visión distintiva de Dios en la tradición judeo-cristiana – una deidad personal y superiormente ética¹³. Alcanzamos a conocer a este Dios, en parte, a través de la realización de nuestra naturaleza ética, nuestras capacidades creativas morales de racionalidad y sensatez como personas hechas a su imagen y, al mismo tiempo, a la del resto de personas. En esta concepción, la religión no nos sitúa en una jerarquía ontológica característica de muchas de las tradiciones culturales en el mundo¹⁴, sino que, en realidad, permite liberar de modo efectivo un respeto por las personas expresivo de nuestra libertad, racional y razonable. El derecho a la conciencia tiene el papel central que tiene en una justa politeía al permitir la autodeterminación moral.

⁹ Vid. en general, COLMAN, J., *John Locke's Moral Philosophy*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1983.

¹⁰ Vid. LOCKE, J., *The Reasonableness of Christianity*, I.T. Ramsey (ed.), Stanford University Press, Stanford, 1958.

¹¹ BAYLE, P., *Philosophique Commentaire*, op. cit., pp. 367-372 y 422-433.

¹² Vid. REX, W., *Essays on Pierre Bayle and Religious Controversy*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1965, pp. 51-60 y 62-65.

¹³ Sobre la importancia de esta concepción en la conformación de las narrativas del Antiguo Testamento y la repulsión contra las religiones cercanas, vid. SCHNEIDAU, H., *Sacred Discontent...*, op. cit.; JACOBSON, D., *The Story of Stories...*, op. cit. Sobre la impersonalidad en el concepto hindú de lo divino, vid. DANTO, A., *Mysticism and Morality*, Harper, Nueva York, 1973, pp. 40-41. Sobre la personalidad en la concepción occidental de lo divino y su más amplia significación cultural para la ética, política y ciencia occidental, vid. DE ROUGEMONT, D., *Man's Western Quest*, M. Belgion (trad.), Greenwood, Westport, Connecticut, 1973.

¹⁴ De este modo, van Leeuwen percibe inquietudes anti-ontocráticas peculiarmente occidentales. Vid., en general, VAN LEEUWEN, A.T., *Christianity in World History*, M.M. Hoskins (trad.), Scribners, Nueva York, 1964. Cf. ALBRIGHT, W., *From the Stone Age to Christianity*, Doubleday Anchor, Garden City, Nueva York, 1957.

Esta concepción –que la independencia ética y el derecho a la conciencia son complementarios– conduce a una desviación radical frente a otras tradiciones políticas, en concreto, al principio enunciado por LOCKE de que los fines de las religiones sectarias no son cuestiones legítimas del estado¹⁵. El principio enunciado por LOCKE se opone de forma natural a erosionar la moral pública y la estabilidad política, de modo específico cuando fue elaborado posteriormente para incluir la secularización en Virginia y bajo la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense¹⁶. La experiencia política hasta ese momento asociaba la religión con la coerción estatal y con otros apoyos, de modo que muchos especulaban sobre cómo un estado podría ser estable cuando todas las religiones fueran independientes del mismo. BAYLE y LOCKE respondían planteando que el civismo pacífico podría ser restaurado únicamente cuando se abandonara la persecución religiosa, ya que la persecución por sí misma crea las inestabilidades de los irresolubles conflictos sectarios¹⁷. En efecto, su argumento sugiere que la antigua percepción sobre la moral pública impuesta, siendo ella misma el resultado de la persecución religiosa, era en sí misma moralmente corrupta.

Debe entenderse este alegato de la corrupción moral en el contexto de un rompecabezas fundamental para los cristianos demócratas como LOCKE: ¿Cómo puede ser que una religión como el cristianismo, una religión basada en la equidad y civismo democráticos para LOCKE, haya sido durante mucho tiempo asociada en Occidente con la legitimación de instituciones antidemocráticas como la monarquía hereditaria? La cuestión es particularmente dolorosa para LOCKE y los revolucionarios americanos lockeanos un siglo más tarde, en la medida en que creían que, de hecho, un cristianismo protestante correctamente entendido proporcionaba la ética para la autodeterminación personal que posibilitaba la teoría y práctica del autogobierno democrático. ¿Cómo podía el cristianismo durante milenios haber traicionado sus objetivos esenciales de emancipación, degradando la libertad humana a la aceptación de jerarquías de privilegios y poder moralmente arbitrarias? Es una característica distintiva de la tradición democrática americana que eligió responder la cuestión no en términos de un escepticismo religioso voltairiano hostil a la religión como tal, una visión que gravita en la conocida práctica británica y europea de una latitudinaria iglesia oficial que civiliza y que domina la religión para fines estatales en la línea de la concepción erastiana de la religión civil de ROUSSEAU¹⁸. Más bien, el pensamiento americano deriva de un análisis alternativo sobre cómo el cristianismo se corrompió políticamente desde

¹⁵ La afirmación de este principio es el objeto de la primera *Letter Concerning Toleration*, *Works of John Locke*, op. cit., pp. 5-58.

¹⁶ Por ejemplo, la oposición al desestablecimiento de la Iglesia Anglicana de Virginia, llevada a cabo por Patrick Henry y a Richard Henry Lee, se centró en la idea de que alguna forma de establecimiento plural era necesario para preservar la moral pública en el estado. Vid. ECKENRODE, H.J., *Separation of Church and State*, Da Capo Press, Nueva York, 1971, p. 74.

¹⁷ En el caso de Locke, vid. *Works of John Locke*, op. cit., pp. 7-9; en el caso de Bayle, vid. BAYLE, P., *Philosophique Commentaire*, op. cit., pp. 415-419.

¹⁸ Vid. ROUSSEAU, J.J., “The Social Contract”, en *The Social Contract and Discourses*, G.D.H. Cole (trad.), Dutton, Nueva York, 1950, pp. 129-141.

su propósito esencial por su papel como iglesia oficial, sugiriendo de este modo una base internamente religiosa y moral para atacar la idea misma de una iglesia oficial.

Thomas JEFFERSON, autor de la Carta por la libertad de religión de Virginia, argumentaba de este modo, bajo la influencia de KAMES¹⁹ y BOLINGBROKE²⁰, que la historia de la intolerancia agustiniana en Occidente corrompió la ética occidental, incluyendo un correcto entendimiento de los evangelios, a través de teología especulativa²¹. De hecho, el compromiso de JEFFERSON con la teoría ochocentista de que un sentido moral daba un sentido más convincente a los argumentos de LOCKE y BAYLE de que la intolerancia agustiniana había corrompido tanto la religión como la ética²². La violación del derecho a la conciencia no se interpretó, por JEFFERSON, entre otros, como una corrupción del sentido moral en si mismo²³. El análisis radical de JEFFERSON sobre esta corrupción moral se asocia con una cura radical no prevista por LOCKE ni BAYLE, en concreto, como un ataque a la religión oficial como tal. JEFFERSON, frente a LOCKE, elabora de modo expreso la idea moral subyacente del respeto a la conciencia incluyendo no sólo el libre ejercicio, sino cualquier forma de exigencia religiosa para el ejercicio de los derechos civiles o cualquier obligación de soportar gravámenes para salvaguardar creencias religiosas, incluidas las propias. Para JEFFERSON la idea misma de una religión oficial, asociando el poder estatal con el apoyo a las creencias religiosas sectarias, fue el origen histórico de la corrupción del

¹⁹ Vid. KAMES, H.H., *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, R. Wellek (ed.), Garland Publishing, Nueva York, 1976, pp. 136-149.

²⁰ Vid. LORD BOLINGBROKE, *The Works of Lord Bolingbroke*, vol. 3, Frank Cass, Londres, 1967, pp. 373-535.

²¹ Vid. KOCH, A., *The Philosophy of Thomas Jefferson*, Peter Smith, Gloucester, Massachusetts, 1957, pp. 9-39. Sobre el vínculo establecido por Jefferson entre persecución religiosa y corrupción moral y religiosa, vid. JEFFERSON, T., *Notes on the State of Virginia*, W. Peden (ed.), University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1955, pp. 159-161; y “Preface to Bill for Religious Freedom” en *The Papers of Thomas Jefferson, 1777-1779*, vol. 2, J. Boyd (ed.), Princeton University Press, Princeton, 1950, pp. 545-546. En su etapa de madurez, Jefferson apoyó las opiniones de Joseph Priestley sobre la corrupción del verdadero Cristianismo. Vid., en general, ADAMS, D. (ed.), *Jefferson's Extracts from the Gospels*, Princeton University Press, Princeton, 1983, pp. 14-30. Los intentos de Jefferson de criticismo bíblico estaban motivados por el deseo para separar el grano de la paja.

²² Tanto Shaftesbury como Hutcheson, quienes dan forma a la contemporánea teoría del sentido moral, niegan específicamente que el concepto de ética dependa de la voluntad o del castigo divino. Vid., por ejemplo, TERCER CONDE DE SHAFTESBURY (COOPER, A.A.), “An inquiry Concerning Virtue”, en *British Moralists*, L.A. Selby-Bigge (ed.), Dover, Nueva York, 1965, pp. 15-16, 23-24, 45-47; HUTCHESON, F., “An inquiry Concerning the Original of our Ideas of Virtue or Moral Good”, en *British Moralists*, L.A. Selby-Bigge (ed.), Dover, Nueva York, 1965, pp. 71-72, 79, 85-86, 90-92, 122-123, 125. En la medida en que la experiencia de la ética se define mediante un sentido moral independiente, el contenido mismo de dicha ética depende del ejercicio de este sentido natural, en los términos del cual se define nuestro concepto de un buen y justo dios, no en sentido contrario. En este sentido, la corrupción de este sentido moral corrompería, en cambio, nuestra capacidad para conocer la voluntad divina. Por el contrario, en la medida en que para Locke el conocimiento de la ética requiere del conocimiento de la voluntad divina y no a la inversa, únicamente la corrupción de la verdad específicamente religiosa resultaría en la corrupción de la ética. Para los creyentes en la teoría del sentido moral en el siglo XVIII, la corrupción de la propia ética es el origen de todas las restantes corrupciones.

²³ Vid. infra nota anterior.

cristianismo desde sus esenciales objetivos emancipatorios: La dependencia de la religión en el poder estatal “*tiende sólo a engendrar hábitos de hipocresía y mezquindad, son una desviación del plan del sagrado autor de nuestra religión... y... ha establecido y mantenido religiones falsas a lo largo de mayor parte del mundo y a través de todo el tiempo*”²⁴. Desde esta perspectiva, el cristianismo consume su propósito esencial de autodeterminación moral y, de este modo, hace posible el autogobierno político cuando las personas, libres de cualquier incentivo estatal, ven garantizado su derecho y responsabilidad fundamental como iguales democráticos para reconocer, expresar y revisar los objetivos organizativos primordiales de sus vidas morales y personales. Una religión sobre igualdad democrática se convierte en el vehículo y soporte de tal igualdad sólo cuando su independencia del poder estatal habilita a las personas como iguales democráticos para comprender y actuar sobre su ética de igualdad democrática. El resultado de los aspectos críticos y constructivos de dicho argumento para la libertad religiosa es, como advirtió claramente LOCKE, una distinción políticamente operativa entre la búsqueda legítima por parte del estado de sus objetivos ampliamente neutrales entre todas las formas de conciencia y el uso ilegítimo del poder estatal para reforzar o refrendar conciencia sectaria. BAYLE, aun sin ser un contractualista en su teoría política, propuso un modo de establecer la distinción llamativamente contractualista: “*Yo le pediría en primer lugar que se mantuviera apartado de sus intereses personales y de las actitudes de su nación y que luego se preguntara a si mismo esta cuestión: Si una determinada costumbre fuera introducida en un país en el que no hubiera sido utilizada, ¿sería merecedora de ser aceptada tras un examen libre y crítico?*”²⁵.

El argumento lockeano, mucho más explícitamente contractualista, define los objetivos estatales aceptables desde una perspectiva de neutralidad como los: “[i]ntereses civiles... *vida, libertad, salud y prosperidad corporal; y a la posesión de bienes externos, tales como el dinero, tierra, casa, mobiliario y cosas semejantes*”²⁶.

El ejercicio legítimo del poder estatal se encuentra así limitado a la búsqueda de determinados bienes generales que todas las personas desearían como condición previa para cualquier otro que pudieran querer. La idea no es que esos bienes definan qué hace valiosa una vida. Más bien, la búsqueda estatal de dichos fines define los límites del poder estatal legítimo precisamente porque esos bienes no definen cuestiones fundamentales, pero son los bienes polivalentes coherentes con la clase de independencia interpretativa que se requiere sobre cuestiones que conciernen al derecho inalienable a la conciencia²⁷. La teoría lockeana de la tolerancia no permitiría al poder estatal que prohibiera rituales religiosos que implicaran sacrificios infantiles (acabar con una vida, un bien general) mientras que una prohibición estatal de sacrificios animales (sin que el acabar con una vida animal sea

²⁴ JEFFERSON, T., “*Preface to Bill for Religious Freedom*”, *op. cit.*, p. 545.

²⁵ Cf. *The Great Contest of Faith and Reason: Selections from the Writings of Pierre Bayle*, K. Sandberg (ed.), Frederick Unger, Nueva York, 1963, pp. 45-46.

²⁶ Cf. “*Letters Concerning Toleration*”, en *Works of John Locke*, *op. cit.*, p. 10.

²⁷ *Vid.* RAWLS, J., “*Social Unity and Primary Goods*”, en *Utilitarianism and Beyond*, A. Sen/B. Williams (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 159-185.

un bien general) podría ser impedida²⁸. La justificación por los objetivos neutrales del estado se interpreta así por referencia a una teoría de fondo de los bienes generales, es decir, como términos para la justificación secular del poder coercitivo estatal aceptable para todas las personas comprometidas, como una comunidad normativamente pluralista, al derecho inalienable a la conciencia como un derecho de fondo.

Las cláusulas de religión de la Primera Enmienda a la constitución estadounidense están claramente moldeadas por el argumento lockeano con un efecto más radical que el previsto por LOCKE. James MADISON, el arquitecto de la Primera Enmienda y el principal defensor en Virginia del exitoso extracto de la Carta por la Libertad Religiosa de JEFFERSON, se aseguró que la Primera Enmienda no sólo protegía el interés lockeano en el libre ejercicio religioso, sino también el desarrollo de JEFFERSON del argumento lockeano para prohibir la oficialidad de la religión por el Estado²⁹. Tanto la cláusula de libre ejercicio como la de prohibición de oficialidad muestran claramente la distinción lockeana entre los objetivos estatales legítimos e ilegítimos. Cualquier infracción de la libertad religiosa del libre ejercicio, por ejemplo, sólo puede ser justificada por un imperioso propósito estatal de carácter secular³⁰, y la prohibición de oficialidad exige que el estado no apoye ninguna clase de enseñanzas sectarias religiosas sino que busque únicamente los objetivos seculares neutralmente aceptables³¹.

La teoría política contractualista tiene un papel importante a desarrollar en la comprensión de estas previsiones constitucionales desde el momento en que una forma defendible de teoría contractualista contemporánea expresa mejor su concepción inspiradora. Como expongo extensamente en otro lugar, una teoría contractualista que otorga un lugar central a nuestras capacidades morales de racionalidad y sensatez satisface dicho test³². Esta teoría nos posibilita de modo natural el entendimiento e interpretación de las cláusulas de religión como una protección coordinada del derecho inalienable a la conciencia, el derecho a formar, expresar y revisar nuestros intereses de primer orden en una vida racional y moralmente razonable³³. La cláusula de libre ejercicio protege de este modo la expresión de creencias religiosas y sus ritos de la coerción estatal; y la cláusula de prohibición de la oficialidad protege la formación y revisión de las opiniones personales y morales fundamentales de los

²⁸ Vid. "Letters Concerning Toleration", en *Works of John Locke*, pp. 33-34.

²⁹ Vid. en general, CURRY, T., *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 134-158 y 193-222.

³⁰ Vid., por ejemplo, *Shebert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

³¹ Vid., por ejemplo, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

³² Defiendo la proposición de que la teoría contractualista es la mejor teoría en este contexto en RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, op. cit., vid. también, RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971; "Kantian Constructivism in Moral Theory", *Journal of Philosophy*, núm. 77, 1980, p. 515. Cf. RICHARDS, D.A.J., *A Theory of Reasons for Action*, Clarendon Press, Oxford, 1971.

³³ Vid. en general, RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, op. cit., pp. 121-162.

incentivos estatales. Ambas cláusulas limitan el poder estatal en cada área a los objetivos seculares neutralmente aceptables definidos por la teoría contractualista³⁴.

III. EL ALCANCE DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Para entender cómo la teoría contractualista asiste a la tarea de interpretar las cláusulas sobre libertad religiosa, examino aquí una cuestión abstracta de la teoría moral y política que influye directamente sobre una serie de cuestiones relativas a la interpretación de la jurisprudencia sobre las cláusulas que establece la libertad religiosa, es decir, la interpretación adecuada de la neutralidad constitucional. Lo que está en cuestión es la conexión entre la jurisprudencia interpretativa de la cláusula sobre libertad religiosa y las concepciones de fondo de la ética natural. Por ejemplo, los supuestos básicos sobre la ética natural —ética teológica de LOCKE³⁵, frente a la teoría moral de sentido de la Ilustración americana³⁶— son una importante fuente de desacuerdo interpretativo sobre los principios de la tolerancia de LOCKE, y, por lo tanto, sobre el significado de las cláusulas sobre neutralidad religiosa. La negativa de JEFFERSON a seguir a LOCKE en la exclusión de los católicos y ateos de la protección de la Ley de Virginia para la Libertad Religiosa refleja sus propios presupuestos de fondo³⁷, asimismo muchos cambios históricos posteriores en la interpretación de estas cláusulas giran en torno a cambios similares en el pensamiento. Por ejemplo, cuando el juez STORY, apodado el Cristiano Protestante, que era de facto la religión oficial de los Estados Unidos, asumió que el protestantismo era un solo indicador de la ética misma. En consecuencia, STORY no encontró ninguna violación de la neutralidad constitucional en la imposición estatal de la oración o lectura de la Biblia en las escuelas públicas, o en los procesamientos por blasfemia, o en la exclusión de ateo de los cargos públicos³⁸. Si hoy existe una objeción constitucional a esas prácticas, esta debió modificar nuestras ideas acerca de si el cristianismo protestante podía justamente considerarse por más tiempo como un sustituto de la ética como tal.

Estos desacuerdos se corresponden con las motivaciones morales del argumento a favor de la tolerancia universal afirmado contemporáneamente por LOCKE y BAYLE: La

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Vid.* en general, COLMAN, J., *John Locke's Moral Philosophy*, *op. cit.*

³⁶ *Vid.* supra nota 22.

³⁷ Para las exclusiones de Locke *vid.*: LOCKE, J., *Works of John Locke*, vol. 6, *op. cit.*, pp. 45-47 (católicos); p.47 (ateos). Para las exclusiones comparables de Bayle, *vid.* BAYLE, P., *Philosophique Commentaire*, *op. cit.*, pp. 410-15 (católicos); p.431 (ateos). En contraste, para Jefferson la Ley para la Libertad religiosa no contempla ninguna excepción para los católicos o ateos, las notas de Jefferson sobre Locke dejan claro que la omisión es intencionada. Señalando a las excepciones de Locke Jefferson señala: “*dónde él se detuvo en seco, nosotros podemos seguir adelante*”. *Cf.* “*Preface to Bill for Religious Freedom*”, *op. cit.*

³⁸ *Vid.* STORY, J., “*Commentaries on the Constitution of the United States*”, extractado por SCHAFF, P. en “*Church and State in the United States*” en *Papers of the American Historical Association*, Putman, Nueva York, 1888, vol. 2, núm. 4, pp. 128-30.

motivación de su argumento a favor del derecho inalienable a la conciencia es, como hemos visto, una nueva interpretación de lo que es la ética, es decir, una ética de la independencia moral democrática de igual a igual, y sobre cómo se conecta la religión a la política democrática. Sin embargo, debido a que tanto LOCKE como BAYLE entendían la independencia moral como una búsqueda de los mandatos de la ética divina, ellos excluyeron el ateísmo del ámbito de aplicación de la tolerancia universal³⁹. Aunque los ateos pueden actuar moralmente como BAYLE reconoce claramente⁴⁰, carecen de la actitud epistémica adecuada de mente abierta a los mandatos éticos, los mandatos no comprometidos de un Dios personal y ético⁴¹. Y la exclusión de los católicos de la tolerancia no se dirige en contra de su culto (BAYLE condena la coacción y muchas otras cosas)⁴², sino contra lo que LOCKE y BAYLE consideraban su compromiso con la intolerancia y la defensa del derrocamiento sedicioso del legítimo gobierno protestante⁴³.

En consecuencia, el sentido de la teoría política de la tolerancia está ligado a una filosofía moral afín a la ética democrática por la propia estructura del argumento de la tolerancia. La interpretación de las cláusulas sobre neutralidad religiosa, incluyendo el alcance de la tolerancia, pondrán en juego cómo se resuelven las cuestiones de fondo de la teoría política y filosofía moral.

En efecto, existen diferentes posiciones alternativas sobre el alcance de la libertad religiosa y sobre las teorías asociadas de la ética democrática –por ejemplo, los teócratas de Massachusetts, LOCKE y BAYLE, teóricos de sentido moral, y los filósofos morales contemporáneos. Los teócratas Massachusetts suponen que el conocimiento natural de la ética puede ser corrompido por el error y por el conocimiento ético asociado con la lectura de la Biblia en cierta manera altamente específica⁴⁴. LOCKE y BAYLE creen que podemos llegar a conocer la ética mediante nuestra tendencia natural a inferir la existencia de Dios y su voluntad para con nosotros: creían que la Biblia ayudaba y era asistida por esa investigación en el conocimiento ético⁴⁵. Los sentimentalistas argumentaron que sabemos lo qué es éticamente correcto por nuestro sentido moral incorruptible independiente de la voluntad de Dios, un sentido confirmado, sin embargo, por una interpretación adecuada de la Biblia y reforzada por la creencia en una vida futura⁴⁶. La teoría moral contemporánea –

³⁹ *Vid. supra* nota 37.

⁴⁰ *Vid. REX, W., Essays on Pierre Bayle and Religious Controversy, op. cit.*, pp. 51-60, 62-65, y el texto de acompañamiento.

⁴¹ Para Bayle, como para Kant, actuar de acuerdo con la ética, como un ateo podría, debe distinguirse de actuar por motivos éticos bien entendidos, lo que no podría hacer un ateo de acuerdo con Bayle.

⁴² Por ejemplo, Bayle insiste que los católicos no deberían ser objeto de estigma, ni deberían ver amenazadas sus propiedades, ni debería impedirles educar a sus hijos de acuerdo a sus creencias. *Vid. BAYLE, P., Philosophique Commentaire, op. cit.*, p. 412.

⁴³ *Vid. nota* 37.

⁴⁴ *Vid. por ejemplo, MILLER, P., Orthodoxy in Massachusetts 1630-1650*, Harvard University Press, Cambridge, 1933.

⁴⁵ *Vid. notas* 9-12 y el texto que acompaña.

⁴⁶ *Vid. nota* 22.

deontológica, utilitaria, o intuicionista- analiza el razonamiento ético independientemente de razonamientos religiosos o de creencias en el más allá⁴⁷. Es de suponer que todas estas teorías éticas en el orden más o menos dispuesto dictarán un ámbito inclusivo correspondientemente más amplio de la tolerancia universal: desde la creencia en Dios y la lectura de la Biblia de cierta forma (de los teócratas de Massachusetts), a la creencia en Dios y la lectura de la Biblia (de LOCKE y BAYLE), a la creencia en Dios (de algunos sentimentalistas), a la creencia en Dios tanto como el agnosticismo y el ateísmo (otras posturas de sentido moral y teorías morales contemporáneas).

Las actitudes sobre la interpretación de la Biblia son una guía histórica útil para la ampliación del ámbito de la tolerancia, y una cuestión de fondo importante en las controversias sobre la jurisprudencia de la neutralidad religiosa en la constitución de los Estados Unidos. Debemos poner estas controversias en el contexto de la tradición histórica que ellas reflejan y detallan. LOCKE y BAYLE, por ejemplo, son cristianos protestantes, una tradición en busca del cristianismo puro de la Biblia, en el que uno está solo en la búsqueda de una guía, sola scriptura⁴⁸. Pero la diversidad metainterpretativa alentada por el humanismo y la Reforma también desató la diversidad en los estilos de interpretación de la Biblia (ERASMO, LA PEYRÈRE, Richard SIMON, SPINOZA)⁴⁹. LOCKE y BAYLE se tomaron en serio la amplia gama de desacuerdos sobre la interpretación de la Biblia que las personas razonables pueden, a la vista de esta diversidad metainterpretativa, tener; de hecho, ellos concibieron el respeto al derecho a la conciencia, la tierra de la tolerancia universal, como medio para facilitar el ejercicio de un juicio razonable, incluyendo tanto la razonabilidad epistémica como la práctica⁵⁰. Así entendido, la esencia de su argumento en favor de la tolerancia es que el Estado no puede dictar normas sobre la interpretación de la Biblia (como hizo la intolerancia católica)⁵¹, sino que debe permitir el ejercicio independiente de la epistémica y la

⁴⁷ Sobre la teoría deontológica *vid.* GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, University of Chicago Press, Chicago, 1978; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, *op. cit.*; RICHARDS, D.A.J., *A Theory of Reasons for Action*, *op. cit.*; GAUTHIER, D., *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford, 1986. Sobre la teoría utilitarista, *vid.* HARE, R.M., *Moral Thinking*, Clarendon Press, Oxford, 1981; BRANDT, R., *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford, 1979. Sobre la teoría intuicionista *vid.* ROSS, W.D., *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, 1930; PRICHARD, H.A., *Moral Obligation*, Clarendon Press, Oxford, 1949.

⁴⁸ *Vid.* SYKES, N., “The Religion of Protestants”, en S.I. Greenslade (ed.), *The Cambridge History of the Bible*, vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, pp. 175-98.

⁴⁹ *Vid.* BOUYER, L., “Erasmus in Relation to the Medieval Biblical Tradition”, en G.W.H. Lampe (ed.), *The Cambridge History of the Bible*, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, pp. 492-505 y POPKIN, R., *The History of Scepticism from Erasmus to Spinoza*, University of California Press, Berkeley, 1979, pp. 214-48.

⁵⁰ Bayle, por ejemplo, claramente lleva a las normas de interpretación de la Biblia los estándares de racionalidad moral que para él no puede violar un dios ético. *Vid.* BAYLE, P., *Philosophique Commentaire*, *op. cit.*, pp. 367-72. Por su parte, Locke trae a la Biblia tanto como se encuentra en los Evangelios, el mínimo de racionalidad ética. *Vid.* LOCKE, J., *The Reasonableness of Christianity*, *op. cit.*

⁵¹ *Vid.* por ejemplo, LOCKE, J., *Works of John Locke*, vol. 6, *op. cit.*, pp. 26, 145, 194, 366 (comparando la intolerancia con la infalibilidad del Papa), 401,407, 411, 412, 517, 531, 532; BAYLE, P., *Philosophique Commentaire*, *op. cit.*, p. 438. Bayle también condena la asunción de la infalibilidad, p. 438.

racionalidad práctica de las personas como iguales democráticos en la adopción, expresión y revisión de las normas por ellos mismos. Todas las personas razonables, una vez otorgada la oportunidad de estudiar la Biblia, deben creer en Dios y que la Biblia es la palabra de Dios; no obstante, se les debe permitir que determinen racional y razonablemente bajo sus propios estándares qué es la verdad. Esta libertad sólo garantiza la religión pura y una ética práctica. Elisha WILLIAMS, pariente de Jonathan Edwards, defiende precisamente este punto de vista en 1744 en su defensa de la conciencia y tolerancia tan típica del consenso normativo americano sobre estas cuestiones, girando en torno al único compromiso constitucional estadounidense de principios anti-laicos⁵².

LOCKE y BAYLE, así como Elisha WILLIAMS, reconocen implícitamente que la tolerancia universal debe extenderse mucho más lejos si el juicio racional y razonable, garantía del derecho a la conciencia, logra sus objetivos éticos subyacentes: una ética de la competencia moral de iguales democráticos. Si bien las normas católicas de interpretación de la Biblia no pueden ser impuestas por ley, si personas razonables adoptaran tales normas su decisión deberá ser respetada si es consciente, como indudablemente es, con un respeto tolerante de los derechos de los demás. Una vez que las concepciones de la racionalidad moral, bajo el impacto de la teoría del sentido moral, no están vinculadas a la voluntad de Dios, el respeto al independiente juicio racional es razonable que no pueda exigir la creencia en Dios en general o en la Biblia en particular. JEFFERSON, por ejemplo, creía en un Dios deísta, en una vida futura y, al igual que LOCKE, en la sabiduría ética esencial de los evangelios convenientemente editados (ver la Biblia de JEFFERSON)⁵³. Pero al parecer su estudio de toda la vida y el interés por la ética pagana le llevaron a dudar de que el cultivo y el ejercicio de la racionalidad moral requirieran tal creencia⁵⁴. Una aguda sensibilidad a las cuestiones de razonable diversidad metainterpretativa acerca de la ética y sus fuentes llevaron a JEFFERSON a creer que el argumento de que la ética cristiana era superior a la ética pagana era un argumento con el cual las personas razonables podrían no estar de acuerdo⁵⁵. La premisa implícita de este argumento es que las personas racionales y razonables pueden llevar a cabo y expresar su integridad personal y ética a través de otras creencias distintas de las cristianas centradas en las creencias religiosas de la Biblia o en las creencias en el más allá⁵⁶. Si las personas racionales y razonables pudieran darse cuenta de su integridad

⁵² Vid. WILLIAMS, E., *The Essential Rights and Liberties of Protestants*, Kneeland and Green, Boston, 1744, p. 33.

⁵³ Vid. ADAMS, D. (ed.), *Jefferson's Extracts from the Gospels*, op. cit.

⁵⁴ Sobre la visión religiosa y ética de Jefferson, vid. *ibid.*, *Introduction*, pp. 3-42. Cf., KOCH, A., *The Philosophy of Thomas Jefferson*, op. cit., pp. 1-43.

⁵⁵ Vid. ADAMS, D. (ed.), *Jefferson's Extracts from the Gospels*, op. cit. pp. 3-42. El intento de Jefferson de integrar el estudio de los moralistas clásicos con la ética ilustrada de los Evangelios refleja las tensiones entre las fuentes clásicas y cristianas propias de la diversidad metainterpretativa de la Reforma y la Ilustración. Vid. en general, GAY, P., *The Enlightenment: An Interpretation: Vol. 1. The Rise of Paganism*, W.W. Norton, Nueva York, 1966, pp. 207-419.

⁵⁶ Para los antecedentes históricos de los debates sobre una vida en el más allá de siglo XVII vid., en general, WALKER, D.P., *The Decline of hell*, University of Chicago Press, Chicago, 1964.

a través de otro tipo de creencias y otros textos, además de la Biblia, debería respetarse su conciencia. La concepción del alcance de la tolerancia universal, ampliando de este modo por JEFFERSON, para incluir no sólo a los católicos sino también a los ateos.

Si esto era así en el contexto histórico de JEFFERSON, las nociones contemporáneas de la tolerancia universal difícilmente pueden ser menos generosas. Sin duda, el consenso americano del siglo XIX en la jurisprudencia sobre la cláusula de neutralidad religiosa refleja una comprensión de la ética más alejada de LOCKE que de JEFFERSON. Este es el consenso que el juez STORY articuló cuando apeló al establecimiento de facto del cristianismo protestante en los Estados Unidos, a las permitidas imposiciones estatales de oración y lectura de la Biblia en las escuelas públicas, a los juicios sobre la blasfemia y a la exclusión de los ateos de los cargos públicos. Pero en los siglos XIX y XX se produjo una serie de desarrollos en la crítica bíblica y en la ciencia, con mayor nitidez en la delimitación entre las afirmaciones religiosas y éticas, e incluso la crítica de la religión por razones éticas. Esta evolución, en mi opinión, ha debilitado irremediabilmente la concepción del juez STORY.

Para resumir una historia larga y compleja: La evolución de la historiografía y la crítica bíblica ha erosionado permanentemente una concepción monolítica de las creencias y fuentes esenciales de los cristianos protestantes⁵⁷. Los avances en la ciencia han ampliado aún más la diversidad metainterpretativa como, por ejemplo, sobre la forma de conciliar las pretensiones epistémicas de la ciencia, como la evolución, con la tradicional interpretación de la Biblia⁵⁸. Correlativa con la diversidad metainterpretativa radical con respecto a creencias y fuentes religiosas esenciales, está acorde una apreciación más crítica de la autonomía de la ética⁵⁹, motivado por nuestra necesidad de una base ética común basada en la diversidad radical metainterpretativa, es decir, de una ética de respeto de igual centrado en todo uso de bienes en general. De hecho, una ética autónoma puede ser necesaria internamente desde un punto de vista religioso si expresa mejor, como pueda, las motivaciones

⁵⁷ Vid., por ejemplo, BROWN, J., *The Rise of Bible Criticism in America, 1800-1870*, Wesleyan University Press, Middletown, Connecticut, 1969; NEILL, S., *The Interpretation of the New Testament 1861-1961* Oxford University Press, Nueva York, 1966; HATCH, N.; NOLL, M., *The Bible in America*, Oxford University Press, Nueva York, 1982; BARR, J., *The Bible in the Modern World*, SCM Press, Londres, 1973. Sobre las divisiones resultantes dentro del Protestantismo, vid. HUTCHISON, W., *The Modernist Impulse in American Protestantism*, Harvard University Press, Cambridge, 1976; MARTY, M., *Righteous Empire*, Dial press, Nueva York, 1970; SANDEEN, E., *The Roots of Fundamentalism and American Culture*, Oxford University Press, Nueva York, 1980. Sobre el debate entre creyentes y no creyentes vid. MARTY, M., *Varieties of Unbelief*, Anchor, Nueva York, 1966; Idem, *The infidel: Freethought and American Religion*, World Publishing, Cleveland, 1961.

⁵⁸ Vid. en general: GILLESPIE, C., *Genesis and Geology*, Harvard University Press, Cambridge, 1951; GREENE, J., *The Death of Adam*, Iowa State University Press, Ames, 1959. Para la respuesta a Darwin de la religión Americana, vid. AHLSTROM, S., *A Religion History of the American People*, Yale University Press, New Haven, 1972, pp. 766-72.

⁵⁹ Vid. en general, OUTKA, G.; REEDER, J., *Religion and Morality*, Anchor, Garden City, Nueva York, 1973; HELM, P. (ed.), *Divine Commands and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1981; cf. QUINN, P., *Divine Commands and Moral Requirements*, Clarendon Press, Oxford, 1978; MITCHELL, B., *Morality Religious and Secular*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

éticas de una religión en la que nuestras facultades morales se expresan plenamente en una ética de respeto a la igualdad de todas las personas cuya dignidad es la imagen de Dios en nosotros⁶⁰. Desde esta perspectiva, la independencia ética incluso de los no creyentes puede expresar mejor el espíritu de la religión profética éticamente que la actitud del creyente religioso convencional cuyas opiniones reflejan y no examinan éticamente la inhumanidad, a menudo cruel, de la moralidad convencional⁶¹.

Por otra parte, algunas de las más influyentes perspectivas contemporáneas critican la religión como éticamente represiva, y afirman que la alternativa agnóstica, o incluso atea, son más expresivas de la realización de una comunidad de respeto igualitario⁶². Tal concepción, de ser cierta, cambia la exclusión tradicional de los ateos de la tolerancia universal; la defensa de la religión, no así el ateísmo, quedaría de este modo excluida de la tolerancia universal.

Ninguno de estos pensamientos nos obliga a mantener la creencia de que Dios o la verdad de la Biblia sean falsos, o que alguna de las proposiciones alternativas defendidas sea legítima. Pero sí establecen la línea general del pensamiento de JEFFERSON: Las personas pueden realizar su dignidad personal y ética expresando sus principios morales de racionalidad y razonabilidad través de la creencia en alguna de estas proposiciones. Nuestra concepción de la razonable diversidad metainterpretativa, en el ejercicio de nuestra libertad de conciencia, se ha ampliado, en todo caso, más allá de la idea de JEFFERSON sobre los argumentos y fuentes razonables. El alcance de la tolerancia universal debe ser correspondientemente mayor.

Este tipo de análisis aclara el cambio en el tiempo del ámbito de la tolerancia universal y los argumentos constitucionales afines sobre el significado y la aplicación de la neutralidad constitucional en virtud de la cláusula de religión de la Primera Enmienda. Por ejemplo, de acuerdo con el análisis que aquí se propone, la cláusula anti-establecimiento ha sido interpretada para prohibir toda forma de apoyo estatal a la enseñanza religiosa, por ejemplo, la aprobación estatal de oraciones en las escuelas públicas⁶³, o la adaptación del plan de estudios al credo de una secta religiosa como a las controversias creacionistas⁶⁴. Y una línea importante de la jurisprudencia sobre la cláusula de religión sugiere que el derecho fundamental protegido por las cláusulas sobre religión no puede limitarse a las formas convencionales de la creencia teísta⁶⁵.

⁶⁰ Cf. ALLPORT, G., *The individual and His Religion*, Macmillan, Nueva York, 1950.

⁶¹ *Vid.* en general, MARTY, M., *Varieties of Unbelief*, *op. cit.*

⁶² *Vid.*, por ejemplo, NIELSEN, K., *Ethics Without God*, Prometheus Books, Buffalo, Nueva York, 1973. Cf. MUZZEY, D., *Ethics as a Religion*, Frederick Ungar, Nueva York, 1951.

⁶³ *Vid.*, por ejemplo, *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 97 (1962); *Abington School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203(1963); *Wallace v. Jafree*, 105 S.Ct. 2479, 466 U.S. 924 (1985).

⁶⁴ *Vid.* *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968); *McLean v. Arkansas Board of Education*, 529 F. Supp., 1255 (F.D. Ark, 1982).

⁶⁵ *Vid.* *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944); *Torcaso v. Walkins*, 367 U.S. 488 (1960); *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965). No obstante, *cf.* *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205.216 (1972). Para

Este análisis puede clasificar grandes temas del pluralismo moral y comunitario explicando cómo y por qué una dinámica interpretativa de la tolerancia universal ha motivado una poderosa vinculación interna de un pluralismo moral más generoso y una concepción más global e imparcial del ámbito legítimo de la moral comunitaria. La interpretación constitucional aquí, y en las áreas afines de la libertad de expresión y la privacidad constitucional, expresa una reflexión crítica sobre las líneas perdurables de los argumentos de principios y cómo deben ser elaborados con el tiempo de acuerdo con su teoría de la motivación política y moral. Así que interpretar nuestra Constitución es también interpretar nuestra historia, pero no servil o estúpidamente. De hecho, la reflexión interpretativa puede hacer posible un entendimiento esclarecedor de las contradicciones de nuestra tradición constitucional, una tradición con las garantías más completas de la libertad religiosa y, sin embargo, capaz, como John Stuart MILL observó con amargura, de la más salvaje persecución religiosa (de los mormones)⁶⁶. Esta reflexión nos puede permitir ver en la jurisprudencia de otra manera los acontecimientos no vinculados a las cláusulas constitucionales sobre religión, libertad de expresión y privacidad como autocrítica que concluye en un acuerdo con la contradicción y la incoherencia, en efecto motivado por una integridad de argumentos y principios comunes. Brevemente expondré este argumento examinando la jurisprudencia actual sobre la libertad de expresión y la privacidad constitucional.

IV. EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La estructura interpretativa del régimen actual de la libertad de expresión en los Estados Unidos tiende a ampliar los tipos de comunicación protegidos por las cláusulas de libertad de expresión y de prensa de la Primera Enmienda y a prohibir la restricción de las comunicaciones por el Estado dirigida a lo que se conoce como restricción a la libertad de expresión con base en el contenido, salvo que exista un peligro claro e inminente de un daño muy grave. La regulación actual de la libertad de expresión destaca por la extensión del ámbito de expresión protegido, así como por los muy exigentes requisitos que establece para superar el test del peligro claro e inminente. Creo que cada uno de estos desarrollos se explica por el análisis contractual aquí propuesto.

Comenzamos señalando que el poder judicial ha erosionado o restringido profundamente la concepción tradicional de que existen una serie de emisiones comunicativas (claramente “expresión” en cualquier sentido razonable de este término) que se encuentran excluidas de la protección que brindan los valores de la libertad de expresión. La lista tradi-

un comentario sobre estos pronunciamientos, *vid.* RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, *op. cit.* pp. 129-33, 141-46.

⁶⁶ *Vid.* MILL, J.S., *On Liberty*, A. Castell (ed.), Appleton-Century-Crofts, Nueva York, 1947, pp. 92-93.

cional incluye los discursos subversivos⁶⁷; la incitación a la violencia⁶⁸; la difamación, tanto de grupos como de individuos⁶⁹; la obscenidad⁷⁰; la publicidad comercial⁷¹ y otros similares. La moderna Corte Suprema ha reexaminado y reformulado la tradicional exclusión de estas formas de expresión de la protección otorgada por la libertad de expresión: el discurso subversivo⁷² y la difamación de grupos⁷³ ahora se encuentran plenamente protegidas, y gran parte de lo que tradicionalmente constituían incitación a la violencia⁷⁴, obscenidad⁷⁵ y publicidad⁷⁶ se encuentran ahora mucho más protegidas que antes.

Creo que esta expansión del ámbito de protección de la libertad de expresión descansa sobre la misma clase de cambio en la aplicación de la neutralidad constitucional que la ya examinada en sede de la jurisprudencia sobre la cláusula de religión. Por la misma razón por la que actualmente ningún tipo de distinción entre las diferentes formas de conciencia (religiosa o no religiosa) parece compatible con la igualdad en el respeto de la independencia moral, las exclusiones tradicionales de la libertad de expresión comprometen ahora la igualdad en el respeto a la integridad comunicativa que imponen los valores constitucionales de la libertad de expresión en aras de la libertad de conciencia considerada en sí misma. El Derecho constitucional estadounidense ha comprendido que la aplicación de mecanismos de protección de la libertad de expresión neutros no puede excluir el discurso subversivo, pues este discurso es, en muchas ocasiones, precisamente la clase de expresión independiente de la última crítica social, política y moral, esencial para el respeto de las diversas formas de independencia moral en una sociedad plural⁷⁷. Creo que incluso el ámbito tradicional de la idea de obscenidad ha sido erosionado a la vista de una serie de formas legítimas de pluralismo moral referidas a distintos estilos de sexualidad y de vida, impensables en la sociedad moralmente homogénea y sexualmente represiva que influía en la forma en la que los reformadores puritanos implementaron, a través de las leyes contra la obscenidad, la moralidad sexual victoriana en Gran Bretaña y los Estados Unidos⁷⁸. Si esa moralidad sexual es actualmente objeto de un debate concienzudo por la sociedad en general, debido a que posiblemente sea en sí misma inmoral por represiva e injusta, el ámbito tradicional de lo obsceno ya no puede ser considerado neutral, porque se ha producido un cambio en

⁶⁷ *Vid.*, por ejemplo, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁷⁰ *Vid. Roth v. United States*, 354 U.S. 176 (1957).

⁷¹ *Vid. Breard v. Alexandria*, 341 U.S. 622 (1951).

⁷² *Vid. Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁷³ *Vid. Collin v. Smith*, 578 (1978).

⁷⁴ *Vid.*, por ejemplo, *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972).

⁷⁵ *Vid.*, por ejemplo, *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

⁷⁶ *Vid.*, por ejemplo, *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976). No obstante, *vid. Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S. -(1986).

⁷⁷ Para un estudio más completo, *vid. RICHARDS, D.A.J., Toleration and the Constitution, op. cit.*, pp. 178-187.

⁷⁸ Para un estudio más completo, *vid. RICHARDS, D.A.J., "Free Speech and Obscenity Law. Toward a Moral Theory of the First Amendment"*, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 123, 1974, p. 45.

las concepciones subyacentes, similar a las razones por las cuales el ámbito tradicional de la jurisprudencia sobre la cláusula de religión ya no es neutral⁷⁹.

De forma correlativa a la expansión del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión, la Corte Suprema ha sido cada vez más exigente en la prueba de la existencia de un claro e inminente peligro requerido para la restricción de la libertad de expresión basada en el contenido. De este modo, la Corte ha pasado de un test de tendencia altamente respetuoso⁸⁰ a un test del daño agregado esperable, menos respetuoso, pero aún débil⁸¹, a los actuales requisitos bastante exigentes, referidos a daños graves que sean altamente probables y no refutables a través de los modelos habituales de diálogo y debate en la sociedad en general⁸². Esta moderna interpretación del daño claro e inminente es, en mi opinión, el desarrollo jurisprudencial –en sede de la libertad de expresión– del test de la legitimidad de la actuación del Estado, establecida por primera vez por JEFFERSON en su Carta de Virginia por la Libertad de Religión como un criterio para interferir en la libertad de religión, “que, para los legítimos fines del gobierno civil, es tempestiva la intervención de sus agentes, cuando los principios desembocan en actos abiertamente contrarios a la paz y el orden” y que el curso normal para refutar una creencia nociva es “la libertad de argumentación y el debate”, lo que resulta consistente con la libertad de creencias⁸³. JEFFERSON formula este test como una vía para asegurar que la mera objeción a un determinado sistema de creencias religiosas no puede justificar por sí misma restricciones al ejercicio de esa creencia, puesto que, con frecuencia, las mayorías democráticas van a confundir su infelicidad y su desaprobación de las afirmaciones de una religión extraña con una amenaza de daños seculares. En consecuencia, el Estado tiene que limitar cualquier restricción de las creencias religiosas a casos en los que existan estos daños seculares, por ejemplo, el caso señalado por LOCKE de un ritual religioso que implica el sacrificio de un niño. Pero el mismo patrón de intolerancia, conocido en las injustas persecuciones religiosas, también está presente en la censura de la libertad de expresión y la moderna Corte ha entendido, correctamente, que los mismos mecanismos de protección aplicables a la independencia moral, fundamental para nuestra concepción jeffersoniana de la libertad de religión, resultan igualmente de aplicación, por una cuestión de principios, a la libertad de expresión. La lec-

⁷⁹ Para un estudio más completo, *vid.* RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, *op. cit.*, pp. 203-209.

⁸⁰ En este test resultaba suficiente que el discurso peligroso pudiera tender, por ejemplo, a frustrar fines estatales legítimos. *Vid.*, por ejemplo, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁸¹ Este test se centraba en el resultado obtenido de descontar el posible daño de la probabilidad de que se produjera, de modo que el discurso subversivo con un probabilidad muy reducida de ser efectivo podía ser recortado si el posible daño, consistente, por ejemplo, en derrocar al gobierno constitucional de los Estados Unidos, era tan grave que la reducida probabilidad multiplicada por la gravedad del daño daba un resultado muy elevado. Por supuesto, esta fue la teoría que permitió a la Corte Suprema recortar legítimamente el discurso del Partido Comunista Americano, ya que, aun siendo la probabilidad de éxito reconocidamente infinitesimal, el daño era tan grave como para justificar el recorte en aplicación del test de los daños agregados esperables. *Vid. Dennis v. United States*, 344 U.S. 494 (1951).

⁸² *Vid. Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

⁸³ *Papers of Thomas Jefferson*, *op. cit.*, p. 546.

ción de la caza de brujas de McCARTHY es, como su propio nombre sugiere, precisamente el error común y el remedio para la persecución política y religiosa.⁸⁴

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD

Finalmente, la misma erosión de la comprensión tradicional de lo que es el legítimo debate moral —que hemos visto en sede de la libertad de religión y de expresión— también explica la evolución en el Derecho Constitucional estadounidense del derecho constitucional a la intimidad. Según lo interpreto, el derecho constitucional a la intimidad protege, principalmente, el derecho a mantener relaciones íntimas de las que, por supuesto, el ejemplo tradicional es la relación marital, frente a la interferencia coercitiva del Estado.⁸⁵ Creo que ese derecho era, claramente, uno de los protegidos implícitamente por la Novena Enmienda, por la cláusula de privilegios e inmunidades del Artículo IV y, finalmente, por la cláusula de privilegios e inmunidades de la Decimocuarta Enmienda.⁸⁶ En todo caso, la necesidad de proteger este derecho constitucional como una cuestión constitucional viva surgió en la relativamente reciente era moderna, cuando la idea tradicional de un argumento moral constitucionalmente neutro evolucionó en la forma ya vista en relación con la libertad de religión y de expresión. Cuando la Corte Suprema sentenció que la posibilidad de proceder penalmente contra la poligamia mormona en el asunto *Reynolds c. United States*⁸⁷ era conforme a la garantía constitucional de la libre práctica religiosa consagrada en la Primera Enmienda, lo hizo con base en razones que asimilaban la neutralidad moral de la prohibición de la poligamia a la prohibición del asesinato de niños o de la esposa en un sacrificio o ritual religioso. No creo que esa decisión podría adoptarse hoy en día con la misma facilidad, precisamente porque nuestra visión moral del derecho de familia está siendo objeto de un profundo debate entre feministas y la sociedad en general. Mi reflexión es más amplia, no se refiere a lo correcto o erróneo de *Reynolds* entonces o ahora, sino al tipo de consenso reinante en Estados Unidos sobre la moral de las relaciones maritales en el contexto temporal de *Reynolds*, que hacía que casi cualquier prohibición aplicable a las relaciones maritales pareciera basada en razones constitucionalmente neutras, no sectarias y, por tanto, en líneas generales, justamente implementadas. Desde este punto de vista, los requisitos constitucionales para recortar un derecho fundamental como el matrimonio se cumplían de conformidad con las mismas razones por las que se justificaba el recorte

⁸⁴ Si, como he sugerido, el derecho básico a la libertad de conciencia debe interpretarse hoy de modo que incluya todas las formas de conciencia (teísta, agnóstica y atea), entonces la supresión del marxismo es, en sí misma, una forma de persecución religiosa en el sentido constitucionalmente reprobable. Una de las grandes religiones seculares de la edad moderna es injustamente suprimida por la Ley. Sobre el marxismo como religión o anti-religión herética, *vid.* NEEDHAM, J., *Science in Traditional China*, Harvard University Press, Cambridge, 1981, pp. 122-131.

⁸⁵ *Vid.* KARST, K., “The Freedom of Intimate Association”, *Yale Law Journal*, núm. 80, 1980, p. 621.

⁸⁶ *Vid.* RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, *op. cit.*, pp. 232 y 256.

⁸⁷ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

del derecho a la libertad religiosa y, por lo tanto, no se elaboraron los argumentos sobre el derecho constitucional a la intimidad.

El desarrollo del derecho constitucional a la intimidad en el Derecho estadounidense refleja la erosión de la creencia en la neutralidad de este tipo de prohibiciones morales. Cuando la Corte Suprema reconoce el derecho constitucional a la intimidad en *Griswold v. Connecticut*⁸⁸, protege el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos, porque cualquier justificación para la prohibición penal del uso de anticonceptivos parecía entonces claramente sectaria y, por tanto, no neutral. Ningún argumento plausible relativo a daños seculares, a los demás o a uno mismo, podía justificar estas leyes. Al contrario, el uso de anticonceptivos permitía a las parejas casadas limitar el crecimiento de la población de un modo políticamente deseable para la sociedad en general y promovía el bien racional de las parejas casadas en general y de las mujeres casadas en particular, permitiéndoles controlar la reproducción y explorar la dimensión sexual de las relaciones personales de una forma humanamente satisfactoria. En este contexto la condena moral de la anticoncepción como homicidio del no nato (Santo Tomás)⁸⁹ debe considerarse como una visión metafísicamente no neutral, que no puede ser impuesta justamente al conjunto de la sociedad. Las percepciones que subyacen a esta visión no son las premisas ampliamente compartidas que dejan al Estado en una posición neutra entre interpretaciones sectarias concurrentes sobre diferentes bienes generales. Más bien, la imposición de estas percepciones a través de la prohibición del uso de anticonceptivos pone al Estado al servicio de una conciencia sectaria en un ámbito central de la justa independencia moral, tanto de las mujeres como de los hombres, en el ejercicio de poderes morales constructivos definitivos de un valor vital permanente. Desde que la justificación moral de la prohibición de los anticonceptivos no se considera neutral, ha perdido su validez y, comprensiblemente, la Corte Suprema ha extendido el derecho constitucional a la intimidad para proteger un derecho fundamental tradicionalmente reconocido⁹⁰.

Tanto los componentes empíricos como normativos de muchas visiones morales tradicionales sobre la anticoncepción y similares, pueden haber sido, en su momento, objeto de un amplio consenso, incluyendo a las personas más tolerantes e ilustradas. Desde la perspectiva de este tipo de creencias incontrovertidas, las prohibiciones impuestas por el Estado, incluso referidas a derechos humanos centrales como la libertad de conciencia, de

⁸⁸ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 179 (1965).

⁸⁹ Tomás de Aquino desarrolla la concepción de la legitimación exclusiva del sexo con finalidad procreativa de una forma sorprendente. De la emisión de semen fuera de la procreación en el matrimonio escribió: “Después del pecado del homicidio por el que una naturaleza humana ya existente es destruida, este tipo de pecado parece producirse en siguiente lugar, ya que a través de él se impide la generación de la vida humana.” AQUINO, T. de, *On the Truth of Catholic Faith: Summa contra Gentiles*, V. Bourke (trad.), Image, Nueva York, 1956, ap. 2 capítulo 122(9), p.146.

⁹⁰ Para un estudio más completo *vid.* RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, *op. cit.*, pp. 256-261.

expresión y el derecho a la intimidad resultan justificables para todas las personas sensatas⁹¹ y constituyen, por lo tanto, justificaciones razonables para recortes, incluso de derechos fundamentales. Sin embargo, con frecuencia, concepciones empíricas y normativas son objeto de muchas críticas razonables como consecuencia de errores empíricos o de las cambiantes circunstancias sociales o de nuevas elaboraciones de los principios centrales de justicia o de humanidad. El previo consenso universal sobre estas creencias se hace añicos y con él se pierde la posibilidad de justificar su neutralidad constitucional como fundamento para recortar los derechos fundamentales. Lo que una vez fueron concepciones normativas comunes a todas las formas de conciencia razonable, ahora son objeto de un debate sectario y de división. De ahí que su imposición a través de una ley sea el equivalente funcional de la injusticia que LOCKE y BAYLE identificaron como la imposición de la teología especulativa a través de la Ley: la invención de órdenes y jerarquías que corrompen y degradan los poderes morales, esencialmente humanos, para la autodeterminación. En suma, las leyes coercitivas ya no satisfacen el requisito constitucional de una justificación neutral para el recorte de derechos fundamentales y, un derecho constitucional como el de la intimidad se encuentra adecuadamente elaborado en nuestra ley y adecuadamente aplicada al uso de los anticonceptivos.

La posterior construcción por la Corte Suprema del derecho constitucional a la intimidad (su aplicación al aborto⁹² y al uso de pornografía en el domicilio⁹³, su inaplicación respecto de la homosexualidad consentida)⁹⁴ es, por supuesto, enormemente controvertida y no resulta posible tratar aquí estas cuestiones⁹⁵. La abstracción de la interpretación que propongo del derecho constitucional a la intimidad es tanto una construcción basada en principios, como un argumento sobre el impacto de los cambios en el trasfondo de la comprensión de la neutralidad constitucional en el ámbito tradicionalmente reconocido a los derechos fundamentales –referido en este caso al derecho al matrimonio, en otros al derecho a la libertad de conciencia y de expresión– de los cambios en el trasfondo de la comprensión de la neutralidad constitucional.

VI. CONCLUSIONES

La idea general común a esta evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de religión, de expresión y sobre el derecho constitucional a la intimidad estiba en el impacto de un creciente ámbito y comprensión del pluralismo moral legítimo, basado en una tradición constitucional comprometida de forma central con la tolerancia de las

⁹¹ Cf. SCANLON, T.M., “Contractualism and Utilitarianism” en *Utilitarianism and Beyond*, pp. 103-28.

⁹² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁹³ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

⁹⁴ *Doe v. Commonwealth's Attorney*, 403 F. Supp. 1199 (E.D. Va. 1975), confirmando la sentencia apelada, 125 U.S. 901 (1976), *Rowers v. Hardwick*, 54 U.S. Law Week 4919 (adoptada el 30 de junio de 1986).

⁹⁵ Examino estas cuestiones en RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, *op. cit.*, pp. 261-280.

formas de conciencia, expresión y de vida que no causan daños seculares a otros. Como he sugerido, el impacto es la consecuencia de un compromiso contractual central del Derecho Constitucional estadounidense con el derecho inalienable a la libertad de conciencia, a saber, a nuestros poderes de autodeterminación moral de racionalidad y razonabilidad⁹⁶.

Esta forma de conectar política, religión y ética ha sido históricamente original, vinculando, como lo hace, las garantías constitucionales de las libertades básicas de conciencia, expresión e intimidad con el respeto por el ejercicio de los poderes morales esenciales para la autodeterminación. Desde este punto de vista las personas no se encuentran más integradas natural o necesariamente en jerarquías de privilegio y poder de lo que se encuentran fatalmente encadenadas a algún orden metafísico de ser. Una sociedad justa se estructura, más bien, de un modo tal que permita a las personas vivir en una comunidad cooperativa, plenamente expresiva de su libertad racional y razonable, una comunidad en la que el respeto por uno mismo y por los demás sean recursos complementarios de la vida personal, moral y política.

Una comunidad justa, así comprendida, debe examinar y revisar su concepción del ámbito del poder estatal imponible a la luz de estos valores. En otro caso, las concepciones naturales del orden de las cosas (por ejemplo, del papel de la mujer) pueden expresar además, en una reflexión crítica, otra jerarquía de dominación que corrompe en esta medida nuestras capacidades morales constructivas. He sugerido que el mandato constitucional de neutralidad expresa este imperativo y esta restricción sobre el poder coercitivo del Estado para imponer la moralidad tradicional. Nuestro examen de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de religión, de expresión y el derecho a la intimidad muestra cómo este mandato es naturalmente sensible a las formas en que el ámbito del legítimo debate ético se ha abierto para incluir el debate crítico sobre la moralidad tradicional que afecta a ciertos derechos fundamentales. Gran parte de la moralidad tradicional no va a afectar a estos derechos y mucha de la que se refiere a estos derechos va a superar el análisis, por ejemplo, la prohibición de homicidio, violación o secuestro en el seno de la familia, conductas todas constitutivas de daños seculares que cumplen el requisito constitucionalmente exigido para la intervención del Estado, incluso, en el delicado ámbito de las relaciones íntimas. Pero no sostenemos la legitimidad de las prohibiciones impuestas por el Estado porque son tradicionales, sino porque están al servicio de la ética de la autodeterminación en sede de la libertad moral que, como he sugerido, es la moralidad diferenciadora de la libertad constitucional.

⁹⁶ ¿Depende la forma de pensar que defiendo aquí de la teoría contractualista frente a otras teorías políticas (por ejemplo, el utilitarismo)? En RICHARDS, D.A.J., *Toleration and the Constitution*, *op. cit.*, argumento que la teoría contractualista, correctamente entendida es la mejor forma para comprender estas cuestiones.