

PRÓLOGO

Cuando se dice que el derecho europeo es un «derecho de profesores» y el angloamericano un «derecho de jueces», se está diciendo una verdad a medias. Desde luego, los grandes juristas de la tradición continental son, preferentemente, de extracción académica; los más prestigiosos de la tradición jurídica estadounidense suelen ser de origen judicial. Sin embargo, como se ha advertido, no sería fácil entender la evolución del derecho estadounidense sin tener en cuenta las aportaciones de Facultades de Derecho como Harvard, Yale o Columbia, o la de autores como Roscoe Pound, Arthur Corbin o Christopher Langdell. Al tiempo, los tribunales europeos –en especial, los Constitucionales– en muchas ocasiones marcan el ritmo del ordenamiento positivo del derecho continental.

Esto explica que el autor de esta excelente monografía ya señale en su Introducción la gran trascendencia «que la doctrina académica tiene en las construcciones judiciales» norteamericanas. Por dos razones: la primera, porque aportaciones académicas a través de las sentencias acaban convirtiéndose en doctrina jurisprudencial; la segunda, porque –como es natural– la doctrina científica penetra a través del continuo flujo de profesores universitarios incorporados a la carrera judicial.

Hecha esta matización, apresurémonos a decir que si se quiere conocer bien el Derecho estadounidense es imprescindible hacerlo desde la óptica de la evolución jurisprudencial, pues en Estados Unidos una cuestión constitucional solo puede suscitarse en el conflicto real entre litigantes que inevitablemente habrá de decidir un juez, que a su vez, a través de la doctrina del *stare decisis*, vinculará a generaciones enteras de jueces.

Hamilton decía que la judicatura –en cuyo corazón mismo se mueve este libro– era la «menos poderosa de las tres ramas del poder estatal», ya que «el poder judicial no tiene ni la potencia de la espada ni la del dinero». Se equivocaba. La Historia del Supremo demuestra que nunca un organismo tan pequeño ha desempeñado tanto poder. Conviene recordar que pocos nombramientos que un presidente puede hacer tienen tanto impacto sobre el futuro del país como designar un magistrado para el Tribunal Supremo. Las opiniones de los elegidos afectan el curso de toda la sociedad y la vida

de los ciudadanos, para las generaciones venideras. Y no olvidemos el viejo dicho de que «el pueblo puede cambiar el Congreso, pero solo Dios puede cambiar la Suprema Corte», ya que el cargo es vitalicio.

Basten algunos ejemplos. Cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos ordenó a Nixon entregar las cintas grabadas en el Despacho Oval, precipitó su dimisión por el escándalo *Watergate*, con resultados incalculables en la geo-política mundial. De hecho, la subida al poder de Ford cambió profundamente el impacto del coloso norteamericano en Vietnam, China, Europa, Israel. La decisión del Supremo de detener el recuento de los votos decisivos de Florida catapultó a la Presidencia a George W. Bush produciendo una verdadera revolución en las relaciones internacionales. La guerra de Irak condujo a una crisis en las relaciones EEUU-Europa; España irrumpió en la escena internacional de un modo absolutamente inédito, impulsada por el maridaje de Bush-Aznar; la política ecológica de medio mundo cambió. Incluso las políticas antiterroristas sufrieron un impacto que revolucionó su propia concepción. Cuando en 1973 el tribunal Supremo amplió el aborto con su sentencia *Roe vs. Wade*, no solo desató una avalancha de abortos en EEUU (unos 60 millones hasta los datos de 2005, es decir, casi dos millones de abortos anuales), sino que produjo un efecto dominó en decenas de legislaciones extranjeras. En fin, en el momento en que el presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos el Día de la Proclamación toma juramento al nuevo presidente, se produce una transferencia de poderes que no tiene igual en la Historia.

Como advierte Burt Neuborne –siguiendo a Ronald Dworkin– un juez americano (incluido los del TS) suele contemplar el texto constitucional como «una novela por entregas». Los autores de la Constitución escribieron el primer capítulo, pero cada generación judicial posterior tiende a escribir nuevos capítulos, que se entrelazan entre sí en una «red de principios y precedentes que hacen del moderno enjuiciamiento constitucional americano un espectáculo fascinante de creatividad condicionada».

El libro del que el autor me pide esta Presentación es un ejemplo de ese «espectáculo fascinante de creatividad condicionada». Centrado sobre la Primera Enmienda a la Constitución americana, este imponente trabajo que el lector tiene entre las manos es una síntesis histórica de todo el Derecho estadounidense. Así que el libro es un ambicioso examen de tres temáticas que se entrecruzan: la historia del Derecho norteamericano hasta la Corte Rehnquist, un estudio de lo que el Tribunal Supremo ha supuesto en esa etapa, y –sobre todo– cómo la Corte Suprema ha aplicado la libertad religiosa, en las dos vertientes en que la contemplan las dos iniciales cláusulas de la Primera Enmienda: la de libre ejercicio (*free exercise*) y la de no establecimiento de la religión (*non-establishment*).

Amablemente, el autor hace referencia a algunas conversaciones que, hace años, tuvimos sobre un posible tema de tesis doctoral. Incidentalmente le hablé de la posibilidad de adentrarse en el tratamiento de la libertad religiosa en el sistema estadounidense. El profesor Rubio califica de «providente» mi intervención. La verdad es que lo providencial ha sido la asombrosa aportación que el autor ha hecho a la construcción jurídica de la primera libertad en el conjunto de las dos principales

obras que le ha dedicado. Me refiero a *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión* (Eunsa, Pamplona 2006), con Prólogo del Profesor Palomino Lozano, eminente colega de la Universidad Complutense, (que fue el que efectivamente dirigió esta inicial obra del Profesor Rubio López), y ésta segunda, que el autor ha denominado *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*.

Los siete capítulos de esta obra, más las conclusiones (con la extensión y el vigor de un nuevo capítulo), constituyen una verdadera obra arquitectónica, en el que el lector es dirigido con mano firme por complejas estancias que el autor va iluminando y haciéndolas cercanas. El Derecho, a los profanos, no es infrecuente que aparezca como un enigmático castillo que solamente levanta la niebla que lo envuelve cuando los inevitables avatares de la vida ponen al ciudadano (una hipoteca, un contrato de inquilinato, un problema de tráfico etc.) en contacto con algunos de los puentes levadizos al que se accede. En los largos intervalos el misterio suele rodear las construcciones jurídicas.

Ese misterio y ese enigma es necesario desvelarlo, no solo a los colegas, sino también al ciudadano que suele contemplarlo en la distancia con cierto estremecimiento. El profesor Rubio logra, en la obra que me honro en presentar, el doble objetivo de enfrentar vigorosamente al jurista con una temática no siempre familiar para el jurisperito de la tradición romano-canónica y presentar, al tiempo, al no jurista un fascinante panorama de un tema crucial cuyo hábitat es un país (Estados Unidos) que desempeña un papel hegemónico en un mundo que ha sustituido la tensión bipolar por una civilización monopolar, con tendencia a la multipolaridad.

La libertad religiosa en Estados Unidos, así como los choques conciencia contra ley y religión frente a secularismo es un tema crucial en la historia y en el presente de Estados Unidos. Desde luego el autor no deja de plantear crudamente la importante veta secularista que hoy se detecta en la sociedad americana, hasta el punto de hablarse de «guerra cultural» entre creyentes y quienes ven la religión como una «reliquia histórica», sin embargo esa contienda es de mucha menor intensidad que en Europa y sus orígenes son distintos. Por varias razones.

La primera es que el propósito de la separación entre las Iglesias y el Estado en Estados Unidos no fue –por decirlo en palabras de William McLoughlin– «el de hacernos a los americanos libres de la religión, sino más bien el de hacernos oficialmente libres para la práctica de la misma». Quiere decirse con esto que el trasfondo histórico que enmarcó el tratamiento jurídico del factor religioso en Estados Unidos fue muy distinto del europeo. En Estados Unidos, el poder político se limitó a abolir la Religión de Estado, poniendo a todas las Iglesias en pie de igualdad, en absoluta posesión de sus bienes y libres para organizar su vida interior. Era una separación amistosa con benévola neutralidad hacia todas las Iglesias. Algo bastante distinto de la intencionalidad de la Revolución Francesa, que marca el principio del separatismo continental. Aquí el poder no perseguía una separación benévola, sino una subordinación de la Iglesia al Estado; no parecía dispuesto a respetar los derechos de las Iglesias (en especial la

católica), ni en lo que se refería a los bienes materiales ni a su organización interior. Michael Burleigh incluso habla de «períodos oscuros del laicismo europeo, incluido un genocidio cometido en nombre de la Razón».

La segunda observación –conectada con la anterior– es que la cita de una frase atribuida a Jefferson de que, entre las Iglesias y el Estado, existiría un «muro de separación» ha de ser entendida en su exacto sentido. La verdad es que la célebre frase –que para algunos crearía una profunda zanja entre las Iglesias y el Estado en USA– no es más que un clavo ardiendo al que se agarraron algunos intérpretes para acentuar el separatismo sobre la libertad.

La realidad es que la idea del «muro de separación» fue simplemente una gráfica expresión recogida en una nota de cortesía enviada por Jefferson a los baptistas de Danbury. Nota escrita, por lo demás, catorce años después de que la Primera Enmienda fuera aprobada por el Congreso.

Cuando a veces el Tribunal Supremo de Estados Unidos la cita con cierta solemnidad, y algunos intérpretes la jalean, no deja de suscitar perplejidad. Si se me permite el símil, en algún otro sitio lo he dicho, es algo así como si el Tribunal Constitucional español apoyara el núcleo argumental de una sentencia sobre laicidad del Estado en una carta privada escrita por Manuel Azaña a los agustinos de El Escorial o por Manuel Fraga –uno de los padres de la Constitución de 1978– a los canónigos de la catedral de Santiago de Compostela. El llamado «muro de separación» entre la Iglesia y el Estado fue pensado para garantizar la libertad religiosa de los ciudadanos, no para excluir el compromiso de los creyentes en la vida pública. Por decirlo con palabras del recientemente fallecido William Rehnquist, presidente del TS de Estados Unidos: «El muro que separa a la Iglesia del Estado es una metáfora basada en una mala historia. Y, como tal, debería ser abandonada franca y explícitamente».

Pues bien, es precisamente hasta la Corte Rehnquist y desde el primer periodo del Tribunal Supremo, el largo camino que recorre este libro, transitando por las Cortes Marshall, Taney, Chase, Waite, Fuller, White, Taft, Hughes, Stone, Vinson, Warren y Burger. Una extensísima secuencia que el lector recorrerá dirigido por tres reflectores que iluminan el contexto judicial; los que llama el profesor Rubio: *Una Nación bajo Dios*, *Libres para orar y obrar*, y *Por un futuro fiel al origen*.

Coincido con el autor cuando denomina a la libertad religiosa en Estados Unidos una *libertad en tensión* que se ha ido desplazando, con el tiempo, «hacia un margen de adaptación en la aplicación de la garantía constitucional de no-establecimiento y hacia una *restricción* en la interpretación del libre ejercicio de la libertad». Y coincido igualmente con él, cuando califica el resultado de esa tensión de «tratamiento jurídico confuso y fragmentario que ha llenado de incertidumbre la protección jurisdiccional de la libertad religiosa».

Permítaseme una anécdota personal que justifica esta coincidencia. En 1998 sostuve una polémica en la prensa nacional con un amigo y colega que sugería el traslado a España de los clichés jurisprudenciales americanos sobre libertad religiosa para justificar –decía– una «rígida separación entre Iglesias y Estado».

Argumenté frente a esta tesis que la jurisprudencia del TS americano, cuando se utiliza indiscriminadamente, puede servir para justificar cualquier posición, sobre todo en materia de libertad religiosa. Si mi contrincante científico la utilizaba para justificar una separación rígida, igualmente puede correctamente aducirse para justificar una benévola cooperación entre Iglesia y Estado.

La verdad es que la jurisprudencia en materia de libertad religiosa norteamericana es esencialmente inestable, llena de paradojas, y de tratamiento, efectivamente, «confuso y fragmentario». Como bien advierte Michael W. McConnell, ex juez federal y catedrático de la Universidad de Stanford, si nos atenemos a los resultados de las decisiones del Tribunal Supremo, es constitucional, por ejemplo y como se ha puesto de manifiesto, que un estado contrate un pastor presbiteriano para dirigir una oración pública en la cámara legislativa, pero es inconstitucional que ese mismo estado decreta un momento de silencio en la escuela pública para que los alumnos recen si quieren. Es inconstitucional que la legislación de un estado ordene a los empresarios acomodar los horarios de trabajo a las convicciones religiosas de sus empleados, pero es constitucionalmente obligado pagar el subsidio de desempleo cuando el trabajador pierde su puesto por cumplir con el precepto religioso del descanso sabático. Es constitucional que el gobierno conceda subvenciones a organizaciones religiosas para enseñar a los adolescentes un comportamiento sexual correcto, pero es inconstitucional que las conceda para enseñarles ciencia o historia. Es inconstitucional que un ayuntamiento instale un «nacimiento» como decoración viaria de Navidad, pero es constitucional que ponga una *menorah* (el calendario judío de siete brazos) cuando se encuentra junto a un árbol navideño de quince metros de altura. En fin, el propio «nacimiento» municipal al aire libre se transforma en constitucional cuando se ve rodeado de una casa de Santa Claus, un árbol navideño, grandes barras de colores, payasos, elefantes, osos, cientos de luces y una máquina auto parlante.

Puestos a justificar una postura contraria a la que mi dilecto colega sostenía, el Tribunal Supremo, en la sentencia *Agostini v. Felton*, decidida en junio de 1997, ha declarado constitucional precisamente lo que estimó inconstitucional en 1985. Se trataba, en ambos casos, de un programa de educación especial, desarrollado por profesionales de la enseñanza pública, que se impartía en escuelas dependientes de parroquias católicas y que se declaró inconstitucional en la sentencia de 1985 (*Aguilar v. Felton*). El efecto de la sentencia fue obligar a la alcaldía de Nueva York a impartir el mismo programa en furgonetas aparcadas a la puerta de las escuelas parroquiales, con el fin de no quebrantar la laicidad. Económicamente, esto no era rentable para la ciudad de Nueva York (gastaba 100 millones de dólares más). Pero tampoco podía dejar sin el programa de educación especial a miles de niños de los barrios más desfavorecidos de Nueva York. Así que, en la sentencia de 1997, el Tribunal rechazará la idea de que la presencia de empleados públicos en una escuela confesional conduzca, inevitablemente, a una simbólica unión entre religión y Estado. Cooperación no es confusión.

El riguroso libro que presento dedica especial atención a las etapas del TS encabezadas por Warren (1953-1969) y Burger (1969-1986). Es natural, porque ambas –en la

etapa que estudia Rubio– fueron importantes para perfilar el alcance de las dos cláusulas de la Primera Enmienda. Warren fue un gobernador conservador nombrado por Eisenhower («uno de mis mayores errores en la presidencia», diría en alguna ocasión) que, de estimular la habilitación de campos de concentración para los ciudadanos americanos de origen japonés en California, pasó a encabezar y alentar (sobre todo en sus últimos seis años en el TS) la Corte más liberal de la historia de EE.UU. Durante su presidencia el centro de gravedad judicial se trasladó del ala más conservadora del TS al sector más liberal, y de la zona de interpretación pasiva (restrictiva) de la Constitución a la más activista. Es natural que muchos norteamericanos –si estamos de acuerdo con Urofsky– se vieran personalmente afectados por decisiones (por ejemplo, las relativas a la oración y lectura de la Biblia en las escuelas) que entendían «minaban» los valores sobre los que se había edificado la propia sociedad americana.

Si Eisenhower se arrepintió del nombramiento de Earl Warren algo similar-aunque más atenuado– le pasó a Nixon con la designación de Warren E. Burger como Chief Justice del TS. Este pasó de ser un implacable fustigador del activismo judicial de Warren a votar decisiones claramente liberales, como la inexplicable sentencia *Roe v. Wade* (cuyo ponente fue Blackmun, también nombrado por Nixon) que sacó de «la penumbra» un supuesto derecho al aborto (no absoluto, pero casi), estableciendo un arbitrario sistema «trimestral» de plazos. Es verdad que en *Wisconsin v. Yoder*, Burger apostó decididamente por la libertad religiosa protegiendo el derecho de los padres Amish a la objeción de conciencia frente a la ley que imponía una exigencia educativa a sus hijos cuando su derecho al libre ejercicio de la religión se vería afectado por ello. En fin, sería el propio Burger quien redactara la decisión *United States v. Nixon* que fue el detonante de la dimisión del propio Presidente que lo había nombrado.

La verdad es que –como el autor reconoce– Burger nunca se encontró cómodo en el cargo. Dimitió en cuanto Reagan le propuso ser Presidente del Bicentenario de la Constitución Federal, sustituyéndolo en el cargo de Chief Justice el magistrado William H. Rehnquist, el más conservador de los magistrados de la Corte Burger, con el que se iniciará una etapa mucho menos activista que las dos anteriores. El mismo dijo que buscaría entender la Constitución «a través del empleo del lenguaje de sus redactores, de los materiales históricos disponibles, así como de los precedentes por medio de los cuales otros jueces del Supremo habían resuelto los casos».

Pero el análisis de la Corte Rehnquist ya desborda el marco de este prólogo, pues ha sido objeto de otro monumental estudio del profesor Rubio, que antes cité y cuya lectura –junto con la del que ahora presento– recomiendo vivamente. El conjunto de ambas hace que el autor de este trabajo deba ser considerado con toda justicia el máximo experto en lengua castellana de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos sobre el factor religioso.

Rafael Navarro-Valls
Universidad Complutense de Madrid
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación