

LA ÚLTIMA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DEL «STRICT SCRUTINY» EN EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: GONZALES V. O CENTRO ESPIRITA

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ

SUMARIO

I • LA TUTELA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS EE.UU. **II** • LA DOCTRINA DEL «STRICT SCRUTINY»: *SHERBERT-YODER*. **III** • EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD FORMAL: *SMITH-LUKUMI*. **IV** • EL COMIENZO DE LA RESTAURACIÓN: *RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT* (RFRA) DE 1993. **V** • LA PRIMERA DECISIÓN DE LA CORTE ROBERTS SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA: *GONZALES V. O CENTRO ESPIRITA*. 1. La organización religiosa «Centro Espirita Beneficente União Do Vegetal» y su consumo ritual de ayahuasca 2. *Gonzales v. O Centro Espirita*, 126 S.Ct. 1211 (2006). **VI** • CONCLUSIÓN: LA NUEVA AFIRMACIÓN DEL «STRICT SCRUTINY».

El Tribunal Supremo norteamericano decidía, bajo la nueva presidencia del magistrado Roberts¹, el 21 de febrero del 2006 su primer caso de libertad religiosa en la sentencia *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente União Do Vegetal*². Además era la primera oportunidad en la que esta instancia judicial se pronunciaba sobre la validez federal de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993. Esta ley había sido aprobada por el Congreso, tras una decisión del Supremo (*Smith* en 1990) que revisaba la doctrina sobre el libre ejercicio de la religión (*free exercise*) es-

1. John Glover Roberts, Jr., joven juez federal de la Corte de Apelación para el Distrito de Columbia, accedió a la presidencia del Tribunal Supremo el 29 de septiembre del 2005, tras la renuncia de la juez O'Connor en el mes de julio y la muerte del *Chief Justice* William H. Rehnquist en septiembre.

2. *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente União Do Vegetal*, 126 S.Ct. 1211 (2006). La jurisprudencia norteamericana del Supremo se publica en *Supreme Court Reporter* (S.Ct.) hasta su edición oficial en *United States Reports* (U.S.).

tablecida durante más de tres décadas en las sentencias *Sherbert* (1963) y *Yoder* (1972). La ley de restauración del 93 quiso recuperar esa doctrina, ahora corregida por el Supremo, en la esfera federal y estatal. Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló la aplicación estatal de esta ley, cuatro años después en la sentencia *Flores* (1997), sin pronunciarse sobre su validez federal. Mientras tanto, el Congreso aprobó la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) en el año 2000. Esta última ley afirmaba el «Sherbert-Yoder test» en dos supuestos: prácticas de urbanismo y libre ejercicio de personas internadas en ciertas instituciones como establecimientos penitenciarios. La última Corte Rehnquist (1986-2005)³ ya había afirmado la validez de esta legislación, por lo que se refiere al segundo supuesto, en *Cutter v. Wilkinson*⁴. Además, esa misma Corte había admitido la apelación en un caso (*Gonzales v. O Centro Espirita*) en el que estaba en juego la aplicación federal de la ley de 1993.

El interés suscitado por *O Centro Espirita* responde a diversas causas. En primer lugar, esta sentencia es la primera decisión de la Corte Roberts sobre *free exercise* y la primera oportunidad en la que el Supremo aplica federalmente la ley de restauración de 1993. En segundo lugar, sorprende la unanimidad de la decisión en una opinión redactada por el *Chief Justice* Roberts, cuando el tono del discurso es diferente al empleado por Scalia en *Smith* o por Stevens en *Flores*; en efecto, ni Scalia escribe una opinión separada, reafirmando sus tesis sobre neutralidad formal, ni Stevens se separa de la mayoría, insistiendo en la inconstitucionalidad, estatal y federal, de la ley del 93. Y, finalmente, *O Centro Espirita* es importante porque ofrece la comprensión de la nueva Corte sobre la doctrina del «strict scrutiny» (*compelling state interest* y *least restrictive means*), o riguroso examen de intereses enfrentados, establecida en *Sherbert-Yoder*, y mantenida en las leyes de 1993 (RFRA) y del 2000 (RLUIPA). De este modo, dirige un claro mensaje a la jurisprudencia inferior de cómo resolver esta cuestión: es decir, posibilidad de exenciones por libre ejercicio amparadas legalmente, pero no requeridas constitu-

3. Un estudio exhaustivo de esta última Corte en el derecho norteamericano de libertad religiosa lo ofrece: J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Pamplona 2006. El mismo autor sintetiza este periodo en diez tesis en: IDEM, «Diez tesis sobre el derecho norteamericano de libertad religiosa (Corte Rehnquist: 1986-2005)», en *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), pp. 773-792.

4. Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

cionalmente. En fin, estas razones justifican un mejor estudio de la sentencia, recordando lo que ha supuesto el tratamiento jurídico del derecho norteamericano de libertad religiosa. Ahora bien, es difícil ofrecer una adecuada comprensión de *Gonzales v. O Centro Espirita* sin una breve referencia a las últimas décadas de aplicación de la cláusula de libre ejercicio de la religión de la Primera Enmienda norteamericana. Y, para ello, hay que entrar primero en la cuestión de la protección del derecho de libertad religiosa en los Estados Unidos de Norteamérica.

I. LA TUTELA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS EE.UU.

El tratamiento jurídico de la libertad religiosa en los Estados Unidos se mueve entre la protección federal y estatal que otorgan las Constituciones, la legislación y los tribunales. La Constitución norteamericana de 1787 fue aprobada sin comprender un cuerpo de derechos, aunque con la posibilidad de introducir enmiendas en su artículo 5. Las 10 primeras enmiendas de 1789, ratificadas dos años después, dieron origen al *Bill of Rights* federal. El derecho de libertad religiosa está consagrado en la Primera de esas Enmiendas a través de la garantía del libre ejercicio de la religión (*free exercise clause*) y de su no-establecimiento (*establishment clause*)⁵. Además, el contenido de la Constitución federal se ha visto acompañado recientemente por legislación federal: la RFRA de 1993 y la RLUIPA del 2000. Así, puede decirse que la protección federal que recibe la libertad religiosa en los EE.UU. es triple: la garantía constitucional de las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda; el amparo federal de la ley de 1993; y, finalmente, la protección de la ley del 2000 en los dos únicos supuestos que contempla (urbanismo y personas internadas en ciertas instituciones). Por su parte, también las Constituciones de cada Estado han comprendido esas dos cláusulas de *free exercise* y de *establishment*. Y, una vez que el Tribunal Supremo norteamericano declaró inconstitucional la aplicación estatal de la ley del 93, diversos Estados procedieron a la aprobación de sus propias leyes estatales de restauración (*state RFRAs*). En este caso, podrían distinguirse tres garantías: la cons-

5. «U.S. Constitution. First Amendment: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof», cfr. «The Constitution of the United States of America 1787», en F. N. THORPE (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the U.S.*, vol. 1, Washington D.C. 1907, p. 29.

titucional de las cláusulas; la legislativa federal de la RLUIPA del 2000; y la legislativa estatal de las RFRAs.

Por lo que se refiere al amparo judicial de la libertad religiosa, esta protección se verifica a través de su sistema jurisdiccional, que viene determinado por la estructura federal de la nación. Es posible distinguir así dos esferas (estatal y federal) y tres instancias en cada una de ellas. Por un lado, en el nivel federal se encuentran el Tribunal Supremo, los Tribunales de Apelación y los de Distrito. La jurisprudencia federal entra en el conocimiento de cuestiones federales e interestatales. La cúspide del sistema la ocupa el Tribunal Supremo que ejerce la supremacía doctrinal sobre el ámbito federal y estatal. Por otra parte, en el ámbito estatal se reproduce la misma estructura vista en el federal. Los Tribunales estatales se componen de Tribunales Supremos en cada Estado, de Tribunales de Apelación y de Juzgados de primera instancia. Los Tribunales estatales conocen cuestiones estatales o federales.

Pues bien, el derecho de libertad religiosa ha recibido el amparo de los Tribunales en los dos órdenes (federal y estatal). La *doctrina de la incorporación*⁶, a partir de los años 40 del siglo XX, extendió la Primera Enmienda a los Estados a través de la Decimocuarta⁷. La sentencia *Cantwell* (1940) aplicó primero la cláusula federal de libre ejercicio al Estado de Connecticut y, siete años después, *Everson* (1947) hizo lo mismo en relación con la de no-establecimiento, en este caso ante una normativa escolar del Estado de New Jersey. El derecho de libertad religiosa quedó así separado en sus dos cláusulas, dando lugar a una jurisprudencia independiente, aunque con constantes influencias recíprocas. En este tiempo, la cláusula de libre ejercicio de la religión ha contado con dos decisiones

6. La *14th Amendment incorporation doctrine* aplica, federal y estatalmente, el *Bill of Rights* a través de la 14^a Enmienda, pues en ella se afirma que ningún Estado podrá, sin el debido proceso legal, privar a un ciudadano de su libertad, cfr. «Incorporation», en R. C. CHANDLER-R. A. ENSLEN-P. G. RENSTROM, *The Constitutional Law Dictionary*, v. 1, Santa Barbara/CA 1985, pp. 425-426; G. M. MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Santiago de Compostela 1989, pp. 41-43.

7. «U.S. Constitution. Amendments. [Article XIV] Section 1: (...) No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws (...) Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article», cfr. «The Constitution of the United States of America 1787», en *The Federal and State Constitutions...*, vol. 1, o.c., pp. 31-32.

fundamentales: *Sherbert* (1963) y *Smith* (1990). Por su parte, la cláusula de no-establecimiento recibió su principal interpretación constitucional en 1971 en la sentencia *Lemon*⁸. Desde entonces, los estudios sobre libertad religiosa en los EE.UU. suelen distinguir dos grandes apartados, referidos a cada una de las dos cláusulas. Además, jueces y autores han proyectado sobre la Primera Enmienda su particular comprensión de la libertad y del derecho de libertad religiosa. Y, al final, el resultado de todas esas aportaciones ha llevado al carácter vacilante, impreciso, confuso y contradictorio de la jurisprudencia norteamericana sobre libertad religiosa. Es lo que se ha podido observar en los tres últimos periodos del Tribunal Supremo. En primer lugar, los años Warren (1953-1969) mantuvieron la firme separación en la comprensión de la *establishment clause* y operaron con una visión generosa de la cláusula de libre ejercicio. En segundo lugar, la Burger Court (1969-1986) conservó el muro de separación en el no-establecimiento, pero fue debilitando la esfera del libre ejercicio. Finalmente, bajo la presidencia de Rehnquist (1986-2005), el Supremo fue trabajando con una lectura restrictiva de la cláusula de *free exercise* (el principio de neutralidad formal de Scalia) y con una visión menos fuerte del no-establecimiento (permitiendo diversas adaptaciones: *accommodations*). En estos límites (frágil *free exercise* y débil *establishment*) se ha planteado el debate sobre libertad religiosa en los últimos años.

En la interpretación jurisprudencial del derecho norteamericano de libertad religiosa, la última década del siglo XX comenzó con la decisión *Smith*⁹. En esta sentencia, el Supremo consagró un principio de neutralidad formal en el libre ejercicio de la religión. A partir de entonces, cualquier limitación del *free exercise* sería posible ante una normativa o práctica neutral y de general aplicación. Atrás quedaba la operación de equilibrio de intereses (*balancing test*) mantenida desde 1963. En efecto, en *Sherbert*¹⁰, el Supremo procedió a un análisis riguroso (*strict scrutiny*) de los intereses enfrentados. Según este examen, el interés público debía ser lo bastante poderoso (*compelling state interest*) y representar la medida menos restrictiva (*least restrictive means*) si deseaba prevalecer sobre el derecho de *free exercise*. Tres años después de la decisión *Smith*, las Cá-

8. Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

9. Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

10. Cfr. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

maras legislativas respaldaron una ley de restauración de libertad religiosa: *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 (RFRA)¹¹. Sin embargo, la polémica continuó hasta que el Supremo, en la sentencia *Flores* (1997)¹², invalidó esta ley por entender que el Congreso se había excedido en sus facultades, invadiendo las competencias de los Estados. Más tarde, un nuevo intento legislativo encontró el apoyo del Congreso en la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* del 2000 (RLUIPA)¹³.

Todos estos acontecimientos representan el horizonte conceptual del juez Roberts en su primera opinión sobre libertad religiosa. Un marco de referencia que es preciso conocer para poder seguir a este magistrado en su recorrido. Comencemos por la doctrina del *strict scrutiny*.

II. LA DOCTRINA DEL «STRICT SCRUTINY»: *SHERBERT-YODER*

En el libre ejercicio de la religión, se entiende por *strict scrutiny* la operación del Tribunal relativa a normativas o prácticas administrativas de carácter neutral y secular que, sin embargo, entran en conflicto con los mandatos de una particular religión, por exigir del creyente una acción que su confesión le prohíbe o la omisión de una conducta que debe realizar por imperativo religioso. En estos casos, el examen supone la valoración de los dos intereses en juego, de modo que el estatal vence cuando puede demostrar su carácter esencial o poderoso, sin que existan otras alternativas para el logro de ese fin. En caso contrario, quien sale vencedor es el interés creyente, debiendo asegurarle una *exemption* a la que constitucionalmente tiene derecho.

La decisión *Sherbert* (1963) consagró esta doctrina en el *free exercise*. Según se hacía constar en los hechos, una adventista, Adele Sherbert, fue despedida al negarse a trabajar el sábado —día sagrado para su fe—, sin que existieran dudas acerca de la sinceridad de sus creencias religiosas o del mandato adventista¹⁴. Una vez que no pudo encontrar otro trabajo

11. Cfr. *A bill to protect the free exercise of religion* (RFRA of 1993), 42 U.S.C. Sec. Sec. 2000bb to 2000bb-4, Public Law 103-141, Sec. 7, Nov. 16, 1993, 107 Stat. 1489.

12. Cfr. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

13. Cfr. *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA), 42 U.S.C. Sec. Sec. 2000cc to 2000cc-5, Public Law 106-274, Sec. 8, Sept. 22, 2000, 114 Stat. 806.

14. Cfr. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, at 399 footnote 1 (1963).

que le permitiera descansar en sábado, la trabajadora solicitó el beneficio de desempleo que le fue denegado por no cumplir los requisitos que la legislación de South Carolina exigía en el solicitante. Según esa regulación, el beneficio se concedería a quien tuviera disponibilidad para trabajar y no hubiera rechazado —sin adecuada justificación— trabajos posteriores al despido. El rechazo injustificable de otros trabajos impedía a la trabajadora recibir la compensación prevista. El Tribunal Supremo de South Carolina sostuvo esta decisión que, sin embargo, fue anulada por el Tribunal Supremo norteamericano.

En *Sherbert* estaban en juego el interés del creyente en practicar su religión (el descanso semanal en sábado) y el interés público-estatal en regular una materia general (la normativa referida a la compensación en caso de desempleo). La presencia de intereses contrastantes, de no siempre sencilla valoración y conciliación, exigía una operación de equilibrio (*balancing test*). En primer lugar, el Tribunal debía entrar en la valoración del interés religioso de la demandante, algo que le obligaba a una previa y mínima apreciación de la religión, a fin de constatar la veracidad de sus pretensiones. En segundo lugar, era necesario evaluar el interés público o estatal del demandado, un interés o necesidad que debería ser suficientemente poderoso para justificar una restricción al libre ejercicio de la religión; además, por un lado, ese interés no se podría lograr a través de otros medios alternativos menos restrictivos o lesivos para esa libertad infringida, y, por otro lado, el demandado debería correr con la carga de la prueba de la relevancia de ese interés. Finalmente, a la vista de los intereses en juego, el Tribunal decidiría a favor del *free exercise*, a menos que hubiera resultado probado un poderoso o prevalente interés estatal que no pudiera obtenerse en virtud de otros medios. Pues bien, la tesis del magistrado Brennan, encargado de redactar la sentencia, era simple: un gravamen secundario (*incidental burden*) de este derecho constitucionalmente protegido sólo podría resultar justificado ante un prevalente interés estatal (*compelling state interest*), en relación con un asunto sobre el que el Estado tuviera competencia para regular¹⁵. Más aún, aunque se tratase de una carga indirecta, la normativa estatal sería inconstitucional si la legislación tuviera por propósito o por efecto prohibir la observancia de una o de toda religión, o discriminar injustamente entre las

15. Cfr. *Sherbert*, at 403.

diferentes religiones¹⁶. En el caso presente, la exclusión de los beneficios derivaba solamente de la práctica de su religión y era clara la presión ejercida sobre la trabajadora, a fin de hacerla desistir de esa práctica¹⁷. Por otra parte, el interés estatal que se alegaba era doble: evitar que la proliferación de demandas fraudulentas supusiera un peligro para el fondo de compensación y que la planificación empresarial del trabajo en sábado quedara impedida. A juicio de Brennan, nada probaba esos temores de engaño y, aunque existiera esta evidencia, sería dudoso que la misma fuese causa suficiente para justificar una vulneración sustancial de la libertad religiosa.

Entre 1963 (*Sherbert*) y 1990 (*Smith*), los Tribunales federales norteamericanos citaron *Sherbert* en 546 sentencias y los estatales en 393. En menos de 30 años se apeló a *Sherbert* en 939 ocasiones¹⁸: un número no muy elevado que advierte del proceso de progresivo confinamiento al que se vio sometida la doctrina *Sherbert*.

En relación con la jurisprudencia federal del Tribunal Supremo, la doctrina del *strict scrutiny* conocerá su aplicación en tres casos: beneficios por desempleo (*Thomas*, *Hobbie* y *Frazee*¹⁹); situaciones diversas en las que se siguió operando con el *balancing test* (*Johnson*, *Wooley* o *Larson*²⁰); y un caso aislado de asistencia escolar obligatoria en el que, junto al derecho al libre ejercicio de la religión, se daba cita el interés de los padres en la educación religiosa de sus hijos. Se trataba de *Wisconsin v. Yoder*²¹. En este caso, el Tribunal Supremo norteamericano confirmó una decisión adoptada por el Supremo de Wisconsin que anuló la legislación es-

16. Cfr. *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599, at 607 (1961).

17. En rigor, la normativa estatal limitaba el libre ejercicio como lo sería una multa impuesta contra la demandante por practicar su religión en sábado, cfr. *Sherbert*, at 404.

18. Cfr. M. A. TYNER, «Is Religious Liberty a "Luxury" We Can No Longer Afford», en *Liberty: A Magazine of Religious Freedom* 85 (1990), pp. 3-7.

19. Cfr. *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707 (1981), *Hobbie v. Unemployment Appeals*, 480 U.S. 136 (1987) y *Frazee v. Illinois Dep't of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989).

20. Cfr. *Johnson v. Robinson*, 415 U.S. 361 (1974), *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977) y *Larson v. Valente*, 456 U.S. 228 (1982). En *Johnson*, a un objetor de conciencia, con servicio civil alternativo cumplido, se le negaron beneficios educativos de una ley federal. En *Wooley*, una pareja de Testigos de Jehová no desearon que, en su placa de automóvil, figurara el lema del Estado de New Hampshire (*Live Free or Die*). Finalmente, en *Larson*, una normativa de Minnesota eximía de la exigencia del registro a organizaciones religiosas que obtuviesen de sus miembros más del 50% de sus fondos (exención de la que se beneficiaba la Iglesia Católica frente, por ejemplo, a la Iglesia de la Unificación del Reverendo Moon).

21. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

tatal sobre asistencia escolar obligatoria hasta los 16 años por vulnerar el derecho al libre ejercicio de la religión de la *Old Order Amish*. Los Amish entendían que, después de los 14 años, se les exponía a los alumnos a *influencias mundanas* que eran contrarias a sus creencias tradicionales. El Tribunal Supremo de los EE.UU. afirmó el poder que asistía a los Estados de regular el control y la duración de la enseñanza, pero, al mismo tiempo, dejó claro que ese interés no era ajeno a un *balancing process* cuando estuvieran en juego otros derechos o intereses protegidos. Tal era el caso de los derechos amparados en la *free exercise clause* y del derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos²². Entonces, el Tribunal sentenció que esa normativa estatal pondría en peligro —cuando no destruiría— el libre ejercicio de las creencias religiosas de la comunidad Amish. El *Sherbert test* quedaba recogido bajo otra forma verbal cuando se apelaba a la necesidad de un interés estatal de *suficiente magnitud*, o de intereses del *más alto orden*, pero también se hacía referencia a su conocido carácter poderoso o prevalente (*compelling*)²³. En cualquier caso, el impacto de *Yoder* en los Tribunales fue más limitado. Se puede decir que *Yoder* fue el único supuesto en el que el Tribunal Supremo aplicó la doctrina *Sherbert* para afirmar la *free exercise exemption* fuera del ámbito de la subvención por desempleo.

Por otra parte, el Tribunal Supremo norteamericano trató también de limitar la operatividad del *Sherbert test* siguiendo tres medidas fundamentales. En primer lugar, el criterio de racionalidad²⁴ en la normativa o medida adoptada (*reasonable means*) evitaba entrar en la operación de equilibrio y encontró su aplicación en el terreno penal y militar: *Cruz*, *O'Lone* y *Goldman*²⁵. En segundo lugar, la *inmunidad en el procedi-*

22. Cfr. *Yoder*, at 213-215.

23. Cfr. *ibidem*, pp. 219-229.

24. Según este *standard*, no sería necesario recurrir a la operación de equilibrio entre intereses enfrentados cuando una medida neutral y de general aplicación no discriminase la práctica religiosa (o la religión en cuanto tal) y fuese *razonable*, en orden a conseguir un legítimo interés público, cfr. *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693, at 709-710 (1986).

25. Cfr. *Cruz v. Beto*, 405 U.S. 319 (1972), *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987) y *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). En *Cruz*, un budista no pudo usar la capilla de la prisión y fue objeto de confinamiento solitario por intentar persuadir a otros internos de unirse a su fe. El Supremo afirmó que debería permitirse a todos los presos *oportunidades razonables* para el ejercicio de la libertad religiosa. Este criterio fue seguido después, durante la *Rehnquist Court*, cuando el Supremo tuvo que entrar en un caso en el que se les había impedido a presos musulmanes la asistencia a su ceremonia religiosa de los viernes [*O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987)]. En *Goldman* (el caso del *yarmulke*) la

miento interno o praxis administrativa se aplicó en las sentencias *Bowen* y *Lyng*²⁶. Y finalmente, la consideración como especialmente poderoso del interés estatal se siguió en los casos *Lee* y *Bob Jones University*²⁷. Menos en la primera de las tres medidas, en la que el criterio de racionalidad funcionaba como una medida alternativa al estricto escrutinio, en las otras dos no se rechazaba esa operación de balance, sino que se limitaba su aplicación hasta el punto de hacerla en la práctica inoperante. Por otra parte, en otros casos, el Tribunal Supremo también encontraría razones para no aplicar el análisis del *compelling state interest*. En *Heffron*²⁸, el *speech* religioso de los Krishnas podía quedar sujeto a razonable regulación de tiempo, lugar o modo, sirviendo un «*substantial*», más que «*compelling*», *interest* gubernamental. De este modo, se fue desplazando la argumentación acerca de la lesión que una legislación general pudiera producir sobre el *free exercise* cuando la religión no prohibía, por ejemplo, el pago de impuestos, como sucedía con los Amish en *Lee*, o en otros casos como *Hernandez*, *Swaggart* o *Tony and Susan Alamo Foundation*²⁹.

normativa de la fuerza aérea exigía del personal que no se cubriera la cabeza en el interior salvo en el caso de la policía armada. Rehnquist apostó por una lectura deferente hacia el ejército y entendió que se trataba de una medida *razonable* en el interés de la uniformidad y disciplina en el ejército, por lo que el libre ejercicio no representaba obstáculo alguno.

26. Cfr. *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986) y *Lyng v. Northwest Indian Cemetery*, 485 U.S. 439 (1988). En *Bowen*, los padres de una niña india americana se negaron a usar el número de la seguridad social, en unos cupones de ayuda social, por entender que perjudicaría el espíritu de la niña. En este caso, no hubo equilibrio entre intereses, al considerar que la cláusula de libre ejercicio no atribuía al sujeto un derecho a dictar los mecanismos de procedimiento administrativo interno. El recurso al carácter interno de la praxis del gobierno se emplearía después en *Lyng* para permitir el trazado de una carretera que afectaba una zona sagrada de los indios.

27. En *U.S. v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982), el tribunal negó la exención solicitada por los Amish frente a la obligatoria contribución al sistema de seguridad social por la existencia de un poderoso interés estatal en el mantenimiento de ese sistema. En *Bob Jones University v. U.S.*, 461 U.S. 574 (1983) se les negó la exención propuesta a *colleges* eclesiásticos cuyas políticas de admisión de discriminación racial derivaban de creencias religiosas.

28. *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness (ISKCON)*, 452 U.S. 640 (1981).

29. Cfr. *Hernandez v. Commissioner of Internal Revenue*, 490 U.S. 680 (1989) [el rechazo de deducciones de contribución caritativa para contribuciones a la Iglesia de la Cienciología no violaba la *establishment clause*], *Jimmy Swaggart Ministries v. California Bd. Of Equalization*, 493 U.S. 378 (1990) [una ley estatal de California podía exigir a todo minorista pagar un impuesto de venta, aunque afectara a una organización religiosa dedicada a la distribución de literatura de carácter religioso] y *Tony and Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor*, 471 U.S. 290 (1985) [una organización no lucrativa de California debería pagar salario a quienes empleaba, drogadictos o delincuentes rehabilitados por esa Asociación, en la gestión de sus negocios].

Por otra parte, se señaló también la inaplicabilidad del *standard* del *compelling state interest* a los supuestos en los que las acciones del gobierno tuvieran el efecto indirecto de impedir prácticas religiosas y no su prohibición directa; así, en *Lyng*, se defendió el empleo de tierras públicas para trazar una carretera que afectaba a las prácticas religiosas de los indios³⁰.

En el ámbito de la jurisprudencia estatal, por el contrario, vino aplicándose la doctrina del *strict scrutiny* a supuestos diversos³¹. En este sentido, basta citar, como ejemplo, un caso que el Tribunal Supremo de California resolvió un año después de la sentencia *Sherbert*. En efecto, este Tribunal admitió una *free exercise exemption* frente a un grupo de indios americanos Navajos que fueron condenados bajo la normativa de ese Estado que penalizaba el consumo del peyote³². En *People v. Woody*³³, a diferencia de lo que 25 años después hará el Tribunal Supremo norteamericano en *Smith*, se situó el Tribunal estatal desde el interés individual invocado y realizó un notable esfuerzo por comprender lo que el consumo del peyote suponía para los nativos³⁴. En la operación de equilibrio, el interés estatal no era lo bastante fuerte para impedir esta práctica, pues el consumo del peyote presentaba sólo un leve peligro al Estado y a la ejecución de sus leyes penales que podrían ser observadas a través de otras alternativas³⁵.

30. Una de las objeciones a la doctrina *Sherbert*, de modo especial en los 80, es que el gobierno no podría actuar (se vería paralizado) si fuera obligado a tener presente cualquier necesidad o deseo de los creyentes. Esto produjo una gran deferencia hacia las decisiones del ejecutivo y legislativo. El autor de *Sherbert* —consciente de estas críticas— propuso un criterio basado en el carácter central de la demanda: *centrality test*. Según este *standard*, el individuo, además de su sinceridad, debería mostrar el carácter central de la práctica para su creencia, tras lo cual operaría el análisis del *compelling state interest*, cfr. *Lyng v. Northwest Indian Cemetery*, at 474-475.

31. Una relación de diversos casos en los que *Sherbert* fue invocado en los tres años siguientes a su pronunciamiento, en los ámbitos estatal y federal, lo ofrece: M. GALANTER, «Religious Freedoms in the United States: A Turning Point?», en *Wisconsin Law Review* 1966 (1966), pp. 220-264.

32. El peyote es una droga alucinógena usada sacramentalmente por los indios americanos en el centro de un servicio de adoración por el que entran en contacto con la divinidad. El uso no sacramental del peyote sería un sacrilegio, cfr. Ch. JOCKS, «Native American Church», en W. C. ROOF (ed.), *Contemporary American Religion*, vol. 2, New York 2000, pp. 480-481.

33. *People v. Woody*, 61 Cal. 2d 716 (1964).

34. Cfr. *Woody*, at 721.

35. Cfr. *ibidem*, pp. 723; 727.

III. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD FORMAL: *SMITH-LUKUMI*

En 1988 el Tribunal Supremo comenzó el examen de un supuesto que definirá el estado de la libertad religiosa en los EE.UU. durante la última década del siglo XX. Se trataba de *Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith*³⁶. Los hechos fueron los siguientes. Dos indios americanos que trabajaban en proyectos de rehabilitación de drogadictos y alcohólicos fueron despedidos de sus empleos después del consumo religioso del peyote. El beneficio de desempleo solicitado les fue denegado por el departamento estatal al haber sido despedidos por mala conducta. Sin embargo, el Tribunal estatal de apelación y el Tribunal Supremo de Oregón anularon esta decisión. Para este último Tribunal, la normativa estatal era neutral en su redacción y aplicación, pero —en aplicación de la doctrina *Sherbert*— representaba un interés financiero no tan poderoso como para prevalecer sobre el *free exercise* del individuo. Esta decisión no entraba en la legalidad o no del uso del peyote³⁷. Posteriormente, el Tribunal Supremo norteamericano aceptó el recurso de apelación³⁸ y envió el caso al Tribunal Supremo de Oregón, a fin de determinar si el uso religioso del peyote era legal en ese Estado³⁹, dado que la Primera Enmienda sólo protegía reclamaciones *legítimas* de libre ejercicio y no conductas que un Estado pudiera considerar ilegales. El Supremo de Oregón declaró la ilegalidad del uso religioso del peyote en su Estado, sin que existiera excepción alguna para el mismo⁴⁰. Entonces, el Tribunal Supremo de los EE.UU. volvió a garantizar la apelación⁴¹ en 1989 y resolvió la cuestión el 17 de abril de 1990⁴².

La doctrina establecida en *Smith* introdujo un nuevo examen en los supuestos de *free exercise*. Ahora, ante una legislación neutral y de ge-

36. *Employment Division, Oregon Dept. v. Smith*, 485 U.S. 660 (1988).

37. Cfr. *Smith v. Employment Div., Dept.*, 301 Ore. 209, 721 P.2d 445, at 217-219; 449-450 (1986).

38. *Employment Division, Oregon Dept. of Human Resources v. Smith*, 480 U.S. 916 (1987).

39. Cfr. *Smith*, at 674. Existían dudas sobre la normativa de Oregón porque diversos Estados tenían excepciones al uso del peyote en sus leyes contra la tenencia y consumo de drogas.

40. Cfr. *Employment Division, Oregon Dept. v. Smith*, 307 Ore. 68, 763 P.2d. 146, at 72-73; 148 (1988).

41. Cfr. *Employment Division, Oregon Dept. of Human Resources v. Smith*, 489 U.S. 1077 (1989).

42. *Employment Division, Oregon Dept. of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

neral aplicación que produjera, como efecto incidental, una carga sobre una concreta práctica o conducta religiosa, la acción gubernamental no necesitaría ser justificada por el criterio del *compelling state interest*. La sentencia *Smith*, redactada por el juez Scalia, pretendía dar respuesta a dos cuestiones: el ámbito de aplicación de la doctrina *Sherbert* y la legitimidad de las exenciones por libre ejercicio. En relación a la primera cuestión, el Tribunal negaba que el Estado tuviera que cargar con la prueba de demostrar lo poderoso de su interés ante una normativa neutral y de aplicación general (como era, en este caso, la legislación penal de Oregon que no contemplaba excepción alguna por motivo religioso). La operación de equilibrio de intereses se sustituía por un examen previo de la neutralidad de la norma y el Estado sólo debería probar la existencia de su poderoso interés en el caso de no superar ese examen de neutralidad. Por otra parte, en relación a la segunda cuestión, una sociedad que permitiera a un individuo, ante un presunto gravamen de su libre ejercicio, iniciar una operación de equilibrio de intereses, que le llevaran a la excepción de la regla general, sería el caos y la anarquía. Más aún, en un Estado que intervenía en la regulación creciente de las conductas de sus ciudadanos, las exenciones afectarían a diversas e importantes obligaciones cívicas. Scalia abandonaba la adaptación posible en manos del legislativo, dejando la cuestión del lado de la mayoría con una clara desventaja respecto de prácticas religiosas minoritarias o impopulares. Para Scalia, esto era algo inevitable y debía ser preferido al caos que produciría una sociedad que permitiera a los individuos ser ley para sí mismos, y a los jueces pesar la importancia social de las leyes⁴³.

El juez Blackmun rechazó el análisis de Scalia y ofreció un estudio riguroso de la aplicación del *compelling state interest*. Conviene examinar su opinión pues, desde entonces, no se ha visto en el Tribunal Supremo norteamericano una aplicación tan rigurosa del *strict scrutiny*. Para Blackmun, el interés estatal no debería ser general, abstracto o simbólico, ni especulativo. Blackmun reconocía como intereses estatales: la salud y seguridad de sus ciudadanos frente a los daños que producía la droga; la eliminación del tráfico ilegal de drogas; y la necesidad de hacer cumplir uniformemente la normativa. Ahora bien, el uso religioso del peyote no parecía representar un daño para la salud o la seguridad cuando

43. Cfr. *Smith*, at 886; 890.

era admitido en 23 Estados. Por otro lado, un peligro real de tráfico ilegal del peyote no existía cuando esta sustancia no era una droga popular. Finalmente, el miedo del Estado a multiplicar las excepciones en su legislación anti-droga no era real. Ese miedo era especulativo pues ni lo confirmaba la historia de los Estados que habían eximido el uso religioso del peyote, ni permitir esa exención obligaría a los Estados a autorizar otras excepciones para otros grupos religiosos por las circunstancias del uso religioso del peyote (únicamente en ceremonias controladas, sin tráfico ilegal —a diferencia de la heroína o la marihuana—, y sin los efectos de estas otras drogas sobre la salud y seguridad de las personas)⁴⁴. Por otra parte, en relación con el interés creyente, Blackmun decía que el consumo era ritual y que un uso ajeno, fuera de sus ceremonias religiosas, sería un acto sacrílego. Más aún, el auto-control, la responsabilidad familiar y la abstinencia del alcohol, valores defendidos por los consumidores del peyote, era algo consistente con la legislación anti-droga. Se observaba así la existencia de un código ético que había producido efectos muy beneficiosos en la salud de la población india, especialmente en relación con el alcoholismo⁴⁵. Además, el consumo del peyote era un acto de culto para los indios americanos, por lo que, si se les impidiera, se les colocaría ante la necesidad de emigrar a un lugar más tolerante.

En 1993 llegó la confirmación de la doctrina *Smith*. En *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, Florida*⁴⁶, el Tribunal Supremo de los EE.UU. anuló varias ordenanzas municipales de la ciudad de Hialeah (Florida) que prohibían el sacrificio de animales, una parte central de las ceremonias o prácticas religiosas de la Santería. Aunque aparentemente se trataba de una regulación neutral de general aplicación por razones de salud pública, sólo se contemplaba a la Santería. Además, la historia de la aprobación de esa normativa revelaba una abierta hostilidad hacia ese grupo religioso. La Iglesia de Lukumi Babalu Aye denunció, ante el Tribunal federal del Distrito, esa violación del libre ejercicio de la religión. Este Tribunal reconoció que la normativa no era neutral, pero —en aplicación del *compelling state interest*— consideraba que el interés municipal (control de la salud pública, protección de la infancia que pudiera ser testigo de esos sacrificios, defensa de los ani-

44. Cfr. *ibidem*, pp. 910-913; 916-919.

45. Cfr. *ibidem*, pp. 913-915.

46. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, Florida*, 508 U.S. 520 (1993).

males frente a toda forma de muerte cruel e innecesaria, y restricción de mataderos en ciertas áreas o zonas urbanas) era bastante poderoso como para permitir la lesión del *free exercise*⁴⁷. Antes de la decisión *Smith*, se seguía así operando en la jurisprudencia federal con el criterio del *compelling state interest*, aunque en una forma en la que no se procedía a un verdadero o real equilibrio de intereses, pues el público-estatal se presentaba como general frente a un minoritario interés religioso. El Tribunal federal de Apelación confirmó la decisión del Tribunal inferior⁴⁸. Y el Tribunal Supremo norteamericano aceptó el recurso de apelación⁴⁹, anulando la decisión del Undécimo Circuito.

El magistrado Kennedy escribió una sentencia dentro de los límites trazados en *Smith*. Una vez reconocida la sinceridad de las creencias religiosas de los demandantes, el Tribunal examinó el carácter neutral y de general aplicación de la normativa. Para Kennedy, había un nivel mínimo de neutralidad en atención al análisis del lenguaje y al contexto, a las palabras y a la estructura⁵⁰; así, una norma que hiciera referencia a una práctica religiosa sería neutral si existiera también un significado secular en los términos empleados. En el caso presente, las palabras «sacrificio» o «ritual» tenían esa connotación secular. Por otra parte, el análisis textual de las ordenanzas, con las exclusiones establecidas para otras prácticas religiosas (comida *kosher* para los judíos), así como la prohibición, en relación con la Santería, de más de lo estrictamente necesario para el logro de los fines municipales, revelaban un trato discriminatorio de una concreta práctica religiosa. Finalmente, el examen de la historia relativa a la redacción y aprobación de las ordenanzas manifestaba un ánimo hostil hacia ese grupo religioso. Por todo ello, la normativa, aprobada con la intención de excluir una concreta religión, no era neutral. Por otra parte, el examen de la aplicación general de la normativa señaló que las medidas relativas a la salud pública y al control de la crueldad en el trato a los animales no habían sido generales: se habían limitado a prácticas religiosas y, más aún, a una concreta religión⁵¹. Así, una vez probado el ca-

47. Cfr. *Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 723 E.Supp. 1467, at 1472-1476; 1485-1487 (SD Fl. 1989).

48. Cfr. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 936 F.2d 586 (11th Cir. 1991).

49. Cfr. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 503 U.S. 935 (1992).

50. Cfr. *Lukumi*, at 533-540.

51. Cfr. *ibidem*, pp. 542-546.

rácter discriminatorio de la normativa, al no superar el control de neutralidad y de general aplicación, Kennedy procedió a la evaluación de los intereses enfrentados, siguiendo el parecer de *Smith*⁵². El criterio fue el análisis del *compelling state interest* que la normativa de Hialeah no logró superar, no sólo por el carácter más general de lo necesario en la prohibición, sino porque el municipio no había podido demostrar que los intereses invocados fueran tan poderosos como para que hacer venir a menos el libre ejercicio de la religión por la Santería.

En conclusión, el principio de neutralidad formal, consagrado en la doctrina Smith-Lukumi, puede resumirse en tres tesis fundamentales. (1) Primero, *la aplicación del principio de neutralidad formal como regla general* ante actos gubernamentales que —afectando incidentalmente al *free exercise*— sean neutrales y de general aplicación. (2) Segundo, *la aplicación del estricto escrutinio como excepción a la regla general* en ciertos supuestos: ante la creencia y profesión religiosa (protección absoluta) —no de prácticas o conductas—; ante actos gubernamentales ni neutrales ni de general aplicación; ante otro derecho constitucionalmente protegido —casos *híbridos* mencionados en *Smith*, como el derecho de libertad de expresión (*Cantwell*) o el de los padres a controlar la educación de los hijos (*Yoder*)—; y, finalmente, ante supuestos de compensación por desempleo, así como aquellos en los que los esquemas reguladores exijan una evaluación individualizada por el gobierno de los motivos para la conducta relevante. Y (3) tercero, *la posibilidad de exenciones de libre ejercicio* declaradas legislativamente pero no requeridas constitucionalmente.

IV. EL COMIENZO DE LA RESTAURACIÓN: *RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT (RFRA)* DE 1993

Los esfuerzos encaminados a corregir *Smith*, a través de la restauración de la doctrina *Sherbert*, se vieron cumplidos cuando el 103 Congreso de la nación aprobó la *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*⁵³. La sección 3ª de esta ley permitía el recurso a los tribunales federales o

52. Cfr. *ibidem*, pp. 546-547.

53. *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)* of 1993: 107 Stat. 1488, 42 U.S.C. § 2000bb-2000bb-4, Pub. L. 103-141 [Nov. 16, 1993].

estatales para proteger la libertad religiosa⁵⁴. La RFRA establecía que el gobierno no podría gravar con una carga sustancial (*substantially burden*) el ejercicio de la religión (*exercise of religion*) de una persona, aunque esa carga resultase de una regla o norma de general aplicación, salvo cuando llegara a probar (*demonstrates*) que ese gravamen respondía a un poderoso interés gubernamental (*compelling governmental interest*) y fuera el medio menos restrictivo (*least restrictive means*) para su promoción. Pues bien, al menos cinco expresiones de la sección 3 aparecían sin explicación. La sección 5, dedicada a las definiciones, sólo aclaraba parcialmente dos conceptos: *demonstrates* y *exercise of religion*⁵⁵. Por lo que se refiere a la necesidad de la prueba, la RFRA decía que el Estado debería demostrar que su interés en gravar sustancialmente el ejercicio de la religión de una persona era poderoso. La sección 5 hablaba de *evidencia* y *persuasión* para indicar que la demostración estatal no podría ser una mera declaración de intereses especulativos. La misma sección definía el ejercicio de la religión a través de una remisión a la cláusula religiosa de la Primera Enmienda, lo que no suponía mucha ayuda ante la diversidad de interpretaciones de que era objeto. La pretendida generalidad de la ley, a fin de alcanzar el mayor consenso posible, se traducía en una indeterminación que arrojaba inseguridad en su aplicación. En este sentido, si Laycock reconoció que el futuro de la ley dependería de la interpretación judicial que se diera a cada término empleado⁵⁶, otros autores calificaron la RFRA de *ambigua*⁵⁷. La ley confiaba que los tribunales inter-

54. Cfr. *Religious Freedom Restoration Act (RFRA) of 1993*: «Sec. 3. Free Exercise of Religion Protected: (a) In General: Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b). (b) Exception: Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest».

55. Cfr. *Religious Freedom Restoration Act (RFRA) of 1993*: «Sec. 5. Definitions. (...) (3) the term "demonstrates" means meets the burdens of going forward with the evidence and of persuasion... (4) the term "exercise of religion" means the exercise of religion under the First Amendment to the Constitution».

56. Cfr. D. LAYCOCK-O. S. THOMAS, «Interpreting the Religious Freedom Restoration Act», en *Texas Law Review* 73 (1994), p. 221.

57. Cfr. Th. C. BERG, «What Hath Congress Wrought? An Interpretive Guide to the RFRA», en *Villanova Law Review* 39 (1994), pp. 18-21; I. C. LUPU, «Of Time and the RFRA: A Lawyer's Guide to the Religious Freedom Restoration Act», en *Montana Law Review* 56 (1995), p. 197.

pretaran adecuadamente su espíritu, pero muy pronto se constató que éstos no quisieron, o no pudieron, satisfacer esas expectativas.

En otro orden de cosas, según la sección 6 de la RFRA, la ley era aplicable a actuaciones administrativas en el ámbito federal, estatal y municipal⁵⁸. En primer lugar, en el ámbito federal, la RFRA pretendía ser una regla de interpretación para la futura legislación y un criterio de supervisión para la actuación de los diversos departamentos federales. Por ello, algunos autores afirmaron que esta ley constituiría una especie de *super-norma* o una poderosa carrera a través del Código federal⁵⁹. La adaptación federal en el libre ejercicio sería así posible y los límites vendrían no tanto de la falta de poder cuanto de lo que pudiera resultar de la cláusula de no-establecimiento o de otras posibles garantías consignadas en el *Bill of Rights*. En rigor, las cuestiones a las que los tribunales federales deberían dar respuesta, en los casos que se le presentaran bajo la RFRA, serían las dos siguientes: por un lado, si el Congreso se excedió en su función constitucional al proteger el *free exercise* contra la autoridad federal; y, por otro, si la aplicación de las adaptaciones religiosas, exigidas bajo la RFRA, no comprometerían la cláusula de no-establecimiento. Pero, en segundo lugar, la ley del 93 también pretendía ser de aplicación a los Estados a través de la sección 5 de la Decimocuarta Enmienda, puesto que la soberanía estatal no hacía inmunes a los Estados de actos que violasen la Constitución. Si el Congreso legislara para corregir abusos o violaciones de la 14ª Enmienda, los Estados no tendrían ningún fundamento jurídico desde el que defenderse. El problema, claro está, se plantearía cuando el legislativo actuara en prevención de posibles violaciones que el Tribunal Supremo de los EE.UU. no considerara como tales. Esto era lo sucedido en relación con la RFRA, y este sería uno de los principales argumentos que se esgrimirían en contra de su constitucionalidad en *Flores*.

En efecto, en *City of Boerne, Texas v. P.F. Flores, Archbishop of San Antonio*⁶⁰, el Tribunal Supremo negó la aplicación estatal de la ley de

58. Cfr. *Religious Freedom Restoration Act (RFRA) of 1993*: «Sec. 6. Applicability. (a) In General. This Act applies to all Federal and State law, and the implementation of that law, whether statutory or otherwise, and whether adopted before or after the enactment of this Act».

59. Cfr. M. S. PAULSEN, «A RFRA Runs through it: Religious Freedom and the U.S. Code», en *Montana Law Review* 56 (1995), pp. 253-254; E. GRESSMAN-A. C. CARMELLA, «The RFRA Revision of the Free Exercise Clause», en *Ohio State Law Journal* 57 (1996), pp. 111-113.

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

1993. Los hechos fueron los siguientes. En la pequeña ciudad de Boerne (Texas), el Ayuntamiento había autorizado un plan de preservación del centro histórico. Según dicho plan, era necesaria una previa licencia o aprobación para quien quisiera alterar los límites de los edificios. En el centro histórico estaba situada la iglesia católica de St. Peter que, construida en el estilo de la misión en 1923, había ido creciendo. Se solicitó entonces el correspondiente permiso de obra para ampliar la iglesia, siéndole denegada su concesión por el daño que produciría en la imagen del enclave. El arzobispo de la Diócesis de San Antonio recurrió esta decisión afirmando, entre otras cosas, que la denegación de la licencia constituía una violación de la RFRA. La ciudad, por su parte, sostuvo que el Congreso carecía de poder bajo la sección 5 de la 14^a Enmienda cuando aprobó la ley del 93. El Tribunal federal de Distrito entendió que el Congreso se había excedido en sus competencias y dio la razón a las pretensiones de la ciudad⁶¹. Por el contrario, el Quinto Circuito anuló esa decisión encontrando constitucional la RFRA⁶². El Tribunal Supremo de los EE.UU. revocó la decisión y confirmó que la ley del 93 era inconstitucional, en su aplicación estatal, por haber excedido el Congreso las facultades que le confería la Constitución a través de la 14^a Enmienda.

La argumentación de Kennedy, magistrado encargado de redactar la sentencia, partía del principio asentado en *Smith*: el criterio del *compelling state interest* del *Sherbert test* contradecía tanto la tradición como el sentido común, al pretender consagrar un derecho constitucional a ignorar leyes neutrales de general aplicación, lo que supondría una clara anomalía en el derecho⁶³. La cuestión que ahora se le planteaba al Tribunal era si la sección 5 de la 14^a Enmienda permitía esa intervención del Congreso y si la ley era una *appropriate legislation* en los términos de la Enmienda. Para el Tribunal, el criterio de constitucionalidad de la legislación pasaba a través del examen de la *congruencia y proporcionalidad* entre aquello que debía ser prevenido o remediado y las medidas adoptadas para la consecución de ese fin legítimo; en caso contrario, faltando esa conexión, la legislación podría llegar a ser sustantiva, tanto en la operación como en su efecto⁶⁴. El Tribunal establecía así un *nuevo* criterio en el de-

61. Cfr. *Flores v. City of Boerne*, 877 F.Supp. 355 (W.D. Tex. 1995).

62. Cfr. *Flores v. City of Boerne*, 73 F.3d 1352 (5th Cir. 1996).

63. Cfr. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, at 513 (1997).

64. Cfr. *Flores*, at 530-533.

seo de proteger o de blindar su propia jurisprudencia. Con estos presupuestos, el Tribunal Supremo consideró que la RFRA intentaba un cambio *sustancial* en las protecciones constitucionales de *free exercise* pues la restricción que la RFRA imponía a los Estados, de modo preventivo, no era *apropiada*. Más bien, la ley era un ejemplo del caos que supondría el reconocimiento de exenciones religiosas en el libre ejercicio, así como de la intromisión del Congreso dentro de las tradicionales competencias reconocidas a los Estados para regular la salud y el bienestar de sus ciudadanos. Finalmente, el juez Stevens fue el único magistrado que sostuvo la inconstitucionalidad de la ley del 93 en su aplicación federal, pues la RFRA violaba la separación exigida en la cláusula de no-establecimiento al conceder una preferencia a grupos religiosos sobre los seculares⁶⁵.

A partir de la sentencia *Flores*, la jurisprudencia federal empezará a ocuparse de la cuestión relativa a la validez federal de la RFRA, aspecto sobre el que el Tribunal Supremo nada había dicho. Es verdad que dos meses antes de *Flores*, la jurisprudencia de los EE.UU. aún aplicaba la RFRA a reclamaciones planteadas en la esfera federal⁶⁶. Sin embargo, a partir de junio de 1997, los circuitos se dividieron a la hora de determinar la validez federal de la RFRA. Junto a otros tribunales⁶⁷, el Octavo Circuito se pronunció a favor de la aplicación federal de la ley del 93 en *In re Young*⁶⁸. Sin embargo, hubo tribunales que negaron la validez de la RFRA en su aplicación federal⁶⁹. Y tampoco faltaron casos en los que los

65. Cfr. *ibidem*, pp. 536-537. Si no se declaraba su inconstitucionalidad se abriría una litigación interminable pues cualquier negocio o edificio de ese casco histórico reclamaría la misma facultad concedida a la iglesia en virtud de la igualdad de trato.

66. Cfr. *Rigdon v. Perry*, 962 F. Supp. 150, at 160-162 (D. DC 1997).

67. Cfr. *EEOC v. Catholic University*, 83 F.3d 455, at 469-470 (D.C. Cir. 1996); *United States v. Grant*, 117 F.3d 788, at 792 n. 6 (5th Cir. 1997); *Alamo v. Clay*, 137 F.3d 1366, at 1368 (D.C. Cir. 1998); *Magic Valley Evangelical Free Church v. Fitzgerald* (In re Hodge), 220 B.R. 386, at 398 (Bankr. D. Idaho 1998); *Adams v. Commissioner*, 170 F.3d 173, at 175 (3rd Cir. 1999); *Sutton v. Providence St. Joseph Medical Center*, 192 F.3d 826, at 834 (9th Cir. 1999); *Kikumura v. Hurley*, 242 F.3d 950, at 957-961 (10th Cir. 2001).

68. Cfr. *Christians, Trustee v. Crystal Evangelical Free Ch.* (In re Young), 141 F.3d 854 (8th Cir. 1998). Se trataba de un supuesto de bancarrota que afectó a unos miembros de una Iglesia evangélica a la que contribuían con el diezmo de sus ingresos anuales. El tribunal concluyó que *Flores* no había decidido sobre la viabilidad de la RFRA aplicada en la esfera federal (*In re Young*, at 858) y que permitir al demandante recuperar las contribuciones de los Young lesionaba sustancialmente el libre ejercicio de la religión de estos deudores, sin que hubiera un poderoso interés gubernamental, por lo que violaría lo dispuesto en la RFRA (*In re Young*, at 857-863).

69. Cfr. *Keeler v. Mayor of Cumberland*, 928 F.Supp. 591, at 595-600 (D.Md. 1996) (la RFRA violaba la separación de poderes). A favor de la inconstitucionalidad total de la

tribunales o vacilaron acerca de la validez federal de la RFRA⁷⁰, o consideraron el asunto una *cuestión abierta* ante la discrepancia en las respuestas⁷¹. Más aún, los tribunales que aplicaron la RFRA realizaron una interpretación de la sentencia *Smith* igualmente discordante, según que pretendieran o no mantener el *strict scrutiny* a través de las excepciones previstas en esa sentencia (especialmente la naturaleza híbrida del supuesto).

Por otra parte, la sentencia *Flores* sirvió para que el legislativo de diversos Estados se decidiera a la aprobación de sus propias leyes de restauración (*las Religious Freedom Restoration Acts*) en términos similares a la RFRA federal. Y el *United States Congress* empezó a considerar la posibilidad de medidas alternativas que sectorialmente protegieran el libre ejercicio. Tras del fracaso de dos proyectos similares presentados en los años 1998 y 1999⁷², se pensó en reducir la eficacia de la nueva ley a lo que se entendía que eran los dos principales supuestos de discriminación religiosa: la normativa reguladora del uso del suelo (*Religious Land Use*) ante el fenómeno creciente del NIMBY (not-in-my-back-yard)⁷³; y la regulación de las personas confinadas en instituciones penitenciarias o mentales (*Institutionalized Persons*). Así se llegó a la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) del 2000⁷⁴.

RFRA: *Waguespack v. Rodriguez*, 220 B.R. 31, at 36-37 (Bankr. W.D. La. 1998); *In re Gates Commission Chapel*, 212 B.R. 220, at 225-226 (Bankr. W.D. N.Y. 1997); *In re Saunders*, 215 B.R. 800, at 803-806 (Bankr. E.D. Mass. 1997).

70. Cfr. *U.S. v Grant*, 117 F.3d 788, at 792 n.6 (5th Cir. 1997); *La Voz Radio de la Comunidad v. FCC*, 223 F.3d 313, at 319 (6th Cir. 2000).

71. Cfr. *Gunning et al. v. Runyon*, 3 F. Supp. 2d 1423, at 1432-1433 (S.D. Fl. 1998).

72. En 1998 se introdujo la *Religious Liberty Protection Act* (RLPA) en la Cámara (H.R. 4019) y en el Senado (S. 2148). El 5 de mayo de 1999 se presentó un nuevo proyecto de ley de protección de la libertad religiosa: *Religious Liberty Protection Act of 1999* (H.R. 1691), H. Rpt. 106-219 (July 1, 1999), 1045 Cong. Rec. H5608, July 15, 1999, Washington DC 2000.

73. Se trata de un proceso de exclusión o de alejamiento de manifestaciones públicas o externas (en este caso, religiosas) que no fueran del agrado de los vecinos. Esta expresión podría traducirse por «no en mi sala de estar». Cfr. M. A. GLENDON, *Rights Talk*, New York 1991, pp. 137-138.

74. Cfr. *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) of 2000, 42 USC 2000cc, Pub. L. No. 106-274, 114 Stat 803 (Sept. 22, 2000). Para un análisis de esta ley: J. I. RUBIO LÓPEZ, «La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Unidos: la "Religious Land Use and Institutionalized Persons Act" (RLUIPA) del 2000», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10 (2006) [www.iustel.com].

V. LA PRIMERA DECISIÓN DE LA CORTE ROBERTS SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA: *GONZALES V. O CENTRO ESPIRITA*

La Corte Roberts se pronunció el 21 de febrero del 2006 en un caso relativo al consumo ritual de un tipo de té (ayahuasca, en inglés *hoasca*) considerado una droga alucinógena por la administración norteamericana. Se trataba de una sentencia esperada, al ser la primera oportunidad en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvía un supuesto de *free exercise* bajo la nueva presidencia del juez Roberts. Es cierto que no estaba directamente en juego la constitucionalidad de la RFRA (1993), pues ninguna de las partes discutía esta cuestión, dando por supuesto que el debate se plantearía en los términos de esta ley. Sin embargo, el Tribunal Supremo nunca se había pronunciado sobre la validez federal de la ley del 93 y su opinión sería determinante para la futura comprensión del libre ejercicio de la religión. Tal vez había llegado ya el momento de ver la dirección que tomaría el Supremo en esta cuestión y la ocasión se presentaba casi 16 años después de *Smith* en una controversia que le era muy similar. Indios americanos y miembros de un grupo marginal de origen brasileño recurrían, en sus ceremonias religiosas, a una sustancia «visionaria», sagrada para ellos, por la cual entraban en contacto con la divinidad. En el caso del peyote, el Supremo aplicó un principio de neutralidad formal frente al equilibrio de intereses con el que se venía operando en esta área. Ahora, en el caso de la ayahuasca, ese mismo Tribunal no ha podido desprenderse de la historia posterior a *Smith*, en especial de la explícita aprobación por el Congreso de una ley federal que aplicaba inequívocamente la doctrina Sherbert-Yoder en el ámbito federal, y la respuesta ha sido bien distinta. El Tribunal Supremo norteamericano ha respaldado la doctrina del *strict scrutiny* en el ámbito del derecho al libre ejercicio de la religión, tal y como éste queda garantizado en la RFRA. Pero, antes de entrar en el análisis de la sentencia, conviene detenerse primero en el examen de los hechos.

1. *La organización religiosa «Centro Espirita Beneficiente União Do Vegetal» y su consumo ritual de ayahuasca*

El 22 de julio de 1961 surgió en Brasil la *União Do Vegetal* (UDV) que se presenta como sociedad religiosa sin ánimo de lucro y con sede

central en Brasilia⁷⁵. El nombre de la organización significa en portugués «unión de plantas» por el carácter central que, en sus creencias y prácticas religiosas, ocupa una mezcla o infusión de dos plantas. En los años 70 fueron suspendidas sus actividades por las autoridades brasileñas y la organización pidió continuar su existencia bajo el nombre de *Centro Espirita Beneficiente União Do Vegetal*. La UDV mantiene una gran discreción en torno a sus actividades, aunque niegan que sean secretas y afirma no tener ningún interés en publicidad o en conseguir nuevos miembros. En cada «Centro» se vive la fraternidad («irmandade») entre las tres categorías de miembros existentes: maestros, consejeros y discípulos. Esta organización dice haber heredado costumbres de los pueblos amazonas y ser su objetivo la contribución al desarrollo humano mediante el despliegue de sus cualidades intelectuales y de las virtudes tanto morales como espirituales. Asimismo, la defensa de la familia y la condena del uso de drogas y de otras formas de vicio son parte de sus principios. Entre sus creencias figura la reencarnación y afirman ser cristianos, asumiendo un cristianismo cósmico y sincretista en el que Jesucristo es una parte de la divinidad total. Así, la organización se presenta como una religión cristiana espiritista que combina tradiciones espirituales indígenas propias del Amazonas con la teología cristiana. Por otra parte, esta sociedad se propone como símbolo de paz y de fraternidad humana, al tiempo que dirige sus esfuerzos a la protección del medio ambiente. Según la UDV, esa fraternidad humana (luz, paz y amor) es posible gracias a un estado de equilibrio y armonía que se logra a través de un estado de concentración mental. La organización cuenta con una asociación («Novo Encanto») en defensa de la selva del Amazonas, lugar donde dispone de reservas forestales en las que se cultivan las dos plantas necesarias para la elaboración de su infusión. Finalmente, la UDV cuenta en la actualidad con templos en unas 100 ciudades o pueblos del Brasil y con cerca de diez mil miembros. Unos 140 integrantes de esta organización viven en los Estados Unidos.

El elemento esencial de este grupo religioso es el estado de concentración mental conseguido a través de sesiones («chamadas») en las que se transmiten sus doctrinas mediante el uso religioso-ritual de un ti-

75. A pesar de la discreción con la que opera y del rechazo de toda publicidad, la organización se presenta en dos sitios en internet: dando a conocer sus fines y medios (<http://www.udv.org>) y presentando el resultado de su controversia judicial en los EE.UU. (<http://www.udvusa.com>) [Vistos en mayo del 2006].

po especial de té. Según esta organización, esa infusión es una manifestación de la divinidad, presente en el té, y hace posible la unión espiritual con la Luz y Conciencia Divina que es Dios. Se afirma así la naturaleza sagrada de la infusión, y se sostiene el carácter sacramental de su consumo (como comunión sagrada y curación física-psicológica). Esta infusión, llamada *ayahuasca* o *vegetal*, se logra a través de la mezcla de dos plantas del Amazonas conocidas, por ellos, como «Mariri» (*Banisteriopsis caapi*) y «Chacrona» (*Psychotria viridis*). *Ayahuasca* significa «vino del alma» o «vino visionario» en lenguaje quechua. Su existencia parece remontarse a la época pre-Colombina y esta sustancia es empleada en rituales de tres grupos religiosos en Brasil: UDV, Barquena y Santo Daime. Pues bien, según se refiere en la historia de la UDV, su fundador, natural de Bahía, trabajó extrayendo caucho en la selva del Amazonas, cerca de la frontera con Bolivia, donde conoció la ayahuasca que bebió por primera vez. Así es como surgió la UDV, teniendo el consumo religioso de esta infusión como origen y centro de su existencia. Los miembros del grupo consumen exclusivamente este té en el contexto ritual de sus sesiones o ceremonias religiosas que tienen lugar dos veces al mes (primer y tercer sábado, comenzando a las 8 de la tarde y terminando 4 horas después) y durante 10 fiestas anuales. En estas celebraciones se recitan leyes sagradas, se cantan canciones, se imparte enseñanza religiosa, y se intercambian preguntas y respuestas. La ayahuasca ha sido considerada con frecuencia una droga alucinógena por su componente de DMT (dimethyltryptamine) produciendo falsas percepciones de la realidad. Sin embargo, los seguidores de esta organización niegan que el uso de este tipo de té implique una pérdida de lo real, como sucede en el consumo del LSD. Según la UDV, la ayahuasca lleva a una percepción más plena de la realidad, con mayor claridad y trascendencia, al contactar con lo sagrado-divino. La UDV inició en 1993 un proyecto, bajo la dirección de un profesor en psiquiatría de la Universidad de California, a fin de examinar los posibles efectos negativos de la ayahuasca; se estudió un grupo de 15 consumidores rituales de esta infusión por más de 10 años y no se encontró riesgo para la salud. Por su parte, las autoridades brasileñas sometieron a investigación el uso de este tipo de té durante siete años, entre 1985 y 1992, concluyendo favorablemente sobre sus efectos. Hoy en día, el uso religioso de ayahuasca está legalmente permitido en Brasil y la UDV es reconocida en ese país como una organización de utilidad pública.

La UDV se estableció en los Estados Unidos en 1993, fijando su sede central en Santa Fe (New Mexico) y recibiendo el estatuto de exención fiscal. Al no cultivarse las dos plantas necesarias para la infusión en EE.UU., la organización se vio obligada a importar, poseer, almacenar y distribuir ese tipo de té directamente del Amazonas brasileño. El problema es que esa sustancia se encuentra incluida en la ley federal *Controlled Substances Act* (en adelante, CSA)⁷⁶ y en el tratado internacional *United Nations Convention on Psychotropic Substances*⁷⁷. En el año 1999, agentes federales de aduanas interceptaron, primero, un envío a la UDV de tres barriles de hoasca y entraron, después, en las oficinas de la organización confiscando todo el té ayahuasca allí almacenado. Una investigación posterior reveló que la UDV había recibido 14 entregas anteriores. La administración norteamericana amenazó al grupo con procesarles y, a partir de ese momento, la organización comenzó una negociación con el gobierno federal, tratando de lograr sin éxito una autorización para el empleo religioso de esa sustancia. El 22 de noviembre del 2000, tras el fracaso de esta negociación, la UDV planteó una demanda federal contra la administración estadounidense por violación de la Primera Enmienda, de la ley de restauración del 93 (RFRA) y de numerosas obligaciones internacionales. Dada la centralidad del uso de ayahuasca en las prácticas religiosas de la UDV, una prohibición de la importación y consumo de esa infusión impediría la práctica de esta religión en los Estados Unidos.

La tesis de la UDV era que el derecho norteamericano de libertad religiosa protegía el libre ejercicio de la religión, siendo necesaria, para

76. *Controlled Substances Act* (CSA) 21 USC § 801 et seq. (2000). En el apartado I de esta ley figuran drogas con alto potencial de abuso, no aptas para uso médico en los EE.UU. y de consumo no seguro, cfr. CSA 21 USC § 812 (b) (1) (A-C). Aquí se encuentra la dimethyltryptamine o DMT. Ningún individuo o entidad podría poseer o distribuir las sustancias incluidas en ese apartado salvo autorización legal y la ley sólo autoriza el empleo en proyectos de investigación explícitamente aprobados o para propósitos industriales que excluyan el consumo humano, cfr. CSA 21 USC §§ 823 (f); 841 (a) (1); y 844 (a).

77. *United Nations Convention on Psychotropic Substances* Feb. 21, 1971, 32 UST 543. Este tratado internacional prohíbe la importación y exportación de estas sustancias así como de sus preparaciones. Por otra parte, este Tratado permite a los firmantes hacer reservas o exclusiones para ciertas sustancias en el contexto de su uso religioso: «substances... traditionally used by certain small, clearly determined groups in magical or religious rites...», Art. 32 (4). En virtud de esta cláusula, los EE.UU. hizo una reserva para el peyote de los indios norteamericanos, pero ninguna en relación al DMT.

su limitación, la existencia de un poderoso interés estatal que no pudiera verse cumplido a través de otras medidas menos restrictivas. La demanda se planteaba así dentro de los términos previstos en la RFRA de aplicación federal. La organización entendía que si el amparo de esta última ley no operara en el caso de conductas tipificadas como violación legal, la ley sería papel mojado que no respetaría la intención del Congreso cuando la aprobó. Además, la demanda negaba que el uso de ayahuasca fuera perjudicial para sus consumidores por la pequeña cantidad de DMT existente en la infusión. La UDV consideraba igualmente que la legislación federal antidroga debía ser interpretada de conformidad a la RFRA. De este modo, el *strict scrutiny* sería de aplicación al caso. Por otra parte, la UDV entendía que la Convención internacional de 1971 no contemplaba, en su prohibición, plantas o sustancias extraídas de plantas usadas tradicionalmente por pequeños grupos religiosos, claramente definidos, en sus ritos religiosos. Y, aún en el caso de que la Convención fuera aplicable a este tipo de sustancia en este concreto contexto religioso, la UDV negaba que un Tratado internacional pudiera negar un derecho constitucional o federalmente protegido. Otro argumento esgrimido por la UDV insistía en la similitud existente con el caso del peyote de los indios americanos. Ahora bien, si el peyote gozaba de una exención para su uso religioso, la administración norteamericana rechazaba la posibilidad de una excepción similar para la UDV. Según esta organización, la autorización concedida en el caso del peyote confirmaba que la concesión de una excepción en este supuesto de la ayahuasca no pondría en peligro los intereses estatales por poderosos que fueran, máxime cuando el número de miembros (poco más de un centenar) era notablemente reducido. Así, de no concederse la exención solicitada, se estaría infringiendo la garantía constitucional de la igual protección bajo la ley. En otro orden de cosas, la UDV insistía en el carácter sacramental que reviste el consumo de ayahuasca en sus creencias. En los años transcurridos desde el establecimiento de esta sociedad religiosa en los EE.UU., no se ha podido demostrar ningún desvío en el uso de este té por sus miembros: es decir, el uso ha sido siempre y exclusivamente ritual-religioso. Más aún, el bajo índice de DMT existente en la ayahuasca y sus efectos negativos, como náuseas, no parece que creara adicción o que atrajera a quien estuviera buscando alucinógenos. En conclusión, una vez apuntados todos estos argumentos, la UDV negaba que la auto-

rización de la ayahuasca pudiera abrir la puerta al consumo de otras drogas o sustancias ilícitas. Si cualquier otro grupo religioso reclamara, como central en sus prácticas, el uso ritual de ese tipo de sustancias, el gobierno cargaría nuevamente con el deber de probar la existencia de un poderoso interés estatal que no podría cumplirse sin otras medidas menos restrictivas. En el caso presente de la ayahuasca, el gobierno no lo había demostrado.

Por su parte, la respuesta del Departamento de Justicia era también muy clara. El gobierno aceptaba sin discusión que la UDV era una organización religiosa reconocida, que el consumo ritual de ayahuasca figuraba en el centro de sus prácticas religiosas y, finalmente, que los demandantes eran sinceros en sus creencias. Ahora bien, lo que la administración norteamericana negaba era la aplicación de la RFRA ante la violación de una ley federal (CSA) y de un tratado internacional (la Convención de 1971). Es decir, para las tesis del gobierno, la ley de restauración del 93 no sería de aplicación si la práctica religiosa (el consumo religioso de este tipo de té) violara alguna ley. Y, en el caso de que fuera aplicable la RFRA, la administración federal afirmaba la existencia de un poderoso interés estatal en impedir el consumo de drogas sin que pudiera lograrse ese interés a través de otra medida que permitiera la exención para el uso de la ayahuasca. La importancia de la legislación antidroga, los efectos dañinos (entre otros, problemas cardiacos e intestinales y desórdenes psicológicos) del consumo del DMT y el posible desvío, de religioso a profano, del consumo del té justificaban ese poderoso interés, un interés que sólo podría obtenerse mediante el cumplimiento uniforme de la ley sin tolerar una exención. Por último, el gobierno no admitía que el caso fuera semejante al peyote, cuya protección federal era indiscutible, por lo que no estaría en juego la igual protección ante la ley garantizada en la 14^a Enmienda.

En estas posiciones de la UDV y de la administración norteamericana quedaban claramente perfilados los límites de una controversia federal que habría de durar 5 años. La primera decisión judicial tuvo lugar en agosto del 2002 por el Tribunal federal de Distrito para New Mexico. Esta decisión, escrita por el Chief Judge James Parker, negó cuatro de los cinco argumentos presentados por la UDV. En primer lugar, el juez Parker no quiso entrar en la cuestión de la cláusula de igual protección

ante la ley (*equal protection clause*)⁷⁸, para pasar directamente al análisis de los demás puntos. En segundo lugar, el Tribunal no aceptó la pretendida violación de la *free exercise clause* de la Primera Enmienda por el Congreso al querer incluir la ayahuasca en la CSA, dado el carácter neutral y de general aplicación de la ley⁷⁹. Al hacerlo así, este Tribunal asumió la argumentación del Supremo en *Smith* y *Lukumi*. Por otra parte, el juez Parker también rechazó la segunda pretensión de los demandantes que proponía excluir la ayahuasca de la esfera de aplicación de la CSA, pues el lenguaje de esta ley no autorizaba esa consideración⁸⁰. En cuarto lugar, el Tribunal excluyó que el derecho internacional pudiera prevenir la clara aplicación del Congreso en la CSA a la sustancia contenida en la ayahuasca⁸¹. Por último, el Tribunal de Distrito lo que sí que aceptó fue el argumento relativo a la aplicación federal de la RFRA. Así, el juez Parker reconoció que el gobierno no había probado la existencia de un poderoso interés estatal en la prohibición del uso sacramental de la ayahuasca, por lo que ni entró en el análisis de la naturaleza de la medida adoptada como la menos restrictiva para el logro de ese interés⁸². El Tribunal federal de Distrito se movió en los límites de la ley de restauración del 93, aplicando la doctrina del *strict scrutiny* en este caso. El juez Parker examinó primeramente los tres intereses estatales afirmados: la prevención de la salud y seguridad de los miembros de la UDV, el posible desvío a un uso profano del consumo de ayahuasca y, finalmente, el interés estatal en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales (la Convención de 1971). En atención a las circunstancias del caso (bajo consumo y siempre religioso) y a las discrepancias existentes en los in-

78. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 282 F.Supp. 2d 1236, at 1240 (D. NM 2002). Sin embargo, el juez Parker tuvo que abordar el argumento más tarde, el 2 de diciembre del 2002. El Tribunal negó entonces una violación de la igual protección en razón de las diferencias existentes, unas diferencias que habían llevado al Congreso, en el caso del peyote, a una exención federal y a su regulación a través de la AIRFAA (American Indian Religious Freedom Act Amendments) de 1994: cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 282 F.Supp. 2d 1271, at 1284 (D. NM 2002). En la doctrina, un artículo reciente examina la relación existente entre el *free exercise* y la *equal protection* desde las categorías sustancial y formal de igualdad: cfr. B. MEYLER, «The Equal Protection of Free Exercise: Two Approaches and Their History», en *Boston College Law Review* 47 (2006), pp. 276-277. Es lo que nosotros definimos en su momento como la tensión entre un concepto de igualdad formal y otro de libertad sustantiva, cfr. J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades, o.c.*, pp. 492-507.

79. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 282 F.Supp. 2d 1236, at 1241-1248 (D. NM 2002).

80. Cfr. *ibidem*, pp. 1248-1250.

81. Cfr. *ibidem*, p. 1251.

82. Cfr. *ibidem*, pp. 1252-1269.

formes médicos presentados sobre los efectos perjudiciales del consumo de ayahuasca, el Tribunal negó que el gobierno hubiera demostrado esos altos riesgos que decía producir la sustancia. Por otra parte, el juez Parker rechazó que el gobierno hubiera probado un peligro de desvío a un uso profano de este tipo de té. Y, finalmente, el Tribunal no creyó que estuviera en juego una obligación internacional, pues convino con la UDV que la Convención del 71 no incluía este tipo de té ayahuasca. Así pues, una vez rechazados los intereses estatales alegados por el gobierno⁸³, el juez Parker no se veía obligado a examinar el carácter menos lesivo de la medida adoptada para la consecución de unos intereses que no se habían demostrado poderosos (*compelling*).

El Tribunal de Distrito emitió entonces una orden (*preliminary injunction*)⁸⁴ que impedía al gobierno prohibir, en cumplimiento de la ley federal antidroga CSA, la importación y uso de la ayahuasca por los miembros de la UDV. Al mismo tiempo, la orden exigía a esa organización religiosa importar el té cumpliendo los permisos federales preceptivos, restringir el control sobre la ayahuasca a personal autorizado y, finalmente, advertir a sus miembros de los peligros del consumo de esa sustancia. Buena parte de la discusión posterior de este caso en los Tribunales se centrará en la legitimidad o no de esta orden. Es una cuestión procesal importante pero que no incide directamente en nuestro análisis del derecho de libre ejercicio de la religión. Aún así, conviene detenerse un instante en su consideración. Como su nombre indica, una *preliminary injunction* es una disposición u orden preliminar que busca proteger los intereses del demandante siempre que pueda demostrar cuatro elementos⁸⁵: posibilidad de éxito en el caso; lesión irreparable de su posición, de no concederse esa orden; mayor gravedad de la pérdida en la posición del demandante que la que pueda sufrir el demandado; y respeto del interés público⁸⁶. En el caso que esta orden alterara el *status quo*, hay diversidad de interpretaciones⁸⁷. En algún caso se ha indicado que la parte demandante debe probar que esos 4 factores inciden grave y pode-

83. Cfr. *ibidem*, p. 1269.

84. Un extracto de esta orden puede verse en la decisión del juez Roberts para el Supremo: *González v. O Centro Espirita Beneficente União Do Vegetal*, 126 S.Ct. 1211, at 1218 (2006).

85. Estos criterios fueron trazados por el Décimo Circuito en una decisión del año 2001: *Kikumura v. Hurley*, 242 F.3d. 950, at 955 (10th Cir. 2001).

86. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 342 F.3d 1170, at 1177 (10th Cir. 2003).

87. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, at 1177-1178.

rosamente a su favor. Sin embargo, ese criterio no se ha seguido siempre y otros casos definen el *status quo* como el precedente al litigio. En *O Centro Espirita*, los Tribunales entendieron que el *status quo* era el libre ejercicio de la religión por la UDV sin sufrir ingerencia de la administración. Más que ser alterado, el *status quo* sería aquí restaurado a su anterior posición. Esta interpretación es la que provocó el desacuerdo en el Décimo Circuito. Pero, regresemos al desarrollo de los hechos.

En contra de la decisión del Tribunal federal de Distrito, el Departamento de Justicia apeló al Décimo Circuito que respondió favorablemente a sus peticiones en un primer momento. La primera de las tres decisiones de este Circuito tuvo lugar el 12 de diciembre del 2002 y accedió a las pretensiones de la administración por dos razones: el Tribunal, por un lado, no entendió que la ayahuasca estuviera fuera del lenguaje de la Convención de 1971 y, por otro, admitió el peligro que su uso representaba para la salud de los consumidores de esa sustancia⁸⁸. Sin embargo, la demandante UDV encontró el pronunciamiento favorable de este mismo Tribunal en las dos oportunidades siguientes, en las que el Décimo Circuito confirmó la sentencia del tribunal inferior. La primera ocasión llegó el 4 de septiembre del 2003 a través del panel ordinario de 3 jueces, con la disidencia de uno de ellos. En este caso, el Décimo Circuito negó que el gobierno hubiera probado la existencia de riesgo para la salud de los consumidores de ayahuasca o que esta sustancia pudiera derivar en un uso profano pues, al igual que en el caso del peyote, el consumo de esta infusión sería un acto sacrílego fuera de ese contexto sagrado⁸⁹. Además, a diferencia de otras drogas, como la marihuana o el éxtasis, no existía riesgo de uso ilícito de esta sustancia ante los efectos negativos (como náuseas) que producía. Por otra parte, el Tribunal no quiso entrar en la cuestión de si la ayahuasca estaba o no incluida en la Convención de 1971. Era cierto que países como Brasil, Canadá u Holanda contemplaban ya excepciones al Tratado, por lo que EE.UU. no haría nada inapropiado de seguir esa estela⁹⁰. Pero, aunque esa sustancia estuviera incluida

88. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 314 F.3d 463, at 466 (10th Cir. 2002).

89. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 342 F.3d 1170, at 1179-1183 (10th Cir. 2003).

90. Sin embargo, para algún autor, no quedaría entonces mucho espacio al derecho internacional, máxime en una cuestión tan crucial como la de la lucha internacional contra la droga, cfr. G. R. CHAREST, «The Visionary Vine: When Domestic Religious Freedom and International Law Conflict», en *Tulane Journal of International and Comparative Law* 12 (2004), pp. 454-456.

en la Convención, un Tratado internacional no podía contradecir una ley federal⁹¹. Por otra parte, en relación a los casos presentados por la administración, en los que se había negado la exención religiosa solicitada bajo la RFRA, el Tribunal entendió que, en esos casos, las creencias o bien no eran religiosas o sinceramente sostenidas, o bien no estaban limitadas sustancialmente por la acción del gobierno⁹². Finalmente, el Décimo Circuito consideró que tampoco eran intereses estatales poderosos ni la aplicación uniforme de la CSA, ni la necesidad de evitar una excesiva supervisión de la organización religiosa, ni la posibilidad de una multiplicación de exenciones religiosas⁹³. Todas estas razones llevaron al Tribunal de Apelación a confirmar la sentencia del Tribunal federal de Distrito. Sin embargo, el juez Murphy discrepó y su disidencia provocó la intervención del Circuito *en banc*⁹⁴ al año siguiente⁹⁵. Esta última decisión, 12 de noviembre del 2004, del Décimo Circuito respaldó el pronunciamiento anterior, con un Tribunal dividido acerca de la competencia del Tribunal de Distrito para la emisión de esa orden preliminar (*preliminary injunction*) por la que se autorizaba las actividades de la organización. Dejando al margen esta cuestión, el mayor interés que ofrece esta sentencia, en nuestro estudio, es la aplicación judicial de las tesis sobre RFRA y *free exercise* del ahora juez federal Michael W. McConnell.

Los profesores Douglas Laycock y Michael McConnell fueron los dos principales protagonistas en la reflexión académica de la última década del siglo XX sobre libertad religiosa. Sus artículos y su activa defensa de una generosa comprensión de la *free exercise clause* les llevó a intervenir en el proceso legislativo de la RFRA y en la génesis de la RLUIPA. Ahora, McConnell era juez federal y se le presentaba un caso en el que aplicar sus tesis. Este juez no quiso desprenderse del *strict scrutiny*, una vez que advirtió el límite sustancial sobre el sincero ejercicio de

91. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, at 1183-1184. Esta argumentación será retomada en el argumento oral ante el Tribunal Supremo, especialmente por el juez Scalia.

92. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, at 1184-1185.

93. Cfr. *ibidem*, pp. 1186-1187.

94. Una intervención *en banc* reúne a todos los miembros de un Tribunal para tomar una decisión, dictar una sentencia o seguir un procedimiento judicial. Tanto el Tribunal Supremo de los EE.UU. como las más altas instancias de apelación en los Estados deciden siempre *en banc*. Por su parte, los Tribunales federales de Apelación, como aquí, deciden *en banc* (15 jueces) en los casos más controvertidos.

95. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 389 F.3d 973 (10th Cir. 2004).

la religión que produciría, en este caso, el rechazo de una exención de libre ejercicio en la aplicación de la CSA. En primer lugar, negó la existencia de un poderoso interés estatal pues el gobierno no había probado que lo fuera en *este concreto caso*⁹⁶. Al hacerlo así, recordaba la rigurosa aplicación de este criterio en la disidencia del juez Blackmun en *Smith*. Para McConnell, las circunstancias del caso indicaban que no había riesgo para la salud cuando aquí el DMT no era inhalado o suministrado por vía intravenosa, sino administrado oralmente en un servicio religioso claramente definido⁹⁷. Y, en segundo lugar, aún en el supuesto que el gobierno pudiera llegar a probar la existencia de intereses poderosos, el segundo paso que silenciaba la administración era la necesidad de aplicación de una medida que fuera la menos restrictiva para el derecho lesionado⁹⁸. Además, y dejando al margen la cuestión espinosa de la interpretación de la Convención de 1971 para determinar si es de aplicación o no a la ayahuasca, lo cierto es que, en el caso del peyote, los EE.UU. permitían la exportación de esta sustancia a grupos de indios americanos en Canadá. Pero, de ser así, habría *lugar para la acomodación de las legítimas necesidades de grupos religiosos minoritarios*⁹⁹.

Después de la última decisión del Décimo Circuito, la única instancia de apelación que le quedaba abierta al gobierno era el Tribunal Supremo de los EE.UU. El gobierno, a través de su nuevo *Attorney General*, Alberto R. Gonzales, decidió apelar a este Tribunal el 10 de febrero del 2005 y, el 18 de abril del 2005, el Supremo aceptó el recurso¹⁰⁰. La cuestión que planteaba la administración norteamericana era saber si la RFRA exigía al gobierno permitir la importación, distribución, posesión y uso de una sustancia catalogada como alucinógena e incluida en el «Schedule I» de la ley federal CSA, más aún cuando el Congreso había encontrado que esa sustancia podía ser objeto de abuso, era insegura in-

96. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, at 1019.

97. Cfr. *ibidem*, pp. 1022-1023.

98. Cfr. *ibidem*, p. 1030. Una adaptación que, sin embargo, otros siguen viendo como una perversión del *free exercise*. Marci Hamilton sigue entendiendo que los tribunales no pueden usurpar el papel del legislativo y que estas acomodaciones religiosas violaban el no-establecimiento. Cfr. M. HAMILTON, «The Establishment Clause during the 2004: Big Cases, Little Movement», en *Cato Supreme Court Review 2005 (2004-2005)*, pp. 159 y ss.

99. Cfr. *O Centro Espirita v. Ashcroft*, at 1024.

100. *Gonzales v. O Centro Espirita*, 544 U.S. 973 (2005). Era la última decisión de la Corte Rehnquist aceptando la apelación (*writ of certiorari*) en una cuestión relativa al libre ejercicio de la religión.

cluso bajo control médico, y violaba un tratado internacional. En defensa de las tesis de la organización se presentaron nueve escritos como *amicus curiae*¹⁰¹. El 1 de noviembre del 2005 se desarrolló el argumento oral ante el Supremo, tras la incorporación del juez Roberts como *Chief Justice*. El Tribunal Supremo de los EE.UU. finalmente resolvió el litigio el 21 de febrero del 2006 sin la participación del recién incorporado juez Samuel Alito, Jr. en la consideración o decisión de este caso.

2. «Gonzales v. O Centro Espirita», 126 S.Ct. 1211 (2006)

En esta sentencia, firmada por el presidente Roberts para un Tribunal unánime, el Supremo entendió que el gobierno no había demostrado la existencia de un poderoso interés estatal para prohibir el uso religioso de la ayahuasca. Se autorizaba así el uso sacramental de este tipo de té a la organización UDV, al menos hasta que un tribunal inferior diera al gobierno otra oportunidad de probar su poderoso interés en el cumplimiento de su legislación antidroga en este caso; algo que no resultará fácil, en atención al discurso de Roberts. Pero entremos, sin más dilaciones, en el análisis de la primera decisión de la Corte Roberts sobre libre ejercicio de la religión y de la primera opinión escrita por su *Chief Justice* en esta materia.

En el examen de los hechos, el Tribunal Supremo partía de tres consideraciones: la UDV era un grupo religioso que consumía un tipo de té sacramental en sus rituales o ceremonias; ese té contenía una sustancia alucinógena incluida en la ley federal CSA; y finalmente, el gobierno no negaba el carácter sincero de esta práctica religiosa pero la quería prohibir, ante la presencia de un interés estatal poderoso en la uniforme aplicación de su legislación federal antidroga¹⁰². Una vez plan-

101. *Amicus curiae* (amigo del Tribunal) es la persona o grupo de personas que, sin ser parte en el proceso, envían al Tribunal opiniones sobre el mismo. Así se llama la atención del Tribunal sobre aspectos que no serían desarrollados en igual medida por las partes. En el caso que nos ocupa, una relación completa de estos *briefs* la ofrece la misma organización UDV en su página relativa a la controversia en USA, cfr. <http://www.udvusa.com> (última visita el 1 de junio del 2006). Entre ellos destacaban los de la Conferencia Episcopal norteamericana, el del profesor Douglas Laycock y el de la conocida organización Becket Fund en defensa de la libertad religiosa.

102. *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficiente União Do Vegetal*, 126 S.Ct. 1211, at 1216 (2006).

teada la cuestión, el juez Roberts pasaba a definir el derecho aplicable en el marco de la RFRA de 1993¹⁰³, es decir, de la doctrina del *strict scrutiny* a través de sus dos elementos: existencia de un poderoso interés estatal y de medidas menos lesivas. Dado que la conclusión del fallo negará la existencia de un poderoso interés estatal en la prohibición del consumo religioso de esta sustancia, el Tribunal no entrará en el examen del segundo elemento. Roberts comenzó así con el estudio de los intereses estatales alegados, una vez probado el límite sustancial al sincero ejercicio de su religión por la UDV. En el contexto de la lucha contra el consumo y comercio ilegal de estupefacientes, la administración norteamericana presentaba dos intereses fundamentales: la uniforme aplicación de su legislación antidroga y la observancia de sus obligaciones internacionales. En primer lugar, el gobierno invocaba su interés en la observancia uniforme de la legislación federal antidroga (CSA). Esta ley, según la administración, establecía un sistema cerrado de supuestos, rechazando excepciones individualizadas. Ahora bien, la RFRA exigía al gobierno demostrar la presencia de esos intereses en relación a la persona cuyo libre ejercicio es lesionado, según las circunstancias concretas del caso. Y, en *O Centro Espirita*, no existía ninguna prueba que el Congreso, al clasificar el DMT en el primer apartado de sustancias de la CSA, estuviera pensando en la ayahuasca y en la UDV. Más aún, la misma CSA contemplaba la posibilidad de exenciones, cuando éstas aseguraran la salud y seguridad públicas. En este sentido, una exención ya había sido garantizada para el uso religioso del peyote en el caso de cientos de miles de indios nativos americanos. Pero, si esto era así, costaba entender la razón por la que se le negaba a la UDV, en circunstancias tan similares, una exención que afectaba a unas 130 personas¹⁰⁴. En realidad, el temor del gobierno era que, de conceder la exención solicitada, la puerta quedara abierta a otros muchos supuestos. A juicio de Roberts, el argumento recordaba la lógica de los burócratas de siempre y era muy simple: a fin de evitar esta pendiente resbaladiza (*slippery-slope*) era preciso negar toda excepción¹⁰⁵. Sin embargo, la RFRA pedía la exención. Es más, el Tribunal Supremo norteamericano había reconocido exenciones religiosas a leyes generalmente aplicables, y su con-

103. Cfr. *Gonzales v. O Centro Espirita*, at 1216.

104. Cfr. *ibidem*, pp. 1221-1222.

105. Cfr. *ibidem*, p. 1223.

cesión no había comprometido la exigencia de no-establecimiento¹⁰⁶. Entonces, pretender excluir de la CSA la posibilidad de exenciones amparadas en la RFRA era un camino equivocado. Otra cosa hubiera sido intentar probar la existencia de un interés poderoso en la administración o gestión de este programa, pues el Supremo (en *Lee* o *Hernandez*) había reconocido ese interés estatal cuando la concesión de exenciones religiosas comprometieran el buen desarrollo de esos programas¹⁰⁷. El otro interés presentado por el gobierno era el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, en concreto de la Convención de 1971. Si el Tribunal de Distrito asumió el argumento de la demandante UDV que excluía la ayahuasca de la Convención, algo que reiteró en su argumento oral ante el Supremo, el juez Roberts negó que esta sustancia, como una «preparación» que es, no estuviera comprendida en este Tratado. Ahora bien, la administración sólo hacía referencia a un interés general en mantener una posición de liderazgo internacional en la lucha antidroga, algo que, a juicio de Roberts, resultaba insuficiente bajo la RFRA¹⁰⁸.

Examinados los intereses de la administración norteamericana, y descartado su carácter poderoso, Roberts no se vio en la necesidad de seguir adelante y no examinó el carácter restrictivo o no de la medida adoptada. El ponente terminó la sentencia como la inició, con el reconocimiento del derecho aplicable al caso en los términos de la RFRA. Reconoció que seguir la doctrina del *strict scrutiny*, a través de esa operación de equilibrio entre intereses enfrentados, no era una labor sencilla pero que el Congreso así lo decidió en esa ley federal de 1993. Y, finalmente, concluyó que, en aplicación del test contemplado en dicha ley, los tribunales inferiores decidieron correctamente al no encontrar un poderoso interés estatal.

Al menos cuatro consecuencias inmediatas pueden extraerse de la lectura de esta sentencia. (1) En primer lugar, el Supremo no tuvo ningún reparo en aplicar la RFRA y la doctrina del *strict scrutiny* contenida en ella. Entendió así que la ley era de aplicación federal y no se detuvo explícitamente en la consideración de algún argumento (no-estableci-

106. Cfr. *ibidem*, pp. 1223-1224.

107. Cfr. *ibidem*, p. 1223.

108. Cfr. *ibidem*, pp. 1224-1225.

miento o separación de poderes) que pudiera afectar su validez¹⁰⁹. Es verdad que las partes no pusieron una objeción de constitucionalidad a esta ley. Durante el desarrollo del argumento oral¹¹⁰, los jueces aceptaron que el Congreso había intervenido después de *Smith* y que tenía competencia federal para hacerlo. Quienes defendieron la neutralidad formal en el caso del peyote de 1990, se encogían de hombros en este momento. Para ellos, *Smith* seguía siendo una buena decisión que se mantenía como ley aplicable. Sin embargo, ahora la RFRA también les exigía la restauración del *strict scrutiny*. El argumento implicaba, una vez más, una clara actitud de deferencia legislativa. Y este era precisamente el problema: en esta oportunidad, el Supremo volvía a dejar la cuestión de la defensa de la libertad religiosa en las manos del legislativo, del federal (RFRA) y de los estatales que no siempre han respaldado la iniciativa federal. Pero, por un lado, dejar la cuestión a merced de los vientos cambiantes de los Estados sería tanto como admitir que los derechos humanos son concedidos y no reconocidos. Y, por otro, aceptar exenciones legales de libre ejercicio no sería lo mismo que permitir exenciones constitucionalmente requeridas¹¹¹. (2) En segundo lugar, otra consecuencia que se deduce

109. Un año antes, el Supremo había evitado la cuestión de la aplicación federal de la RFRA en *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709, at 715, note n. 2 (2005). Por su parte, el Décimo Circuito había apostado por esa aplicación en *O Centro Espirita v. Ashcroft*, 342 F.3d 1170, at 1176 (10th Cir. 2003). Cfr. I. PÉREZ, «Religious Freedom under RFRA: Is There a Compelling Government Interest to Prohibit the Use of Ceremonial Tea? *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*», en *Florida Coastal Law Journal* 7 (2006), pp. 65-66.

110. Los argumentos orales se desarrollan en 30 minutos ante los 9 magistrados del Supremo. Primero interviene la parte demandante, después la demandada y se termina con una réplica de la primera. La praxis del argumento es muy dinámica con constantes interrupciones de los jueces; muchas veces son sus preguntas las que dirigen la discusión. En la actualidad, dos o tres argumentos son sostenidos cada día comenzando a las 10 a.m. los lunes, martes y miércoles. Los argumentos empiezan el primer lunes de octubre y concluyen a finales de abril. En el caso *Gonzales v. O Centro Espirita*, el argumento oral tuvo lugar el martes 1 de noviembre del 2005 durante 59 minutos. Estos argumentos pueden consultarse en la página web del Supremo (www.supremecourtus.gov).

111. Ésta era la tesis defendida en 1990 por McConnell en su brillante artículo sobre los orígenes de la *free exercise clause* [M. W. MCCONNELL, «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion», en *Harvard Law Review* 103 (1990), pp. 1409 y ss.] y era la misma tesis que, 15 años después, seguía resonando en la doctrina: Ch. A. EASON, «O Centro v. Ashcroft: American Indians' Efforts to Secure Religious Freedoms are Paving the Way for other Minority Religious Groups», en *American Indian Law Review* 28 (2003-2004), p. 327; Th. C. BERG, «Minority Religions and the Religion Clauses», en *Washington University Law Quarterly* 82 (2004), pp. 964-974; D. LAYCOCK, «Comment: Theology Scholarships, the Pledge of Allegiance, and Religious Liberty: Avoiding the Extremes but Missing the Liberty», en *Harvard Law Review* 118 (2004), pp. 200-213; 240-246.

de esta sentencia es la limitada comprensión de la doctrina del *strict scrutiny*. La apelación a decisiones como *Lee* o *Hernandez*, casos pre-*Smith*, no era una buena noticia para los partidarios de una fuerte comprensión de esa doctrina. Es sabido que el equilibrio que pide el *balancing test* puede venir a menos cuando un interés, el de la administración, se presenta siempre como prevalente, y esto es lo que sucedió en esos casos que la opinión de Roberts citaba y aceptaba. (3) En tercer lugar, pretender mantener, al mismo tiempo, la doctrina del *strict scrutiny* (*Sherbert*) y de la neutralidad formal (*Smith*) era una solución provisional. En cualquier momento, dependiendo de las nuevas circunstancias del caso, de los argumentos presentados y de la composición del Tribunal, todo el sistema volverá a ponerse en juego. Y (4) finalmente, los silencios de ciertos magistrados en *O Centro Espirita* eran más que elocuentes. A pesar de sus respectivas posiciones anteriores en *Smith* y en *Flores*, los jueces Scalia y Stevens mantuvieron silencio sin escribir ahora ninguna opinión, ni uniéndose al resultado ni disintiendo de él. Scalia no se desdijo de su opinión en *Smith* pero aceptó, siguiendo su deferencia legislativa, la competencia del Congreso federal en esta cuestión. Aceptaba la RFRA y aplicaba la doctrina del *strict scrutiny*, admitiendo la posibilidad de excepciones a normas generales *sin que el cielo se caiga*¹¹². A pesar de que Roberts se enfrentó expresamente a la lógica de los burócratas que negaban exenciones ante el temor de multiplicación de supuestos, algo que recordaba el argumento de Scalia en *Smith*, este último magistrado no se dio por aludido y no consideró necesaria una respuesta. Un sorprendente modo de proceder en quien nos tiene acostumbrados a todo tipo de intervenciones ante las más mínimas sugerencias. Por otra parte, el juez Stevens también guardó silencio sobre el argumento que abrazó en *Flores*¹¹³. En ningún momento del argumento oral, este magistrado sugirió que la RFRA fuera nula en su aplicación federal por violar la cláusula de no-establecimiento de la Primera Enmienda. Y esto aún cuando Roberts, en su opinión, advirtió que la RFRA o la RLUIPA no contradecía el no-establecimiento¹¹⁴.

112. Cfr. Oral Argument, Nov. 1, 2005, p. 8, líneas 12-20.

113. El juez Stevens fue el único magistrado, en *Flores*, que entendió que la RFRA era inconstitucional porque violaba la *establishment clause*, al conceder una preferencia a grupos religiosos sobre los seculares, cfr. *Flores*, at 536-537.

114. Vid *supra*, nota 106.

En fin, creemos que *O Centro Espirita* resuelve en falso la comprensión constitucional del derecho de libertad religiosa. Las sentencias *Sherbert*, *Yoder*, *Smith* y *Flores* siguen siendo precedentes, a pesar de las incongruencias existentes entre estas decisiones. En esta ocasión, el Tribunal Supremo no ha querido resolver esas diferencias, en parte por no ser la validez de la RFRA una cuestión propuesta en el litigio, y en parte por no entrar en una espinosa cuestión que obligara a un Tribunal dividido a tomar partido por una interpretación concreta. Es más, otros aspectos, como el de la separación de poderes, ni tan siquiera fueron tratados, probablemente también por no incorporar otros argumentos no aportados en el caso. Sin embargo, aunque las partes nada digan, la tarea del Tribunal es explicar aparentes inconsistencias entre sus sentencias, algo que hace presagiar, tarde o temprano, nuevas decisiones¹¹⁵.

VI. CONCLUSIÓN: LA NUEVA AFIRMACIÓN DEL «STRICT SCRUTINY»

Es cierto que *O Centro Espirita* recupera la doctrina del *strict scrutiny* en la argumentación del Tribunal Supremo de los EE.UU. Sin embargo, también es claro que no ha resuelto definitivamente la cuestión de su aplicación, al mantener la validez de los precedentes *Sherbert* y *Smith*. Dado que la lógica inherente en uno y otro es bien distinta, es de suponer que llegarán al Tribunal nuevos casos que le obliguen a pronunciarse por uno u otro criterio: *strict scrutiny* o neutralidad formal.

En realidad, desde los años 40 del siglo XX, el discurso sobre la libertad religiosa en el derecho norteamericano se ha centrado en el tratamiento jurídico independiente de cada cláusula de la Primera Enmienda. El análisis ha venido operando así porque no se ha percibido la existencia de un principio unificador. Pretender que el criterio sea el de la separación estricta entre la religión y la sociedad no es posible en el moderno Estado del bienestar por los numerosos puntos de contacto. Además, ese enfoque conduciría a la disolución de la libertad religiosa:

115. Cfr. M. C. DORF, «The Supreme Court's Unanimous Decision Recognizing a Religious Right to Use Hallucinogenic Tea», en *Findlaw.com*, Monday, Feb 27 (2006) [<http://writ.news.findlaw.com/dorf/20060227.html> (Última visita, el 22 mayo 2006)].

es decir, al perder su especificidad, esta libertad quedaría integrada en una libertad más amplia que es la que resultaría digna de protección (llámese libertad de autonomía personal, libertad ideológica, de pensamiento o conciencia). Sin embargo, no se debería olvidar que las dos cláusulas religiosas están al servicio de una única libertad. El no-establecimiento de la religión, lejos de ser un fin en sí mismo, está al servicio del libre ejercicio de la religión. Entonces, la afirmación del mismo principio inspirador permitirá la unidad del sistema y evitará contradicciones. Pero, para ello, es necesario ofrecer una nueva definición de los términos de la libertad religiosa que descansa en una comprensión *fuerte* del libre ejercicio (máximo *free exercise* posible) y una lectura flexible del no-establecimiento que no lo defina desde la estricta separación¹¹⁶. Seguimos considerando que esta solución sería posible gracias a una operación de equilibrio como la del *strict scrutiny* (doctrina *Sherbert-Yoder*), en el campo del libre ejercicio, y a un principio de *neutralidad benevolente* (*Walz*)¹¹⁷, en la esfera del no-establecimiento.

Por lo que se refiere al libre ejercicio, habría que aplicar con seriedad el *Sherbert test*, dentro de los márgenes del actual derecho norteamericano (en los límites apuntados en *Smith* y según las cláusulas de la RFRA y de la RLUIPA). Ahora bien, si se minimiza el interés religioso y siempre se considera poderoso (*compelling*) el interés del Estado, la operación de equilibrio se desvirtúa. Es verdad que la apelación a esta operación de ponderación de intereses complica la tarea del Tribunal cuando lo más sencillo sería evitar estas consideraciones. Más aún, el carácter confuso y susceptible de abusos del proceso ha levantado numerosas críticas. Sin embargo, esas observaciones no deberían eliminar la operación sino trabajar en perfeccionarla, reduciendo los márgenes de discrecionalidad. De este modo, en el examen del *poderoso interés*

116. Otros autores, como Berg, plantean la cuestión de la relación entre las dos cláusulas de la Primera Enmienda como dos enfoques (amplio y estrecho) de la libertad de práctica religiosa: Th. C. BERG, «On the Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in the United States», en *Emory International Law Review* 19 (2005), pp. 1277-1278.

117. Cfr. *Walz v. Tax Commission*, 397 U.S. 664, at 669-670 (1970). En este caso, el Tribunal sostuvo una decisión de la agencia tributaria de la ciudad de New York que garantizaba la exención del impuesto de propiedad a las organizaciones religiosas que usaran esas propiedades exclusivamente para el culto religioso. El Tribunal Supremo entendió que esa medida no violaba ninguna de las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda.

estatal, es imprescindible considerar la importancia o necesidad del fin al que sirve ese interés, así como la eficacia de la medida en relación con el objetivo pretendido. Ese interés no debería ser general, abstracto, potencial o especulativo; al contrario, debería tratarse de un interés real, concreto y evidente. En este sentido, un interés estatal poderoso será aquel interés del más alto orden, es decir, un interés universal dirigido a la prevención de peligros claros, presentes, graves e inmediatos para la salud pública, paz o bienestar. Más aún, no bastaría con que el gobierno considerara así unos intereses que deberían perseguirse siempre (fuera religiosa o no la práctica regulada) y no debería tratarse de medidas de conveniencia o de facilidad burocrática o administrativa. Por otra parte, un *ejercicio de la religión* es una conducta o práctica motivada (impulsada) por la creencia religiosa y sinceramente sostenida. En efecto, el interés religioso debería buscar la sinceridad, la importancia de la práctica para la creencia, su carácter central o periférico y, finalmente, el sacrificio que supone su limitación sustancial. Por último, identificados los intereses, se deberían sopesar en la operación de equilibrio según el impacto que una exención pudiera producir. Así, la normativa o la acción estatal supondrían una *carga sustancial* cuando la práctica o conducta religiosa fuera, de alguna manera, prohibida, castigada, discriminada o hubiera supuesto una reducción de derechos. Habría que apreciar entonces el carácter accesorio o central que la conducta tiene para la creencia y el coste administrativo o financiero que supone la carga. Las meras inconveniencias, o pequeñas dificultades, no representan este tipo de gravamen. Y, finalmente, no bastaría que el interés estatal fuera poderoso, además se exigiría que fuera la *medida menos restrictiva* que se pudiera dar. Esto requiere un examen concreto de la situación y de las diversas medidas que pudieran emplearse para lograr el fin deseado.

Por otra parte, en relación con la *establishment clause*, el principio de la *neutralidad benevolente* evitaría una rígida comprensión de la separación y permitiría la colaboración, asistencia o ayuda, siempre que no se discriminara o prefiriera a unas creencias sobre otras. En este punto, seguimos la apuesta interpretativa de Scalia para quien el no-establecimiento no exige hostilidad o beligerancia hacia la religión. Tanto los creyentes como las organizaciones religiosas pueden recibir beneficios públicos desde la no preferencia o discriminación y desde la no coacción.

Éstos serían los límites a esas ayudas. Fuera de estos términos, la adaptación sería posible o incluso exigible¹¹⁸.

En conclusión, el *strict scrutiny* (en el *free exercise*) y el principio de neutralidad benevolente (en la *establishment clause*) garantizarían eficazmente el derecho de libertad religiosa y conseguirían coordinar la jurisprudencia sobre las cláusulas. De este modo, se saldría del callejón de contradicciones en el que se encuentra la doctrina sobre libertad religiosa y se ofrecerían criterios más seguros de interpretación a la jurisprudencia menor. La cuestión es que esta solución no ha terminado de imponerse por la división existente en el Tribunal Supremo de los EE.UU. Los magistrados conservadores aplaudirían nuestro enfoque de la *establishment clause* y los liberales harían lo propio en relación con el *free exercise*. Sería necesario que los primeros entendieran que una generosa comprensión del libre ejercicio no es un argumento exclusivo de la agenda libertaria desde la revolución de los derechos civiles. Por su parte, los liberales tendrían que evitar considerar cualquier colaboración con la religión como un intento conservador de imposición. Sólo así se abriría paso una apuesta como la nuestra. Las filas conservadoras se han visto reforzadas en el Supremo con las últimas incorporaciones de los jueces Roberts y Alito. Sin embargo, el Tribunal sigue dividido en dos grupos claramente definidos, con el juez Kennedy en el centro. Las próximas incorporaciones serán determinantes en esta cuestión. Y si es verdad que la primera decisión de la Corte Roberts sobre libertad religiosa (*O Centro Espirita*) recupera el lenguaje del *strict scrutiny*, no es menos cierto que lo hace en los márgenes autorizados por *Smith*. Dado que la filosofía que alimenta la doctrina *Sherbert* difiere notablemente de aquella en la que descansa *Smith*, pretender mantener, al mismo tiempo, una y otra nos parece una solución precaria. No es de extrañar pues que los próximos años sigan definiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano sobre el derecho de libertad religiosa con nuevas decisiones. Este horizonte es parte del aliciente que mantiene el derecho norteamericano en la primera de las libertades.

118. Bien distinta es la consideración de una neutralidad estricta, no benevolente, con buenos partidarios en la doctrina más reciente: cfr. T. M. MASSARO, «Religious Freedom and “Accommodationist Neutrality: A Non-Neutral Critique”», en *Oregon Law Review* 84 (2005), pp. 935 y ss.

RESUMEN-ABSTRACT

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió el 21 de febrero del 2006 su primer caso sobre libertad religiosa bajo la Corte Roberts en su primer año judicial. En *O Centro Espirita*, el Supremo aplicó de nuevo la doctrina del *strict scrutiny* en el marco del libre ejercicio de la religión, y afirmó la validez de la aplicación federal de la RFRA de 1993. La controversia no tenía por objeto superar las contradicciones existentes en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano acerca del *free exercise*. Habrá que esperar entonces a una nueva sentencia que lleve al Tribunal a decidirse por el criterio del *strict scrutiny* (*Sherbert*) o por el de neutralidad formal (*Smith*), anulando uno u otro precedente y definiendo las exenciones de libre ejercicio como legal o constitucionalmente requeridas.

Palabras claves: Libertad Religiosa, Estados Unidos, Corte Roberts.

In its last term 2005-2006, the United States Supreme Court (USSC) decided its first case regarding religious freedom under the Roberts Court on February 21, 2006. The USSC (*Gonzales v. O Centro Espirita*) applied again the doctrine of the strict scrutiny (*Sherbert-Yoder*), and affirmed the federal application of the RFRA '93. This controversy did not enter in the USSC's contradictions on the free exercise of religion. Thus, we have to wait a new USSC's decision that affirms the strict scrutiny (*Sherbert*) or the neutrality standard (*Smith*), overruling one or another precedent and defining the doctrine of «free exercise exemptions». But, the «free exercise exemptions», are a legal or a constitutional matter? That's the question.

Keywords: Religious Liberty, United States, Roberts Court.

Copyright of *Ius Canonicum* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.