



**José Ramón Polo Sabau**

(catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Málaga,  
Facultad de Derecho)

**El argumento de la tradición histórica  
en el juicio de constitucionalidad en materia de relaciones  
Iglesia-Estado: el caso del Derecho norteamericano \***

**SUMARIO:** 1. Introducción - 2. El significado esencial de las cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal - 3. El argumento de la tradición histórica en la interpretación judicial de la *Establishment Clause* - 4. La tradición histórica como excepción a la aplicabilidad de los normales parámetros jurídicos de validez en materia de aconfesionalidad.

## **1 - Introducción**

A propósito de la existencia en el Parlamento británico de una figura tan sumamente peculiar como lo es en efecto la de los llamados Lores espirituales, esto es los preladados que por prescripción legal ejercen la representación institucional de la Iglesia de Inglaterra en la Cámara Alta fruto de una secular tradición, hace ahora casi un par de décadas M. L. Nash, ante una hipotética reforma de este órgano legislativo, se preguntaba en términos dialécticos si sería todavía posible hallar algún motivo que justificase la pervivencia de aquella institución tan ligada a la confesionalidad inglesa en el Parlamento del nuevo milenio, y, a este respecto, daba comienzo a su reflexión afirmando que la existencia misma de esa dimensión espiritual en la Cámara de los Lores resultaba, *prima facie*, en el mejor de los casos anómala y sosteniendo también que, como sucede con frecuencia con gran parte de lo que es británico, lo que permite explicar dicha existencia no es otra cosa que la historia; ahora bien, concluía con agudeza este autor, desde una óptica propiamente jurídica, el que la historia pueda servir para explicar la vigencia de esa institución no quiere decir necesariamente que también pueda servir para justificarla<sup>1</sup>.

---

\* Trabajo sometido a evaluación.

<sup>1</sup> Cfr. M. L. NASH, "The 'Leaven in the Lump'. Bishops in the House of Lords", en *Contemporary Review*, 274 (1999), p. 196



Esta última apreciación, a mi modo de ver muy atinada, nos sitúa de manera frontal ante un aspecto particularmente delicado y que ha resultado ser muy problemático en el marco general del tratamiento que, en diversos ordenamientos, se ha concedido a la convencionalmente denominada cuestión religiosa, y ese aspecto no es otro que el de la necesidad de hallar algún tipo de justificación que avale la compatibilidad de determinados modelos estatales de relación Iglesia-Estado - o de algunas concretas prácticas o instituciones dentro de ellos - con la adecuada protección constitucional de los derechos fundamentales y, en especial, de la libertad religiosa y con la salvaguarda de algunos de los presupuestos inherentes a esa protección como es el caso, significadamente, de los principios de igualdad y no discriminación y del principio de neutralidad religiosa de los poderes públicos.

En este contexto, a la vista de las particulares características de ciertas prácticas estatales en apariencia de una enormemente difícil conciliación con algunas de esas exigencias iusfundamentales ligadas al régimen de tutela de los derechos y libertades, la única justificación que en ocasiones se ha encontrado para sostener judicialmente la constitucionalidad de dichas prácticas - o una de las que se han empleado como determinantes del fallo - ha sido, curiosamente, una de naturaleza en puridad extrajurídica como es la que representa la apelación a su gran arraigo histórico en la sociedad.

Este es un llamativo fenómeno que, aunque se ha dado también similarmente en otros diversos ordenamientos tanto nacionales como supranacionales (es este último el caso, como incidentalmente quedará después apuntado, del Derecho del Consejo de Europa), sin duda ha adquirido un cierto cariz propio y se ha verificado de un modo particularmente ilustrativo en el supuesto del Derecho norteamericano, en lo concerniente a la evolución del significado atribuido en este ordenamiento al principio de aconfesionalidad del Estado, lo que no ha de extrañar si se tiene en cuenta que, como ha señalado S. G. Gey, la jurisprudencia recaída en torno a las cláusulas religiosas de la Primera enmienda constituye una de las áreas del Derecho constitucional norteamericano en las que, en términos generales, más se ha dejado sentir, de uno u otro modo, el peso de la historia<sup>2</sup>, y ello hasta el punto de que, como asimismo ha podido concluir S. K. Green, estamos ante un sector jurisprudencial que desde muy temprano se ha caracterizado por el hecho de que a menudo los jueces han utilizado la historia como una suerte de sustitutivo para no tener que justificar con argumentos jurídicos sus

---

<sup>2</sup> Cfr. S.G. GEY, "More or Less Bunk: The Establishment Clause Answers That History Doesn't Provide", en *Brigham Young University Law Review*, 4 (2004), p. 1617.



decisiones acerca de la adecuada relación que deba existir entre la Iglesia y el Estado a partir de lo estipulado en la Constitución<sup>3</sup>.

Así pues, las páginas que siguen se dedican primordialmente al examen de esta cuestión en el marco del tratamiento que concede a la cuestión religiosa la Constitución federal de los Estados Unidos.

## 2 - El significado esencial de las cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal

La regulación iusfundamental del sistema de relaciones Iglesia-Estado en el Derecho norteamericano, como es notorio, gira en torno al contenido de las llamadas cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal que consagran la garantía de la libertad religiosa así como el principio de aconfesionalidad, esto es la *Free Exercise Clause* y la *Establishment Clause* respectivamente<sup>4</sup>, íntimamente relacionadas entre sí y conformadoras ambas de un modelo que, en la práctica, ha resultado ser en su conjunto de una notable complejidad y cuya interpretación ha dado origen a una jurisprudencia a menudo cambiante, confusa y en su globalidad escasamente coherente<sup>5</sup>.

Obviamente no es el caso de detenernos aquí más en detalle en las causas y en las manifestaciones más relevantes de esa complejidad, pero sí al menos debe ahora hacerse notar que a la *Free Exercise Clause* le ha venido siendo atribuido como significado esencial el de la prohibición de imponer límites constitucionalmente inadmisibles al ejercicio de la libertad religiosa, que pesa sobre los poderes públicos, y, por su parte, el sentido que ha sido conferido a la cláusula de aconfesionalidad, en la que me interesa ahora centrarme para el concreto propósito al que se encaminan estas páginas, es aquel que la identifica con lo que podríamos describir como la prohibición de realizar o fomentar actividades o fines propiamente religiosos por parte de los poderes públicos que, en todo caso, deben mantenerse neutrales en esta materia (*public neutrality toward religion*), y en este sentido el Tribunal Supremo federal ha llegado a afirmar incluso que esa neutralidad

---

<sup>3</sup> Cfr. S.K. GREEN, "Bad History: The Lure of History in Establishment Clause Adjudication", en *Notre Dame Law Review*, 81/5 (2006), pp. 1717-18.

<sup>4</sup> Así comienza en efecto el texto de la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]".

<sup>5</sup> Para una visión de conjunto del tratamiento de toda esta cuestión puede verse, por todos, el voluminoso tratado de B.I. BITTKER, S.C. IDLEMAN, F.S. RAVITCH, *Religion and the State in American Law*, Cambridge University Press, New York, 2015.



gubernamental en materia religiosa constituye el propósito central de la *Establishment Clause*<sup>6</sup>.

Estas afirmaciones sin duda simplifican en exceso una cuestión que es mucho más compleja y requeriría de no pocos matices pero, no obstante, concretamente por lo que hace a la cláusula de aconfesionalidad reflejan en lo sustancial esa idea básica de la distinción de dos ámbitos que constitucionalmente no han de confundirse ni entremezclarse indebidamente, el de la actividad de los poderes públicos, de un lado y el de los fines religiosos, de otro.

Pese al tiempo transcurrido desde su inicial instauración, puede decirse que el principal parámetro de medición aplicable judicialmente en los casos concernientes a la cláusula de aconfesionalidad sigue siendo el conocido como *Lemon test*, así denominado desde que se formulase en 1971 por la Corte Suprema federal en su sentencia en el caso *Lemon v. Kurtzman*<sup>7</sup>. En esta resolución, en esencia, el Tribunal condicionó la constitucionalidad de una norma - o de una actuación de los poderes público - en este terreno al cumplimiento de los tres siguientes requisitos: en primer lugar, dicha norma debe tener un propósito claramente secular (*a secular legislative purpose*); en segundo término, no debe tener como efecto principal el de promocionar o, inversamente, el de restringir la religión (*its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion*) y; por último, la norma no debe producir una excesiva implicación de los poderes públicos en los asuntos religiosos (*an excessive governmental entanglement with religion*)<sup>8</sup>.

El entendimiento y la propia aplicación judicial de este test han experimentado en cualquier caso una cierta evolución que ha llevado a que los tribunales, en distintas ocasiones, hayan hecho prevalecer o hayan dado una mayor importancia a uno u otro de los tres elementos citados, hayan percibido a lo largo del tiempo matices distintos en el significado de estos elementos en el momento de su aplicación o, también, en determinados ámbitos objetivos, hayan llegado a considerar que el tercero de ellos carece de autonomía como parámetro específico de constitucionalidad y debe más bien ser interpretado como una de las facetas a tener en cuenta a la hora de valorar el efecto principal de la norma cuestionada; asimismo cabe destacar que, a partir del esquema de enjuiciamiento establecido en *Lemon* se han desarrollado, en la doctrina jurisprudencial, otras herramientas hermenéuticas como los denominados *endorsement test* y *coercion test* - cuyas

---

<sup>6</sup> Cfr. *Gillette v. U.S.*, 401 U.S. 437 (1971), p. 449.

<sup>7</sup> 403 U.S. 602 (1971).

<sup>8</sup> Cfr. 403 U.S. 602 (1971), pp. 612-13.



iniciales formulaciones aparecen, respectivamente, en el voto particular de la Juez O'Connor en *Lynch v. Donnelly*<sup>9</sup> y en el del Juez Kennedy en *Lee v. Weisman*<sup>10</sup> - que, bajo ciertas condiciones, eventualmente también han jugado un papel en los pleitos relativos a la cláusula de aconfesionalidad, aunque una más pormenorizada exposición del alcance tanto de estos últimos como del propio *Lemon test* excedería con mucho del propósito de esta referencia meramente preliminar.

A los efectos del análisis que centra el objeto de este trabajo, baste ahora señalar que las interpretaciones que, a lo largo del tiempo, se han ido abriendo camino en la jurisprudencia en relación al significado y alcance de la *Establishment Clause* por lo general han oscilado entre un criterio más rígidamente separatista (encarnado en la célebre metáfora jeffersoniana del muro de separación) y uno más propicio a las tesis más flexibles surgidas en torno a la llamada doctrina de la acomodación, tesis estas últimas que de manera creciente han venido permitiendo en las últimas décadas ciertos espacios de interrelación (*entanglement*) entre el poder político y los intereses religiosos, al amparo de nociones tales como la de la neutralidad sustancial o la neutralidad benevolente.

En el marco jurisprudencial que acaba de ser sumariamente descrito, la apelación al argumento de la tradición histórica realizada con el propósito de justificar la constitucionalidad de ciertas prácticas públicas o de ciertas medidas legislativas en esta materia se hizo especialmente necesaria, y adquirió su más plena significación, como es lógico, fundamentalmente en aquel período inicial en el que estaba en pie, con unos u otros matices, un criterio judicial representativo de un entendimiento más estricto o, quizás mejor, más estrictamente separatista de la cláusula de aconfesionalidad, pero en todo caso y dado que en efecto el *Lemon test* no ha sido realmente desechado en ningún momento y en buena medida sigue constituyendo el estándar básico de constitucionalidad en esta materia, aquella apelación no ha dejado de tener un llamativo significado que es preciso identificar y tratar al menos de esclarecer.

Así pues, desde estas premisas a continuación examinaré el significado de algunas de las más relevantes resoluciones del Tribunal Supremo federal en las que, de una u otra forma, se ha verificado ese recurso al argumento de la tradición histórica como parámetro de constitucionalidad en asuntos concernientes a la *Establishment Clause*.

---

<sup>9</sup> 465 U.S. 668 (1984).

<sup>10</sup> 505 U.S. 577 (1992).



### 3 - El argumento de la tradición histórica en la interpretación judicial de la *Establishment Clause*

En un momento en el que aún no había sido explicitado el *Lemon test* pero ya estaba vigente la concepción judicial más rígidamente separatista de la *Establishment Clause* que se había instaurado tiempo atrás, especialmente a partir del precedente de *Everson v. Board of Education*<sup>11</sup>, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su sentencia en el caso *Waltz v. Tax Commission*<sup>12</sup>, se pronunció sin embargo en favor de la concesión de determinados beneficios fiscales a las entidades religiosas al estimar que no se vulneraba con ello la cláusula de aconfesionalidad que impide promoción estatal de la religión, aunque para justificar su fallo tuvo que recurrir entre otras a una argumentación sumamente forzada según la cual los beneficios fiscales, no es que constituyesen una muestra de financiación pública pero meramente indirecta sino que, yendo un paso más allá, en cierto sentido ni tan siquiera podían considerarse como una fuente de financiación pública en absoluto<sup>13</sup>, un planteamiento con el que, como señala R. A. Epstein, el Tribunal hizo caso omiso por completo de la doctrina científica fiscalista del momento que unánimemente secundaba la tesis de que el efecto económico de las exenciones fiscales es equiparable al de la financiación directa<sup>14</sup>.

Aquel dudoso principio general (*a tax exemption is not sponsorship*), de hecho, sería ulteriormente refutado de manera categórica por el propio Tribunal Supremo en el caso *Regan v. Taxation With Representation of Washington*<sup>15</sup>, pero lo que ahora me interesa destacar es el dato de que la

---

<sup>11</sup> 330 U.S. 1 (1947). Es ya célebre el pasaje de la sentencia en el que el Juez Black, partiendo de la conocida metáfora jeffersoniana, proclama lo que sigue: “the First Amendment has erected a wall of separation between church and state. That wall must be kept high and impregnable. We could not approve the slightest breach” (330 U.S. 1 (1947), p. 18).

<sup>12</sup> 397 U.S. 664 (1970).

<sup>13</sup> “The grant of a tax exemption is not sponsorship since the government does not transfer part of its revenue to churches but simply abstains from demanding that the church support the state. No one has ever suggested that tax exemption has converted libraries, art galleries, or hospitals into arms of the state or put employees “on the public payroll”. There is no genuine nexus between tax exemption and establishment of religion” (397 U.S. 675).

<sup>14</sup> Cfr. R.A. EPSTEIN, *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2014, pp. 501-02.

<sup>15</sup> “Both tax exemptions and tax-deductibility are a form of subsidy that is administered through the tax system. A tax exemption has much the same effect as a cash grant to the organization of the amount of tax it would have to pay on its income. Deductible contributions are similar to cash grants of the amount of a portion of the individual’s



decisión adoptada en *Waltz* estuvo basada en gran medida en un argumento de naturaleza extrajurídica como lo es el de la muy arraigada tradición histórica de la práctica estatal cuestionada. Así lo reconoció incluso el propio Tribunal cuando, expresando la opinión de la mayoría y tras citar un conocido pasaje del Juez Black extraído de una sentencia de comienzos de los años veinte en el que este último llegaba a afirmar literalmente, de manera muy gráfica, que una página de historia vale más que todo un volumen de lógica<sup>16</sup>, el Juez Burger proclamó que el hecho de que la práctica impugnada gozase de una tan larga y hasta el momento indiscutida tradición en la historia de la Nación era algo que sencillamente no podía ignorarse en el enjuiciamiento del caso<sup>17</sup>; y otro tanto hizo el Juez Brennan cuando, en el marco de su voto particular concurrente, apeló al profundo arraigo histórico en la Nación de las exenciones fiscales a las organizaciones religiosas como uno de los factores que era preciso tener en cuenta a la hora de juzgar acerca de su constitucionalidad<sup>18</sup>.

Se ha dicho que la sentencia en el caso *Waltz* representó un paso significativo en el camino hacia una interpretación neutralista de las cláusulas religiosas<sup>19</sup>, pero lo cierto es que el Tribunal en la fundamentación de su fallo en realidad no puso en solfa el criterio rigurosamente separatista entonces imperante (el muro de separación) y de ahí que, además de tener que adoptar una visión ostensiblemente forzada y artificiosa del significado de las exenciones fiscales para hacerlas compatibles con la aplicación de dicho criterio, en apariencia se vio también en la obligación de recurrir parcialmente a un elemento extrajurídico que sin embargo en principio debería ser ajeno a la hermenéutica constitucional, como en efecto lo es el del gran arraigo histórico de la práctica cuestionada; como oportunamente señala L. Pfeffer, en este caso era bastante claro que las exenciones fiscales objeto de enjuiciamiento constituían una manifestación de esa asistencia

---

contributions" (461 U.S. 540 (1983), p. 544).

<sup>16</sup> 397 U.S. 664 (1970), pp. 675-76.

<sup>17</sup> "It is obviously correct that no one acquires a vested or protected right in violation of the Constitution by long use, even when that span of time covers our entire national existence, and indeed predates it. Yet an unbroken practice of according the exemption to churches, openly and by affirmative state action, not covertly or by state inaction, is not something to be lightly cast aside" (397 U.S. 664 (1970), p. 678).

<sup>18</sup> "The existence from the beginning of the Nation's life of a practice, such as tax exemptions for religious organizations, is not conclusive of its constitutionality. But such practice is a fact of considerable import in the interpretation of abstract constitutional language" (397 U. S. 681).

<sup>19</sup> Cfr. P.J. WEBER, D.A. GILBERT, *Private Churches and Public Money. Church-Government Fiscal Relations*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1981, p. 55.



estatal a las confesiones religiosas que venía siendo reiteradamente prohibida bajo el criterio rígidamente separatista instaurado en *Everson*, de manera que la decisión adoptada en *Waltz*, en última instancia, resultaba muy difícil de justificar a la luz de los principios en ese momento constitucionalmente aceptados respecto de la aplicación de la *Establishment Clause*<sup>20</sup>, y esta circunstancia, en efecto, es la que explicaría que se hubiese tenido que recurrir aquí al argumento de la tradición histórica.

Así pues, no resulta extraño en absoluto que se haya llegado a sugerir categóricamente que pocos autores se atreverían hoy a discutir el hecho de que el razonamiento judicial desarrollado en *Waltz* hunde sus raíces en la tradición histórica más que en un mandato constitucional<sup>21</sup>, y tampoco resulta sorprendente que, en términos similares pero ahondando todavía más en el conjunto de los elementos que explican que en esta sentencia se produjese lo que bien podríamos considerar como un juicio de oportunidad acaecido por motivaciones ya no sólo de orden histórico sino también político, se haya podido afirmar que los dos factores que al cabo resultaron determinantes en la decisión judicial en este caso fueron, de un lado, el tradicional arraigo histórico de una práctica que se remontaba al siglo XVIII y estaba avalada en ese momento por una consistente línea jurisprudencial y, de otro, el hecho de que el Tribunal era muy consciente de las consecuencias enormemente negativas que hubiese producido una decisión en sentido contrario que habría supuesto una drástica reducción de los recursos económicos de los que entonces disponían las organizaciones religiosas<sup>22</sup>. Es más, esa plena conciencia por parte del Tribunal Supremo del trasfondo político del asunto enjuiciado parece haber sido la que asimismo jugó un papel esencial a la hora de formular una concepción del significado de las exenciones fiscales que, por muy jurídicamente forzada que pudiese resultar, se entendió que podía no obstante ser planteada sin una especial contestación social en aquella concreta coyuntura pues, como reveladoramente explica R. E. Morgan al describir el contexto social en el que fue dictada la sentencia, la concesión de las exenciones fiscales a las organizaciones religiosas producía un efecto de asistencia económica virtualmente indistinguible del propio de la financiación directa mediante subvenciones públicas pero psicológica y políticamente existía una gran

---

<sup>20</sup> Cfr. L. PFEFFER, *Religion, State and the Burger Court*, Buffalo, Prometheus Books, New York, 1984, p. 2.

<sup>21</sup> Cfr. G. IVERS, *Lowering the Wall: Religion and the Supreme Court in the 1980s*, Anti-Defamation League, New York, 1991, p. 48.

<sup>22</sup> Cfr. W.G. KATZ, "Radiations from Church Tax Exemption", en P.B. KURLAND (Ed.), *Church and State. The Supreme Court and the First Amendment*, University of Chicago Press, Chicago, 1975, p. 99.





diferencia pues, en lo esencial, los beneficios fiscales en ese momento gozaban de un indiscutido arraigo histórico y representaban una práctica mucho menos visible y por tanto socialmente menos conflictiva que otras nuevas medidas de ayuda económica directa que debían ser debatidas e implementadas bajo la presión de la opinión pública<sup>23</sup>.

Algo más de una década después, en su sentencia en el caso *Marsh v. Chambers*<sup>24</sup>, el Tribunal Supremo federal tuvo que pronunciarse sobre la presunta inconstitucionalidad del acto público de oración con el que se abrían las sesiones del Parlamento de Nebraska y que era realizado por un capellán retribuido por el Estado, y en esa ocasión la Corte Suprema volvió a recurrir al argumento de la tradición histórica para justificar la validez de una práctica que, ya en su sola apariencia, resultaba muy dudosamente compatible con el entendimiento que entonces tenía el propio Tribunal de la cláusula de aconfesionalidad: se trataba de una práctica, declaró la sentencia, que había sido ininterrumpidamente aceptada en el país a lo largo de más de doscientos años de historia y que, por tanto, había de ser concebida como formando ya parte del tejido social norteamericano, motivo al parecer suficiente para ratificar su constitucionalidad<sup>25</sup>. El Tribunal también entró en otro tipo de consideraciones tales como que el Congreso que aprobó la Constitución al mismo tiempo avaló la apertura de sus sesiones con un acto de oración semejante, extrayendo de ello la conclusión de que ya en la mente del constituyente, por así decirlo, ese acto era compatible con la *Establishment Clause*<sup>26</sup>; no obstante, si bien se mira, estos otros razonamientos se inscriben más bien en el marco de lo que se conoce

---

<sup>23</sup> Cfr. R.E. MORGAN, *The Supreme Court and Religion*, The Free Press, New York, 1972, p. 107.

<sup>24</sup> 463 U.S. 783 (1983).

<sup>25</sup> "In light of the unambiguous and unbroken history of more than 200 years, there can be no doubt that the practice of opening legislative sessions with prayer has become part of the fabric of our society. To invoke Divine guidance on a public body entrusted with making the laws is not, in these circumstances, an "establishment" of religion or a step toward establishment; it is simply a tolerable acknowledgment of beliefs widely held among the people of this country" (463 U.S. 783 (1983), p. 792).

<sup>26</sup> "Clearly the men who wrote the First Amendment Religion Clauses did not view paid legislative chaplains and opening prayers as a violation of that Amendment, for the practice of opening sessions with prayer has continued without interruption ever since that early session of Congress" (463 U.S. 783 (1983), p. 788); "standing alone, historical patterns cannot justify contemporary violations of constitutional guarantees, but there is far more here than simply historical patterns. In this context, historical evidence sheds light not only on what the draftsmen intended the Establishment Clause to mean, but also on how they thought that Clause applied to the practice authorized by the First Congress -- their actions reveal their intent" (463 U.S. 783 (1983), p. 790).



como la interpretación *originalista* basada en el propósito inicial de los padres fundadores o del Congreso constituyente (*original intent*) o en el significado que tenían entonces las normas iusfundamentales<sup>27</sup> y no tanto en el ámbito del argumento de la tradición histórica en el sentido en el que lo estamos considerando en estas páginas.

El significado de esta sentencia ha sido glosado por T. L. Hall de un modo que difícilmente pudiera ser más elocuente: la larga tradición histórica de este tipo de prácticas religiosas cívicas (*civic religious practices*), un dato que previamente había sido relegado a los márgenes de la doctrina jurisprudencial en materia de aconfesionalidad, se sitúa ahora sin embargo en el centro de la argumentación del Tribunal pero de un modo muy peculiar puesto que, si bien se trata de una experiencia histórica abiertamente incompatible con la doctrina jurisprudencial relativa a la necesaria neutralidad del Estado inherente a la *Establishment Clause*, el Tribunal simplemente evita el problema de fondo y no opta por hacer prevalecer una u otra, esto es la historia o su jurisprudencia previa, limitándose a decretar que el acto público de oración no vulnera la cláusula de constitucionalidad sin hacer el menor intento de demostrar argumentalmente la supuesta armonía entre el sentido de su fallo y su doctrina precedente; así pues, la inquietante conclusión a la que llega este autor es nada menos que la de que *Marsh* representa el triunfo de la historia sobre los principios constitucionales, convirtiendo a la *Establishment Clause* en algo virtualmente ininteligible al sustituir su interpretación basada en principios jurídicos por otra fundada en la mera mención de los antecedentes históricos<sup>28</sup>. Como perspicazmente ha hecho notar también D. O. Conkle, no es sorprendente que el Tribunal en esta resolución se apoyase enfáticamente en el gran arraigo histórico de la práctica cuestionada e ignorase sin embargo por completo en la sentencia el *Lemon test*, que por entonces constituía el estándar judicial en materia de aconfesionalidad, habida cuenta de que bajo cualquier aplicación mínimamente seria de ese test hubiese sido muy difícil negar que la práctica cuestionada tenía tanto el

---

<sup>27</sup> En general sobre el criterio originalista en la hermenéutica constitucional *vid.* por todos **M.A. GRABER**, *A New Introduction to American Constitutionalism*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 76-78; un extenso análisis crítico de este otro uso de la historia específicamente en la jurisprudencia relativa a la cláusula de aconfesionalidad puede verse en **E. BERCOT**, "Forgetting to Weight: The Use of History in the Supreme Court's Establishment Clause", en *The Georgetown Law Journal*, 102 (2014) y, mucho más ampliamente, también en **D.L. DRAKEMAN**, *Church, State, and Original Intent*, Cambridge University Press, New York, 2010.

<sup>28</sup> **T.L. HALL**, "Sacred Solemnity: Civic Prayer, Civil Communion, and the Establishment Clause", en *Iowa Law Review*, 79 (1993), pp. 46-47.



propósito como el efecto de fomentar la religión y constituía, de hecho, la quintaesencia de la excesiva implicación (*entanglement*) entre la religión y el poder político<sup>29</sup>. Lo había advertido ya, por su parte y pocos años después de ser dictada la sentencia *M.W. McConnell*, aunque en este caso planteando una objeción centrada en ese otro aspecto de la fundamentación del fallo relativo a la presunta intención original de los constituyentes: siendo la presencia de los capellanes en la Cámara legislativa casi con toda certeza inconstitucional bajo la aplicación de los estándares jurisprudenciales usuales en materia de aconfesionalidad, concluye este autor, a menos que pudiésemos identificar la existencia ya entonces de un principio *jurídico* que permitiera explicar la validez de esa práctica estatal y que pudiésemos asimismo demostrar la actual vigencia de ese principio, no es posible aceptar la validez de una figura que tan ostensiblemente vulnera los principios fundamentales que entendemos derivados de esa cláusula conforme a lo establecido jurisprudencialmente<sup>30</sup>; esta crítica, por lo demás, resulta en su trasfondo perfectamente extrapolable también a ese otro uso que se hace en la resolución de la tradición histórica al que estamos aquí aludiendo principalmente.

Inmediatamente después de ver la luz esta resolución fue también dictada la sentencia en el caso *Lynch v. Donnelly*<sup>31</sup>, relativa a la impugnación, por supuestamente contraria a la cláusula de aconfesionalidad, de la inclusión por parte de una corporación local de una escena de la Natividad en un montaje navideño que tradicionalmente el Ayuntamiento colocaba en una zona de recreo situada en el área comercial del municipio. En esta ocasión el Tribunal Supremo federal, siguiendo una similar línea de razonamiento enmarcada en una concepción de dicha cláusula muy proclive a su percepción bajo el prisma de la denominada doctrina de la acomodación, decretó que la práctica municipal cuestionada no vulneraba la *Establishment Clause*, y para ello, además de incidir también en ciertos aspectos históricos pero más bien vinculados al entendimiento que de esa cláusula mostraron sus redactores (en el marco del antes mencionado criterio hermenéutico originalista)<sup>32</sup>, en la sentencia volvió a apelar

---

<sup>29</sup> Cfr. **D.O. OCONKLE**, *Religion, Law, and the Constitution*, Foundation Press, St. Paul, Minnesota, 2016, p. 166.

<sup>30</sup> **M.W. McCONNELL**, "On Reading the Constitution", en *Cornell Law Review*, 73/2 (1988), p. 362.

<sup>31</sup> 465 U.S. 668 (1984).

<sup>32</sup> "It is clear that neither the 17 draftsmen of the Constitution who were Members of the First Congress, nor the Congress of 1789, saw any establishment problem in the employment of congressional Chaplains to offer daily prayers in the Congress, a practice that has continued for nearly two centuries. It would be difficult to identify a more striking



esplicitamente al argumento de la arraigada tradición histórica que presentaban tanto esta como otras actuaciones de los poderes públicos de una similar significación que asimismo habían sido avaladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>33</sup> y, en este sentido, la lectura de esta resolución es de mucha utilidad para identificar algunos otros precedentes relevantes en los que, junto con lo estipulado en *Marsh*, esa invocación había jugado también hasta entonces algún papel en el correspondiente juicio de constitucionalidad<sup>34</sup>.

También respecto de este caso ha señalado P.B. Kurland que, a tenor de la doctrina sentada pocos años antes respecto de la inconstitucionalidad de la exhibición en las aulas escolares de una representación gráfica de los diez mandamientos, el resultado en *Lynch* sin duda debería haber sido otro, pero nuevamente se eludió aplicar esa doctrina judicial previa mediante el recurso al argumento de la tradición histórica de la práctica impugnada, si bien ahora el Tribunal no fue tan claro a ese respecto como sí lo había sido en el precedente de *Marsh*, al que este autor reconoce el merito de haber sido al menos totalmente franco en su abierto reconocimiento de que la principal justificación para declarar la validez de la actuación de los capellanes en la Cámara legislativa no fue otra que su gran arraigo histórico<sup>35</sup>. Eso no significa, en cualquier caso, que el contraste entre el tipo de escrutinio judicial que venía aplicándose ordinariamente en esta materia y el abordaje concreto adoptado por el Tribunal en el enjuiciamiento de estos casos sea menor en *Lynch* que en *Marsh* pues, antes al contrario, como advierte G. J. Simson en este último puede entenderse que abiertamente se crea una excepción a la aplicación del *Lemon test* basada en la tradición histórica pero

---

example of the accommodation of religious belief intended by the Framers" (465 U.S. 668 (1984), p. 674).

<sup>33</sup> "Executive Orders and other official announcements of Presidents and of the Congress have proclaimed both Christmas and Thanksgiving National Holidays in religious terms. And, by Acts of Congress, it has long been the practice that federal employees are released from duties on these National Holidays, while being paid from the same public revenues that provide the compensation of the Chaplains of the Senate and the House and the military services [...]. Thus, it is clear that Government has long recognized - indeed it has subsidized - holidays with religious significance" (465 U.S. 668 (1984), p. 676); "there are countless other illustrations of the Government's acknowledgment of our religious heritage and governmental sponsorship of graphic manifestations of that heritage [...] One cannot look at even this brief resume without finding that our history is pervaded by expressions of religious beliefs [...]" (465 U.S. 668 (1984), p. 677).

<sup>34</sup> *Vid.* 465 U.S. 668 (1984), pp. 674-78.

<sup>35</sup> Cfr. **P.B. KURLAND**, "The Religion Clauses and the Burger Court", en *Catholic University Law Review*, 34/1 (1984), p. 13.



al menos limitada al cumplimiento de las condiciones que especifica la sentencia en su hipotética proyección sobre otros supuestos objetivos mientras que, en cambio, la argumentación expuesta en *Lynch* apunta hacia la instauración de una similar excepción pero que admite ser interpretada en términos todavía mucho más amplios, lo que hace que el Tribunal, apostilla este autor, llegue aquí con su razonamiento casi hasta el punto de repudiar directamente el *Lemon test*<sup>36</sup>. De ahí que haya afirmado J. Witte, empleando una expresión muy gráfica, que los límites que se habían establecido en *Marsh* aparentemente para conjurar los riesgos que en sí mismo encierra el uso del argumento de la tradición histórica en términos constitucionales fueron directamente traicionados por la propia Corte Suprema un año después en el precedente de *Lynch*<sup>37</sup>, y de ahí también la apreciación de D. Braveman en el sentido de que, si bien el precedente de *Marsh* por sí solo no supuso realmente una seria amenaza para la vigencia del principio de neutralidad religiosa estatal dado el modo en el que circunscribió el alcance de la excepción establecida al ámbito objetivo y a las características específicas propias del tipo de práctica avalada en la sentencia, en cambio en *Lynch* el Tribunal dio un paso más allá al ignorar por completo ese principio que había permanecido pese a todo subyacente a la jurisprudencia anterior y al ampliar extraordinariamente el alcance de esa excepción estrechando por tanto, correlativamente, el ámbito efectivo de la *Establishment Clause*<sup>38</sup>.

Sea como fuere, las similitudes entre ambas resoluciones son evidentes puesto que lo que se terminó decretando en *Lynch* no fue que la práctica impugnada no supusiera una manifestación de la promoción estatal de la religión - impermisible por definición bajo la cláusula de aconfesionalidad - sino, como esclarecedoramente lo resume K. Greenawalt, que se trataba en efecto de una forma de promoción pública de la religión (*support or endorsement of religion*) pero que debía no obstante ser declarada constitucional a causa, principalmente, de su contrastada aceptación histórica en la sociedad norteamericana<sup>39</sup>, lo que obviamente son

---

<sup>36</sup> Cfr. G.J. SIMSON, "Establishment Clause in the Supreme Court Rethinking the Court's Approach", en *Cornell Law Review*, 72/5 (1987), p. 906.

<sup>37</sup> Cfr. J. WITTE, "'A Page of History is Worth a Volume of Logic': Charting the Legal Pilgrimage of Public Religion", en E. L. BLUMHOFER (Ed.), *Religion, Politics, and the American Experience. Reflections on Religion and American Public Life*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa, Alabama, 2002, p. 56.

<sup>38</sup> Cfr. D. BRAVEMAN "The Establishment Clause and the Course of Religious Neutrality", en *Maryland Law Review*, 45/2 (1986), pp. 363 y 368.

<sup>39</sup> Cfr. K. GREENAWALT, *Interpreting the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 258.



dos cosas distintas. Ambos precedentes, en suma, como destaca I. C. Lupu constituyen dos de los más claros ejemplos del modo en el que ocasionalmente el Tribunal Supremo ha ignorado deliberadamente el *Lemon test* en determinados ámbitos a la hora de aplicar la cláusula de aconfesionalidad, pese a que ese fuera el estándar de constitucionalidad vigente en el momento de ser dictada la sentencia<sup>40</sup>.

Así pues, contemplando globalmente este asunto en todo ese período que se abre con el precedente *Waltz* y que coincide por tanto, básicamente, con la etapa de la que se conoce como la *Burger Court* - en atención al tiempo en el que este magistrado estuvo al frente del Tribunal Supremo -, se antoja sin duda muy ajustada la conclusión que extrae J. A. Ignagni en el sentido de que, durante esos años, el Tribunal tomó muy en consideración la historia de las instituciones o de las prácticas que le fueron presentadas como presuntamente contrarias a la cláusula de aconfesionalidad tendiendo a acomodar, esto es a decretar la constitucionalidad de aquellas que efectivamente gozaban de una larga tradición histórica en el país, de manera que entre la comunidad jurídica existía entonces la clara percepción de que, en aquellos casos en los que la norma o la práctica impugnada efectivamente gozaba de esa larga tradición, era mucho más previsible que la Corte Suprema aceptase su validez al contraste con la *Establishment Clause*<sup>41</sup>.

En 2005 fue dictada la sentencia en el caso *Van Orden v. Perry*<sup>42</sup> en el que el Tribunal Supremo federal, apoyándose profusamente entre otros en los precedentes de *Marsh* y *Lynch*, declaró que la presencia en los terrenos adyacentes al Capitolio estatal de Texas, entre otros monumentos conmemorativos, de un gran monolito en el que figuraba una representación de los diez mandamientos y que había sido allí colocado por decisión del organismo público encargado de la gestión de esos terrenos, no vulneraba la cláusula de aconfesionalidad. También aquí el argumento de la tradición histórica de la práctica impugnada jugó un papel destacado en el juicio de constitucionalidad, aunque en esta ocasión no fue el único o pudiera entenderse que ni siquiera el principal elemento hermenéutico en el que se apoyó el Tribunal para decretar la validez iusfundamental de la presencia de ese monolito, e incluso cabría señalar que el propósito y la

---

<sup>40</sup> Cfr. I.C. LUPU, "Reconstructing the Establishment Clause: The Case Against Discretionary Accommodation of Religion", en *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1991), p. 566.

<sup>41</sup> Cfr. J.A. IGNAGNI, "Explaining and Predicting Supreme Court Decision Making: The Burger Court's Establishment Clause Decisions", en *Journal of Church and State*, 36/2 (1994), pp. 314-15.

<sup>42</sup> 545 U.S. 677 (2005).



manera en la que fue empleado aquel argumento no son exactamente los mismos que en los precedentes que vengo destacando.

Pese a que, como antes quedó apuntado, la jurisprudencia había previamente invalidado una ley estatal que prescribía la exhibición en todas las aulas escolares públicas de una similar representación gráfica de los diez mandamientos precisamente por considerarla contraria a la *Establishment Clause*<sup>43</sup> en el contexto de un más amplio criterio judicial en esta materia que, como señala T.C. Hirt, venía hasta entonces desarrollándose en torno a la idea de que esa norma constitucional impone al Estado la prohibición absoluta de participar en la promoción de rituales y prácticas religiosas<sup>44</sup>, sin embargo en este caso se consideró que lo que resultaba determinante era el carácter *pasivo* del monolito en cuestión, según dijo textualmente la sentencia aludiendo en apariencia a lo que podría considerarse como su menor fuerza o eficacia simbólicas y atendiendo al lugar concreto en el que ese monumento estaba erigido. En combinación con este aspecto en efecto la Corte Suprema tuvo también muy en cuenta que esa práctica, así como otras similares concernientes a la presencia de ciertas representaciones religiosas en dependencias o instituciones públicas como por ejemplo las cámaras parlamentarias o los juzgados, gozaban todas ellas de una larga tradición histórica en la Nación, y en ello se apoyó también explícitamente la sentencia para justificar su fallo favorable a la constitucionalidad del monolito junto al Capitolio de Texas.

Todas estas argumentaciones están presentes en la fundamentación de la sentencia pero, por lo que hace específicamente al tema del arraigo histórico de la práctica cuestionada, acaso donde se encuentran reflejadas de un modo más esclarecedor es en el voto particular concurrente del Juez Breyer, que además resultó determinante para forjar la exigua mayoría que inclinó la balanza a favor del sentido del fallo finalmente adoptado. La idea central de su razonamiento es la de que, en primer lugar, por el contexto en el que se encuentra y por sus características concretas, pese a su innegable carácter religioso en el monumento objeto de la polémica prevalece una dimensión secular ligada a la difusión de un mensaje moral relativo a los adecuados estándares de conducta social que el Estado desea promover<sup>45</sup>;

---

<sup>43</sup> Cfr. *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).

<sup>44</sup> Cfr. T.C. HIRT, "'Symbolic Union' of Church and State and the 'Endorsement' of Sectarian Activity: A Critique of Unwieldy Tools of Establishment Clause Jurisprudence", en *Wake Forest Law Review*, 24/4 (1989), p. 828.

<sup>45</sup> "In certain contexts, a display of the tablets of the Ten Commandments can convey not simply a religious message but also a secular moral message (about proper standards of social conduct). And in certain contexts, a display of the tablets can also convey a historical message (about a historic relation between those standards and the law) - a fact



en segundo término y como una idea con la que se pretendió de algún modo reforzar la validez de esa premisa (acaso porque en el fondo este Juez fuese consciente de que se trataba de una premisa un tanto forzada), en el voto particular se puso un especial énfasis en señalar que ese monolito llevaba ya muchas décadas situado en los terrenos del Capitolio sin que hasta ese momento se hubiese cuestionado su constitucionalidad, de donde cabría deducir, arguyó el Juez Breyer, que ese propósito principalmente secular con el que, según él, fue erigido el monumento es el que efectivamente había venido siendo percibido por la sociedad<sup>46</sup>.

Así pues, como se ve el recurso aquí al argumento de la tradición histórica no es exactamente el mismo - o no se verifica de la misma forma - y no adquiere el casi exclusivo protagonismo que se le atribuye, por ejemplo, en el precedente de *Marsh*, pero no obstante el trasfondo de las críticas que en sede científica se han formulado a este aspecto del voto particular en *Van Orden* resulta en gran medida coincidente con el de las objeciones que, según se ha podido comprobar, se vienen planteando al uso de aquél argumento extrajurídico como un prevalente canon de constitucionalidad en relación con la *Establishment Clause* que ha tenido lugar ocasionalmente en supuestos como los que vengo aquí brevemente glosando.

En este sentido, ante la reiterada insistencia del firmante del voto particular en el hecho de que el monolito hasta ahora no había sido puesto en cuestión en sus cuarenta años de existencia en ese lugar, de la que cabría extraer, según E. Chemerinsky, la jurídicamente chocante conclusión de que

---

that helps to explain the display of those tablets in dozens of courthouses throughout the Nation, including the Supreme Court of the United States [...] Here the tablets have been used as part of a display that communicates not simply a religious message, but a secular message as well. The circumstances surrounding the display's placement on the capitol grounds and its physical setting suggest that the State itself intended the latter, nonreligious aspects of the tablets' message to predominate".

<sup>46</sup> «If these factors provide a strong, but not conclusive, indication that the Commandments' text on this monument conveys a predominantly secular message, a further factor is determinative here. As far as I can tell, 40 years passed in which the presence of this monument, legally speaking, went unchallenged (until the single legal objection raised by petitioner). And I am not aware of any evidence suggesting that this was due to a climate of intimidation. Hence, those 40 years suggest more strongly than can any set of formulaic tests that few individuals, whatever their system of beliefs, are likely to have understood the monument as amounting, in any significantly detrimental way, to a government effort to favor a particular religious sect, primarily to promote religion over nonreligion, to "engage in" any "religious practice," to "compel" any "religious practice," or to "work deterrence" of any "religious belief." [...] Those 40 years suggest that the public visiting the capitol grounds has considered the religious aspect of the tablets' message as part of what is a broader moral and historical message reflective of a cultural heritage».





el criterio judicial será básicamente el de que cuanto más antiguo sea el monumento, más probablemente será considerado constitucional mientras que los monumentos de esa misma naturaleza pero de reciente construcción no serán aceptados bajo la cláusula de aconfesionalidad, objeto este autor que el mero transcurso del tiempo no puede justificar una acción gubernamental que vulnere la Constitución de manera que, si la representación de los diez mandamientos en terrenos públicos constituyese una inaceptable manifestación de simbólica promoción estatal de la religión, esto no dejaría de ser así y no se convertiría en una práctica aceptable por el hecho de hubiese sido inconstitucional durante un largo periodo de tiempo, razón por la cual ese elemento no debería ser considerado decisivo en modo alguno en este tipo de pleitos<sup>47</sup>.

Por lo demás, en *Van Orden* vuelve a repetirse un fenómeno que, obviamente, tiene una gran importancia desde el punto de vista de la concepción de todos estos precedentes como una auténtica excepción a la aplicación de la *Establishment Clause* y no tanto como una redefinición de los parámetros de constitucionalidad establecidos judicialmente en esta materia pues, como hace notar B.B. Larsen, también en esta sentencia se da la paradoja de que el Tribunal reconozca la validez del *Lemon test* pero, a continuación, ni lo aplique ni proponga una superación o una reinterpretación del mismo<sup>48</sup>. Lo que hace aquí la Corte Suprema una vez más, señala C.B. Harwood, es simplemente ignorar el principio de neutralidad religiosa estatal inherente a la cláusula de aconfesionalidad, pues lo cierto es que bajo una aplicación mínimamente honesta y consistente de dicho principio tal y como este venía siendo ordinariamente delimitado por la jurisprudencia, las prácticas avaladas en este y en otros casos similares como el de *Marsh* sin duda habrían debido ser declaradas inconstitucionales<sup>49</sup>; en *Van Orden*, concluye categórico S. Staples, sencillamente se hizo prevalecer la historia, a la que erróneamente se concedió un carácter determinante a efectos hermenéuticos, sobre la

---

<sup>47</sup> Cfr. E. CHEMERINSKY, "Why Justice Breyer Was Wrong in *Van Orden v. Perry*", en *William & Mary Bill of Rights Journal*, 14/1 (2005), pp. 14-15.

<sup>48</sup> Cfr. B.B. LARSEN, "No Closer to Clarity: the Establishment Clause and the Supreme Stumble in *Van Orden v. Perry*", en *Marquette Law Review*, 90/1 (2006), p. 164.

<sup>49</sup> Cfr. C.B. HARWOOD, "Evaluating the Supreme Court's Establishment Clause Jurisprudence in the Wake of *Van Orden v. Perry* and *McCreary County v. ACLU*", en *Missouri Law Review*, 71/2 (2006), pp. 352 y 357-58.



obligada neutralidad estatal que el Tribunal obvió por completo en este caso<sup>50</sup>.

Mucho más recientemente ya, en el precedente *Town of Greece v. Galloway*<sup>51</sup> se juzgó un caso en el que fue impugnada, por supuestamente contraria a la cláusula de aconfesionalidad, una práctica desarrollada por una Administración local y consistente en la apertura de las reuniones mensuales de la corporación con un acto de oración que realizaba un capellán voluntario elegido de entre los miembros de las congregaciones presentes en el correspondiente directorio municipal; aunque de entrada no se excluía a ninguna confesión, en la práctica la casi totalidad de las que tenían alguna implantación en el municipio y por tanto de las que estaban incluidas en ese directorio eran confesiones cristianas, de modo que los capellanes que voluntariamente venían realizando esa actividad (*board chaplains*) eran invariablemente de esa filiación religiosa. Esta práctica fue impugnada judicialmente alegándose que con ese acto de invocación a la asistencia divina la Administración estaba mostrando una inadmisibles preferencia por el cristianismo al fomentar la presencia en las reuniones municipales principalmente del mensaje y el testimonio cristianos, pero curiosamente no se solicitó la supresión de esos actos de oración sino, únicamente, que estos se transformasen en su contenido para dar lugar a la apertura de las sesiones con plegarias *inclusivas y ecuménicas* que se refiriesen solo a un Dios genérico e impidieran así que se asociase a la Administración local con una concreta religión o creencia.

En esta ocasión el Tribunal volvió a hacer uso de una perspectiva de enjuiciamiento muy similar a la adoptada en el precedente de *Marsh*, en parte de cuyos razonamientos se apoyó de hecho explícitamente, y concedió en consecuencia un valor hermenéuticamente determinante al gran arraigo histórico de la práctica municipal cuestionada en su contraste con las exigencias de la cláusula de aconfesionalidad<sup>52</sup>. E incluso cabría apreciar que la sentencia se muestra todavía más clara, si cabe, en su abierto reconocimiento del papel fundamental que desempeña aquí el argumento de la tradición histórica y en el modo, casi absoluto podríamos decir, en el

---

<sup>50</sup> Cfr. S. STAPLES, "Nothing sacred: in *Van Orden v. Perry*, the United States Supreme Court erroneously abandoned the Establishment Clause's Foundational Principles Outlined in *Lemon v. Kurtzman*", en *Creighton Law Review*, 39/3 (2006), p. 821.

<sup>51</sup> 572 U.S. 565 (2014).

<sup>52</sup> "When *Marsh* was decided, in 1983, legislative prayer had persisted in the Nebraska Legislature for more than a century, and the majority of the other States also had the same, consistent practice. [...] Although no information has been cited by the parties to indicate how many local legislative bodies open their meetings with prayer, this practice too has historical precedent" (572 U.S. 565 (2014), p. 576).



que este se antepone a cualquier otra consideración derivada de la aplicación de los parámetros de constitucionalidad ordinariamente vigentes en relación con la *Establishment Clause* - por ejemplo hasta el punto de omitir en este caso la exigencia de que el acto de oración fuese, al menos, de naturaleza genérica y no identificada con una sola religión (*nonsectarian*) -, y esto lo hace la resolución al postular que aquel precedente avala la idea de que ni tan siquiera es necesario entrar a definir los precisos contornos de la cláusula de aconfesionalidad cuando la historia nos muestra que la específica práctica estatal impugnada debe ser permitida<sup>53</sup>, un criterio ciertamente llamativo y que, a mi modo de ver, inevitablemente entra en contradicción con la premisa que, poco antes, había hecho explícita el Tribunal en la sentencia en el sentido de que el precedente de *Marsh* no debe ser, de entrada, interpretado como permisivo de cualquier práctica que sería claramente inadmisibles bajo la *Establishment Clause* de no ser por su arraigo histórico en la Nación<sup>54</sup>.

Aunque a los efectos de nuestro estudio el resultado del pleito no es en sí mismo tan relevante como la propia perspectiva de enjuiciamiento adoptada por el Tribunal, debe no obstante hacerse notar que la sentencia terminó decretando la constitucionalidad del acto de oración en las sesiones municipales precisamente por su acreditada tradición histórica<sup>55</sup> pero,

---

<sup>53</sup> “Marsh stands for the proposition that it is not necessary to define the precise boundary of the Establishment Clause where history shows that the specific practice is permitted. Any test the Court adopts must acknowledge a practice that was accepted by the Framers and has withstood the critical scrutiny of time and political change [...] A test that would sweep away what has so long been settled would create new controversy and begin anew the very divisions along religious lines that the Establishment Clause seeks to prevent [...] The Court’s inquiry, then, must be to determine whether the prayer practice in the town of Greece fits within the tradition long followed in Congress and the state legislatures” (572 U.S. 565 (2014), p. 577).

<sup>54</sup> “Yet Marsh must not be understood as permitting a practice that would amount to a constitutional violation if not for its historical foundation” (572 U.S. 565 (2014), p. 576); ese mismo criterio había sido ya expuesto de este otro modo por el Tribunal Supremo en *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union*: “Marsh plainly does not stand for the sweeping proposition [...] that all accepted practices 200 years old and their equivalents are constitutional today” (492 U.S. 573 (1989), p. 603).

<sup>55</sup> Cuestión distinta es la de que el Tribunal llegase a esa conclusión más bien por analogía respecto de los antecedentes históricos de la práctica que fue validada en *Marsh*, esto es reconociendo que ese acto de oración ante una junta municipal carecía de ese arraigo histórico o al menos no se habían presentado en el pleito pruebas de ello, pero considerando no obstante que esa actividad era sustancialmente de la misma naturaleza que la que fue avalada en aquel precedente y por tanto cabía establecer este paralelismo a esos efectos; la pertinencia de esta analogía, por lo demás, ha sido ocasionalmente puesta en duda por la doctrina científica con argumentos nada desdeñables que apuntan por el contrario hacia la falta de la necesaria identidad sustancial entre ambos tipos de actividad



como se ha puesto de relieve, en la medida en la que el Tribunal no proporcionó un criterio claro sobre la aplicación en este caso del test de la coerción y además el fallo estuvo muy condicionado por la índole específica de los hechos del caso, pese a todo dejó abierta la vía a otras posibles ulteriores impugnaciones de este tipo de actos de oración en instituciones públicas pero llevados a cabo bajo circunstancias distintas, en su contraste con la cláusula de aconfesionalidad<sup>56</sup>.

Parece claro que, como advierte R.H. Fallon, bajo una aplicación rigurosa del *Lemon test* el resultado alcanzado en este caso hubiese sido muy difícil, si es que acaso no imposible de justificar<sup>57</sup>, y lo cierto es que, a semejanza de lo acontecido en otros precedentes, en *Town of Greece* la fuerte impresión de que el argumento de la tradición histórica opera aquí como una suerte de excepción a la aplicación de la cláusula de aconfesionalidad bajo circunstancias muy específicas (fruto de un escrutinio judicial que es, como suele denominarse, *fact-sensitive*) se ve reforzada por el hecho de que, como oportunamente subraya L.S. Roy, aunque el Tribunal se manifiesta escéptico sobre el desarrollo de los test de constitucionalidad en esta materia y entra a cuestionar la idoneidad de la concreta aplicación que se ha venido haciendo de algunos de ellos, al mismo tiempo se muestra muy reacio a desechar tanto el *Lemon test* como los restantes parámetros hasta ahora utilizados y a sustituirlos por algo distinto, cosa que de hecho no hace en absoluto<sup>58</sup>. A este respecto, como pone de relieve K.M. Pikus, lo que se observa en la sentencia es una llamativa diferencia de criterio entre los magistrados a propósito del entendimiento y el alcance que habrían de tener en este caso los diversos test hasta ese momento empleados en materia de aconfesionalidad, ninguno de los cuales llega a ser abiertamente rechazado, un panorama argumentativo escasamente concluyente y esclarecedor en su conjunto que condujo a que en el fallo, como

---

(Así por ejemplo, A. BROWNSTEIN, "Constitutional Myopia: The Supreme Court's Blindness to Religious Liberty and Religious Equality Values in *Town of Greece v. Galloway*", en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 48/2 (2015), p. 396 ss.).

<sup>56</sup> Cfr. P.C. CORLEY, "Town Prayer and the Establishment Clause: *Town of Greece v. Galloway* (2014)", en *Justice System Journal*, 35/3 (2014), p. 327.

<sup>57</sup> Cfr. R.H. FALLON, "Tiers for the Establishment Clause", en *University of Pennsylvania Law Review*, 166/1 (2017), p. 62.

<sup>58</sup> Cfr. L.S. ROY, "The Unexplored Implications of *Town of Greece v. Galloway*", en *Albany Law Review*, 80/2 (2016-2017), pp. 881-82.



expresivamente dice este autor, terminase ganando el argumento de la tradición histórica solo por un estrecho margen<sup>59</sup>.

De ahí que se antoje quizás un tanto excesiva la afirmación que realiza M.E. Wicks en el sentido de que, en esta sentencia, la excepción que se consagró en *Marsh* en cierta forma ha madurado hasta convertirse ahora en un verdadero principio constitucional<sup>60</sup>, pues más bien pareciera que lo que ha hecho *Town of Greece* es ensanchar enormemente el ámbito de aquella excepción pero sin que esta pueda dejar de ser considerada como tal en el contexto de la aplicación ordinaria de la *Establishment Clause*. Bajo este otro prisma, me parece quizás más ajustada la apreciación de P. Horwitz en el sentido de que *Town of Greece* resulta particularmente interesante en primer lugar por lo que no hace, es decir porque no da al traste con ninguno de los test de constitucionalidad establecidos en torno a la cláusula de aconfesionalidad y en particular no supone el golpe de gracia, como algunos habían anticipado, para el llamado *endorsement test*, y, en segundo término y no menos importante, por el anuncio del Tribunal de que en el futuro concederá todavía un mayor peso a la historia en los casos relativos a la *Establishment Clause*, aunque cuál fuese a ser el alcance efectivo de esto último es algo que entonces, según apostillaba este autor poco después de ser dictada la sentencia, no estaba del todo claro todavía<sup>61</sup>. Cabe añadir que, transcurridos algunos años, en buena medida sigue sin estarlo, y, de hecho, en términos generales sigue siendo válida la afirmación de C.E. Haupt en el sentido de que, pese a lo establecido en precedentes como *Marsh*, con posterioridad se ha seguido produciendo un desacuerdo sustancial entre los diversos tribunales de los distintos circuitos federales en este asunto de la constitucionalidad de los actos de oración en las cámaras legislativas, sin que se haya alcanzado todavía un amplio consenso a ese respecto<sup>62</sup>.

Conviene por último hacer al menos una breve referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2019, recaída en el caso *American Legion v. American Humanist Association*, en la que ha vuelto a ser adoptado en esta materia el criterio de la prevalencia del argumento

---

<sup>59</sup> Cfr. **K.M. PIKUS**, "Hopeful Clarity or Hopeless Disarray?: An Examination of *Town of Greece v. Galloway* and the Establishment Clause", en *Catholic University Law Review*, 65/2 (2015), pp. 403-05.

<sup>60</sup> Cfr. **M.E. WICKS**, "Prayer Is Prologue: The Impact of *Town of Greece* on the Constitutionality of Deliberative Public Body Prayer at the Start of School Board Meetings", en *Journal of Law & Politics*, 31/1 (2015), p. 12.

<sup>61</sup> Cfr. **P. HORWITZ**, "The Religious Geography of *Town of Greece v. Galloway*", en *The Supreme Court Review*, 1 (2014), p. 246.

<sup>62</sup> Cfr. **C.E. HAUPT**, *Religion-State Relations in the United States and Germany. The Quest for Neutrality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 111.



de la tradición histórica, bajo una perspectiva sustancialmente similar a la que se ha expuesto en relación con los casos que acaban de glosarse; de esta otra resolución me he ocupado específicamente en un comentario jurisprudencial al que me permito ahora remitir a mayor abundamiento<sup>63</sup>.

#### **4 - La tradición histórica como excepción a la aplicabilidad de los normales parámetros jurídicos de validez en materia de aconfesionalidad**

Globalmente considerada toda esta cuestión a la luz del contenido de los precedentes que se han destacado, no es preciso ser muy perspicaz para darse cuenta de que el principal problema de fondo que aquí se plantea deriva del hecho de que, en estos casos, se está utilizando de manera excepcional un argumento que es, obviamente, de índole extrajurídica para desplazar y en gran medida sustituir a los correspondientes parámetros hermenéuticos que normalmente habrían de ser los que guiasen a los tribunales en su realización del control de constitucionalidad relativo a la *Establishment Clause*, lo que ha supuesto a menudo la adopción de una perspectiva metodológica en sede judicial que propende a un enfoque meramente casuístico de estos pleitos ajeno a su debido contraste con los principios constitucionales teóricamente sin embargo concernidos (*unprincipled decisionmaking*).

De ahí que resulte en ocasiones tan chocante la plasmación jurisprudencial de este fenómeno, precisamente porque representa en sí mismo la consagración de una llamativa excepción a ese modo ordinario de producirse el juicio de validez iusfundamental, y una excepción además que, como tal, se antoja *a priori* de muy difícil justificación desde un punto de vista estrictamente jurídico especialmente tratándose de una materia que afecta al régimen de protección de los derechos fundamentales (no se olvide que la exigencia de neutralidad religiosa estatal medularmente ligada a la cláusula de aconfesionalidad constituye un presupuesto para la plena garantía de la libertad religiosa en plano de igualdad).

Ya lo hizo notar el Juez Brennan en su incisivo y sumamente revelador voto particular disidente en *Marsh* en el que expuso detalladamente las razones por las cuales, a su juicio, en esa sentencia no se

---

<sup>63</sup> Cfr. “Los símbolos religiosos en terreno público frente al principio de aconfesionalidad en el Derecho norteamericano (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 20 de junio de 2019, *American Legion v. American Humanist Association*)”, en prensa.



hizo otra cosa que utilizar un argumento extrajurídico como el de la tradición histórica para eludir sin más un claro imperativo constitucional. En opinión de este magistrado, el hecho de que en esa resolución ni tan siquiera se hiciese intención de someter la práctica impugnada a alguno de los parámetros formales que tradicionalmente han estructurado el control de constitucionalidad en torno a la *Establishment Clause* - tales como el *Lemon test* - es, en el fondo, algo positivo precisamente porque confirma la percepción de que lo que estaba haciendo aquí el Tribunal era, directamente, establecer una excepción a la vigencia de la cláusula de aconfesionalidad y no tanto reformular su doctrina acerca del significado y alcance de dicha cláusula para hacerla compatible con el acto de oración previo a las sesiones en la Cámara legislativa, lo que a juicio del autor del voto hubiese sido todavía más preocupante; ante esa circunstancia el Juez Brennan se afana en demostrar con sus razonamientos aquello que, según él, sin embargo debería ser obvio, a saber, que si el Tribunal hubiese juzgado esa práctica estatal exclusivamente bajo el prisma objetivo y desapasionado (*unsentimental* es el expresivo término que utiliza) de su previa y asentada doctrina jurisprudencial sobre esta materia, habría tenido necesariamente que declarar su invalidez como una clara vulneración de la cláusula de aconfesionalidad<sup>64</sup>.

En su voto particular concurrente en *County of Allegheny v. ACLU*<sup>65</sup> y en el contexto específico del denominado *endorsement test* al que concedió aquí un singular relieve en el control de constitucionalidad, la Juez O'Connor, por su parte, avaló un cierto uso de la historia en casos relativos a la cláusula de aconfesionalidad pero únicamente ordenado a determinar si la práctica impugnada había perdido con el tiempo su carácter predominantemente religioso y, por tanto, si era susceptible de superar ese test al no implicar ya propiamente una impermissible promoción pública de la religión, lo que de hecho le llevó en este caso concreto a emitir su voto en favor de la validez de las actuaciones impugnadas; sin embargo, más allá de esa muy delimitada utilización del argumento del arraigo histórico y en

---

<sup>64</sup> "The Court makes no pretense of subjecting Nebraska's practice of legislative prayer to any of the formal "tests" that have traditionally structured our inquiry under the Establishment Clause. That it fails to do so is, in a sense, a good thing, for it simply confirms that the Court is carving out an exception to the Establishment Clause, rather than reshaping Establishment Clause doctrine to accommodate legislative prayer. For my purposes, however, I must begin by demonstrating what should be obvious: that, if the Court were to judge legislative prayer through the unsentimental eye of our settled doctrine, it would have to strike it down as a clear violation of the Establishment Clause" (463 U.S. 783 (1983), p. 796).

<sup>65</sup> 492 U.S. 573 (1989).



un sentido parcialmente coincidente con el núcleo del razonamiento del Juez Brennan en el voto que acaba de citarse, esta magistrada dejó claro su rechazo a la idea de que la tradición histórica de una determinada práctica estatal, por sí sola, fuese suficiente para avalar su constitucionalidad y mucho menos para ser considerada *ad casum* como una excepción a la aplicación de los parámetros de validez judicialmente establecidos en cada momento en relación con la *Establishment Clause*<sup>66</sup>.

Dentro de esta orientación general aunque, sin duda, más en línea con el antes expuesto razonamiento del Juez Brennan, se sitúa también el planteamiento que sobre toda esta cuestión realiza D.O. Conkle. Frente a los diversos argumentos que en estas resoluciones se han vertido para justificar la validez de diversas prácticas que *prima facie* son de muy dudoso encaje constitucional, tales como la alegación de que algunas de ellas en realidad no suponen una promoción o fomento estatal de la religión sino simplemente un cierto reconocimiento de esta (*acknowledgment*) compatible con el *Lemon test* o, también, la pretensión de que otras han perdido con el tiempo su sentido originalmente religioso y tienen hoy un significado simbólico de carácter más bien secular<sup>67</sup>, este autor lúcidamente sugiere que, si bien esos argumentos podrán ser más o menos convincentes, hay realmente una explicación mucho más clara y sincera para todo ello que no necesita recurrir a la ficción de la pérdida del carácter religioso de las prácticas cuestionadas y que tampoco ignora que con esas prácticas a todas luces se está produciendo una promoción estatal de la religión, y esa explicación no es otra que la de que los tribunales en estos casos se han

---

<sup>66</sup> "Historical acceptance of a practice does not, in itself, validate that practice under the Establishment Clause if the practice violates the values protected by that Clause, just as historical acceptance of racial or gender based discrimination does not immunize such practices from scrutiny under the 14th Amendment [...] Under the endorsement test, the "history and ubiquity" of a practice is relevant not because it creates an "artificial exception" from that test. On the contrary, the "history and ubiquity" of a practice is relevant because it provides part of the context in which a reasonable observer evaluates whether a challenged governmental practice conveys a message of endorsement of religion. It is the combination of the longstanding existence of practices such as opening legislative sessions with legislative prayers or opening Court sessions with "God save the United States and this honorable Court," as well as their nonsectarian nature, that leads me to the conclusion that those particular practices, despite their religious roots, do not convey a message of endorsement of particular religious beliefs" (492 U.S. 573 (1989), pp. 630-31).

<sup>67</sup> Un extenso análisis crítico del uso jurisprudencial que se ha hecho de este otro tipo de argumentaciones ligadas a esa supuesta secularización con el tiempo de ciertas prácticas originalmente de significado inequívocamente religioso puede verse, por ejemplo, en **A. BELL**, "'God Save This Honorable Court': How Current Establishment Clause Jurisprudence can be Reconciled with the Secularization of Historical Religious Expression", en *American University Law Review*, 50/5 (2001).





apoyado directamente en la tradición histórica como una fuente del significado de las normas constitucionales, lo que se ha traducido en la existencia implícita en la jurisprudencia de una peculiar excepción (*a traditional-based exception*) al normal desarrollo del control de constitucionalidad conforme a los parámetros ordinariamente establecidos; los contornos de esa tan llamativa implícita excepción, concluye perspicazmente este autor, son bastante inciertos en parte debido a que el Tribunal Supremo federal, por lo común, se ha mostrado muy reacio a confirmar explícitamente su misma existencia<sup>68</sup>.

Todo ello daría sentido por ejemplo a las palabras de R.W.T. Tucci, para quien el complicado devenir de la jurisprudencia en torno a la *Establishment Clause* está plagado de numerosos test pero, también, de algunas notables excepciones a su aplicación entre las que este autor destaca especialmente el precedente de *Marsh*<sup>69</sup>, y, asimismo, es en este contexto general en el que cobran significado las palabras de K. Curtis concluyendo que, en la jurisprudencia relativa a la cláusula de aconfesionalidad y al principio de neutralidad, el *Lemon test* ha sido aplicado globalmente de un modo inconsistente y, en ocasiones, ha sido directamente ignorado<sup>70</sup>.

Así las cosas, dando por buena esa idea del ocasional reconocimiento en la doctrina jurisprudencial de una auténtica excepción a la vigencia de la cláusula de aconfesionalidad, nos restaría por determinar la razón o las razones de fondo por las que se ha verificado en estos casos ese tan sumamente chocante reconocimiento y, de nuevo, todos los indicios nos llevan a un terreno en rigor ajeno al del razonamiento jurídico como es el de las consideraciones fundamentalmente políticas o de oportunidad.

En cierta similitud con la antes reflejada afirmación de que en el precedente de *Marsh* lo que se produjo no fue otra cosa que el triunfo de la historia sobre los principios constitucionales, no hace muchos años, a propósito en esta ocasión de la validación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la ley francesa que prohibía la exhibición del velo islámico integral en el espacio público (*S.A.S. contra Francia*), cierto autor se refería perspicazmente también al hecho de que, en este caso, el Tribunal había abandonado el camino del Derecho para optar abiertamente por el de la diplomacia<sup>71</sup>, en alusión a la circunstancia de que la sentencia finalmente

---

<sup>68</sup> Cfr. D.O. OCONKLE, *Religion, Law, and the Constitution, o.c.*, p. 167.

<sup>69</sup> Cfr. R.W. T. TUCCI, "A Moral Minefield: Resolving the Dispute over Legislator-Led Invocations", en *Wake Forest Law Review*, 53/3 (2018), p. 612.

<sup>70</sup> Cfr. K. CURTIS, "The Partiality of Neutrality", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 41/3 (2018), p. 970.

<sup>71</sup> Cfr. B. BONNET, "La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans



decretó la compatibilidad de esa norma estatal con las exigencias del Convenio básicamente por motivos políticos, empleando para ello argumentos notablemente cuestionables y, especialmente, aceptando de manera bastante acrítica la justificación que había presentado el Gobierno galo relativa a la necesidad de preservar una noción tan visiblemente vidriosa y problemática como lo era sin duda la del *vivre ensemble*<sup>72</sup>. Por razones obvias no hace al caso entrar ahora a relatar los pormenores de esta cuestión, pero sí conviene destacar que, a todas luces, las razones de fondo que permiten explicar esa tan discutible sentencia del TEDH deben en última instancia ponerse en relación con un fenómeno que a menudo ha caracterizado a su jurisprudencia en materia de relaciones Iglesia-Estado, esto es, su actitud evasiva y su renuencia a entrar a juzgar como debiera con una perspectiva propia, propiamente europea, determinados temas que pertenecen a un ámbito que, como ha llegado a reconocer el Tribunal, resulta particularmente delicado y ligado a la identidad, a la historia y a las tradiciones de cada uno de los estados miembros del Consejo de Europa; en el trasfondo de buena parte de esta jurisprudencia, sin duda, late vigorosamente la tensión inherente a las a menudo complicadas relaciones entre, de un lado, los diversos estados parte, celosos de su soberanía y poco dispuestos a aceptar injerencias externas en esta materia frecuentemente autopercibida como una parte irrenunciable de su identidad nacional, y, de otro, una Corte de Estrasburgo que no siempre ha sabido sustraerse a esa suerte de dinámica centrífuga y ha aceptado resignadamente que en este terreno, seguramente mucho más que en otros, por el momento no es posible operar la homogeneización jurídica que seguramente reclamaría una plena aplicación de los principios convencionales<sup>73</sup>.

Y si traigo ahora a colación este aspecto es porque, a mi modo de ver, realmente no son razones muy distintas las que permiten explicar la actitud del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los precedentes antes mencionados, una actitud lastrada por el peso de las consideraciones políticas y que por tanto resulta incomprensible si únicamente se recurre para ello a parámetros jurídicos, y en este sentido me parece ciertamente

---

l'espace public", en *La Semaine Juridique. Édition Général*, 29 (2014), p. 1428.

<sup>72</sup> Vid. **J.R. POLO**, "La prohibición del velo islámico integral en el espacio público: el concepto de vida en comunidad como límite a los derechos fundamentales en el caso *S.A.S contra Francia*", en B. ALAEZ (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

<sup>73</sup> Este argumento puede verse más extensamente desarrollado, por ejemplo, en **IDEM**, "Las relaciones Iglesia-Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *cuius regio eius religio*", en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 63 (2017).



oportuna la observación de W. Fallers Sullivan cuando advierte que puede detectarse un interesante paralelismo entre el precedente de *Town of Greece* y la controvertida sentencia de la Corte de Estrasburgo en el caso *Lautsi contra Italia*<sup>74</sup>, pues en efecto en ambos casos se detecta ese mismo o un muy parecido trasfondo polémico, y en ese sentido no puede ignorarse que, como se ha subrayado, con frecuencia, cuando las decisiones del Tribunal Supremo federal en esta materia han puesto en cuestión determinadas creencias o criterios ampliamente extendidos e históricamente arraigados se ha producido como respuesta una intensa contestación social y se han puesto en marcha iniciativas políticas tendentes a revertir los efectos de dichas decisiones tales como la aprobación en su día de la *Religious Freedom Restoration Act* o, asimismo, como las propuestas de llevar a cabo incluso una reforma constitucional con aquel propósito, siendo una de las más significativas la que tuvo lugar, a instancias de la práctica totalidad de los gobernadores de los estados miembros de la Unión, cuando la Corte Suprema invalidó la práctica de las oraciones o las lecturas bíblicas en las escuelas públicas<sup>75</sup>.

Así lo ha entendido por ejemplo T.B. Colby quien sugiere, creo que muy acertadamente, que aquellas sentencias de la Corte Suprema federal en las que se ha avalado la constitucionalidad de ciertas actuaciones públicas claramente contrarias sin embargo al principio de neutralidad religiosa estatal han estado motivadas, muy probablemente, por el temor a la negativa repercusión social que hubiese tenido en esos casos una plena aplicación de ese principio llevado hasta sus últimas consecuencias, y quien asimismo se pregunta, más concretamente respecto del criterio según el cual algunas de esas actuaciones habrían perdido su original connotación religiosa y por tanto ya no supondrían propiamente una impermissible promoción estatal de la religión, si acaso ese criterio no lo habrá explicitado el Tribunal en estos casos más que por convicción también por el temor a que socialmente no se tolerase el rechazo judicial de estas vulneraciones del principio de neutralidad que, siéndolo sin duda, pese a ello no dejaban ser comparativamente benignas y sobre todo emocionalmente muy populares<sup>76</sup>. En términos muy similares se pronuncia J.W. Compton, para

---

<sup>74</sup> Cfr. **W. FALLERS SULLIVAN**, "Religion", en M. TUSHNET, M.A. GRABER, S. LEVINSON (Eds.), *The Oxford Handbook of The U.S. Constitution*, Oxford University Press, New York, 2016, p. 617.

<sup>75</sup> Cfr. **J.F. WILSON, D.L. DRAKEMAN**, *Church and State in American History. Key Documents, Decisions, and Commentary from the Past Three Centuries*, Westview Press, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 219-20.

<sup>76</sup> Cfr. **T.B. COLBY**, "A Constitutional Hierarchy of Religions? Justice Scalia, the Ten Commandments, and the Future of the Establishment Clause", en *Northwestern University*



quien estamos ante un fenómeno muy extendido en el marco de la jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XX en materia de libertades públicas caracterizado, en efecto, por el hecho de que la Corte Suprema, plenamente consciente de su limitada capacidad para hacer ejecutar sus propias resoluciones y enfrentada al escenario de una más que previsible fuerte oposición social y de un incumplimiento efectivo de las mismas, prefirió a menudo apartarse de algunos de los principios establecidos en su interpretación de las normas constitucionales o no llevarlos hasta sus últimas consecuencias, dando como resultado la pervivencia pese a todo de ciertos vestigios del viejo orden jurídico; un ejemplo paradigmático de todo ello lo constituiría, según añade este autor, precisamente la doctrina judicial establecida en torno a la *Establishment Clause*, y entre dicha doctrina ese fenómeno se vería reflejado de manera también antonomástica ya en el temprano precedente de *Waltz v. Tax Commission*<sup>77</sup>. En definitiva, como ha puesto detalladamente de relieve R.C. Schragger, cabe concluir que uno de los elementos fundamentales en los que se han basado buena parte de las resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia no es otro que el puro y simple pragmatismo político (*political pragmatism*)<sup>78</sup>.

Las observaciones de estos autores podrían parecer tal vez fruto de una mera intuición, aunque sin duda una muy razonable y fundada, de no ser porque efectivamente en alguna ocasión hemos visto reconocidos sin ambages estos condicionantes en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo federal, y tal es el caso por ejemplo del pasaje, a mi parecer poco menos que antológico, del Juez Scalia en su voto particular disidente en *McCreary County v. ACLU*<sup>79</sup>, al que además seguramente debamos conceder un mayor valor habida cuenta de que este magistrado, como es notorio, no es sospechoso de apoyar las tesis rígidamente separatistas en torno a la

---

*Law Review*, 100/3 (2006), pp. 1123-24.

<sup>77</sup> Cfr. J.W. COMPTON, "Civil Liberties and the Dual Legacy of the Founding", en K. ORREN Y J. W. COMPTON (Eds.), *The Cambridge Companion of the United States Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2018, p. 93; incidiendo también en este mismo trasfondo político de la decisión adoptada en *Waltz*, asimismo parcialmente condicionada por la preocupación de no generar un mayor conflicto social en un momento de una especial actividad reivindicativa pública de algunas confesiones respecto de otros temas polémicos, lo que quedaría claramente reflejado en algunas de las consideraciones del Tribunal y especialmente, de manera explícita, en el contenido del voto particular del Juez Harlan, cfr. G.V. BRADLEY, *Church-State Relations in America*, Greenwood Press, New York, 1987, p. 8.

<sup>78</sup> R.C. SCHRAGGER, "The Relative Irrelevance of the Establishment Clause", en *Texas Law Review*, 89/3 (2011), pp. 617-20.

<sup>79</sup> 545 U.S. 844 (2005).



*Establishment Clause* sino mas bien todo lo contrario. Y así, tras afirmar textualmente que el papel concedido al principio de neutralidad se encuentra actualmente muy desacreditado porque el Tribunal no ha tenido la valentía, si es que acaso no debiera decirse la temeridad de aplicarlo consistentemente en el pasado, este magistrado nos desvela el motivo por el que, según él, la Corte Suprema se habría conducido de ese modo, y este no sería otro que el del puro instinto de conservación y el reconocimiento de que, con su jurisprudencia, no puede ir demasiado lejos en la aplicación de una neutralidad que iría en contra de la historia y las prácticas socialmente aceptadas sin perder con esa actitud aquello que al Tribunal le resulta imprescindible para su propia supervivencia, esto es la aceptación social de sus decisiones como el órgano encargado de fijar la interpretación definitiva y prevalente de la Constitución<sup>80</sup>. Indudablemente todo un ejercicio de sinceridad. Es decir, en efecto, en cierto modo también aquí el triunfo de la diplomacia sobre el Derecho.

Ante esta confesión de parte, cobra pleno sentido la conclusión a la que llega B. Ledewitz cuando, a propósito de la representación pública de los diez mandamientos que fue validada en *Van Orden* pese a que, a su juicio, aparentemente no era conciliable con ninguna forma de entender la neutralidad religiosa estatal, y después de formularse la pregunta acerca de qué ha pasado con la confiada retórica neutralista que comenzó en *Everson* y continuó en casos ulteriores, este autor sostiene que la respuesta es netamente política en dos sentidos diferentes: en primer lugar, la abolición de las oraciones en la escuela pública junto con otras decisiones también muy controvertidas ocasionaron una violenta respuesta conservadora contra el Tribunal a partir de la década de los años setenta del siglo pasado; en segundo término, la irrupción en el escenario político de una poderosa derecha cristiana en los subsiguientes años ochenta puso una presión adicional sobre la actuación del Tribunal Supremo, y ambos aspectos conjuntamente, a su juicio, hicieron mella incluso en la labor de aquellos jueces que más firmemente creían en la máxima de que el Gobierno debería ser neutral hacia la religión<sup>81</sup>. Ciertamente significativa en este sentido la

---

<sup>80</sup> «What, then, could be the genuine “good reason” for occasionally ignoring the neutrality principle? I suggest it is the instinct for self-preservation, and the recognition that the Court, which “has no influence over either the sword or the purse,” [...], cannot go too far down the road of an enforced neutrality that contradicts both historical fact and current practice without losing all that sustains it: the willingness of the people to accept its interpretation of the Constitution as definitive, in preference to the contrary interpretation of the democratically elected branches».

<sup>81</sup> Cfr. B. LEDEWITZ, *Church, State, and the Crisis in American Secularism*, Indiana University Press, Bloomington, Indiana, 2011, p. 38.



tesis de M.J. Klarman quien, desde una óptica muy complaciente con el resultado del fallo, define el contenido del voto particular concurrente del Juez Breyer en este caso como un loable ejercicio de responsabilidad propia de un hombre de Estado (*a laudable act of judicial statesmanship*) con el que, sin renunciar a un principio del constitucionalismo liberal como es el de la firme separación entre el Estado y la Iglesia, al mismo tiempo se tuvo en cuenta la realidad política y se hizo una sabia concesión a la fuerza de la opinión pública<sup>82</sup>. Al fin y al cabo, como advierte B.T. Murray, estamos ante un ámbito jurisprudencial que en buena medida refleja el más amplio y conflictivo debate social acerca del papel de la religión en la vida pública, en el que fluyen y se manifiestan con particular intensidad las pasiones de unos y otros, y ni tan siquiera los miembros del más alto Tribunal de la Nación están por encima de ese factor emocional ni son plenamente inmunes a su influjo<sup>83</sup>.

En un penetrante análisis sobre el significado del precedente de *Town of Greece* y partiendo de la premisa de que esta sentencia no permite augurar cambios radicales en la propia concepción y aplicación judicial de esa cláusula en los diversos otros sectores del ordenamiento en los que está llamada a tener alguna incidencia, fruto de la calculada ambigüedad del Tribunal y de su renuncia a descartar o ni tan siquiera a reformular los test tradicionalmente aplicados respecto de la *Establishment Clause*, Ch.C. Lund ha llamado la atención sobre una interesante paradoja: el Juez Kennedy, al redactar la opinión mayoritaria del Tribunal, proclamó que el precedente de *Marsh* en el que se apoyó su razonamiento no debía seguir siendo concebido, como a menudo venía sucediendo entre la comunidad jurídica, como una excepción (*a carve-out*) a la aplicación de la *Establishment Clause*, pero, al mismo tiempo, en su argumentación mostró un sumo cuidado en limitar los efectos de su fallo al tema de los actos cívicos de oración para no dar pie a que esos efectos pudiesen ser indebidamente extrapolados a otras facetas como las de la simbología religiosa o la de la financiación pública de la religión; es decir, concluye perspicazmente este autor, Kennedy proclama que el precedente de *Marsh* no debe ser considerado una excepción pero de hecho él lo trata como si ciertamente así lo fuese<sup>84</sup>. En la causa de esa paradoja reside seguramente el principal dilema jurídico que concierne a

---

<sup>82</sup> Cfr. M.J. KLARMAN, "Judicial Statesmanship: Justice Breyer's Concurring Opinion in *Van Orden v. Perry*", en *Harvard Law Review*, 128/1 (2014), p. 452.

<sup>83</sup> Cfr. B.T. MURRAY, *Religious Liberty in America. The First Amendment in Historical and Contemporary Perspective*, University of Massachusetts Press, Amherst, Massachusetts, 2008, p. 168.

<sup>84</sup> Cfr. CH.C. LUND, "Leaving Disestablishment to the Political Process", en *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 10/1 (2014), p. 55.



toda esta cuestión que se ha examinado en estas páginas y que, con no menor agudeza, parece haber percibido también con claridad Lund cuando señala que el verdadero problema que plantea en concreto el enjuiciamiento de estos actos cívicos de oración en las cámaras legislativas acaba siendo siempre el mismo, esto es que existen distintas posibles concepciones jurídicas de la *Establishment Clause* pero ninguna de ellas es compatible con aquella actuación de las capellanías parlamentarias (*congressional chaplaincies*), razón por la cual *Marsh* deberá seguir siendo necesariamente tratado como la excepción que en realidad sí constituye en esta área específica del Derecho constitucional<sup>85</sup>. Una conclusión que, a mi juicio, puede en efecto hacerse perfectamente extensible a la práctica totalidad de los precedentes que hemos mencionado y que de igual manera exceptúan, aunque como es obvio cada uno con sus propios matices, la aplicación de la cláusula de aconfesionalidad.

Con todo, si bien en cierto modo podría entenderse que por ejemplo en el precedente de *Marsh* de manera paradigmática el Tribunal no pretendió tanto reformular su doctrina acerca del significado de la *Establishment Clause* y precisamente por ello ignoró el *Lemon test* y se limitó a establecer la excepción que ya conocemos - en la línea de lo sugerido por el Juez Brennan en su voto particular en ese caso -, no es menos cierto que el asunto bien podría contemplarse de un modo distinto, como lo hace por ejemplo D. Felsen al sugerir que, en última instancia, lo que hizo la Corte Suprema en aquel precedente fue de hecho proceder a una auténtica *reconceptualización* del análisis judicial relativo a la cláusula de aconfesionalidad al redefinir los estándares por los que han de juzgarse las relaciones Iglesia-Estado<sup>86</sup>, o como también lo hace E.R. Doyle al proclamar que, con todo este tipo de resoluciones, en realidad no se ha hecho otra cosa que erosionar la protección y las garantías constitucionales consagradas en la *Establishment Clause*<sup>87</sup>. De ser acaso acertadas estas últimas observaciones, parece claro que desde el punto de vista de la construcción dogmática del sistema de relaciones Iglesia-Estado la relevancia del fenómeno que ha sido objeto de estudio en estas páginas difícilmente podrá ser subestimada.

---

<sup>85</sup> CH.C. LUND, "Leaving Disestablishment to the Political Process", cit., pp. 55-56.

<sup>86</sup> Cfr. D. FELSEN, "Developments in Approaches to Establishment Clause Analysis: Consistency for the Future", en *The American University Law Review*, 38 (1989), p. 461.

<sup>87</sup> Cfr. E.R. DOYLE, "Endangering the Great Divide: Challenges to the Establishment Clause in *Van Orden v. Perry*, 125 S. Ct. 2854 (2005)", en *Southern Illinois University Law Journal*, 31 (2006), p. 123.