

# La interpretación de la exención religiosa en la perspectiva de la situación subjetiva de derecho privado. Efectos irreflejos de la carencia conceptual y desplazamiento normativo en la libertad de religión de los Estados Unidos de América\*

*Salvatore Tolone Azzariti\*\**

## Resumen

El presente artículo parte de la premisa de que la *interpretación* y la *aplicación* de los derechos constitucionales en el derecho privado, en un sistema pluralista de Estado de Derecho, se desarrollan mediante su reconocimiento según formas de ejercicio igualmente plurales. Asimismo,

\* Se agradece a instituciones universitarias y a colegas que han permitido que este trabajo se realice. A la Universidad de Buenos Aires, por la nueva y honrosa experiencia académica. A la Codrington Library y la Bodleian Library, por la amabilidad, gentileza y comprensión con que acompañan la investigación y a sus protagonistas. Al Dr. Gabriel Gotlib, por la primera revisión de la versión en español, y a Pablo Ali, *editor princeps*. *Postremo autem maxime*, al Maestro profesor Leandro Vergara, quien fue decisivo para señalar ciertos límites del trabajo en el curso de su desarrollo. Sin sus objeciones, el principio de los efectos irreflejos de la interpretación no hubiese resurgido, así como su *clair lien* genético con la escuela austríaca del derecho. Lo que queda impreciso u incorrecto es claramente responsabilidad del autor. Las traducciones de los textos originales corresponden también al autor.

\*\* M. Jur., D. Phil. Se ha formado entre Italia, Alemania e Inglaterra. Enseña Derecho Civil en el Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Civil, Instituciones de Derecho Privado, Derecho Comercial y Derecho Privado de la Economía, en Nápoles, Oxford, Pavia y Buenos Aires. Autor de numerosos artículos y monografías sobre derecho de los contratos, derecho de daños, derechos reales y derechos fundamentales; s.toloneazzariti@hotmail.com

se evidencia cómo, bajo un perfil metodológico, la estructuración de las reglas depende de los procesos formativos jurisprudenciales y de qué modo, desde un perfil sistemático, la *igualdad en la aplicación –tratamiento igual de lo que es igual–* asume naturaleza constituyente. Los elementos teóricos, normativos y materiales son sujetos a un régimen de coesencialidad para la formación y concretización de los conceptos y la constante redefinición de sus elementos constitutivos. Este trabajo muestra cómo la *aplicación* posee una naturaleza lógica autónoma con respecto a la *interpretación* en sí, e implica una doble función simultánea: la concretización de las normas y el control de coherencia de la decisión adoptada con el sistema normativo. Simétricamente, desde la perspectiva iusprivatística, las situaciones subjetivas solo concretizadas en las *fattispecie* son reconocidas según un régimen de existencia, configuración conceptual precisa y eficacia correlativa. A partir de este marco teórico, el objetivo del presente artículo es examinar la institución de la *exención religiosa* en los Estados Unidos desde la perspectiva de la situación subjetiva de derecho privado, y abordar de qué modo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se identifican, de manera privilegiada, áreas de contraste entre tal institución y el Estado de Derecho. En estas líneas se aborda la carencia de un concepto reconocido de religión como consecuencia de la autorrestricción en sede judicial, principalmente por parte de la Corte Suprema, y la consecuente indeterminación taxonómica en la *aplicación*. En este sentido, se refuta la posibilidad de su fundación doctrinal a través del método analógico o, como hipótesis, a partir del *pensamiento por tipo*. Asimismo, se focaliza la secuencia de efectos que conduce al desplazamiento conceptual de la *libertad de conciencia* por parte de la *libertad de religión* en la interpretación de la Primera Enmienda.

Palabras clave: Estado de Derecho, exención religiosa, situación subjetiva, efectos irreflejos, carencia conceptual, desplazamiento normativo, aplicación de los derechos fundamentales al derecho privado, formación jurisprudencial del derecho, igualdad aplicativa, pluralismo de valores, libertad de conciencia, taxonomía.

## **The Interpretation of Religious Exemption in the Perspective of Private Law Subjective Situation. Unintended Effects of Lack of Concept and Normative Displacement in the Freedom of Religion in United States of America**

### **Abstract**

This article build on the premise that the *interpretation* and *application* of constitutional rights in private law, in a pluralistic Rule of Law system, are developed through their recognition according to equally plural forms of exercise. It also shows how, under a methodological perspective, the structuring of the rules depends on the building processes of jurisprudence and how, from a systematic perspective, *equality in the application* – equal treatment of what is equal – assumes a constitutive task. The theoretical, normative and material elements are subject to a co-essentiality regime for the formation and concretization of concepts and constant redefinition of their constituent elements. This work shows how *application* has an autonomous logical nature with respect to *interpretation* itself and implies a simultaneous double function: the culmination of the norms and the *coherence* control of the decision adopted with normative system. Symmetrically, from the private law perspective, subjective situations exist only when concretized in tokens are recognized according to a regime of existence, precise conceptual configuration and correlated efficacy. By this theoretical framework, the objective of this article is to examine the institution of *religious exemption* in United States from the perspective of subjective private law and to address how, both in doctrine and jurisprudence, areas of contrast between such an institution and the Rule of Law are identifiable in a distinctive way. These lines address the lack of a recognized concept of religion as a result of judicial self-restraint, mainly by the Supreme Court, and the consequent taxonomic indeterminacy in the *application* of rules. In this sense, the possibility of its doctrinal foundation is refuted through the analogical method or, as a hypothesis, based on *thinking-by-type*. Likewise, if focused the sequence of effects that leads to the conceptual displacement of *freedom of conscience* by *freedom of religion* in the interpretation of the First Amendment.

Keywords: Rule of Law, Religious Exemption, Subjective Situation, Unintended Effects, Normative Displacement, Fundamental Rights in

Private Law, Development of Law by Jurisprudence, Equality of Norms Application, Value Pluralism, Freedom of Conscience, Taxonomy.

### **Antagonismo entre exención religiosa y Estado de Derecho: naturaleza y contenido. Aplicación de los derechos fundamentales al Derecho privado**

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contiene la siguiente fórmula: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”. A partir de las proposiciones relativas a la libertad de religión, se irradian una multiplicidad de cuestiones, convencionalmente clasificadas de acuerdo con dos áreas reguladoras: *Cláusula de Libre Ejercicio (Free Exercise Clause)* y *Cláusula de Establecimiento (Establishment Clause)*. Entre los principales problemas se encuentra el reconocimiento de la exención a la aplicación de las normas generales otorgado a personas o grupos sobre la base de una pertenencia de naturaleza religiosa, cuando tal aplicación produce efectos sobre la creencia o su ejercicio. Dado que este reconocimiento tiene una aplicabilidad con respecto a cada tipo de ley, es apto para generar hipótesis concretas de extrema heterogeneidad desde un punto de vista jurídico.

El examen de la exención normalmente comienza desde el proceso de reconocimiento concedido a esta institución y desde las características que asuma en sus aplicaciones, cuando se reconoce en principio<sup>1</sup> la interferencia de la ley general o de normativas particulares con el libre ejercicio de la religión.<sup>2</sup> En este contexto, entre los intérpretes suele registrarse el examen de

1. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 57 y ss.

2. J. R. Stoner Jr., “Religious Liberty & Common Law: Free Exercise Exemptions & American Courts”, en *Polity*, vol. XXVI, N°1, 1993, p. 1 y ss.; F. M. Gedicks, “An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions”, en *20 U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 1998, p. 555 y ss.; M. Schwartzman, “What If Religion Is Not Special?”, en *79 U. Chi. L. Rev.*, 2012, p. 1351. Por el concepto de *Prinzip*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 135 y ss.

justificaciones de naturaleza histórica y textual.<sup>3</sup> Asimismo, ocurre cuando el análisis cubre las *fattispecie* adoptadas en casos especiales, como pueden ser fuentes de carácter legislativo, administrativo o judicial, que hagan emerger con mayor claridad la cuestión sobre la posición jurídica otorgada a la persona o al grupo en las decisiones de las Cortes o en el acto normativo. Ello así, sobre todo en el orden de la extensión –o no– a *fattispecie* similares calificadas por otros principios constitucionales, según la regla de que “los principios no pretenden exclusividad”, para la cual las mismas consecuencias jurídicas que provienen por un principio pueden también provenir por otro.<sup>4</sup> A este nivel, entonces, la autorización a ser exonerado de las normas generales afecta directamente la cuestión de compatibilidad con el Estado de Derecho y su fundamento en el principio de igualdad, ya que genera reglas que implican –por el contrario– la diferencia de trato entre los sujetos.<sup>5</sup>

El debate sobre el tema que aquí se discute surge al detectar la existencia de un antagonismo entre el instituto de la exención religiosa y el Estado de Derecho como principio, reconocido fundamento del sistema jurídico estadounidense,<sup>6</sup> y se diversifica para diferentes opiniones en cuanto a la magnitud que este antagonismo posee en el sistema: es decir, si representa –o no– un *vulnus* permanente, que por lo tanto requiere la búsqueda de

3. P. A. Hamburger, “A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective”, en *60 Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, p. 915 y ss.; M. W. McConnell, “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, en *103 Harv. L. Rev.*, 1990, p. 1409 y ss.

4. C. W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 53, para la regla según la cual “los principios no tienen pretensión de exclusividad”; K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, *Establishment and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 298 y ss.; cfr. también Justice Scalia, Opinion, en *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, pp. 881 y 884 y ss.

5. K. Greenawalt, *op. cit.*, p. 304: “...permite que alguien haga lo que otros no pueden hacer. Esta diferencia de tratamiento requiere ser justificada”. Sobre el conflicto con el Estado de Derecho debido a la falta de igualdad, cfr. R. H. Fallon Jr., “The ‘Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse”, en *97 Colum. L. Rev.*, 1997, p. 8 y nota 26.

6. Sobre el Estado de Derecho como concepto amplio, cfr. R. Bill Chavez, “The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes”, en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 64.

legitimación alternativa.<sup>7</sup> En este trabajo se ilustra cómo este *vulnus* es precisamente de esta naturaleza (amplio y radical), tratando de demostrar la forma en que no puede reducirse solo a las cuestiones que se remontan, en sí, al principio de igualdad.

Al limitar el interés a la fuente judicial (las decisiones de las Cortes) y asumiendo en un sentido problemático el Estado de Derecho como idea directiva, es necesario proporcionar preliminarmente breves detalles –aunque fundamentales– en torno a las tres áreas conceptuales esenciales en la interpretación y el debate: la relación entre la producción jurisprudencial de las normas y el sistema jurídico, en la síntesis de la *formación del Derecho por medio de la jurisprudencia*;<sup>8</sup> la naturaleza del pluralismo de los valores y los efectos sobre la interpretación y el orden legal que este principio produce; y el empleo del concepto de *situación jurídica* que se requiere para este tipo de examen en el derecho privado. Todo esto configura un contexto en el cual un principio como la *libertad de religión*, en su sentido más amplio –incluso ético–, opera principalmente como un criterio de interpretación, manteniendo el carácter de un *modelo directivo de normación* que justifica las soluciones legales derivadas a causa de su especial vinculatividad, además de estar expresado por una norma de rango constitucional.<sup>9</sup>

## **I. Estado de Derecho y formación jurisprudencial del derecho con respecto a los grados de concretización de los principios**

En estos primeros apartados destacamos algunos elementos fundamentales relacionados con la interpretación en el sistema regido por el principio del Estado de Derecho desde la perspectiva del derecho privado. Para esta investigación resulta fundamental fijar algunos elementos estructurales

7. T. R. S. Allan, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 283 y ss.

8. Sobre el concepto de *Rechtsfortbildung* como desarrollo del derecho o, como lo entendemos en este ensayo, *formación jurisprudencial del Derecho*, cfr. G. Orrù, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 1989, p. 27 y ss.

9. Sobre el concepto de *pautas directivas* en la normación jurídica que con su propia fuerza de convicción justifican las soluciones jurídicas, cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 458.

y funcionales a partir de los cuales se forman las reglas en el proceso interpretativo, así como sintetizar para el lector la fisonomía y la dinámica de los efectos irreflejos como un elemento característico de la interpretación histórico-evolutiva.

Tal como se argumenta a continuación, se puede afirmar que una *decision* que incorpora y da actuación a un valor constitucional, como sucede en los casos de exención religiosa, interviene en un sistema pluralista de valores jurídicos regido por el *Estado de Derecho* como *idea directiva*.<sup>10</sup> En tal sistema ningún valor tiene una preeminencia jerárquica, y el tipo de situación reconocida en una *decision*, es decir, examinando los valores en las reglas concretas que derivan de su ejercicio, debe coligarse en términos de *coherencia*<sup>11</sup> con situaciones preexistentes y disciplinas relacionadas con ellas. En este sentido, para cada regla establecida en las soluciones judiciales se dispone su vinculatividad con el resto del sistema, según algunos principios determinados, tales como la *ausencia de contradicción lógica*, la *compatibilidad objetiva* y la *concordancia de las valoraciones*.

Por ejemplo, sobre la base del esquema clasificatorio autorización/prohibición,<sup>12</sup> la interpretación reconocida en una *decision*, dando aplicación concreta a un principio determinado, normalmente no puede autorizar en una cierta situación lo que está prohibido en la generalidad de situaciones *semejantes*, del mismo modo que tampoco puede prohibir lo que tiene autorizado para la generalidad de estas. Por el contrario, dicha interpretación se justifica en virtud de su alineación con los principios generales del sistema.<sup>13</sup>

En cambio, desarrollando las reglas del sistema, si la *decision* autoriza o prohíbe lo que está prohibido o permitido en general, activa la transposición

10. T. Gutmann, "Säkularisierung und Normenbegründung", en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, herausgegeben von N. Jansen - P. Oestmann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 245.

11. Sobre el concepto de *consistency*, v. J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford University Press, Stanford, 1968, p. 284.

12. Sobre la "estructura lógica de la norma jurídica", cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 232 y ss.

13. *Idem*, p. 350. Se integra la *semejanza* cuando la similitud de dos distintas *fattispecie* es tal que no se configure *ratio regulae* para un tratamiento diferente entre ellas; más bien, tienen que ser disciplinadas igualmente. El carácter se atribuye cuando se averigua la concordancia en algunos de los elementos esenciales, aunque no en todos, precisamente en los elementos que resulten esenciales para la evaluación jurídica, cfr. *Idem*, p. 366.

sistemática de la disciplina de la situación de acuerdo a la nueva conformación como actuación de la *formación jurisprudencial del derecho*<sup>14</sup> según la regla recién formulada, ya que el ordenamiento en su totalidad, para la *igualdad en la aplicación* (tratamiento igual de lo que es igual), reconoce la regla y extiende su vigencia para todas las situaciones en las que es extensible según el carácter de *semejanza*, es decir, los *casos futuros comparables*.<sup>15</sup> En este sentido, debido a que la coherencia sistemática tiene una función ordenadora preeminente en el contexto de la interpretación, se postula que la regla expresada en una decisión judicial debe cumplir con los criterios que logren realizarla, cuando el intérprete evalúa según los siguientes cánones como elementos puramente ideales en el proceso interpretativo: a) la compatibilidad de la regla con el resto del sistema, b) el tipo de evolución que ha aportado como efecto irreflejo al resto de las reglas, c) el tipo de orden entre ellas que posiblemente ha constituido, y d) el marco de integridad de la estructura lógica-jurídica que se ha elaborado.<sup>16</sup>

14. *Idem*, p. 350.

15. Sobre los conceptos de *igualdad* como *Gleichbehandlung des Gleichartigen* y sobre la *aplicación* como *Anwendung des Maßstabes in künftigen, vergleichbaren Fällen*, cfr. *Idem*, p. 204.

16. En la actividad interpretativa de sir E. Coke, cfr. el principio *Interpretare & concordare leges legibus est optimus interpretandi modus*, en el “Paris Stoughter’s Case”, 1610, 8 Co. 169, en J. H. Thomas - J. F. Fraser, *The Reports of sir Edward Coke*, J. Butterworth & Son, London, 1826, vol. IV, p. 477. La condición previa sustancial que lleva al principio se encuentra en el ámbito de una actividad de recuperación de deudas debidas a la Corona y, en particular, el *writ of melius inquirendum* en circunstancias de actividades cognitivas cuyos *findings* tengan contenidos divergentes; cfr. G. S. Robertson, *The Law and Practice of Civil Proceedings by and against the Crown and Departments of the Government*, Steven & Sons, London, 1908, p. 198 y ss. Sobre los conceptos de *Ausgleichung* y *Zusammenpassung* en función de la *igualdad en la aplicación*, cfr. P. Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, en *AcP*, Bd. 112, 1914, p. 179: “El ideal de la jurisprudencia exige la implementación uniforme de los juicios de valor normativos, la decisión uniforme sobre todos los intereses en conflicto de acuerdo con estas ideas de valor. Pero ni un sistema unificado de mandamientos ni un sistema unificado de valores son realidades históricas. Los que llevan a cabo los juicios son hombres con una visión limitada, y son hombres diferentes que en diferentes ocasiones y momentos forman los mandamientos que luego serán empleados en una aplicación uniforme y armoniosa. La actividad de armonización (*Zusammenpassung*) de los mandamientos en una totalidad armónica es el objeto de la formación jurisprudencial del derecho (*Rechtsfortbildung*)”. También cfr.



Desde la perspectiva interna, se observa que la *doctrine* que se va formando y la regla que se va constituyendo en un caso concreto normalmente son caracterizadas con un nivel solo prodrómico de coherencia, según los diversos grados de concretización para los cuales están elaboradas, la cual se cumple solo con la etapa fundamental de la *aplicación*.<sup>17</sup> Por consiguiente, se habla de la coherencia del sistema como *resultado de una actividad interpretativa* orientada a ella, y no como algo que corresponde a un programa preexistente y realizado simultáneamente con la *decision* según la *ratio* que ella conlleva.<sup>18</sup>

En la perspectiva externa, la *coherencia* se convierte en el criterio para el control de una *doctrine* en cuanto a su compatibilidad con las normas ya existentes y operativas en el sistema en una doble dirección. Por un lado, el control vertical que conecta el principio y la *fattispecie* concreta, de acuerdo con una orientación dirigida a la mutua clarificación. Por otro lado, el control orientado a la no contradicción del sistema, que une los diferentes principios de acuerdo con los respectivos grados de concretización, en cuyo caso estos podrán incorporar un sentido concreto solo en un marco orgánico

---

K. Larenz, *op. cit.*, p. 461 y ss.; A. Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften. Vergleiche Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Verlag Müller, Karlsruhe, 1966, p. 330 ss. Sobre el concepto homólogo de *Universalization* (o de *universalizability of the rule*), cfr. F. A. Hayek, "The Mirage of Social Justice", en *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, volume 2, Routledge, London, 1998, p. 27 y ss.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed., Giuffrè, Milano, 1971, p. 31 y ss., y 112 y ss.

17. K. Larenz, *op. cit.*, p. 190 y ss., con referencia a Gadamer sobre la naturaleza esencial que asume en este sentido la *aplicación* de la norma en el proceso hermenéutico, en primer plano como elemento autónomo y asimismo como elemento constituyente, a la par de la *comprensión* y la *intepretación* ("La aplicación es elemento integrante del proceso hermenéutico tanto como lo son la comprensión y la intepretación").

18. Sobre el concepto de *vorprogrammierte Zusammenspiel*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 458 y ss. Cfr. *Idem*, p. 334: "En la concretización actuada por el legislador o por el juez –si interpreta 'en conformidad a la Constitución'–, se tiene siempre que respetar la armonía de los principios constitucionales, que se pueden complementar y a la misma manera limitar recíprocamente". Cfr. C.W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 46 ss.; K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Universitätsverlag Carl Winter, Heidelberg, 1953, p. 50 y ss.

regido por la mutua integración y limitación orientada a la complementariedad de las reglas.<sup>19</sup>

Por ende, cabe tener en cuenta que ningún concepto –si integra tanto un principio como una norma– puede ser connotado como *evidente*, más allá de los elementos que eventualmente refieran a cantidades (por ej., cardinales, ordinales). El concepto, al ser fundado sobre elementos casi exclusivamente cualitativos, es siempre objeto de interpretación, valoración y reconstrucción en vía interpretativa.<sup>20</sup> Entonces, la *ratio decidendi* y –más en general– las motivaciones que apoyan una *decision* contienen a nivel factual<sup>21</sup> tanto los reflejos interpretativos del texto normativo preexistente –una norma o la *ratio* de un precedente que conlleva una *authoritative interpretation (stare decisis)*–<sup>22</sup> como los elementos pertinentes a la *fattispecie* concreta –*materialidad*– por la cual se formó la *doctrine*.<sup>23</sup>

19. Como es sabido, sobre este tema, C. W. Canaris, *op. ult. cit.*, p. 55, expresa la fórmula según la cual “Los principios demuestran plenamente su verdadero significado solo a través de su integración y limitación mutua” (*proceso de recíproco esclarecimiento*). Al respecto, también cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 460. Resulta necesario recordar en forma sintética la diferencia que reitera Canaris con respecto a la tesis del “sistema móvil” de Wilburg (*beweglichen Systems*), especialmente expresada en W. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Kienreich, Graz, 1950. Canaris hace hincapié en la diferencia entre *Offenheit* y *Beweglichkeit* del sistema, es decir, entre “sistema móvil” y “sistema abierto”. C. Fried, *Saying what the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2004, p. 2; W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London, 2000, p. 242.

20. Sobre la *Begriffsbildung*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, pp. 192 y 194 y ss., en particular, p. 195, sobre conceptos como el de *supuesto de hecho*, donde los elementos esenciales constituyentes de las nociones necesitan siempre ser interpretados sistemáticamente.

21. J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, cit., p. 126.

22. H. Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, St. Paul, 1911, p. 44.

23. *Idem*, p. 284; R. A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010; F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, *Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 15; E. West, “The case against a right to religion-based exemptions”, en *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y*, 4, N°3, 1990, p. 591 ss.; A. W. B. Simpson, “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, en AA.VV., *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 155 ss.;

## II. Efectos irreflejos en la formación jurisprudencial del derecho como producto de la interpretación sistemático-evolutiva

Como se ha planteado, las actividades decisionales y sus resultados en términos de regulación están ligados a la coherencia con respecto al conjunto de reglas preexistentes, más allá de la *fattispecie* en la cual se ha establecido el caso.<sup>24</sup> Por lo tanto, es evidente que estos datos se combinan simultáneamente con una perspectiva que posee naturaleza sistémica. Además de prevenir las contradicciones del sistema antes mencionadas, la actividad de *armonización* de las *decision* y de las *doctrine* que la sostienen funda su valor constitutivo también como supuesto de eficiencia,<sup>25</sup> ya que establece como *eficacia irrefleja*,<sup>26</sup> como *efecto heterogenético*, la adaptación *pro futuro* a las evoluciones de las prácticas. El sistema garantiza la continuidad regulativa protegiendo las expectativas y reduciendo las incertidumbres en las mutaciones sociales.<sup>27</sup>

P. Horwitz, "Three Faces of Deference", en 83 *Notre Dame L. Rev.*, 2008, p. 1061 y ss.; F. Moretti, "Il precedente giudiziario nel sistema inglese", en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 9. Sobre este punto en general y sobre la carencia de fuerza vinculante de las *decision* adoptadas para las *lower Courts*, cfr. S. Estreicher - R. L. Revesz, "Nonacquiescence by Federal Administrative Agency", en 98 *Yale L. J.*, 1989, p. 679; L. A. Kornhauser, "The Analysis of Courts in the Economic Analysis of Law", en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, cit., p. 703.

24. J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, cit., p. 284.

25. G. Postema, "Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World", en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, edited by E. Pattaro, vol. 11, Springer, Dordrecht - Heidelberg, 2011, p. 190 y ss.

26. Sobre la *eficacia irrefleja (unreflektierte Wirkung)*, cfr. C. Menger, *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, p. 153 y ss.; F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, p. 58 y ss.

27. *Ibidem*; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 107 y ss.; F. Schauer, "Introduction", en K. N. Llewellyn, *The Theory of the Rules*, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p. 17 y ss.; A. Donati, *Rule of Law. Common Law. Lineamenti*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 17; U. Mattei, "Stare decisis negli Stati Uniti", en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, cit., p. 16.

En consecuencia, como elemento del proceso constitutivo de las reglas generales de origen jurisprudencial,<sup>28</sup> esta actividad de armonización es un elemento esencial del valor normativo cardenal de los sistemas de Estado de Derecho, que se define por la *igualdad aplicativa* o, en rigor, por la igualdad de todos los sujetos ante la ley.<sup>29</sup> La relevancia de los efectos irreflejos o *heterogénicos*<sup>30</sup> generados por el estatuto interpretativo que actualmente reglamenta la *libertad de religión* en los Estados Unidos constituye uno de los temas relevantes de la fenomenología que se procura poner de relieve en este ensayo. A tal fin, parece adecuado un análisis conceptual sobre este tema.

Se denomina *efecto irreflejo* de la interpretación al resultado de un proceso<sup>31</sup> que normalmente comienza con la evaluación de reconocimiento

28. F. A. Hayek, "The Mirage of Social Justice", cit., *loco*: "...which are equally applicable to all responsible human beings".

29. K. Larenz, *op. cit.*, p. 359, donde se asume que el "tratamiento igual de lo que es igual" es un principio inmanente a toda la ley, si pretende ser Derecho. Cfr. también T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; F. A. Hayek, *op. ult. cit.*, p. 209 y ss.; C. Fried, *Saying what the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, cit., p. 208: "Equality of application is indeed a necessary entailment of recognizing a constitutional, or any, legal right"; J. Waldron, "One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation", en *59 Wash. & Lee L. Rev.*, 3, 2002, p. 3 y ss.; N. Harris, *Law in a Complex State. Complexity in the Law & Structure of Welfare*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 76 y ss.; J. R. Lucas, *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 256 y ss.; C. L. Eisgruber - L. G. Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2007; A. W. B. Simpson, *op. cit.*, p. 163 y ss. Sobre la aplicación de los derechos constitucionales en su conjunto, a través de la actividad judicial, cfr. A. Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", en AA.VV., *Human Rights in Private Law*, edited by D. Friedmann and D. Barak-Erez, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, p. 25.

30. E. Betti, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Diritto, metodo, ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 526. Sobre el concepto de *Secuencia de efectos conexos (Wirkungszusammenhang)*, cfr. W. Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, en *Gesammelte Schriften*, VII Band, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1992, p. 120 y ss., especialmente p. 152 y ss. Cfr., asimismo, E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 107 y ss.

31. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, J. Guttentag, Berlin, 1907, p. 62 y ss.

de la *ratio iuris* de la norma y con su proyección evolutiva para la cual se aplica en condiciones sociales y normativas mutadas<sup>32</sup> con respecto al *tempus promulgationis*. Así se cumple una fase interpretativa dirigida a la actualización en el contexto orgánico del sistema normativo y se conecta diacrónicamente la estabilidad y la seguridad de la disciplina con las instancias de adaptación.

Este tipo de actividad, que ya se ha indicado anteriormente, puede colegir que el precepto, aunque formalmente en vigor, ha tenido un posicionamiento distinto en el marco regulador que lo contiene, por ejemplo, un *desplazamiento disciplinario*.<sup>33</sup> Esto sucede cuando este marco, concretamente, ha sido atraído en el ámbito disciplinario de otras normas que reflejan formalmente evaluaciones o conceptos distintos, como por ejemplo a través de la legislación posterior en el tiempo o concurrente, o ya sea por una tipología de actividad interpretativa en las Cortes que ha producido tal resultado. En este sentido, la interpretación del precepto produce un *efecto irreflejo*: recuperando la *ratio*, lo actualiza adaptando el perfil disciplinar a las exigencias mutadas. Al hacerlo, en forma *irrefleja, inintencional* con respecto a la *voluntas legis* original o con respecto a la *voluntas* del mismo intérprete, genera un efecto *heterogenético*: la disciplina de un área problemática adicional y distinta en comparación con la original.<sup>34</sup>

La interpretación, por lo tanto, produce una *secuencia de efectos conexos*: a la vez que identifica la *ratio iuris* original de la norma y el perfil teleológico que la calificaba,<sup>35</sup> también identifica, en la perspectiva evolutiva, cuáles cambios de *ratio* o nuevos contenidos se pueden atribuir a la norma en las condiciones sociales y normativas mutadas, y por cuáles otras *fattispecie* concretas. Entonces el dispositivo pasa a ser aplicable en el complejo normativo actual, incluso más allá de la clase de aplicación prevista

32. Sobre el concepto de *Wandel der Normsituation*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 338.

33. Acerca del concepto de *Verdrängung*, cfr. K. Larenz - M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck, München, 2004, p. 320 y ss.

34. L. Brütt, cit., p. 64.

35. Sobre este concepto de *ratio* (*Vernünftigkeit*), que incluye no solo el sentido formal, la conexión lógica de los conceptos, sino también un sentido material, una *teleología inmanente* como racionalidad de los fines, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 36.

originalmente,<sup>36</sup> lo que se define *heterogénesis de los sentidos*.<sup>37</sup> Esto produce el *efecto irreflejo*, inintencional, de concurrir a la composición y a la modificación del marco normativo, incluso de las normas actuales y anteriores, hacia un nuevo orden productivo de efectos interconectados.<sup>38</sup>

### **III. Exención vs. igualdad. La institución de la exención entre libertad y derecho. *Ratio* por la adopción sistemática del concepto de situación jurídica**

Además de su propio valor en el contexto hermenéutico, la *igualdad en la aplicación* posee un valor sistémico en el derecho privado, que es la demarcación de los ámbitos de aplicación de las reglas producidas por la interpretación. Por el contrario, la *exención* produce reglas naturalmente orientadas a la especialidad, independientes de los ámbitos aplicativos generales. Sobre esta área especial, por lo tanto, el concepto de *situación jurídica* permite reorganizar los casos concretos, clasificarlos de acuerdo con categorías subjetivas generales y reconducirlos a un examen según los cánones ordinarios del sistema.

36. L. Brütt, *op. cit.*, *ivi*.

37. P. Heck, "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", *cit.*, p. 38 y ss. En el ámbito de la "interpretación histórica", orientada a la búsqueda conceptual y funcional, así como L. Brütt, también P. Heck, con la fórmula *Heterogenie der Bedeutungen*, se refiere al Principio de Wundt y pone de relieve la incidencia necesaria de múltiples factores exógenos sobre la evolución de la interpretación histórica del texto, destacando cómo ella asume una diferente perspectiva evolutiva a través del filtro de las nuevas instancias hermenéuticas, y entonces incorpora un nuevo sentido como punto de partida histórico del pensamiento dogmático. Es así que la *fattispecie* concreta contemporánea opera en forma selectiva sobre las posibles y alternativas interpretaciones históricas, por ejemplo, de acuerdo con un parámetro de adecuación al caso concreto o poniendo de relieve cómo un sentido interpretativo particular se puede confirmar todavía reconocido o privado de su "valor dogmático histórico" por *desuetudo* o *ope auctoritatis*. Por lo tanto, se identifican dos niveles de éxitos interpretativos: el nivel histórico y el nivel práctico actual, que asume la función dogmática, y este último resultado tiene que ser considerado a nivel dogmático entre las hipótesis de interpretación objetiva.

38. Cfr. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, *cit.*, p. 90, sobre la influencia recíproca entre el conocimiento del objeto de que se trata y su calificación sistemática (parte de una totalidad), no en forma aislada, por lo cual solo sobre la base de este tipo de clasificación es posible la comprensión plena de una norma y de su *ratio*.

Las breves menciones realizadas en los apartados anteriores obedecen a la necesidad de identificar un primer aspecto problemático: más allá de los conflictos comúnmente detectados y discutidos en términos de principios fundamentales, es preciso determinar de qué modo el antagonismo planteado entre la *exención* y la *igualdad en la aplicación* en su extensión sistémica, a través del debilitamiento de su vinculatividad en el ámbito normativo e interpretativo, afecta al orden jurídico en su conjunto<sup>39</sup> y, en consecuencia, a los fundamentos del Estado de Derecho.<sup>40</sup> Los aspectos concretos de este problema ocupan un gran espacio en este trabajo. Por lo pronto, debe tenerse en cuenta que ya se observan en los elementos primarios del análisis.

En primera instancia, este antagonismo resulta de la carencia del carácter de generalidad de las reglas que las exenciones religiosas postulan.<sup>41</sup> Esta carencia es aún más evidente en el nivel de los corolarios obligatorios del principio de igualdad, entendido como un régimen sobre lo que la norma *debe ser*,<sup>42</sup> como un vínculo de contenido material de justicia de normas, instituciones, *ratio decidendi*,<sup>43</sup> y, por ende, también en el área de los criterios que rigen las actividades interpretativa y decisional, pensando precisamente a las *ratio* de las motivaciones en apoyo de las diferentes *opinions*.<sup>44</sup> Además, por su propia naturaleza, el análisis de la exención basada en una fenomenología como la religiosa afecta todos los ámbitos jurídicos y cruza

39. Cfr. la conexión entre *coherencia (Folgerichtigkeit)*, *unidad (Einheit)* y *principio de igualdad (Gleichheitssatz)*, *ivi*, p. 16.

40. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 304.

41. M. A. Hamilton, “Religious Institutions, the No - Harm Doctrine, and the Public Good”, en 4 *BYU L. Rev.*, 2004, p. 1099 y ss.

42. Sobre el Estado de Derecho en tanto “reglas concernientes a lo que el Derecho tiene que ser”, cfr. J. C. W. Touchie, *Hayek and Human rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law*, Edgar Elgar, Cheltenham-Northampton, 2005, p. 77. Cfr., asimismo, D. J. Solove, “The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights”, en 84 *Iowa L. Rev.*, 1999, p. 947 y ss.

43. Acerca de la vinculación de la jurisprudencia a las decisiones fundamentales del Derecho vigente, se postula un tipo de conocimiento no solo en el sentido de la “estructura formal”, sino también del “contenido material de justicia” de las normas, de los institutos jurídicos y de las “máximas de decisión” que emerjan en la actividad de los tribunales, en K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 225.

44. C. Fried, *Saying what the Law Is*, cit., p. 2.



las distintas configuraciones que el ordenamiento establece para regular las posiciones específicas, tanto colectivas como individuales, tanto de los derechos dominicales como de los derechos personales.<sup>45</sup>

Desde esta perspectiva, como se ilustra luego, destacando la recurrencia de esta carencia y la proliferación de motivaciones de base extrajurídica —o, en cualquier caso, no controlables bajo un perfil jurídico—, puede ponerse de manifiesto cómo la exención no constituye una *doctrine* particular que se desarrolló en el tiempo, ni configura una situación jurídica precisa con su relativo valor taxonómico.<sup>46</sup> Por el contrario, resulta una institución que ha conseguido su grado de abstracción<sup>47</sup> a través de distintas *doctrine* elaboradas en distintos sectores normativos. Así refleja, en el nivel más general, las características de esta heterogeneidad.

Tal heterogeneidad lleva, desde la perspectiva de derecho civil, a algunas observaciones de carácter general. La comparación entre *exenciones* sobre una base religiosa o hipótesis basadas en otros derechos fundamentales no parece fundada metodológicamente.<sup>48</sup> Más adelante veremos cómo algunas propuestas presentes en la doctrina no resultan aceptables.

La perspectiva taxonómica del análisis jurisprudencial, que sigue la evolución histórica de la Primera Enmienda, refuta, por ejemplo, lo que debería ser la relación normal de generalidad entre la *libertad de conciencia* y la *libertad de religión*. Como veremos, por el contrario, debido a una serie de factores relacionados con la interpretación jurisprudencial, la última *fattispecie* ha evolucionado, ocupando un *spatium iuris* claramente perteneciente a la primera, con el mismo nivel de generalidad. La evolución jurisprudencial también atestigua que la falta de desarrollo de esta relación

45. L. Raiser, “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, en *JZ*, n. 15/16, 1961, p. 467.

46. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005. Cfr. también R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden Baden, 1994, p. 163 y ss., especialmente para la distinción entre posición y derecho subjetivo, y la bibliografía relacionada a este tema.

47. F. A. Hayek, “Rules and Order”, in *Law, Legislation and Liberty*, cit., vol. 1, p. 88 y ss.; S. G. Gey, “Reconciling the Supreme Court’s Four Establishment Clauses”, en *8 U. Pa. J. Const. L.*, 2006, p. 725.

48. A nivel general, cfr. AA.VV., *Religious Exemptions*, edited by K. Vallier - M. Weber, New York, 2018.



teórica entre generalidad y especialidad y la consiguiente constitución en tal sentido de una relación de equivalencia han permitido que la Primera Enmienda se extienda normativamente alcanzando una mayor abstracción con respecto a sus propios campos de aplicación.

En este ensayo se reitera que, a excepción de casos concretos en los que esta comparación puede tener una lógica específica, un modelo formal de comparación entre *exenciones*, habiendo superado la apariencia generada por el *idem nomen*, no tiene base metodológica. La llamada *exención* no posee un valor normativo formal sino solo descriptivo, para indicar un estado de excepción y privilegio que el sistema otorga en ciertas situaciones. Estas, en ocasiones, se encuentran marcadas por una aparente pertenencia a un mismo *genus*, ya que están relacionadas con las mismas normas (por ejemplo, la exención otorgada a la obligación del servicio militar), por lo tanto motivadas no solo sobre una base religiosa sino también sobre la base de otra fuente, como puede ser la *libertad de conciencia*.<sup>49</sup>

De ello se deduce que la clasificación por abstracción dentro de la noción *right of exemption* (*derecho de exención*) carece de valor heurístico, ya que designa una posición genérica para obtener una exención, en principio un derecho subjetivo con efecto impeditivo (negativo) con respecto a la eficacia general de una norma, pero no designa las situaciones subjetivas que se configuran como *efecto del reconocimiento*. Estas, en cambio, dependen de la regla concreta, de la norma de la cual emanan y de su naturaleza, de la fisonomía de la situación constituida, del sistema normativo particular en el que tiene lugar la interpretación y a la vez delimitan los ámbitos donde las diferentes situaciones subjetivas toman forma.

Se destacan estos argumentos derivados de la inexistencia de valor conceptual de la *exención* o del llamado *derecho de exención* (sin recurrir al derecho subjetivo en forma de extrema abstracción y *exclusivamente* por el mencionado elemento común del efecto impeditivo) ya que en la doctrina, por el contrario, no siempre se advierte esta evidencia. Por lo tanto, a menudo parece que este efecto impeditivo-negativo es suficiente para una

49. S. Shetreet, "The Model of State and its Impact on the Protection of Freedom of Conscience and Religion: A Comparative Analysis and a Case Study of Israel Church Relations", en AA.VV., *Religion in the Public Sphere: a Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, editado por W. Brugger - M. Karayanni, Berlin, Heidelberg, New York, 2007, p. 87 ss., specie p. 103 ss.

percepción conceptual —errónea— y la creación artificial de una clase unitaria con caracteres semejantes igualmente artificiales. Esta debería conceptualizar, bajo el *nomen exención*, situaciones generadas bajo diferentes principios fundamentales por el simple hecho de su reconocimiento, o como mucho sobre la base de la homogeneidad del elemento objetivo de referencia, el ámbito normativo (ej., la exención de la aplicación de la misma norma) o de la hipótesis de elaboración de un elemento subjetivo caracterizado por mayor generalidad, como sería el caso de la *conciencia* con respecto a la *religión*.

Para arribar a dicha conclusión se tiene que privar de relieve constitutivo a la situación en la que, en cambio, de manera esencial, el reconocimiento tiene lugar y se estructura recibiendo el estado de excepción, definiendo la situación subjetiva final que lo incorpora y la fisonomía por la cual es tutelada. Lo que constituye la peculiaridad aquí examinada pretende ir en la dirección opuesta. Esto se debe a la necesidad general de proporcionar relieve a los elementos *proprios* del proceso de concretización y aplicación de las normas que reflejen —en las expectativas— racionalidad intrínseca y concordancia práctica.<sup>50</sup> Estos criterios requieren un enfoque peculiar y exclusivo, necesitado en términos de *abstracción*<sup>51</sup> del ámbito aplicativo, únicamente proporcionado a la *exención* por motivos religiosos de acuerdo con la Primera Enmienda.

Entre las razones de esta singularidad, cabe anticipar los elementos esenciales de la *fattispecie* normativa a través de los cuales la evolución jurisprudencial ha configurado los casos que se generan por el principio en cuestión y la indefinición conceptual de estos elementos. Asimismo, vale destacar su extensión a la totalidad del derecho civil y de sus sistemas normativos particulares, para aspectos de relevancia como situaciones tanto privadas como públicas, donde recibe desde la aplicación concreta, por parte de la jurisprudencia desarrollada en el ámbito, elementos que concurren a estratificaciones peculiares por cada *contextum traditum*.<sup>52</sup>

50. A. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, p. 162 y ss.

51. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 439 y ss.

52. E. Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer Verlag, Wien - New York, 2008, p.

Proporcionar relieve preciso a un ámbito de aplicación tan extenso como lo que concierne a la *exención religiosa* obedece al deber metodológico de responder con congruencia a la necesidad de un proceso interpretativo adecuado en este campo. Como se puede confirmar en particular en la jurisprudencia interesada con respecto a los conceptos o a las *fattispecie*, este proceso, por necesidad, no tiene lugar de forma lineal o de acuerdo con una secuencia lógica de consecuencias y conclusiones, sino según “pasos alternos” connotados por esclarecimiento recíproco y conexión mutua, a través de los cuales cada elemento de la *fattispecie* concreta concurre a una específica conexión de sentido de la regla del caso.<sup>53</sup>

Como es evidente, esto resalta, desde otra perspectiva, el papel esencial de la fundación conceptual de la jurisprudencia y su valor sistemático o, por el contrario, la esencialidad de la carencia de una actividad de este tipo. El enfoque particularista de este ensayo obedece, entonces, a que la perspectiva del derecho civil, para desempeñar un papel autónomo en este campo, debe contener en el mismo espectro analítico la configuración de las situaciones subjetivas que son el efecto del reconocimiento de las exenciones, las estructuras que las caracterizan desde la perspectiva del derecho civil y en consecuencia, con valor constitutivo, las diferentes formas de concretización a través de las cuales los principios tienen aplicación.

Por lo tanto, debe abarcar la fundación jurisprudencial no solo para el reconocimiento que ha recibido el efecto impositivo mencionado –*exención*, genéricamente clasificada– sino también y particularmente la actividad fundacional que con ello coexiste y contribuye en la definición del ámbito aplicativo. Sobre esta base, remitiendo más adelante a los argumentos de este ensayo, esta perspectiva debe tomar la aplicación de la exención de la Primera Enmienda en términos de abstracción solo en su sector normativo, a pesar del recurso genérico al mismo término, debido a los ámbitos incomparablemente más extensos donde se aplica y, por ende, debido a la autonomía de los sistemas reflejados en su aplicación.

Volviendo a los perfiles generales, esto obedece a que la taxonomía en la formación jurisprudencial del derecho individúa un valor normativo no

---

163 y ss.; para el concepto de *Überlieferungszusammenhang* en la jurisprudencia cfr. K. Larenz, cit., p. 209. ss.

53. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 206 y ss.

solo descriptivo, es decir, la idoneidad que el intérprete, a través de la aplicación, confiere a las normas para identificar y disciplinar su ámbito según las reglas que de ella promanan, así como también para estratificar en su desarrollo reglas que garanticen efectividad a la disciplina y para demarcar el ámbito aplicativo desde otros regidos por otras normas. Así, depende de la norma que el sujeto evoca como fundamento de su tutela y de la fuente autoritativa que la emana, y también de su “vigencia fáctica o efectividad”.

Mediante todos estos elementos, el principio mantiene su función esencial: el grado de certidumbre manifestado por la guía del intérprete en la evaluación de los casos y en la selección de las reglas aplicables. El último elemento (*efectividad*) depende esencialmente de la constancia de la interpretación y de la aplicación de la norma a las *fattispecie* concretas dotadas de *semejanza* en el ámbito de aplicación. Por lo tanto, el principio de taxonomía de las reglas que se quiere valorizar en este ensayo refleja la clasificación y la diferenciación de ellas según una *determinación de contenido*<sup>54</sup> que resulta por el desarrollo de su respectiva aplicación.

Por esto, cualquier norma, desde la perspectiva taxonómica, determina una decisión futura no exclusivamente por su vigencia formal, en razón de la autoridad desde la cual promana según el texto que la constituye, sino también por su efectividad en la aplicación, que la refleja según reglas compuestas por elementos cuya fisonomía depende del contenido que la evolución applicativa le ha conferido.<sup>55</sup> El principio se termina reflejando sobre los elementos que constituyen la *determinación de contenido* en cuanto la regla resulte también aplicable en los casos futuros (*grado de abstracción*), abarcándolos en su área applicativa y pudiendo así regular sus consecuencias jurídicas.

El legislador es la fuente propia de las normas; mientras que las Cortes, como autores principales de la interpretación y aplicación, son fuente según un sentido diferente de acuerdo con el sistema de que se trate. Según

54. En cuanto al concepto de *Grad von inhaltlicher Bestimmtheit*, cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 189 y ss.

55. R. Heß, *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 18 y ss.; E. Sherwin, “Legal Positivism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, ed. C. Rickett & R. Grantham, Hart, Oxford-Portland, 2008, p. 105 y ss.

la clasificación tradicional, las Cortes tienen la autoridad de concurrir a establecer las normas en los sistemas que aceptan la *doctrine of precedent*, como en el *common law*; mientras que en un sistema de *Civil Law* las Cortes concurren exclusivamente proporcionando *concepciones jurídicas* dotadas de una autoridad diferente. Si bien este no es el espacio para analizar en forma general el valor del “precedente” en los sistemas de *Civil Law* (que además presentan diferencias entre ellos en cuanto a este principio), cabe señalar el factor común, el *minimum*, de ambos sistemas: en el proceso de *formación jurisprudencial del derecho*, también en el *Civil Law*, los precedentes y el llamado *Derecho judicial* consiguen vigencia fáctica o efectividad cuando establemente otras decisiones judiciales y la circulación jurídica resulten orientadas por ellos.<sup>56</sup>

Con esta base, en este estudio se recurre al concepto de *situación jurídica*. Esto se debe a que cuando se examinan los elementos de la fenomenología de la *exención* y sus aplicaciones, asumiendo los diferentes grados de concretización, este concepto parece apto para asegurar la conexión entre los formantes concretos de la *fattispecie* del caso particular, derivados de la práctica judicial, y las *fattispecie* abstractas de diferente naturaleza donde se aplica la institución. Así se permite poner de manifiesto la complejidad que cada caso conlleva en adherencia a la hipótesis particular, identificando la *ratio decidendi* específica según –por ejemplo– que la exención opere con respecto a una norma imperativa, indisponible o dispositiva, de acuerdo con la interpretación del texto,<sup>57</sup> y en cuanto a los conflictos entre posiciones subjetivas que pueda acarrear cada hipótesis aplicativa.

En cuanto a las posiciones específicas de los sujetos a los que se reconoce la titularidad, el concepto de *situación jurídica* permite que se adhiera a las peculiaridades de los casos concretos quitando, al mismo tiempo, la necesidad sistemática de conexión entre los diferentes contenidos y una única *fattispecie* abstracta denominada por la institución de la *exención*, que resultaría, como se puede comprender, privada de abstracción aplicativa. Contrariamente a la reiterada utilización por parte de la doctrina del concepto de derecho (*right*), identificando entonces la fenomenología como

56. K. Larenz, *op. cit.*, p. 421 y ss.

57. J. Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906, p. 125.

*derecho de exención (right of exemption)*, una atención más precisa a las situaciones subjetivas específicas y a sus diferenciaciones (derecho subjetivo, poder, facultad o potestad –como, por ejemplo, en el caso *Yoder*–) parece presentar en forma más congruente el análisis del fenómeno y sus aspectos problemáticos.

Una línea de razonamiento similar, desde la perspectiva de la taxonomía, se necesita aún más para comprender el fundamento de esta institución. Siguiendo los *grados de concretización* y la solución aquí propuesta del concepto de *situación jurídica*, es posible examinar la instancia taxonómica en la relación entre el concepto de *libertad (freedom)* –que normalmente se evoca en cuanto que la exención representa una hipóstasis de la libertad de religión– y el concepto de *derecho (right)*.<sup>58</sup> De acuerdo con un nivel primario de diferenciación, las libertades contienen prerrogativas que no están sujetas a condiciones. Tales prerrogativas no son definidas ni orientadas hacia un fin último; pueden dar lugar en forma también incondicional a la génesis de situaciones jurídicas que le correspondan. Al contrario, los derechos contienen prerrogativas condicionadas, por lo que si una situación jurídica conduce a su configuración como *derecho*, es debido a que desde esta situación abstracta hacia una forma más concreta se terminan integrando las condiciones de *existencia* y *validez* que corresponden a una figura jurídica de esta naturaleza.

Por consiguiente, el proceso identificativo de la naturaleza del caso específico debe tener en cuenta la secuencia de esta progresión concéntrica de acuerdo con los diferentes grados de concretización; lo que corresponde, asimismo, progresivamente, a la emergencia prevista por el Derecho (*Law*) de las condiciones que afectan a la *configuración* y *protección* de las diferentes figuras jurídicas. Al tiempo que las libertades intervienen en la misma construcción de la situación jurídica y preceden a su formación estructural, las diferentes concretizaciones a las cuales ellas dan lugar producen, en el plano de los *efectos*, distintas posiciones subjetivas –y entre ellas también se encuentra el derecho (*right*)–, diferenciadas de acuerdo con las condiciones de existencia y validez que las connotan.

La misma fisonomía se puede observar en la perspectiva funcional de la relación entre libertad y derecho. La libertad no tiene una orientación te-

58. P. Roubier, *op. ult. cit.*, p. 145 y ss.

leológica precisa así como la tiene el derecho, ni tampoco tiene un fin último concretamente establecido. Puede contener múltiples fines, también total o parcialmente alternativos e incompatibles entre ellos, tanto de tipo positivo como negativo. En cambio, el derecho contiene una taxonomía definida para los elementos que constituyen su estructura, guían su función –aunque de acuerdo con diferentes grados de concretización– y hacen que sea identificable y distinguible como tal de otras posiciones jurídicas, sean homogéneas (otros derechos) o heterogéneas (poder, facultad, potestad, etc.). Sobre esta base, la institución de la *exención* ya puede ser presentada, a partir de aquí, como el resultado de técnicas decisionales distintas, no sistemáticas, y utilizadas en varios contextos concretos que, aunque tratando de responder a la *coherencia* del sistema, a menudo producen reglas fragmentarias que atienden solo a las peculiaridades de *privilegium*<sup>59</sup> fundadas en la Primera Enmienda.<sup>60</sup>

#### **IV. Efectos del pluralismo objetivo. Interpretación y metodología en la aplicación de los principios**

Un sistema basado en el pluralismo de valores, y que como tal se reconoce después de una larga y articulada trayectoria histórico-institucional como en el caso de los Estados Unidos, promueve características que connotan de forma vinculante los elementos de la interpretación y, en particular, de la aplicación. Dentro del sistema pluralista, el reconocimiento del multiculturalismo puede operar en el nivel abstracto de los principios, mientras que la interpretación de derecho privado rige su concretización y la producción jurisprudencial de las reglas.

La necesidad de especificar el contenido que debe asignarse al concepto de *pluralismo* surge debido a que el estudio sociológico<sup>61</sup> suele conectar

59. M. V. Tushnet, “Marbury v. Madison Around the World”, en *71 Tenn. L. Rev.*, 2004, p. 255. Para la base epistemológica del *degree of universalizability*, cfr. J. R. Lucas, *The Principles of Politics*, cit., p. 126 y ss.

60. R. A. Epstein, *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2014.

61. J. Witte Jr. - J. A. Nichols, *Religion and the American Constitutional Experiment*, third edition, Westview Press, Philadelphia, 2011, p. 71 y ss.; T. J. Curry, *The First*

el asunto moderno de la interpretación de la Cláusula de Establecimiento<sup>62</sup> a la primera etapa de un proceso de aumento de las afiliaciones religiosas en los Estados Unidos, que superó la base del *legislador histórico*<sup>63</sup> e hizo actual el problema del pluralismo con respecto a un *establishment* de religión protestante hasta entonces “firmemente atrincherado”. La Corte Suprema, reconociendo que la problemática era de relevancia constitucional,<sup>64</sup> reiteró la contundencia del “muro de separación entre la Iglesia y el Estado”, según las palabras de William Jefferson, y proporcionó una perspectiva moderna a la presencia de afiliaciones múltiples en diversos cultos. Sesenta años después, detectando aún más extendidas estas premisas, la combinación de esta noción de *pluralismo*<sup>65</sup> y de una actividad de promoción sustancial a que han dado lugar la misma Corte y la legislación<sup>66</sup> culminan, en forma casi simbólica, en las expresiones que caracterizan a las *opinion* del caso *McCreary County v. ACLU of Kentucky*.<sup>67</sup>

Para examinar conceptualmente el pluralismo, se puede partir del conocido *dictum* de la Justice O'Connor en este último caso, fundado en una aserción de largo eco en la doctrina: “preservar la libertad religiosa a la mayor extensión posible en una sociedad pluralista”. El reconocimiento del

---

*Freedoms. Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1986.

62. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion...”.

63. Sobre el *legislador histórico*, cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 315 y ss. Sobre el hecho particular de la pérdida de la tutela de la *freedom of conscience* en la redacción final de la *Constitution*, véase *infra* pto. XIV.

64. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

65. A. C. Carmella, “Exemptions and the Establishment Clause”, en 32 *Cardozo L. Rev.*, 2011, p. 1733 y ss.

66. F. M. Gedicks - T. C. Berg, “Religion”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, ed. K. L. Hall, J. W. Ely Jr., J. B. Grossman, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 837 y ss.; N. Feldman, “The Framers’ Church-State Problem - and Ours”, en AA.VV., *The Constitution in 2020*, ed. J. M. Balkin & R. B. Siegel, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 225.

67. 545 U.S. 844 (2005). Cfr. el Justice O'Connor, *Concurring Opinion*: “Pero el objetivo de las Cláusulas es claro: realizar el plan de los Fundadores de preservar la libertad religiosa hasta la máxima extensión posible en una sociedad pluralista” (“...to the fullest extent possible in a pluralistic society”).



fenómeno en la sede jurídica debe, entonces, desarrollar la “sociedad pluralista” –en tanto noción y efectos interpretativos– desde una perspectiva de instancias taxonómicas de distinta naturaleza: tanto abstracta, es decir, que surge de la necesidad de dar forma jurídica a las distintas situaciones derivadas entre “poder de voluntad” e “interés”,<sup>68</sup> como concreta, si el intérprete está llamado a responder a la necesidad de definir cuáles son “los derechos que las personas pueden realizar en los tribunales”.<sup>69</sup>

Por ende, este *dictum* implica que las situaciones fundadas en las *decision* sean tomadas y armonizadas dentro de un orden jurídico connotado por el *pluralismo de valores* (*value pluralism*), para lo cual es preciso demarcar este último carácter institucional de la confusión conceptual que suele identificarlo con el *multiculturalismo*, a menudo practicando la errónea superposición de las dos perspectivas.<sup>70</sup>

Por lo tanto, el análisis aquí propuesto, de acuerdo con el valor autónomo y esencial de la *aplicación* de los principios, parte de una premisa que contiene al menos dos líneas: la interpretativa y la metodológica. La primera está desde luego relacionada con la interpretación: además de un modelo

68. E. Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer Verlag, Wien - New York, 2008, p. 9. Cfr., asimismo, K. Larenz, “Zur Struktur ‘subjektiver Rechte’”, en AA.VV., *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1977, p. 129 y ss.; E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.

69. P. Birks, *Introduction*, in *English Private Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. xxxvi. Para el concepto de *taxonomía*, cfr. E. Sherwin, cit., *passim*; *Idem*, “Legal Taxonomy”, en *Legal Theory*, 15, 2009, p. 25 y ss.; H. Dagan, “Legal Realism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law*, cit., p. 147 y ss.

70. Parece identificable un ejemplo en el *normative pluralism* en A. C. Carmella, cit., p. 1742 y ss. Más allá de las soluciones adoptadas, cfr. A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 5; L. Mengoni, “L’argomentazione orientata alle conseguenze”, en AA.VV. *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, ed. M. Bessone, G. Giappichelli, Torino, 1999, p. 183. La demarcación resulta clara en S. R. Smith, *Equality and Diversity. Value incommensurability and the politics of recognition*, Policy Press, Bristol, 2011. Cfr. también S. Tolone, *Diritto privato globale, Objective Pluralism e libertà di religione*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2006.

hermenéutico general, es menester reconocer que el concepto de *sociedad pluralista* posee elementos directamente eficaces en la formación jurisprudencial del derecho, en las actividades de toma de decisiones de las Cortes, en las *ratio* y en las justificaciones de las motivaciones, como expresión de un pluralismo de los valores entendido como *pluralismo objetivo* (*objective pluralism*), adoptado en las bases institucionales del sistema. En este sentido, se debe destacar que el concepto *sociedad pluralista* no es asimilable al de *sociedad multirreligiosa*,<sup>71</sup> ni es superponible a la lógica de la multitud de grupos.<sup>72</sup>

La sociedad pluralista basa su esencia en el reconocimiento de una pluralidad de valores de diferente naturaleza y origen, que sus miembros pueden perseguir en formas subjetivas u organizadas como fines jurídicos reconocidos y, por tanto, tutelados. Esto implica, desde el punto de vista objetivo, que haya una pluralidad de bienes jurídicos reconocidos y tutelados como tales. También conlleva que la protección de esta pluralidad de valores los reconoce como múltiples y paritarios (es decir, no organizados de forma jerárquica), de tal manera que ninguno de ellos pueda considerarse “supremo”.<sup>73</sup> Entonces, el orden jurídico que rige una sociedad pluralista no los concibe en la forma de una serie cerrada, como elementos normativos alineados según una secuencia y que operan autónomamente el uno del otro, sino que busca sus conexiones relativas y sistémicas en materia normativa e interpretativa, donde ellos resultan siempre complementarios o mutuamente restrictivos.

71. S. H. Shiffrin, “The Pluralistic Foundations of the Religion Clauses”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1273, 2004, p. 9 y ss.

72. Cfr. el *Justice* Brennan en *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664, 1970, 689, sobre el favor hacia los subgrupos sociales, ya que “cada grupo contribuye a la diversidad de asociación, punto de vista y desarrollo esenciales para una sociedad vigorosa y pluralista”.

73. Se definen como engañosos los conceptos de *orden de valores* (*Wertordnung*), así como de *orden jerárquico de valores* (*Wertrangordnung*) en K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 331. Sobre la inexistencia en el derecho privado de un *orden jerárquico interno* (*innere Rangordnung*) y por la existencia, por el contrario, de un principio de *coherencia* (*Zusammenspiel*), *ivi*, p. 460. Cfr. también R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 84 y ss.

El pluralismo entiende que los valores, reconocidos en términos jurídicos –es decir, una vez que han cruzado el límite de relevancia para el derecho (*legal treshold*)–, pueden presentar ciertas características específicas que emergen en su ejercicio concreto. Estas incluyen la mutua conflictividad<sup>74</sup> y la inconmensurabilidad, presentes también cuando la interpretación recurre a técnicas distinguidas por referencias cuantitativas, como el “ponderar” o el “sopesar”. De hecho, el objeto de la interpretación –la aplicación concreta de los valores en el derecho– no involucra características que sean atribuibles a unidades de cantidad o capacidad mensurables, sino que su función debe orientarse hacia la coherencia de las instancias de concretización que surgen a partir del caso concreto con aquellas de perspectiva general del sistema.<sup>75</sup>

El orden jurídico de una sociedad pluralista reconoce en el ámbito interpretativo la *aptitud a la descomposición*<sup>76</sup> de los valores como un carácter constitutivo de la interpretación, lo que se refleja con las diferentes hipótesis de

74. C.-W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 53.

75. Sobre los conceptos de *Abwägen* y de *Gewichten*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 393; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 111; F. A. Hayek, “The Mirage of Social Justice”, cit., p. 14 ss. Sobre la *Abwägung*, cfr. la crítica en J. Rückert, “Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normstrenge und Abwägung im Funktionswandel”, en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz*, cit., p. 196. Sobre los problemas de método frente al pluralismo de los valores, cfr. L. Mengoni, *op. cit.*, *loco*; J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001, p. 2 y ss. Por la repercusión del *Objective Pluralism* y de la *Incommensurability* sobre el razonamiento jurídico en general y, en particular, sobre los perfiles de legitimación de las motivaciones que soportan las *decision*, cfr. J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 321 y ss.; T. A. O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 41; R. Craswell, “Incommensurability, Welfare Economics, and the Law”, en *U. Pa. L. Rev.*, 146, N°5, 1998, p. 1419 y ss.; A. Beever - C. Rickett, “Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer”, en *Modern L. Rev.*, 68 (2), 2005, p. 333, n. 57. Sobre la actividad judicial de *Balancing*, cfr. E. Baker, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, en *62 Iowa L. Rev.*, 1976, p. 1; S. H. Shiffrin, “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, en *78 Nw. U. L. Rev.*, 1983, p. 1212; T. A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en *96 Yale L. J.*, 1987, p. 943.

76. Acerca del concepto de *Auflösevermögen*, cfr. N. Luhmann, “System und Umwelt”, in *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 242 y ss.

concretización de un mismo valor.<sup>77</sup> Entonces, se infiere que las formas de aplicación que los valores tienen en las diversas *fattispecie* también sean plurales, mutuamente, potencialmente conflictivas e igualmente inconmensurables.<sup>78</sup>

Este pluralismo es *objetivo* porque sus elementos inciden sobre la misma epistemología de las *fattispecie* normativas y judiciales –como, en lo que aquí atañe, aquellas que derivan de la libertad de religión–, independientemente de las disposiciones personales de los sujetos y de los intérpretes, pero vinculando de manera esencial las actividades y la interpretación. Por lo tanto, la *decision* se puede examinar en términos de coherencia solo cuando el método asociado al pluralismo reconoce los elementos esenciales que lo identifican en el ámbito hermenéutico, demarcando como reflejo su propia condición ontológica con respecto a fenomenologías que, aunque diferentes, son connotadas con la misma denominación o incorrectamente asimiladas.<sup>79</sup>

Aparte del nivel conceptual en materia de exención, la impropia asimilación puede ser captada en ciertas *decisions* y en sus motivaciones. Algunas de ellas, de hecho, producen una interpretación histórica y diacrónica centrada en la llamada *intención histórica* (*historical intent*), como metodología de interpretación constitucional encuadrada en la teoría pluralística del constitucionalismo,<sup>80</sup> aunque –como se sugiere en alguna motivación– se trate de un mero “ejercicio académico”.<sup>81</sup> En este sentido, la delimitación

77. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 330, sobre el rol de la jurisprudencia de las Cortes, así como el del legislador en el proceso de concretización de las pautas abstractas contenidas en los principios.

78. M. O. DeGirolami, *The Tragedy of Religious Freedom*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 2013, p. 59 y ss.

79. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 302. Cfr., también, W. Berns, *Democracy and the Constitution*, AEI Press, Washington, 2006, p. 73 y ss. Al mismo tiempo, cfr. la noción de pluralismo elaborada en J. Witte Jr. - J. A. Nichols, *op. cit.*, p. 46 y ss., e in W. P. Marshall, “The Case against the Constitutionality Compelled Free Exercise Exemption”, en 40 *Cas. W. Res. L. Rev.*, 1989, p. 380 y ss. Asimismo, cfr. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 71.

80. S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 147 y ss.

81. Sobre la posición subsidiaria de la interpretación según los criterios de la *intención reguladora* (*Regelungsabsicht*) del legislador y del fin (*Zweck*) de la norma, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 333.

y la definición precisas del pluralismo facilitan cierto enfoque relacionado con el legado de las ideas de John Locke y las huellas dejadas por ellas en el pensamiento jurídico.<sup>82</sup>

Un breve ejemplo de esto se puede encontrar en las conocidas y fuertes reacciones,<sup>83</sup> tanto en el ámbito legislativo como judicial, frente al caso *Smith*, la última *decision* de la Corte Suprema que mantuvo una perspectiva lockeana.<sup>84</sup> Aquí puede observarse la evolución desde la fundación de la *Constitution*, directamente vinculada con el pensamiento lockeano, hasta la actualidad. Entre algunas cuestiones, se evidencia hasta qué punto hoy es lejana la interpretación que asumía el elemento *constituyente* de un “pleno conjunto de libertades, no solo un subgrupo arbitrariamente seleccionado”, en comparación con el desarrollo actual, carente de elementos esenciales como aquel.<sup>85</sup>

En cuanto a la línea metodológica, el pluralismo objetivo con relación a la exención hace emerger los efectos de la falta de clarificación y diferenciación en la perspectiva interpretativa de la *intención histórica*. Así se detecta un valor *deminutus* de la *conciencia individual* como concepto primigenio<sup>86</sup>

82. Cfr. M. A. Hamilton, *God vs. the Gavel. Religion and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 2005, p. 260 y ss.

83. A. Tuckness, *Locke and the Legislative Point of View. Toleration, Contested Principles, and the Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2002, p. 166 y ss.; J. A. Goldstein, “Is There A ‘Religious Question’ Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs”, en 54 *Cath. U. L. Rev.*, 2005, p. 498 y ss.

84. M. W. McConnell, “Free Exercise Revisionism and the Smith Decision”, en 57 *U. Chi. L. Rev.*, p. 1109 ss.; *Idem*, “The Problem of Singling Out Religion”, en 50 *DePaul L. Rev.*, 2000, p. 1 y ss.; M. C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008, p. 173.

85. M. Tedeschi, *La libertà religiosa nel pensiero di John Locke*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 8 y ss., con especial referencia en la nota 14; R. M. Smith, *Liberalism and American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 44 y ss. R. A. Epstein, *The Classical Liberal Constitution*, cit., p. 323 y ss.

86. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 36; sobre la definición del concepto de *Toleration*, cfr. D. A. J. Richards, *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1986, *Preface*, p. x; *Idem*, *Conscience and the Constitution: History, Theory and Law of Reconstruction of Amendments*, Princeton University Press, Princeton, 1993; L. Underkuffler, “The Separation of the Religious and the Secular: A Foundational Challenge to First Amendment Theory”, en 36 *Wm. & Mary L. Rev.*, 1995, p. 844; N. Feldman, *Divided by*

y, por consiguiente, del elemento básico de la estructura constitucional, es decir, el individuo, y más aún, con respecto a la libertad de religión, el *individuo disidente (dissenting individual)*<sup>87</sup> o el *buscador solitario (solitary seeker)*, proporcionando en cambio una centralidad a opciones interpretativas que asumen el *collectivum* religioso como elemento esencial.<sup>88</sup>

La diferenciación entre *pluralismo* y *multiculturalismo* –justo por el valor peculiar que asume la *aplicación* en este ensayo– tiene que ser puesta en un particular enfoque para evitar la percepción de antagonismos conceptuales. Estos pueden derivar del empleo de una “noción de contenido variable”, es decir, entre cuanto aquí se indica como *igualdad en la aplicación* en el *proceso de formación jurisprudencial del derecho* y las múltiples formas de igualdad que, solicitadas por instancias sociológicas, estadísticas, políticas y de otra naturaleza,<sup>89</sup> permean la obra del derecho conformando, según connotaciones específicas, los principios generales del sistema, como ocurre con la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos de América.<sup>90</sup>

---

*God. America's Church-State Problem and What We Should Do About It*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005. *Contra* D. Laycock, “Religious Liberty as Liberty”, en *7 J. Contem. Legal Issues*, 1996, p. 313 y ss. Véase también E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 727, 1997, p. 803.

87. B. N. Evans, *Interpreting the Free Exercise of Religion. The Constitution and American Pluralism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill-London, 1997, p. 22 y ss., y 47 y ss.

88. M. C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, p. 167; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap Press, Cambridge, (Mass.), 1992, p. 246 y ss.; S. D. Smith, “The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse”, en *140 U. Pa. L. Rev.*, 1991, p. 149 y ss.; K. T. Lash, “The Second Adoption of the Establishment Clause: The Rise of the Non-Establishment Principle”, en *27 Ariz. St. L. J.*, 1995, p. 1085 y ss.; *Idem*, “The Second Adoption of the free Exercise Clause: Religious Exemptions under the Fourteenth Amendment”, en *88 Nw. U. L. Rev.*, 1993-1994, p. 1130.

89. M. Rosenfeld, “Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal”, en *Ohio St. L. J.*, 46, 4, 1985, p. 891 y ss.; K. I. Eisler, “William J. Brennan Jr.: Judicial Architect of Affirmative Action”, en *Journal of Blacks in Higher Education*, 17, 1997, p. 110 y ss.

90. En el sistema de los Estados Unidos de América, para la relevancia de la *State Action*, cfr. T. Giegerich, *Privatwirkung der Grundrechte in den USA. Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes*, Heidelberg,

La doctrina argentina más atenta ha individuado algunos perfiles de la relación entre las tipologías de conceptos de este segundo tipo configurando, por ejemplo, una relación formal de continencia antes que de antagonismo.<sup>91</sup> Así, el concepto denominado “igualdad como no discriminación” representa “...el ideal básico de la igualdad de trato ante la ley libre de caprichos, tratos arbitrarios o prejuiciosos [...] lo menos que exigimos como trato igualitario”. En cambio, al externo opera el concepto de igualdad que, una vez que ha sido objeto de reconocimiento y entonces recibido desde las instancias prejurídicas, asume como elemento *a priori* la existencia de “desigualdades estructurales” que merecen tratamiento especial, haciendo que el principio de igualdad –así entendido– desenvuelva la función social de “revertir prácticas sociales de exclusión y ‘perpetuación de situaciones de inferioridad’”.<sup>92</sup>

A pesar de esta relación de continencia, la diferencia, tanto para esta como para otras hipótesis interpretativas de igualdad, como veremos más adelante también en la experiencia alemana de la *eficacia hacia terceros* de los derechos fundamentales, y particularmente en el fallo *BVerfG* 19/10/1993, se encuentra en la configuración particular, entre las muchas posibles, que asume el reconocimiento *a priori* de la desigualdad estructural y en la forma normativa por la cual tal reconocimiento tiene lugar. Sin embargo, a la luz de la relación elemental entre abstracción y concreción, no parece ímprobo diferenciar e identificar la igualdad aplicativa –aquí delimitada– como técnica del sistema de formación jurisprudencial del derecho, como elemento del proceso hermenéutico consecuente a la *interpretación* y a la *comprensión*, que caracteriza la *aplicación* de las normas presentes en el sistema.

---

1992; P. E. Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, en *48 Md. L. Rev.*, 1989, p. 265 y ss.; cfr. También K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 3 y ss.

91. R. Saba, “(Des)igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 2005, p. 123 y ss., véase p. 146; S. Gellman & S. Looper-Friedman, “Thou Shalt Use The Equal Protection Clause For Religion Cases (Not Just The Establishment Clause)”, en *U. Pa. J. Const. L.*, (2008), p. 665 y ss.; R. C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, *88 Cal. L. Rev.*, 2000, p. 1 y ss.; R. Fiss, *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, 1999.

92. R. Saba, “(Des)igualdad estructural”, cit., p. 146.



Para una perspectiva funcional que enfocaremos más adelante, mientras que la cuestión del antagonismo entre igualdad como principio y las reglas que promanan desde la Primera Enmienda se encuentra constantemente bajo la observación crítica de los estudiosos, el tipo de perspectiva asumido sobre la base de la igualdad aplicativa desde el enfoque iusprivatístico focaliza contradicciones sistemáticas aún más evidentes con respecto al Estado de Derecho. Las distintas interpretaciones de igualdad, desenvueltas en torno a los principios del sistema, cuando sean reconocidas, connotan la *génesis*, la *estructura* y la *función* de las normas abstractas que las reconocen. La “igualdad como no discriminación”, la “igualdad como no sometimiento” u otras ideas sobre la igualdad connotan la normación abstracta que las reconoce. En cambio, la igualdad en la aplicación, el “tratamiento igual de lo que es igual”, es una técnica sistemática que coordina a nivel concreto, a lo largo de un proceso dialéctico,<sup>93</sup> la relación entre el éxito del proceso hermenéutico –cualquiera sea el contenido de la estructura normativa que active la interpretación– y el resto del sistema existente.<sup>94</sup>

Por ejemplo, siempre en la normal y bien conocida relación entre abstracto y concreto, para evitar “contradicciones de valoración”, la norma que favorece a un grupo de sujetos es aplicada de manera *igual* para todos aquellos que, sobre la base del criterio de *semejanza*, recaigan en la clase reconocida y tutelada abstractamente por la norma misma.<sup>95</sup> Esta igualdad pertenece al cumplimiento del proceso hermenéutico entre *fattispecie* concreta, sistema existente y normas. Por el contrario, las otras fenomenologías de igualdad, al interponerse entre el principio y la connotación que a ello se entiende atribuir con su reconocimiento legislativo, pertenecen al proceso genético y de estructuración de las normas. La primera se desarrolla teniendo como objeto de referencia institutos del sistema, mientras que la segunda, teniendo como objeto de referencia sujetos como individuos o grupos según los criterios de clasificación que los reconocen.

Con la mirada puesta en las situaciones subjetivas, la igualdad aplicativa, al abarcar a nivel operativo *todo* el sistema, es naturalmente un reflejo del

93. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 211 y ss.

94. Sobre la *conexión traditiva*, ya mencionada *Überlieferungszusammenhang*, en la jurisprudencia cfr. *Ibidem*, p. 209.

95. *Ibidem*, p. 213 y ss y p. 334 y ss.; P. Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, cit., *ivi*.



*pluralismo objetivo* ya mencionado porque opera a un nivel más concreto de la clasificación por grupos. Opera, por ejemplo, en los conflictos entre situaciones subjetivas endogrupales, es decir, que resulten conflictivas entre ellas aunque generadas por la misma normativa que reconoce el grupo. También, en los conflictos entre situaciones subjetivas calificadas por el reconocimiento de grupos diferentes, a menudo evaluando su extensión con respecto a otras situaciones que resultan conflictivas.<sup>96</sup> Además opera en los conflictos entre situaciones subjetivas en el ámbito del mismo grupo, pero calificadas como relevantes por ello en diferentes momentos en el transcurso del tiempo.<sup>97</sup>

Siempre a nivel de la interpretación en el derecho privado, otras diferenciaciones —entre muchas— pueden ser evidenciadas con un enfoque sobre el ejercicio de la situación subjetiva. Los reconocimientos normativos de desigualdades estructurales contienen, en forma esencial, una *función normativa*, caracterizada por la relevancia preeminente de los intereses que el legislador quiere promover con respecto a una orientación teleológica, esto es, un *fin normativo*. Por ejemplo, las acciones afirmativas para promover el género femenino o a los estudiantes afroamericanos, con respecto a la educación universitaria o al empleo a través de un sistema de cuotas.<sup>98</sup>

Este tipo de estructuración impone al intérprete un vínculo de naturaleza teleológico-objetiva, de conformidad con la *función* del “sector normativo”<sup>99</sup> y, con ello, con la definición concreta de la situación del sujeto en este ámbito, con referencia exclusiva a la función normativa y a la evaluación

96. K. Greenawalt, “Individual conscience and how it should be treated”, en *Journal of Law and Religion*, 31, 3, 2016, p. 316 y ss.; O. Crusmac, “A defence of gender-based affirmative action grounded on a comparison of the United States and of the European Union models”, en *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, 19, 1, 2019, p. 35 y ss.; S. G. Calabresi - A. Salander, “Religion and the Equal Protection Clause”, en *Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers*, N°213, 2012, p. 118 ss.

97. T. Giegerich, cit., p. 252; J. Gray, *Isaiah Berlin*, Princeton, 1997; S. Veitch, *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Oxford, 1999. Sobre el “cambio de la situación normativa” cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 212 y ss. y p. 337.

98. R. Saba, cit., p. 134 y ss. Sobre el concepto de los *objektive Zwecke des Rechts*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 333 y ss.

99. Sobre el concepto de *Normbereich*, cfr. F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966.

y valoración reconocidas por el legislador. Siempre en el mismo ejemplo, la clase de sujetos debe ser definida con un *status*, mujeres o estudiantes afroamericanos (cuya configuración en cuanto tal, *status* —como veremos adelante—, parece más congruente teóricamente en este ámbito de lo que se propone en materia de religión). Asimismo lo debe ser el fin, educación universitaria o empleo, y el medio reconocido, los sistemas de cuotas.

Al ser una protección caracterizada por *generalidad*, aplicada por *efecto directo* de la norma de carácter constitucional hacia el Estado y el tercero, totalmente distinta es la situación subjetiva cuyo ejercicio es protegido por el reconocimiento que promana desde la Primera Enmienda, que, en consecuencia, no tiene orientación teleológica y, como es sabido, es evocada —con éxito o no— en cualquier tipo de situación, sea personal o patrimonial.

Parece evidente que las relaciones de las distintas disciplinas con respecto al principio de igualdad son prácticamente opuestas. En el ámbito de la Enmienda Decimocuarta, interpretado según estas connotaciones, el principio opera individuando, reconociendo y buscando compensar situaciones de desigualdad relevante; las prerrogativas y el trato preferencial son incorporados en la situación subjetiva *final* del proceso.<sup>100</sup> Por el contrario, en la Primera Enmienda el principio de igualdad opera en sentido crítico, poniendo en luz la contradicción de prerrogativas reconocidas de modo automático y directo, *genéticamente*, en la situación subjetiva, por ser individuada la fenomenología *religión*, y tratando de justificar su extensión a casos semejantes.<sup>101</sup>

## V. Límites de la actividad de armonización y propuesta superadora

El examen del contexto interpretativo, doctrinal y jurisprudencial que se desarrolla alrededor de las reglas de la *exención*, de acuerdo con la perspectiva esbozada hasta aquí, proporciona resultados más evidentes si el criterio de la *coherencia* sistemática de las reglas producidas por la interpretación, que guía todo el proceso hermenéutico desde el exterior, se

100. T. Nagel, "Equal Treatment and Compensatory Discrimination", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 4, 1973, p. 348 y ss.; J. J. Thomson, "Preferential Hiring", *idem*, p. 364 y ss.

101. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 1, cit., p. 229 y ss.

utiliza en un sentido crítico. En otras palabras, se trata de detectar las contradicciones entre los propios criterios adoptados en el contexto de la Primera Enmienda y también entre los diversos elementos del sistema en su conjunto y en otros ámbitos normativos.

Por consiguiente, otro aspecto interpretativo y metodológico extremadamente importante para este ensayo se refiere a la contundencia y la base exegética, en cuanto fundada en las reglas,<sup>102</sup> que desarrolla el criterio de *coherencia* con respecto a las *doctrine*.<sup>103</sup> Un régimen pluralista, como se ha planteado, no refleja según un orden jerárquico los valores que reconoce, protege y a los cuales ofrece aplicación. Entonces, una vez que la concreción de alguno de ellos ha creado una situación jurídica específica, el principio de igualdad aplicativa, que genera el derecho al tratamiento igual de lo que es igual, es título general para evocar el mismo tratamiento donde hay elementos de semejanza, apreciables como tales según el actual sistema de valores.<sup>104</sup> La interpretación que viola el precepto de la igualdad —en el sentido aquí expuesto— genera una antinomia evaluativa que tiene efecto directo sobre la coherencia interna y la unidad del orden jurídico.

102. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, *op. ult. loco cit.* Cfr., asimismo, Justice Scalia, *Dissenting Opinion en McCreary County*: “Lo que distingue al Estado de Derecho de la dictadura de una variable mayoría dentro de la Corte Suprema es el requisito absolutamente indispensable de que las *opinions* judiciales sean fundadas en *consistently applied principle*. Esto es lo impide que el juez decida ora de un modo, ora de otro —pulsar arriba, pulsar abajo— según sus preferencias personales”.

103. C. Fried, *op. cit.*, p. 10: “El Derecho requiere la persistencia de una *doctrine* en el tiempo y la extensión sobre casos y tópicos. La coherencia requiere *consistency* tanto diacrónicamente como sincrónicamente”; L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven and London, 1964, p. 33 y ss. Para una demarcación a nivel operativo entre *coherencia* (*Zusammenspiel*) y carácter de *generalidad* de la norma, cfr. por ejemplo E. Pattaro, “Dualism and Interaction between the Reality that ought to be and the Reality that is: Validity as a Pineal Gland”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed. E. Pattaro, vol. 1, *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2005, p. 13 y ss., sobre la propuesta de una semejanza entre las dicotomías *Tatbestand-Tatsache*, *fattispecie astratta-fattispecie concreta*, *type-token*, y sobre el juicio de validez fundando sobre la congruencia en la relación *token-type*. Véase especialmente F. Schauer, *Playing by the Rules*, *cit.*, p. 19 y ss.

104. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *cit.*, p. 359.

Al representar una violación de la igualdad de tratamiento, la antinomia evaluativa implica la violación de un deber específico impuesto tanto al legislador como al intérprete.<sup>105</sup> La importancia fundamental de la *actividad de armonización* y su valor constitutivo en cuanto a la metodología requerida en este ámbito pueden ser corroborados también mediante un breve análisis de la doctrina denominada *vaguedad (vagueness)*. Sobre la base de una noción esencial, se habla de *vaguedad* cuando el problema de la *indeterminación* conceptual se refleja en la aplicación, es decir, cuando con respecto a la *fattispecie* concreta la interpretación es tan subordinada a la indeterminación del concepto mismo que, si bien el accertamiento factual relevante es totalmente integrado, las alternativas entre la aplicabilidad y la no aplicabilidad del concepto quedan igualmente legitimadas.<sup>106</sup> Así, la *doctrina de la nulidad por vaguedad (void-for-vagueness doctrine)* releva el contraste de una ley penal y las Cláusulas del Debido Proceso contenidas en las Enmiendas V y XIV.<sup>107</sup> Este factor distingue el supuesto esencial del concepto en cuestión: la ausencia de una noción de *religión* aceptada entre

105. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, cit., p. 116 ss.

106. P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Oxford, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1991, p. 176 y ss.

107. Véase A. E. Goldsmith, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited", en *30 Am. J. Crim. L.*, 2002-2003, p. 279 y ss. T. A. O. Endicott, *Vagueness in Law*, cit., p. 31 y ss. La fenomenología de la *Vagueness* es a menudo conexas a la de la *Overbreadth*, en el mismo ámbito del *First Amendment*, pero reconocida en forma particular en materia de *Freedom of Speech/Freedom of Expression*. El juicio de *Overbreadth* resulta cuando una ley tiene efecto de prohibir a nivel sustancial una conducta que, por el contrario, está protegida como libre. Esto puede ser el efecto de una aplicación más extendida de lo legítimo, que a su vez puede tener causa en la *vagueness* de la formulación normativa adoptada en la regla prohibitiva. Sobre la fenomenología en general, cfr. N. Cornell, "Overbreadth and Listeners' Rights", en *Harv. L. Rev.*, 123, 2010, p. 2. Las dos *doctrine, Vagueness* y *Overbreadth*, aunque conexas, no generan automatismo entre ellas, en cuanto una fórmula normativa puede ser *overbroad* sin ser *vague*, y viceversa. Cfr. G. R. Stone - L. M. Seidman - C. R. Sunstein - M. V. Tushnet, *Constitutional Law*, 4th ed., Aspen, Gaithersburg-New York, 2001, p. 1099; A. K. Chen, "Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose", en *38 Harv. C. R. - C. L. L. Rev.*, 2003, p. 31 y ss. *Contra* cfr. la configuración peculiar de las dos fenomenologías proporcionada por R. H. Fallon Jr., "Making Sense of Overbreadth", en *100 Yale. L. J.*, 1991, p. 903 y ss.

los intérpretes en una forma estable,<sup>108</sup> condición de incertidumbre alimentada por la elección de la Corte Suprema por mantener un límite firme de *autorrestricción* sobre la actividad de fundación del concepto.

Asumiendo conceptualmente la *vaguedad* a la luz de la *actividad de armonización* en función de la coherencia del sistema como resultado de la interpretación, aquí se pretende destacar la ambivalencia del primer nivel del problema. Por una parte, este reside en el ámbito formal del ordenamiento jurídico estadounidense, donde la Corte Suprema ha identificado el contraste entre el carácter de *vaguedad* y el principio del Debido Proceso.<sup>109</sup> Por otra parte, en sentido contrario, el debate actual sobre la exención se encuentra marcado por la aceptación previa de que una situación final de indeterminación jurídica constituya la condición insoluble, de manera tal que la interpretación *in subiecta materia* sea siempre fatalmente concebida como expuesta a la incertidumbre de la regla y a un necesario análisis caso por caso debido a la proliferación de instancias teóricas irresueltas.<sup>110</sup>

Para desarrollar un intento de signo opuesto y que tenga cierto valor en un sentido normativo, parece necesario abordar algunos elementos metodológicos. Por un lado, es preciso identificar el enfoque de la situación individual definida por la *decision* o por la norma con respecto a la coherencia que se le refiere, aunque siempre en la óptica del derecho subjetivo.<sup>111</sup> Por otro lado, en cuanto a la estructura de las *doctrine* aquí examinadas, cabe adoptar una inversión del método de empleo de este mismo criterio de coherencia. Por lo tanto, no se lo utiliza como un estándar positivo –aplicado de acuerdo con su abstracta, hipotética verificación para cada caso–, sino por medio de su asunción como *valor negativo (negative value)*,<sup>112</sup> apto para

108. D. Laycock, “A Survey of Religious Liberty in the United States”, en 47 *Ohio St. L. J.*, 1986, p. 450: “...it means everything and nothing”. Cfr. D. O. Conkle, *Religion, Law, and the Constitution*, Foundation Press, St. Paul, 2016, p. 60 y ss.

109. *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 1926, 391. Aún más cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 1972, 108.

110. G. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century*, cit., p. 111 y ss.; V. Bader, “Taking religious pluralism seriously. Arguing for an institutional turn. Introduction”, en *Ethical Theory Moral Pract.*, 6, 2003, p. 3 y ss.

111. A. W. B. Simpson, *op. cit.*, p. 165.

112. J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 210 y ss.

identificar la *ratio* de la *incoherencia* de una *doctrine* y de la regla que ella contiene, así como los elementos que la generan, para los efectos que produce con respecto a las reglas existentes y operativas en el sistema.<sup>113</sup>

Habida cuenta de los conceptos hasta aquí resaltados, este ensayo adopta la perspectiva del derecho privado para examinar la estructura reguladora de la *exención religiosa* en los Estados Unidos, los elementos que la fundan a nivel subjetivo y objetivo, la teoría de la interpretación relacionada a este concepto y los límites que le son propios. Para ello, se identifican algunas áreas disciplinarias de contraste entre tal institución y el Estado de Derecho, que aparecen comúnmente descartadas por otros autores. Desde el perfil de la taxonomía de la situación jurídica orientada a individuar el “derecho” que se considera debe ser protegido, se ponen de relieve los límites que en ocasiones se identifican en la doctrina que postula el fundamento del concepto de *religión* con fines normativos, especialmente cuando al mismo tiempo se afirma que las Cortes se encuentran limitadas a intervenir en el nivel de la cognición de los casos concretos. Asimismo, se pone luz a la secuencia de los efectos que, ante la carencia de una noción, conduce a un *desplazamiento conceptual* anómalo de la *libertad de conciencia*, en comparación a la injustificada expansión aplicativa de la *libertad de religión*.

Las conclusiones ponen de relieve las áreas de una heterogénea incompatibilidad y cómo la perspectiva iusprivatística puede evidenciar que la *exención religiosa* responde a lógicas fundantes basadas en *policy* sociológicas, a menudo no reconocidas en sus formas concretas, para las cuales los principios del Estado de Derecho resultan establemente vulnerados. La relevancia para los sistemas de *Civil Law* puede ser destacada como sigue. La fenomenología interpretativa de la *libertad de religión* en los Estados Unidos resulta de interés general para el derecho civil, incluso entre los sistemas jurídicos de otros países, ya que se caracteriza por específicos elementos metodológicos y de mérito, así como por su amplia área de incidencia en los diversos sectores e instituciones del derecho privado en los cuales se aplica.

113. F. A. Hayek, “The Mirage of Social Justice”, cit., p. 24 ss. e p. 39 ss.; C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1988, § 46, p. 262.

## VI. La experiencia de la eficacia horizontal frente a terceros de los derechos fundamentales en Alemania

En un sentido opuesto a la *autorrestricción*, la experiencia alemana proporciona una perspectiva históricamente útil para examinar la fundación conceptual de los principios protegidos por la Constitución. El marco analítico de la aplicación de los principios constitucionales en el derecho privado está signado por el concepto de *constitucionalización del derecho privado*,<sup>114</sup> el cual ofrece un paralelismo entre el sistema estadounidense y los otros sistemas de *Civil Law*. El concepto mencionado engloba el desarrollo de un análisis interpretativo general, en relación con la legislación y la jurisprudencia en el marco de los ordenamientos civilísticos. Su elemento teórico fundamental es el principio de la *eficacia horizontal frente a terceros* –también entonces entre privados– de las normas y de los principios constitucionales, lo que en el ordenamiento alemán se ha definido *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales*.<sup>115</sup>

Es sabido que la doctrina ha establecido desde el principio un paralelo entre ambos ordenamientos. Para ello, ha reconocido la mayor aptitud conformativa de la *Constitution* sobre el derecho privado en la experiencia estadounidense, resumida de manera icástica en la afirmación de que “la Constitución de los Estados Unidos reemplaza [*supersedes*] el ‘derecho privado’. En contraste, en los casos alemanes que involucran disputas entre individuos, la Ley Fundamental solo ‘influencia’ las reglas del derecho

114. B. Markesinis, “Comparative Law - A Subject in Search of an Audience”, in 53 *Mod. Law Rev.*, 1990, p. 10, donde se señala cómo en el derecho alemán la constitucionalización del derecho privado ha absorbido un campo muy extenso, al incorporar también, por ejemplo, derecho de familia, derecho de daños y derecho laboral. Sobre la *Internationalität der Problematik*, cfr. C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, de Gruyter, Berlin-New York, 1999, p. 9 y ss.; *Idem*, “L’incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco”, en *Studium Juris*, 1999, p. 360: “El recurso a los derechos fundamentales conlleva, por tanto, en el ámbito del derecho privado cuestiones totalmente particulares, que en su estructura presumiblemente son parecidas en la mayoría de los ordenamientos, por razones sistemáticas y de lógica jurídica”.

115. En cuanto al conocido concepto de *Drittwirkung der Grundrechte*, cfr. A. Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, cit., p. 13; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 473 y ss.; A. M. Lengauer, *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Springer, Wien-New York, 2011.



privado”.<sup>116</sup> Sin embargo, la doctrina acuerda que el grado de aptitud conformativa depende de la presencia o ausencia de legitimación, a través de la existencia de una *state action* que admite la específica interferencia en el derecho privado por parte del sistema de reglas propias del derecho constitucional.

En este último sentido, cabe recordar que también en algunos ordenamientos de *Civil Law* se reconocen instituciones que permiten la apelación *directa* a la Corte Constitucional sobre la base de los derechos fundamentales. En efecto, en Alemania misma, por el *Art. 93 Abs. 1, n. 4a, GG*, se consagra que la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) tiene jurisdicción sobre cuestiones de inconstitucionalidad que pueden ser promovidas por cualquier sujeto que afirme que una autoridad pública ha violado uno de sus derechos fundamentales “...o cualquiera de los derechos mencionados en el Artículo 20 *Abs. 4, 33, 38, 101, 103 y 104*”; y en las autoridades públicas se incluyen, sin dudas, las Cortes en el ejercicio de la jurisdicción.

Más puntualmente, con respecto a una comparación entre los dos sistemas centrada en la existencia –o no– de la *state action*, ya han sido puestas de manifiesto las asimetrías de la preeminencia de los derechos fundamentales con respecto a la concretización, identificando lo que por reflejo constituye un distinto modelo efectual de constitucionalización y, asimismo, una diferenciación en su naturaleza. Habida cuenta de la normal aplicación vertical de la *Constitution*, cuando en un caso dado hay una *state action*, esta se extiende horizontalmente entre privados. Así se expresan en su totalidad las *doctrine* elaboradas en este nivel y, por ende, se puede argumentar el reemplazo (*superseding*) del derecho privado. Esto pone en evidencia la separación entre los dos sistemas, constitucional y privado, y el modelo alternativo binario gracias al cual se implementa la constitucionalización. Por el contrario, la Constitución alemana (*GG*), si bien lo influencia, no tiene fuerza sustitutiva del derecho privado, cuyas reglas mantienen plenamente su preeminencia en el ámbito interpretativo y decisorio.

La intensidad y la naturaleza de esta relación son, sin embargo, invertidas cuando no hay una *state action*. En Estados Unidos, la implementación

116. P. E. Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, cit., p. 273.

de la *Constitution* no es reconocida en el caso y, por ende, ella no produce efecto alguno. En cambio, en Alemania permanece la *influencia* de la *GG*, de forma independiente, perfilando así un modelo de constitucionalización que integra un proceso orgánico de *armonización* del sistema en su conjunto.<sup>117</sup>

La temática, en casi setenta años de su lanzamiento en el marco teórico y jurisprudencial,<sup>118</sup> es bien conocida y ampliamente discutida en la doctrina. Su recordatorio en este ensayo pretende resaltar solo algún dato específico prominente de acuerdo a la perspectiva del trabajo, teniendo en claro un asunto incidental aunque necesario: el fundamento jurisdiccional a partir del cual se desarrolla la base teórica relativa a la *eficacia frente a terceros* de los derechos fundamentales en uno de los fallos cardinales para tal doctrina. En concreto, en el caso *Liith*, al parecer se refleja un contenido opuesto al *pluralismo de valores*, por medio de la afirmación de que la *GG* contendría una jerarquía objetiva de valores, a saber, que “los derechos fundamentales son primariamente derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, en cualquier caso las provisiones sobre los derechos fundamentales de la *GG* incorporan un orden objetivo de valores que implica una crucial toma de posición constitucional para todas las áreas del Derecho”. En un sentido opuesto sobre este punto, la doctrina y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) han dejado en claro que una formulación como esta puede resultar, sin embargo, equivocada.<sup>119</sup>

Con respecto a los elementos fundamentales de la teoría, ha quedado superado, desde el punto de vista doctrinal, el límite de la *exclusividad* de la *prohibición de interferencia*, es decir, el límite de la eficacia exclusiva de los derechos fundamentales en la relación vertical entre individuo y Estado, concibiendo la eficacia a la *prohibición de interferencia* del segundo sobre

117. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 329 y ss., y 460.

118. H. C. Nipperdey, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, in *RdA*, 1950, p. 121.

119. En cuanto a la adopción de la fórmula de órdenes de valores (*Wertordnung* o *Werttrangordnung*) por parte del *Bundesverfassungsgericht*, sobre las aclaraciones de contenido presentes en múltiples fallos por parte de la misma Corte Constitucional Federal según una *perspectiva unitaria del sistema de valores constitucionales* (*Einheit dieses grundlegenden Wertsystems*) y el surgimiento de una disposición de los derechos y valores fundamentales no siguiendo una jerarquía sino según un *valor posicional* (*Stellenwert*), cfr. más ampliamente K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 330 y ss. Cfr., asimismo, R. Alexy, cit., p. 481 y ss.

el primero. También ha quedado superada, metodológicamente, la teoría del llamado *efecto de irradiación* de los derechos fundamentales, formulada por la Corte Constitucional en el caso *Lüth*.<sup>120</sup> En consecuencia, se puede destacar, por un lado, cómo la doctrina y la jurisprudencia han elaborado un marco general y funcional de los derechos fundamentales, reflejo de las hipótesis aplicativas en el sentido de protección –*prohibición de interferencia y preceptos de tutela*–, y en el sentido de las reivindicaciones individuales hacia el Estado, en tanto *preceptos de protección* que pesan sobre este; y, por otro lado, cómo han descompuesto el principio metódico en dos lógicas distintas: la de la *eficacia directa* y la de la *eficacia indirecta*.<sup>121</sup>

La primera hipótesis, de la *eficacia directa*, trataba de atenerse al modelo aplicativo vertical, de acuerdo con el principio de *prohibición de interferencia*, asumiendo su reconocimiento en las relaciones entre sujetos privados y postulando, en consecuencia, una protección absoluta de las situaciones subjetivas cuando reflejasen derechos fundamentales. Sin embargo, tal protección, a nivel metodológico, presentaba estructuralmente el problema de no poder quedar exenta de la evaluación del caso concreto y de la relativa intensidad de la posible violación, al tener en cuenta la relación con la protección de eventuales situaciones jurídicas, aunque conflictuales, arraigadas también en el sistema de los derechos fundamentales. Así se debía recurrir de modo necesario, por ejemplo, al principio de *ponderación*, con todos los límites que este recurso conlleva.<sup>122</sup>

120. BVerfG 15.1.1958, in *BVerfGE* 7, p. 198 y ss.

121. Sobre la *unmittelbare Drittwirkung* y la *mittelbare Drittwirkung*, cfr. también C.-W. Canaris, *Grundrechte*, cit., p. 37 y ss.; *Idem*, “L’incidenza dei diritti fondamentali”, cit., p. 365.

122. *Ivi*: “... todos los derechos fundamentales dan lugar sin dudas a prohibición de injerencia en el ámbito del tráfico jurídico privado y a derechos de defensa hacia los otros sujetos de derecho privado. No es más necesario entonces que tales derechos encuentren su trasposición en el sistema normativo de derecho privado. En particular, deviene totalmente superfluo el recurso a las cláusulas generales”. Además L. Khakzadeh-Leiler, *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, Springer, Wien-New York, 2011, p. 36 y ss.; A. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, p. 210 y ss., sobre la naturaleza esencial para la fundación de la *ponderación* (*Abwägung*) del factor de la *teleología sistemática* (*Systematisch-teleologischen Begründung*).

En cambio, la segunda hipótesis, de la *eficacia indirecta*,<sup>123</sup> reconoce *a priori*, en general, la centralidad de los principios de autonomía privada y de autorresponsabilidad en el derecho privado sobre la misma base de los derechos fundamentales, es decir, del Art. 2, Abs. 1, GG, donde se protege para *cada individuo* “el desarrollo libre de su personalidad”. Con este medio se reconoce el fundamento por el cual el intérprete debe, de forma permanente e ineludible, adaptar la concretización, es decir, que la asunción de este derecho fundamental especialmente implica la “autodeterminación del individuo en el mundo jurídico” y una relación entre sujetos *pariter* dotados de titularidad de derechos fundamentales. En la situación particular, tales derechos pueden ser conflictivos entre ellos, o entre diferentes formas del mismo derecho; en todo caso, resulta necesario que sea el intérprete de la *fattispecie* quien concrete y defina el conflicto.<sup>124</sup> Por ello, surge la opción de reconocer, en cambio, en las cláusulas generales un *medium* de aplicación normal, necesario para una eficacia que es solo *indirecta* sobre las situaciones jurídicas individuales,<sup>125</sup> dentro de una relación entre ellas y los derechos fundamentales formulada de acuerdo con el concepto de la *teoría de la interacción de los efectos o del efecto recíproco*.<sup>126</sup>

123. G. Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en AA.VV., *Vom Bonner Grundgesetz zum gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift für Hans Nawiasky zum 75 Geburtstag*, herausgegeben von T. Maunz, Isar, München, 1956, p. 157 y ss.

124. R. Alexy, cit., p. 480: “La relación ciudadano-ciudadano, por otra parte, es una relación entre titulares de derechos fundamentales”.

125. Cfr. BVerfG 19.10.1993. En este fallo muy famoso de la Corte Constitucional Federal se pone el problema de la conexión general entre la norma constitucional y los §§ 138 y 242 BGB, estableciendo que, más allá de las condiciones abstractas de igualdad formal de las partes frente al contrato, el principio de autodeterminación comporta el reconocimiento y la intervención correctiva si las posiciones de los sujetos están *a priori* desequilibradas y tal desequilibrio tiene un reflejo sobre el contenido del contrato, en cuyo caso no basta afirmar que “el contrato es el contrato”. Cfr. D. Medicus - S. Lorenz, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 2010, p. 29 y ss., y 34 ss.; C. Heinrich, *Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965, p. 94; L. Khakzadeh-Leiler, *Die Grundrechte in der Judikatur*, cit., p. 45 y ss.

126. Acerca del concepto de *Wechselwirkungslehre*, cfr. V. Epping, *Grundrechte*, Springer, Heidelberg, 2015, p. 121 y ss.; R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., p. 249 y ss. En la p. 250 se aclara: “Esto especializa y generaliza la construcción de la

A la hipótesis de un nexo de concretización entre derechos fundamentales y cláusulas generales se agrega –al menos disputando la exclusividad de tal enlace– la interpretación de algunas normas que identifican un área de referencia concurrente para la *eficacia indirecta* en función de protección. Entre estas, se destacan el § 134 del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sobre las prohibiciones legales, que prescribe la nulidad de un acto jurídico que viole una prohibición de ley excepto que en la misma ley haya una previsión diferente, posicionando una específica tutela de los derechos fundamentales en la *actividad* y recurriendo a la sanción de nulidad para la hipótesis de contraste con ellos; el § 823, *Absatz I BGB* (rubricado: *Schadensersatzpflicht*), en el cual se prevé la responsabilidad extracontractual en relación con una lista de bienes protegidos: vida, integridad física, salud, libertad, propiedad u otro derecho, sacando partido también en razón de esta última fórmula abierta (“otro derecho”) y de la amplitud aplicativa que consigue; y otras normas más generales como para la *nulidad* prevista en el § 138 *BGB* para la hipótesis de contraste con los *boni mores*.<sup>127</sup>

La prevalencia consolidada de esta última metodología, la *eficacia indirecta* según la fórmula paradigmática extraída desde *Lüth*, establece que en el derecho civil el contenido de los derechos fundamentales se desarrolla en forma indirecta a través de las relaciones de derecho privado, afecta las relaciones obligatorias y es realizable por el juez mediante las cláusulas generales. Al mismo tiempo, proporciona el presupuesto para destacar algunos datos esenciales a la luz de este ensayo, en cuanto son aptos, a su vez, para indicar la perspectiva de la diferencia de funcionamiento de la *formación jurisprudencial del derecho* con respecto al caso estadounidense y el sentido crítico que a este último se pretende asignar.

---

vinculatividad indirecta de los derechos fundamentales. La especialización consiste en la teoría de la interacción para las leyes generales en el sentido del Art. 5 *Abs. 2 GG*. La generalización radica en el hecho de que la doctrina de la interacción se formula en términos generales, es decir, abarca todas las leyes generales y no solo las de derecho privado”.

127. J. Schapp, *Methodenlehre und System des Rechts. Aufsätze 1992 - 2007*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 83 y ss.

## VII. Aplicación indirecta de los derechos fundamentales y derecho general de la personalidad

La *fattispecie* paradigmática por la cual el intérprete debe intervenir en la legislación o en la jurisdicción por el caso de lesiones de los derechos fundamentales, que pueden ser identificadas por ejemplo a través de un exceso de limitación en su ejercicio o por una omisión con respecto a un *deber de protección*, aquí se asume brevemente por el *modus interpretandi* desarrollado en el ámbito de la *personalidad*. Para comprender esta cuestión se analizan las articulaciones del tipo de situación subjetiva que han surgido, primero, a través de una interpretación creativa con respecto a una laguna individuada en el § 823, *Abs. I, BGB*, y luego a través de la conjunción también del § 253 *BGB*, en el cual se ha convertido el § 847 *BGB* original después de la reforma promulgada en el 2002.<sup>128</sup>

La fundación del llamado *derecho general de la personalidad*<sup>129</sup> transitó primero (en *Bundesgerichtshof –BGH–* de 1954) por el establecimiento de la relación entre el *Art. 1* y el *Art. 2 GG* y el § 823 *BGB*, lo que hizo posible superar el primer obstáculo existente, a saber, dada la preeminencia de los derechos fundamentales, proporcionar la tutela absoluta al derecho en cuestión y no más fragmentada y limitada a ciertos intereses específicos pertenecientes a la personalidad. El derecho a la personalidad –que en el fallo de 1954 se consagraba violado por la publicación en la prensa de una carta privada enviada a un diario– se hizo destinatario de protección extendida a la máxima expansión, pudiendo ser limitado solo en casos prominentes con respecto a una esfera exclusiva contemplada como *inviolable*, casos que deben ser especiales y justificados por razones públicas o privadas.

128. BGH 25.5.1954, BGHZ 13, 334. Cfr. R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 7; G. Neben, *Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem: ein Beitrag zur Grenzziehung zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001; S. C. Tacke, *Medienpersönlichkeitsrecht. Das System der Rechtsfolgen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien*, W. Hopf, Berlin, 2009.

129. Sobre el *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*, cfr. *Idem*; BGH 14.2.1958, BGHZ 26, 349 (*Herrenreiter*). Cfr. además C.-W. Canaris, *op. ult. cit.*, p. 368; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 438 y ss.; G. Christandl, *La risarcibilità del danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 410.

En la órbita de la fundación conceptual, la situación fue estrechamente definida en su relación con el objeto perteneciente a la *fattispecie* concreta: cualquier expresión verbal de un cierto y definido pensamiento es una emanación de la personalidad de su autor, aunque la forma por la cual se expresa no pueda ser protegida por el derecho de autor; solo él tiene título a decidir si y en qué formas sus pensamientos pueden ser comunicados al público, ya que este los entiende como una emanación directa de su voluntad, siempre que resulten atribuibles a él y esté vivo. En este conocido fallo se identificaron las actividades que se consideran perjudiciales para el derecho en el contexto específico de una “publicación no autorizada de grabaciones privadas”, como las publicaciones no autorizadas del pensamiento privado o modificadas por extraños mediante adiciones, publicaciones parciales, ya sean privadas de partes esenciales u accesorias.

El otro fallo (*BGH* de 1958) se generó en cuanto el demandado, una persona jurídica que operaba en la producción farmacéutica, quería hacer publicidad de su propio producto que tenía fama de aumentar la potencia sexual, y utilizó sin autorización carteles que representaban la imagen del sujeto demandante mientras participaba en una competición, imágenes que el demandado había adquirido autónomamente gracias a una agencia de prensa. El *BGH* dictaminó que la *personalidad humana* es un concepto que debía considerarse ya establecido como integrante de los valores fundamentales del ordenamiento, los cuales están por encima del ordenamiento jurídico mismo.

A su vez, estableció que el contenido normativo y su función son la protección de la esfera íntima de la personalidad, que representa el fundamento de una autodeterminación individual libre y responsable, cuya lesión produce principalmente los llamados “daños inmateriales”, que se manifiestan por la degeneración de la personalidad que les sigue. Su protección se basa directamente en las directivas descendientes desde los derechos fundamentales contenidos en los *Art. 1* y *Art. 2* de la *GG*, y se une a la norma, en vigor en el momento, del § 847 *BGB* (como se ha mencionado, actual § 253 sobre los “daños inmateriales”).

El *BGH* hizo hincapié en la lesión (privación) de la libertad actuada por las *fattispecie* como la que se examinaba, sobre la base de un silogismo de tipo analógico. Así se asumió, por un lado, la absorción de la lesión del ejercicio pacífico de la voluntad, entendida como lesión en el ejercicio de la libertad (*ex* § 847 *BGB* en el tiempo antes de la entrada en vigor de la *GG*), y, por otro, la extensión de dicha tutela a la *libertad interior*, actualmente



protegida como expresión del *derecho general de la personalidad*. Ello así, sobre todo, teniendo en cuenta que, al igual que para la libertad física, incluso para la privación de la libertad intelectual, no es posible contar con remedios restitutivos y es precluida la *restitutio in integrum*.<sup>130</sup>

Desde una perspectiva general, que incluye más allá de estos dos fallos la evolución que culmina en el régimen actual del *BGB* después de la reforma del 2002, se puede afirmar que la función de protección asignada al ordenamiento en su conjunto, en la aplicación del principio de *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* y la conexas obligación de protección, es un factor de una normal expansión de la actividad interpretativa en un sentido evolutivo. Por ende, puede derivar en resultados tanto extensivos como restrictivos, en comparación con el complejo de las normas ya existentes.<sup>131</sup> Así se perfila una controvertida trayectoria de fundación conceptual, que registra fisiológicamente *fattispecie* de colisión entre normas y principios, así como distintas opciones metodológicas sobre la concretización<sup>132</sup> y diferentes tensiones orientadas a la taxonomía.<sup>133</sup>

Lo que es importante destacar, incluso a la luz de la mencionada reforma y sentando las bases para una comparación con el *modus operandi* de la Corte Suprema estadounidense, es que a pesar de que se estaba –y se sigue estando– en presencia de un marco no pacífico desde el punto de vista de la fundación conceptual y del cumplimiento de la sistemática, se puede argumentar que la actividad interpretativa –y en particular la jurisprudencial– ha dado lugar –a menudo anticipándolos– a los cambios de sistemas y a los elementos normativos que hoy caracterizan las *fattispecie* en su amplitud y articulación. Un paradigma de ello se encuentra representado por la tutela actual del *daño moral* –*Schmerzensgeld* o *pecunia doloris*– y del *derecho general de la personalidad*. La primera tipología es conformada en

130. M. Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 277 y ss.

131. H. Brox - W. D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, Carl Heymans Verlag, Köln, 2009, p. 29 y ss.

132. Sobre el *principio de la ponderación de los bienes e intereses (Prinzip der Güter - und Interessenabwägung)*, v. BGHZ, 24, 72, 2.4.1957.

133. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 392 y ss.; A. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, cit., p. 29 y ss.

la versión de protección como *daño inmaterial* –ex § 253 *BGB*–; mientras que la segunda, como una regla más general, es decir, parte de los “otros derechos” (según la fórmula *sonstiges Recht*), a los cuales se refiere la responsabilidad extracontractual en virtud del § 823 *BGB*.<sup>134</sup>

Los perfiles sistemáticos indican aún más la posición fundamental que asume el daño inmaterial, que en realidad solo parcialmente se puede resumir con la noción tradicional de *Schmerzensgeld*.<sup>135</sup> Esto, en cuanto su nueva posición en el sistema del *BGB* (en la parte general de las obligaciones, en el *Titel 1* sobre la obligación de cumplir la prestación) hace que este tipo de indemnización sea aplicable en un sentido uniforme, con una profunda evolución del sistema, también a los daños causados por incumplimiento contractual y a los casos de responsabilidad objetiva.<sup>136</sup>

Si bien en el presente ensayo no es posible delinear en su totalidad la estructura del concepto y la articulación completa de su fisonomía, precisamente debido a la complejidad del asunto, sí se puede poner a la luz –para un examen comparado con la jurisdicción de la Corte Suprema– el efecto final de la interpretación resultante de la perspectiva de largo plazo desde el reconocimiento de la *fattispecie* en cuestión en la jurisprudencia. El objeto de protección –los bienes jurídicos– del daño inmaterial se reflejan en el § 253 *BGB*; la lista tiene naturaleza taxativa: la integridad física, la salud, la libertad de movimiento (debido a una crucial interpretación restrictiva de la noción de *libertad*) y la autodeterminación sexual, que es el bien jurídico agregado en el pasaje desde el antiguo § 847 al nuevo § 253.

La evolución interpretativa ha llevado a superar el genérico silogismo analógico que se refiere al *BGH* de 1958, de tal manera que la protección para las lesiones de las diversas formas de *libertad* recaigan dentro del § 823 *BGB*, excepto la *fattispecie* antes mencionada de la “libertad de movimiento físico”.<sup>137</sup> Así se evita –operando *ad excludendum*– que la estratificación

134. K. Larenz - M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 22 y ss.

135. C. Grüneberg, “sub § 253”, en AA.VV., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Auflage, C. H. Beck, München, 2012.

136. K. Larenz - M. Wolf, cit., p. 82 y ss.

137. *Ivi*, p. 253 ss. Un análisis sistemático en C. Huber, “Die Neuordnung des Schmerzensgeldanspruchs”, en AA.VV., *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Müller, Heidelberg, 2002, p. 480 y ss.

del concepto de *daño a la libertad*, en sus hipótesis extensivas, *sub* § 253, termine por socavar su eficiencia taxonómica reconociendo *ad libitum* cualquier tipo de lesión asumible a tal *fattispecie* abstracta.<sup>138</sup> La experiencia de la *eficacia hacia terceros (horizontal)* de los derechos fundamentales emblemata cómo la circulación de las reglas entre distintos sistemas jurídicos se extiende naturalmente a los modelos interpretativos y aplicativos que implementan la respectiva actividad de *fundación jurisprudencial del derecho*, recubriendo la misma relevancia general.<sup>139</sup>

### **VIII. Ejercicio de la religión vs. interés apremiante: límites metodológicos. Situaciones subjetivas y pluralismo de valores**

Los acontecimientos judiciales y legislativos relacionados con el caso *Smith* y las iniciativas que les siguieron, como el RFRA (*Religious Freedom Restoration Act*), de 1993 y el *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, del 2000, han llevado gran parte del debate sobre la exención a nivel institucional valorizando la Cláusula de Libre Ejercicio a tal efecto y apoyando la máxima expansión de su protección donde no haya un *interés apremiante (compelling interest)* del Estado. También en esta perspectiva, tras la identificación de un nivel crítico primario con respecto al principio de igualdad,<sup>140</sup> se debe registrar el debilitamiento del valor justificativo en la prospectiva del pluralismo.<sup>141</sup>

138. D. Medicus, cit., p. 441, § 1078; V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 280. A. Eckert, “Der Begriff der Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen”, en *JuS*, 1994, p. 625 y ss.; W. Leinemann, *Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB*, N. G. Elwert, Marburg, 1969; H. Hammen, “Die Forderung - ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB?”, en *AcP*, Bd 199, 1999, p. 591 y ss.; E. Wolf, “Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb”, en AA.VV., *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von J. Esser - H. Thieme, Mohr, Tübingen, 1967, p. 665. Cfr. también entre otros: BGHZ 35, 363; BVerfG 34, 269; BGHZ 128, 1; BGH NJW 1996, 984.

139. M. J. Horan, “Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals”, in 25 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1976, p. 857 y ss.

140. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *Religion and the Constitution*, 4<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer, New York, 2016, p. 160 ss.; K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 304.

141. C. L. Eisgruber - L. G. Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, cit., p. 265: “RFRA trató de aliviar las cargas para los creyentes religiosos sin considerar si estas eran

El texto legislativo (como el RFRA) y los principios que por ello se desarrollaron en las Cortes se basan en la asunción de la voluntad de los Constituyentes de individuar en la religión un *derecho inalienable* (*unalienable right*), y a continuación identificar el límite de su ejercicio en la *justificación apremiante* para su restricción que surja de un interés del Estado. Sin embargo, no proporcionan la *ratio* ordinal en cuanto parte del “sistema interno”<sup>142</sup> por la cual excluyen de la misma protección a cualquier otro derecho inalienable del mismo rango, u otras acciones similares que se encuentran en áreas protegidas por varios valores constitucionales distintos de la libertad de religión y de igual relevancia. Por lo tanto, la mirada iusprivatística debe asumir una metodología diferente, por la vasta área de incompatibilidad con la dimensión institucional.

Para identificar los primeros elementos de interés, cabe destacar que en general se concede la exención por motivos religiosos a causa de un *status*, o más bien, por lo que se plantea más adelante, a causa de lo que se designa como tal, es decir, en virtud de una posición que adquiere un sujeto con respecto a la religión. Igualmente, debido a una *belief* o *modus cogitandi*, es decir, una *creencia*, una *forma mentis* que el sujeto o el grupo hayan derivado de una base cultural y de pensamiento de naturaleza religiosa. Por último, la exención también se concede sobre la base de una *actividad* de cualquier naturaleza relevante debido a la conexión que tiene con una base cultural y de pensamiento religioso.

A efectos de conceder una exención, cada uno de los tres elementos mencionados puede ser relevado de forma autónoma o a través de su curso, es decir, tanto del nivel objetivo de la *actividad* como del nivel subjetivo, incluyendo la relevancia de un *status* con respecto a la religión o de un *modus cogitandi*.<sup>143</sup> En el área de análisis circunscrita a partir de estos supuestos, por lo tanto, ya a nivel praxeológico, se detecta cómo la extensión de incompatibilidad con respecto al principio de igualdad aplicativa puede ser de mayor o menor grado; este último cuando se conceda el *pri-*

---

compartidas del mismo modo para otros”; D. Bogen, *Generally Applicable Laws and the First Amendment*, en 26 *SW. U. L. Rev.*, 1997, p. 204.

142. Cfr. K. Greenawalt, “Individual conscience and how it should be treated”, cit., p. 310 ss; sobre el concepto de *vernünftigen Grund*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 326.

143. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 301.

*vilegium* por una acción o una actividad en particular, autorizadas cuando estén prohibidas o eximidas si por lo general son obligatorias.<sup>144</sup> Esto se debe a que la exención sobre la base objetiva, emancipada de la preidentificación de las disposiciones subjetivas o de la situación de *status*, implica teóricamente la posibilidad de la extensión del reconocimiento otorgado inicialmente por el tipo de acción que figura sobre una base religiosa a otras situaciones que lo demanden por semejanza pero recaigan en otras bases de justificación.

Esta perspectiva manifiesta contradicciones evidentes en el plan práctico y sistemático, y opera una reducción del marco problemático relacionado con la disciplina en la óptica de las situaciones subjetivas. Ello así, dado que cada *decision* en este campo refleja, asimismo, indirectamente, elementos que traen efectos directos en la relación entre *fattispecie* abstracta y *fattispecie* concreta, los cuales pueden ser identificados como se propone a continuación.

### **IX. *Status* tradicional y *status religionis*. Características y demarcación. Noción de religión y carencia conceptual: mención introductoria. Posiciones paralelas. Decadencia del elemento de la organización**

Aunque en ausencia de una base conceptual para la noción de *religión*, la doctrina propone que entre los criterios de identificación de los sujetos receptores de la tutela de la Primera Enmienda se incluya el *status*, pero naturalmente este concepto también es adoptado con evidente carencia taxonómica. Para acercarse a la identificación del concepto de *status*, advirtiendo acerca de las áreas de superposición con lo que se clasifica como *creencias*, el examen del nivel subjetivo de la fórmula teórica recurrente en la doctrina debe limitar necesariamente su objeto a los elementos que desempeñan naturaleza esencial desde el punto de vista funcional. Para ello se debe poner de relieve, en principio, las características que marcan el elemento *status religionis* en cuanto a su diversificación de la noción tradicional de *status*, cuando resultan aislables en términos de idoneidad identificativa de la *fattispecie*. La primera acepción de

144. *Idem*, p. 302.

*status*, que se puede definir como “tradicional”, es una “relación jurídica personal por su misma naturaleza no temporal y no resoluble por la mera voluntad de las partes, situación que también afecta a terceros y al Estado”, según la disciplina del *Restatement of the conflict of laws*<sup>145</sup> y, por lo tanto, el *status* resulta un “determinante de la posición en la sociedad de derecho”.

Como se ha subrayado con autoridad, en comparación con la doctrina tradicional,<sup>146</sup> el mundo jurídico anglosajón, de acuerdo con una mirada cercana de la sistemática del *Civil Law*, superando la distinción tradicional público/privado, asume como esenciales ciertos elementos para definir la noción. A saber, la pertenencia del sujeto al grupo o a la clase, el monopolio de la legislación en la configuración, asignación y revocación del *status* en antítesis con la asunción y la abdicación voluntaria, y la naturaleza de posición institucional y duradera “de la cual la creación, la persistencia o el abandono y los hechos relativos constituyen materia de suficiente interés social o público”. Incluso a la luz de las evoluciones doctrinales del concepto de *status*, que en este ensayo no es posible examinar, y de la revisión que tiene como objeto peculiar la esencialidad –o no– de las características de organicidad y bilateralidad con respecto al *collectivum*, la perspectiva relacional de la noción mantiene el valor constitutivo a nivel taxonómico. Esto es así porque el *collectivum* mismo, en cuanto elemento de conexión entre la situación individual y las normas generales, es lo que proporciona la

145. E. G. Lorenzen - R. J. Heilman, “Restatement of the Conflict of Laws”, en 83 *U. Penn. L. Rev.*, 1935, p. 555 y ss.; P. Rescigno, “Situazione e status nell’esperienza del diritto”, en *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 211. Cfr. p. 217: “...el *status* es presupuesto para una serie abierta de poderes y deberes o de relaciones, derechos obligaciones relaciones [sic] susceptibles de variaciones sin que cambie el *status*; las situaciones del individuo son elevadas a *status* en razón de la membresía en un grupo organizado y por la realización necesaria de los fines del grupo; los caracteres de organización del grupo y de necesidad de los fines, indispensables para la traducción en *status* de la situación individual, se encuentran solamente en la colectividad estatual y de la familia”. Cfr. también E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, cit., p. 188 y ss.

146. P. Rescigno, voz “Status”, I) “Teoria generale”, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma 1993, p. 1 y ss. Cfr., también, R. H. Graveson, *Status in Common Law*, Athlone Press, London, 1953; W. G. Friedmann, “Some Reflections on Status and Freedom”, en R. A. Newman (ed.), *Essays in jurisprudence in honor of R. Pound*, The Bobs-Merrill Co. Inc., New York-Indianapolis, 1962, p. 222 y ss.

fisonomía concreta de los derechos y los deberes del sujeto en la individuación de su situación *quoad effectum*.<sup>147</sup>

Esto lleva al segundo extremo de la demarcación, la noción de *status* que, en un proceso de aproximación, es asimilable al instituto en examen, *status religionis*. Se basa esencialmente en la extensión de la voluntad del sujeto desde la asunción de la posición hasta el poder de gobernar sus efectos,<sup>148</sup> por lo que emergen como caracteres esenciales la fungibilidad, la intercambiabilidad, la acumulatividad, así como la posibilidad de asumir un *status religionis* y de abdicar a este unilateralmente.<sup>149</sup> A causa de esta recurrente fisonomía se torna difícil, desde el plan funcional, individualarlo en su hipotética autonomía con respecto a la operatividad del elemento *creencia*.<sup>150</sup> En este sentido, aparece sin resultado y privada de eficiencia taxonómica la clasificación adoptada por la Corte Suprema basada sobre el *ministerial status*, definido por la concurrencia de “conducta y actividad”, en contraposición a la titularidad de una *creencia*. El *status*, en la versión aproximada actual, se reputa coincidente con la simple membresía (*membership in a group*),<sup>151</sup> lo que implicaría plantear la adherencia del concepto a la determinación subjetiva bajo el perfil genético, extintivo y funcional con respecto a los efectos que se remontan a la situación.

En otra hipótesis se considera identificado un *status*, como por ejemplo ateísmo y agnosticismo, cuando –incluso en ausencia de cualquier conexión

147. E. Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte*, cit., p. 125 y ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XIII ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 69 y ss.

148. Sobre la función de la voluntad privada en las situaciones subjetivas, cfr. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, cit., p. 60 y ss.

149. F. B. Cross, *Constitutions and Religious Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 17 y ss., con múltiples referencias bibliográficas. Cfr., también, D. O. Conkle, cit., p. 42; H. J. S. Maine, *Ancient Law*, Henry Holt and Company, New York, 1906, p. 164 y ss.; E. Schulev-Steindl, *op. cit., passim*; L. Raiser, “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, cit., p. 465 y ss. Sobre el tema de la *necesariedad, indisponibilidad y no acumulatividad* del *status* según el sentido tradicional, cfr. P. Barcellona, “Soggetti e tutele nell’epoca del mercato europeo/mondiale”, en AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, ESI, Napoli, 1998, p. 65 y ss.

150. *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618, 1978, 627.

151. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, vol. 1, cit., p. 301.



orgánica o de membresía— la calificación se funda por una *falta* de condición religiosa en el individuo.<sup>152</sup> También se identifica en presencia de un reconocimiento de exención sobre la única base de una *creencia* totalmente subjetiva, como para el caso de una concesión a un objetor de conciencia: la *fattispecie* se presenta desprovista estructuralmente del elemento relacional de una conexión al *collectivum* y sin tener en forma esencial naturaleza religiosa, sino que refleja la atribución de la calificación *ex auctoritate* y, por lo tanto, una evaluación *ex post* de una condición subjetiva relevante.<sup>153</sup>

El grado de aproximación que lleva este tipo de estatuto ontológico, incluso en los intentos de cognición que le conciernen, depende sobre todo de la opción deliberadamente omisiva de la Corte Suprema en torno al concepto de *religión*.<sup>154</sup> Esto implica que aún se encuentra pendiente la carencia de una noción del elemento relacional con respecto al cual el *status*, aunque en las formas actuales, se puede asumir como elemento definitorio,<sup>155</sup> es decir, como situación del individuo en relación con un colectivo religioso. Tal sintagma puede incluir varias y distintas tipologías de membresías desprovistas de estables elementos constitutivos, en las cuales, por ejemplo, también la creencia genérica en lo divino está privada de un valor definitorio con respecto a la *cuestión del límite (threshold question)* que determina la *ratio* de la exención.<sup>156</sup>

Así, en la etapa en la cual se enfrentaba el problema de si el mismo encuadramiento metodológico dirigido a la fijación de una noción no podía ser una violación de la Cláusula de Establecimiento,<sup>157</sup> se sucedieron una

152. *Idem*, p. 147.

153. *Idem*, p. 205 y ss. Sobre la evolución sin coordenadas sistemáticas de la *exemption* basada sobre la *Conscientious Objection*, cfr. M. E. Tigar, “Conscientious Objection”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, cit., p. 206 y ss.

154. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 125.

155. J. H. Choper, “Defining Religion in the First Amendment”, en *U. Ill. L. Rev.*, 1982, p. 591.

156. D. O. Conkle, “The Path of American Religious Liberty: From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future”, en *75 Ind. L. J.*, 1, 2000, p. 1 y ss.

157. J. Weiss, “Privilege, Posture and Protection: ‘Religion’ in the Law”, en *73 Yale L. J.*, 1964, p. 593 y ss.

serie de fallos de especial relevancia. La *decision* surgida en *Torcaso*<sup>158</sup> determina la inconstitucionalidad de una ley estatal que exige al titular de un oficio público declarar creer en Dios. El paradigma *ad includendum* eran religiones como el budismo o el taoísmo y organizaciones como la *Fellowship of Humanity* o la *Ethical Culture Society*, todas las cuales debían –según lo dispuesto en *Torcaso*– considerarse religiones o, en cualquier manera, recayentes en la Primera Enmienda, incluso no estando caracterizadas por la creencia en Dios.

De particular importancia resulta la *decision* de 1965, el conocido caso *Seeger*, a causa de la emergencia de las llamadas *posiciones paralelas* (*parallel position*). La Corte Suprema<sup>159</sup> consagró que los elementos conceptuales referidos a grupos religiosos presentes hasta el momento habían cambiado de naturaleza y las calificaciones que habían caracterizado la Era de los Padres Fundadores –con su propiedad clasificatoria en un marco más estrecho de diversidades entre membresías– aparecían superadas por el cambio de horizontes axiológicos y por la proliferación de prácticas religiosas. El fallo se produjo sobre la exención para sujetos “que por razón de su educación y creencias religiosas resultan por su conciencia opuestos a participar en la guerra en cualquier forma”, teniendo por objeto la ley federal de conscripción (*federal conscription statute*) acerca de la exención del servicio militar obligatorio por razones de naturaleza religiosa. Las excepciones previstas en la legislación eran aplicables para aquellos que resultaban titulares de creencias y educación religiosa, pero al definir lo que se entendía por *religión* –las creencias religiosas– era esencial que la *creencia* del demandante resultara conectada a un Ser Supremo y no simplemente a perspectivas filosóficas, políticas o meramente reflectantes de un código personal.

El *appellant*, aunque actuando sobre la base de la *religion clause*, no recaía en esta categoría, no tenía afiliación religiosa alguna y se declaraba escéptico sobre la existencia de un Ser Supremo. En cambio, declaraba que tenía una *creencia* que reflejaba “devoción hacia la bondad [*goodness*] y la virtud en sí misma, y una fe religiosa según una creencia puramente ética”. La Corte intervino mediante una interpretación creativa (*statutory creative*

158. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *Religion and the Constitution*, cit., p. 665 y ss.

159. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, 1965.

*interpretation*), con la intención de evitar que una creencia como la presente, identificable como religiosa en el sentido más amplio, desde allí en adelante atribuible a la Primera Enmienda, resultase perjudicada en cuanto objeto de discriminación (*sectarian discrimination*) debido a la falta de creencia en un Ser Supremo. La medida judicial generó el espacio normativo para incluir en el ámbito destinatario de exención, y como reflejo en la categoría más general de lo que puede considerarse *religión*, las *posiciones paralelas*, es decir, las creencias “sinceras y significativas que ocupan en la vida de su poseedor un lugar paralelo a este llenado por una creencia ortodoxa en Dios de lo que claramente está legitimado por la exención”.

En otras etapas del *excursus* judicial, y en particular en el caso *Welsh*, que se discute más adelante,<sup>160</sup> se confirma que la noción de *religión*, la transposición sobre la base de la Cláusula de Libre Ejercicio, ha superado definitivamente los límites del deísmo como elemento constitutivo y de la misma naturaleza religiosa de las creencias. Por consiguiente, se debe detectar cómo, con respecto a dicha proliferación, corresponde obviamente un correlativo aumento de los límites debidos a la Cláusula de Establecimiento.<sup>161</sup>

La demarcación evanescente en el plano subjetivo entre la *creencia* y el *status*, así como el reconocimiento judicial de ambos en forma de relevancia paralela, se configuran con índices de diferenciación más nítidos en el caso *Yoder*.<sup>162</sup> El fallo fija una demarcación *ad excludendum* de las hipótesis clasificadas como “formas de vida, aunque virtuosas y admirables [...], basadas sobre valoraciones puramente seculares”. Al mismo tiempo, en la sede definitiva proporciona relevancia a factores tales como la historicidad y la organización en grupo del círculo religioso, identificando los estilos de vida de los Amish como “no meramente una cuestión de preferencia personal, sino de una profunda convicción religiosa, compartida por un grupo organizado”, y

160. Ante del caso *Seeger*, cfr. *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488, 1961 que ya se ha mencionado. Cfr. también *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437, 1971; *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 1970, sobre el cual cfr. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, vol. 1, cit. p. 62.

161. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 228; I. C. Lupu, “Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion”, en 102 *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 947 y ss.

162. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 1972.

a la presencia de una orientación dictada por la interpretación de un texto sagrado; en la *fattispecie* concreta, la Epístola de Pablo a los Romanos.

La motivación rechaza la afirmación reconocida en las Cortes inferiores según la cual la protección garantizada por la Primera Enmienda se aplicaría a las creencias religiosas pero no a las *acciones*, aun cuando se basan en la religión. Ella misma excluye, sin embargo, que la misma *acción* o *actividad* (el escapismo en el caso *de quo*) sea protegible si se funda en algo distinto de una base religiosa como, por ejemplo, en una “evaluación subjetiva y un rechazo de valores seculares contemporáneos aceptados por la mayoría”, que llevan a prácticas meramente “filosóficas y personales”.

El resultado normativo, por el contrario, produce una evidente antinomia en cuanto al postulado de autonomía funcional de los elementos en la jurisdicción de exención: se requiere una estructura religiosa para definir un *status* y también se requiere su concurrencia esencial para demarcar *ad excludendam alteram* una “acción fundada sobre base religiosa” (*action religiously grounded*). Esta posición fue superada posteriormente en el caso *Frazee*,<sup>163</sup> donde la práctica en cuestión era claramente de naturaleza religiosa y se consideró digna de protección en sí misma, aunque el sujeto que solía dar lugar a ella no tenía afiliación a institución alguna.

## **X. Creencia. Convicción honesta y creencia sincera. Opción de autorrestricción de la Corte Suprema. Carencia conceptual y deferencia. Efectos irreflejos: la cognición como procedimiento integrativo del concepto abstracto**

Acerca del otro requisito de naturaleza subjetiva, el elemento psicológico de la *creencia* (*belief*) o *modus cogitandi*, que la doctrina propone para identificar a los sujetos elegibles para la tutela que deriva de la Primera Enmienda, se puede averiguar cómo las contradicciones en el ámbito de la interpretación, derivadas por la carencia de fundación conceptual, resultan aún más contundentes en sus efectos sistemáticos. El sistema estadounidense conoce en otros ámbitos el problema de la indefinición conceptual, como por ejemplo por la *vaguedad*, y su contraste con la Constitución (Cláusula del Debido Proceso), así como los remedios al vacío interpretativo que

163. *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829, 1989.

esto genera con el instituto de la *deferencia* (*deference*). Sin embargo, en el caso de la Primera Enmienda, los procesos que genera por su aplicación en constancia de carencia conceptual tienen la particularidad de que el acertamiento concreto, desarrollado por oficiales públicos, sirve para integrar no solo la aplicación sino el sentido conceptual de una norma que es de rango constitucional y de aplicación directa.

La carencia en el plano conceptual y la falta de propiedades taxonómicas producen un efecto similar sobre la noción material relativa a la *creencia* que, a la luz de una clasificación adecuada, puede o no puede ser reconocida en el campo protegido por la libertad de religión.<sup>164</sup> El caso *Ballard*<sup>165</sup> constituye elementos fundamentales inherentes al método de cognición y sus límites. En resumen, se decretó que un jurado, con el fin de evitar una actividad discriminante, no debe recibir instrucciones que tengan por objeto establecer la responsabilidad de los acusados mediante el control de sus creencias según criterios de examen externos a la fenomenología.

En el caso concreto se trataba de un fraude por parte de personas que reclamaban poderes milagrosos de curación y, con este fin, recogían donaciones por correo. A este caso, al mismo tiempo, debemos las primeras y fundamentales pruebas de las contradicciones normativas que, aunque postuladas en la *decision* y estigmatizadas en las motivaciones, iniciaron con este fallo una ininterrumpida vigencia en el ámbito de la cognición, y que pueden ser resumidas en el *dictum* presente en la *dissenting opinion* del *Justice Jackson*: “Yo no veo cómo podemos separar la cuestión acerca de lo que se cree de las consideraciones sobre lo que es creíble”.<sup>166</sup>

En general, por lo tanto, la regla sobre la superación del umbral de relevancia jurídica de una forma de pensar se sitúa en la estrecha área de competencia que la Corte Suprema ha confirmado recientemente en *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*,<sup>167</sup> es decir, en un sedimento que las “afirmadas

164. K. Greenawalt, “Religion as a Concept in Constitutional Law”, en 72 *Cal. L. Rev.*, 1984, p. 753; G. Merel, “The Protection of Individual Choice: A Consistent Understanding of Religion Under the First Amendment”, en 45 *U. Chi. L. Rev.*, 1978, p. 805; D. O. Conkle, *Religion, Law, and the Constitution*, cit., p. 69.

165. *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78, 1944.

166. *Idem*, p. 321 ss.

167. 573 U.S. 2014.

creencias religiosas reflejan una ‘convicción honesta’ [*honest conviction*]” y que pueden presentarse como “creencias sinceras” (*sincere beliefs*).<sup>168</sup>

En cuanto a la determinación en la actividad de cognición de la relevancia de una *creencia*, su autonomía desde el requisito de una inteligibilidad ajena se estratificó en el curso del tiempo como elemento esencial:<sup>169</sup> el caso *Ballard* no solo consolida la abdicación a ciertos criterios externos de examen por las Cortes sobre la creencia como la *razonabilidad* (*reasonableness*) o la *veracidad* (*truthfulness*), sino que implícitamente sanciona la inexistencia en sí mismo de un poder judicial de control respecto a las doctrinas y creencias concebidas como religiosas. La asunción en el nivel hermenéutico de caracteres normativos que remiten a la verificación sobre una base individual de cada *fattispecie*, confirmada hasta los tiempos actuales, hace completamente incuestionable la autonomía de la *creencia* subjetiva, excluidos los criterios antes mencionados: esta autonomía no opera solo entre *interno* y *externo* del círculo religioso, sino también entre un individuo y el resto de los miembros de la misma comunidad.<sup>170</sup>

Otros límites opuestos a la cognición, que resultan esenciales para el régimen normativo y que caracterizan el proceso de adquisición de información, residen en la prohibición de evaluar la *creencia* con respecto a su función —esencial o no— en el colectivo o en el individuo, y de examinar su *razonabilidad* o *veracidad*.<sup>171</sup> A la luz de estos criterios, observando los límites derivados por la actividad de cognición en su conjunto, parece evidente que la carencia de noción produce un efecto irreflejo en la *fattispecie* abstracta consagrada en la Primera Enmienda, y cómo este connota todo el proceso aplicativo desde el momento de la cognición. El efecto irreflejo depende de las modalidades de concretización del ejercicio del poder que las Cortes a menudo remiten a agencias administrativas consideradas titulares de una *autoridad epistémica* privilegiada, y

168. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 762; D. O. Conkle, *op. ult. cit.*, *loco*.

169. *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707, 1981.

170. *Holt v. Hobbs*, 135 S. Ct. 853, 2015.

171. *United States v. Lee*, 455 U.S. 252, 1982; *Hernandez v. Commissioner*, 490 U.S. 680, 1989; *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990; *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 1979; *Presbyterian Church in the United States v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440, 1969.

como tales encargadas del examen factual del caso específico, el llamado proceso de deferencia.<sup>172</sup>

Esta institución surge, en forma general, para evitar que la evaluación judicial (*judicial judgement*) subroge en términos de competencia lo estatuído por las autoridades o el legislador y se produce cuando la aplicación y la necesidad de concreción de la regla generan un proceso substitutivo focalizado sobre la *receptividad* del caso concreto, por el cual la “deferencia autoriza a la Corte a traer *receptividad* [*responsiveness*] dentro del derecho con el resultado de colocarse a sí misma fuera de la ecuación”. Funcionalmente el proceso resulta en una actividad delegada pero, *in subiecta materia*, esta no está orientada a identificar en forma factual y concreta los elementos formalizados e incorporados abstractamente en una doctrina o en una norma, en cuanto, sin embargo, puede llegar, a causa de la carencia de noción, a integrar la *fattispecie* abstracta, de rango constitucional, construyendo los elementos normativos.

Caso por caso, la deferencia no solo determina, por ejemplo, “si alguien es un objetor de conciencia”, sino también *si y qué tipo* de *modus cogitandi* o de creencia pueden calificar *ex post* los resultados de un examen praxeológico que substancialmente no está guiado por criterios normativos *ex ante*.<sup>173</sup> Estos resultados pueden ser asumidos por el concepto de religión y, en su campo normativo, mediante una interpretación que resulta ser tan extensiva hasta el punto de ser crónicamente expuesta a carencia conceptual.<sup>174</sup>

172. *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 1984. P. Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law. Basis, Application and Scope*, Cambridge, 2012; D. J. Solove, “The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights”, cit., p. 944 y ss. Cfr. *O’Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987); *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Cfr., además, A. Vermeule, “Deference and Due Process”, en *Harv. L. Rev.*, 129, 2016, p. 1890 y ss.; A. A. P. Bruhl, “Hierarchically Variable Deference to Agency Interpretations”, en 89 *Notre Dame L. Rev.*, 2013, p. 727 y ss.; *Fox Television Station, Inc. v. FCC*, 613 F.3d 317 (2<sup>nd</sup> Cir. 2010), sobre el cual cfr. *Second Circuit strikes down the FCC’s indecency policy as void for vagueness*, en 124 *Harv. L. Rev.*, 2011, p. 835 y ss.

173. W. A. Scheurle, “Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage”, en *AcP*, 157, *Heft* 1, 1958-59, p. 1 y ss.; C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1978.

174. Más en general, cfr. L. Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, p. 14; *Thomas Jefferson University*



La carencia conceptual demuestra su esencia en el ámbito crítico, en cuanto referencia esencial –*conditio sine qua non*– de la función relacional a la cual subyacen los conceptos de *status* y de *creencia* con respecto a la *fattispecie* abstracta. Así se destacan los ulteriores perfiles problemáticos desde la perspectiva de las situaciones subjetivas y del Estado de Derecho. En la doctrina se ha producido un vigoroso debate. A veces, se minimiza la relevancia del problema;<sup>175</sup> otras, se asume la redacción *acontextual* de la Primera Enmienda y como tal apta a una cierta *excepcionalidad*, según orientaciones interpretativas de la *Constitution* que normalmente oscilan entre *textualismo* y *originalismo*.<sup>176</sup>

Frente a esta integración de la norma en forma inductiva, desde la perspectiva epistemológica asumida en este ensayo es posible analizar cómo se desarrolla específicamente el *método de inversión*.<sup>177</sup> Si el *iter* normal de la fundación jurisprudencial del derecho prevé que desde conceptos generales se establezcan lógicamente nuevas normas no expresadas originalmente en el ordenamiento, una vez detectada la carencia conceptual, el análisis debe centrarse sobre las *ratio* y las justificaciones adoptadas en las *decision* y asumidas por la doctrina, así como sobre los *efectos irreflejos* que ellas produzcan.<sup>178</sup>

---

*v. Shalala*, 114 S. Ct. 2381, 1994, con peculiar atención a la *Dissenting Opinion* del Justice Thomas; J. F. Manning, “Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules”, en 96 *Colum. L. Rev.*, 1996, p. 612 y ss.; K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 304. Cfr., además, en términos de exención religiosa con respecto al estado de detención carcelaria, M. B. Mushlin, *Rights of Prisoners*, Thomson Reuters, New York, 2009; I. P. Robbins, “The Prisoners’ Mail Box and the Evolution of Federal Inmate Rights”, en 144 *Federal Rules Decision*, 1993; G. S. Frankel, “Note, Untangling First Amendment Values: The Prisoner’s Dilemma”, en 59 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1991, p. 1614.

175. J. H. Choper, “Defining Religion”, cit., p. 579.

176. D. A. Strauss, “Common Law Constitutional Interpretation”, en 63 *U. Chi. L. Rev.*, 1996, p. 878 y ss.

177. Sobre el concepto de *Inversionsverfahren*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 58 y ss.

178. Por ejemplo en cuanto se supone en M. W. McConnell, “The Problem of Singling Out Religion”, cit., p. 37 y ss., como crítica a C. L. Eisgruber - L. G. Sager, “The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct”, en *U. Chi. L. Rev.*, 1994, 61, 4, p. 1291 y ss.

Reduciendo el campo a la cuestión aquí tratada, la premisa problemática surge desde la extensión conceptual, acaecida en la interpretación, de la *teoría de la autonomía de la iglesia (church autonomy doctrine)* al corolario que postula el límite de la jurisdicción sobre los asuntos internos de las disputas de naturaleza religiosa, y la consiguiente consolidación de un deber general de abstención de todos los actos de cognición relacionados con la religión, desde los elementos integrantes del nivel ontológico definidos como “no accesibles generalmente”.<sup>179</sup>

Es meramente consecuencial destacar que son las mismas instituciones religiosas o el sujeto, directa o indirectamente involucrados, los que integran la evaluación con una actividad definida, al borde del oxímoron, como de *autodefinición*. Asimismo, los oficiales públicos operan teniendo que integrar la significancia conceptual de un elemento esencial. Por ejemplo, la *sinceridad* en los casos de soldados que se convirtieron en objetores de conciencia;<sup>180</sup> o la evaluación de cómo repercute la vestimenta religiosa sobre el uniforme militar (y viceversa), como en el célebre caso *Goldman v. Weinberger*;<sup>181</sup> o como en *Seeger y Welsh*, por ejemplo, cuando las exenciones eran relacionadas al servicio militar y fue depositario de la evaluación el *Selective Service System*; mientras que en el caso *Africa*, como se ve más adelante, es el mismo *appellant* quien proporciona una descripción de sus creencias, insatisfactoria para su inclusión en la Primera Enmienda. En *Africa* surge paralelamente el asunto de *inequidad (unfairness)*, que está coligado permanentemente a un proceso de tales características, conectado a la diferencia entre personas con capacidad de expresarse adecuadamente y sujetos que, en cambio, son incapaces de representar frente a la autoridad su posición “religiosa”.<sup>182</sup>

179. M. A. Helfand, “Litigating Religion”, en 93 *B.U. L. Rev.*, 2013, p. 493 y ss.; K. Greenawalt, *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995: “...al creyente le faltan las bases para mostrar a los demás la verdad de lo que él cree”.

180. Sobre el proceso que se instaura en el ámbito militar según el 32 *Code of Federal Regulations* 75.1 -75.11, cfr. *Idem, Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 119, y en n. 36.

181. 475 U.S. 503, 1986.

182. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 172; R. Michaels, “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, en 51 *Wayne L. Rev.*, 2005, p. 1209 y ss., especialmente p. 1230 y ss.

En general, esta posición consolidada de *autorrestricción* de la Corte se combina con el tipo de poder delegado que recibe una *agencia* llamada a determinar la relación entre una creencia específica y la libertad de religión. Esto da lugar a un proceso que es –al mismo tiempo– connotado por la carencia de la noción en términos de relevancia de la *fattispecie* concreta y por un resultado que recae en el ámbito regulado, como ya se ha visto, por la prohibición de *revisión judicial (judicial review) ex post*.<sup>183</sup> Por lo tanto, el problema funcional es un *efecto irreflejo* de la carencia aquí examinada. La actividad jurisdiccional, incluso si es orientada a la *coherencia* del sistema, entre expectativas dirigidas a la armonización de la decisión y factuales empíricas dotadas de amplia heterogeneidad, debe dirigirse a una proliferación de creencias, que abstractamente recaen en el ámbito de la Primera Enmienda debido a los delgados límites de relevancia *a priori*.<sup>184</sup> Esto produce la imposibilidad para las Cortes de formular doctrinas dotadas de coherencia y estabilidad.

Como se ha mencionado, normalmente un proceso de deferencia se lleva a cabo cuando una Corte suspende su actividad de cognición sobre la cuestión de hecho delegando su contenido decisorio, parcial o total, a otra entidad, o hace que dependa del juicio de esta última. La entidad puede ser “otra rama del Gobierno, un poder administrativo, un sujeto intitucional privado o un sujeto *quasi-public*”. El dato problemático se ha señalado en el análisis de la *doctrina de la sobredimensión (doctrine of Overbreadth)*, pero –al parecer– no proporcionando adecuada relevancia al fenómeno que consigue en el campo exegético.<sup>185</sup>

En abstracto, se puede sintetizar la institución aplicada al tema en cuestión con el proceso de verificación relacionado con las diversas creencias<sup>186</sup> delegado a un órgano de la justicia o de la administración. Sin embargo, cabe señalar que, debido a la carencia conceptual<sup>187</sup> –es decir, ausencia

183. M. Herz, “Deference Running Riot: Separating Interpretation and Lawmaking Under Chevron”, en *6 Admin. L. J. Am. U.*, 1992 - 1993, p. 187 y ss.

184. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 279 y ss.

185. A. K. Chen, “Statutory Speech Bubbles”, cit., p. 42, sobre los efectos del *overbreadth* en el *enforcement*.

186. P. Horwitz, cit., p. 1065; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 304.

187. K. Greenawalt, “Religion as a Concept in Constitutional Law”, cit., p. 761.

de condiciones previas y de límites entre los cuales mantiene vigor la discrecionalidad de la evaluación administrativa—,<sup>188</sup> se asiste a una fenomenología peculiar de implementación y aplicación de la delegación (*selective enforcement*), en la cual el poder delegado ocupa un espacio más amplio de lo que está reconocido normalmente al plan teórico en su “naturaleza transustantiva [*transsubstantive nature*] [...] en el Derecho constitucional”.

La carencia de fundamento normativo se extiende a los estándares evaluativos sobre los elementos factuales, presentes —o no— en la cuestión de hecho, que guían la investigación del caso concreto y así distinguen su naturaleza con respecto a la cuestión de derecho.<sup>189</sup> Se invierte el proceso lógico-reconstructivo, ya que se subroga el habitual esquema deductivo a través de una *practica* “de abajo hacia arriba, inductiva y experimental”. Además, la actividad cognitiva no tiene por objeto —como es normal— hechos relevantes para los propósitos de aplicación (como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso del procedimiento analógico), sino que ella desde lo particular induce lo general:<sup>190</sup> desde los hechos relevantes, de acuerdo con un *proceso selectivo autónomo*, la llamada *autoridad epistemológica* de la *agencia* ineludiblemente se concretiza generando una interpretación *primaria* e *integrativa* de una norma fundamental, radicada en la Primera Enmienda.<sup>191</sup>

188. Para un análisis de la *Beurteilungsspielraum*, véase K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 282. En general sobre la dicotomía “cuestión de hecho” y “cuestión de derecho” (*Tatfrage/ Rechtsfrage*), véase Cap. 3, p. 262 y ss.

189. *Idem*, p. 295.

190. C. W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Duncker und Humblot, Berlin, 1983.

191. D. J. Solove, “The Darkest Domain”, *cit.*, p. 958: “...la práctica de la *deference* involucra la manera por la cual la Corte evalúa, en un proceso de revisión, instancias factuales hechas por instituciones gubernamentales, oficiales públicos y expertos. La *deference* es practicada como aceptación de estas valoraciones factuales y empíricas sin muchos cuestionamientos ni escepticismo. En una orientación de balance judicial, la incumbencia de una corte es evaluar la prueba sobre la existencia o inexistencia de ciertas condiciones factuales (la importancia del interés del gobierno y la adaptación de medios a fines). Esta evaluación involucra un examen de la cantidad y calidad de las pruebas que soportan una decisión particular. Un método evaluativo menos escéptico afecta directamente la cuestión de si los requerimientos de la fórmula del escrutinio judicial han sido satisfechos. Así, en un tiempo en que las pruebas factuales y empíricas se están convirtiendo más esenciales para la interpretación de

Detectando la carencia conceptual, la ausencia de un texto legal como “portador” de sentido,<sup>192</sup> la *agencia* asume en esta etapa el texto normativo como una orientación con respecto a lo que *ya* ha adquirido a nivel factual. Esta interpretación, como formulación *a priori* del sentido normativo, se refleja en la identificación de los elementos factuales mediante su selección de acuerdo con un criterio de relevancia constituido *autónomamente* en el órgano responsable de la cuestión de hecho.<sup>193</sup> El mismo órgano, simultáneamente, opera mediante la integración de la *construction* como un efecto práctico de la implementación del sentido.<sup>194</sup>

Además de la hipótesis de cualificación inmediata en términos afirmativos o negativos sobre la subsunción, la cuestión de hecho puede producir consecuencias mutuamente alternativas: la norma que en el caso concreto resulta antagonista a la *libertad de religión* puede *coexistir* con ella, o puede ocurrir un *desplazamiento* entre las normas,<sup>195</sup> o una *reubicación* entre ellas,<sup>196</sup> pero siempre por condiciones cuyo establecimiento se lleva a cabo en forma inductiva. En otras palabras, la deferencia no funciona asumiendo los elementos que constituyen el área de la cuestión de hecho al nivel de las factualidades del derecho, sino directamente al rango normativo y valorativo.<sup>197</sup> Para corroborar esta evidencia, cabe focalizar la regla interpretativa

---

la Constitución, la práctica corriente de la *deference* está manteniendo un efecto profundo sobre los resultados de las decisiones judiciales”. Cfr., además, K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 262 y ss.; C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *cit.*, §§ 32-35, p. 169 y ss.

192. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 299.

193. D. J. Solove, “The Darkest Domain”, *cit.*, p. 953 y ss.

194. *Idem*, p. 974 y ss.; P. Horwitz, *op. cit.*, p. 1097 y ss.; R. E. Barnett, “Interpretation and Construction”, en 34 *Harv. L. J. & Pub. Pol’y*, 2011, p. 65; R. H. Hills Jr., “The Pragmatist’s View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning”, en 119 *Harv. L. Rev. F.*, 2005, p. 173; L. A. Cisneros, “The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction”, en 27 *Const. Commentary*, 2010, p. 71, con extensas referencias bibliográficas sobre el tema.

195. Sobre los conceptos de *Nebeneinander*, *Verdrängung* y *Verlegung* cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, *loco*.

196. J. Wach, *Das Verstehen. Grundzüge eine Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, II Band, Georg Olms, Hildsheim-Zürich-New York, 1984, p. 60 y ss.

197. R. Michaels, *cit.*, p. 1228 y ss., y 1233 y ss.; R. H. Fallon Jr., “The ‘Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse”, *cit.*, p. 4: “Si las agencias administrativas pueden

para la cual “en la aplicación del concepto la cuestión sobre la presencia de los elementos conceptuales esenciales sea capaz de sustituirse a la cuestión valorativa”.<sup>198</sup>

## **XI. Actividad eximida y la cuestión de la carencia conceptual. Proceso de identificación analógica. El criterio de la semblanza familiar**

El problema de la carencia conceptual manifiesta, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la magnitud de sus contradicciones al analizar la dimensión objetiva, que es la calificación de una acción como religiosa, capaz de delimitar y así justificar el ámbito aplicativo de la exención. La interpretación procura fundar el concepto a través del método analógico sustentado en el paradigma de la denominada *semblanza familiar* (*family resemblance*), y lo desenvuelve según dos opciones: mientras que en la primera el elemento de la extensión analógico-conceptual sería uno solo, en la segunda serían muchos. Sin embargo, paradójicamente, admite desde el principio tener que modificar y adaptar los cánones metodológicos y, por lo tanto, llega a resultados contradictorios.

La transición al examen probatorio de determinadas actividades como expresiones del principio en cuestión se encuentra coligada a la *situación jurídica* en su *ejercicio*, a menudo a sus manifestaciones epifenoménicas (como pueden ser una actividad, una abstención o una práctica) representadas como cumplimiento de una *creencia* o de un *status*. Como se ha tratado de resumir, la elaboración de la *fattispecie* posee la característica de ser independiente de elementos específicos y de constituir una noción identificada

---

mezclar funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales implementando vagas atribuciones normativas; si las cortes no se encuentran vinculadas al sentido de los textos legales oficiales según su comprensión original o su sentido determinado; y si las reglas no determinan resultados, entonces ¿qué, si hay algo, puede quedar para la *rule of law*?”.

198. La regla supone entonces que cuando no haya una verificación de los elementos esenciales de un concepto, se pierde al mismo tiempo la valoración que se hubiese incorporado en su fijación hacia la *fattispecie*, sustituyéndola por la valoración propia que tiene que dar el intérprete; en D. Leenen, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht*, Duncker & Humblot, 1971, p. 97.

exclusivamente para caracteres genéricos, lo que no deja de reflejarse también en las técnicas utilizadas para demarcar las conductas y las prácticas que se suponen subsumibles en ella.<sup>199</sup> En otras palabras, entre las posibles alternativas en la doctrina se promociona una metodología de elaboración del concepto de religión definida como *de tipo analógico*.<sup>200</sup>

Por lo tanto, cabe observar, en principio, que el reconocimiento y la asunción en el sentido problemático de la carencia taxonómica y de las lagunas del sistema emergen no como una prerrogativa de los cultores del Estado de Derecho, sino como un hecho compartido y reconocido como tal, aunque con más énfasis en la vertiente disciplinaria de la Cláusula de Establecimiento.<sup>201</sup> El procedimiento analógico elaborado en estos casos —y como tal presentado— al parecer sucumbe a una singular remodelación *ad hoc*: “Lo que es distintivo acerca de esta ‘definición por analogía’ no es el razonamiento por analogía”.<sup>202</sup> De hecho, esta anomalía en la génesis de la teoría surge porque no se puede atender a la relacionada instancia de completamiento del sistema por vía analógica, en ausencia de elementos que operen *establemente* al menos *ad excludendum* dentro del marco conceptual.

La propuesta de un método de identificación analógica a través de una *estrategia de factor único* se puede resumir como sigue. Primero se propone identificar elementos presentes en algunas *fattispecie* que indiscutiblemente

199. D. O. Conkle, *op. ult. cit.*, p. 95.

200. K. Greenawalt, “Religion as a Concept”, *cit.*, p. 763: “Un método más fructífero para comprender y aplicar el concepto de religión es identificar instancias a las cuales el concepto se aplica sin dudas, y preguntar en situaciones más dudosas cuán cercana es la analogía entre estas y las instancias indisputables. Este método puede aportar aplicaciones del concepto a instancias que no comparten ninguna característica en común, un resultado que está impedido por el *dictionary approach*”. G. C. Freeman, III, “The Misguided Search for the Constitutional Definition of ‘Religion’”, en 71 *Geo. L. J.*, 1983, p. 1519 y ss. Por último, cfr. D. O. Conkle, *op. ult. cit.*, p. 66. En general cfr. J. Stone, *Legal System*, *cit.*, p. 312 y ss. Cfr., además, L. Caiani, voz *Analogia (Teoria generale)*, en *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 348 y ss.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, *cit.*, p. 163 y ss.; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, Julius Buddeus, Düsseldorf, 1875, § 22 y ss.

201. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, pp. 754 y 769.

202. “What is distinctive about this “definition by analogy” is not the reasoning by analogy”, *Idem*, p. 766. Cfr. la cita en *Idem, Religion and the Constitution*, 1, *cit.*, p. 139.



resultan constituir un fenómeno religioso y luego trasponer su valor constitutivo cuando los elementos sean detectados en otras *fattispecie* que, por su parte, son de naturaleza incierta. Por último, sigue examinar cuán próximas resultan las dos hipótesis según un razonamiento analógico, para así obtener que “este acercamiento pueda generar aplicaciones del concepto a instancias que no comparten alguna característica común”.<sup>203</sup>

En general, la premisa que en un sistema de Estado de Derecho pone en marcha el recurso al método analógico se basa en la observación de una laguna reglamentaria y, a continuación, aborda la cuestión de la *extensión* de una norma o de un concepto ya existente con respecto a la *fattispecie* concreta para la cual se ha producido la observación. Para ello asume el principio de que el sistema jurídico en presencia de *vacuum legis* posee procesos de *integración para autocompletamiento* aptos para colmarlos.<sup>204</sup>

Sin embargo, la hipótesis de *factor único* que aquí se discute tiene una naturaleza de contenido inverso en cuanto a los resultados a los cuales está orientada, ya que es dirigida a la constitución de la *clase primaria* del proceso de integración normativa, desarrollada por inducción selectiva desde los datos praxeológicos: en efecto, se demuestra como un proceso de identificación y no como un proceso integrativo-normativo de tipo analógico. En este sentido, se elaboran elementos derivados desde el molde de la *religión tradicional* e identificados como antes se ha mostrado, pero dando lugar a un *non sequitur* evidente: la asunción de un arquetipo derivado de una clase de creencias a través de ciertos elementos constitutivos seleccionados, que se emplean como criterio discriminatorio en una función analógica sin que, paradójicamente, se considere para esto violada la prohibición de establecimiento.<sup>205</sup>

Más allá de esta observación, los datos hacen muy distante tal metodología de la integración analógica, dado que la clase y su valor normativo se asumen por supuestos. Por ende, por ejemplo, a los efectos funcionales se observa la adopción de criterios de naturaleza *comparativa* entre distintas *fattispecie* concretas, acomodadas por el concepto de *semejanza*: ya sea

203. Sobre el *single-factor approach*, K. Greenawalt, “Religion as a Concept”, cit., p. 763.

204. E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903; P. Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, cit., p. 157 y ss.

205. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 139 y ss.

asimilables por la *leve diferencia*, por la *semejanza jurídica* o por la *consustancialidad de los casos*.<sup>206</sup>

Históricamente la emergencia en la doctrina y la jurisprudencia del *método analógico*, reconociendo el problema conexo con la carencia conceptual presente en la disciplina, se ha manifestado en formas preliminares a finales de la década de 1960 con respecto al movimiento llamado *Scientology*, pero se ha desarrollado principalmente en *Malnak v. Yogi*<sup>207</sup> en materia de Establecimiento. En este juicio, referido a la escuela pública de New Jersey que ofrecía a los estudiantes un curso llamado “Science of Creative Intelligence/Transcendental Meditation”, se enfrentaba el problema de superar la concepción deísta tradicional y la necesidad de establecer un concepto inclusivo de las *posiciones paralelas*, ya reconocidas en el marco de la Primera Enmienda. Así, mencionando otro precedente,<sup>208</sup> se acredita al *Judge Wright* por la *opinion* expresada en el caso por haber “razonado por analogía dando crédito a la instancia de *prima facie* reclamada por *Scientology* en *Founding Church of Scientology*”.<sup>209</sup> Luego se procede estableciendo que “el acercamiento moderno entonces mira a las *religiones familiares* como modelos para acertar, por comparación, si un nuevo conjunto de ideas

206. Sobre la *leve diferencia* (*unwesentlich abweichen*), la *semejanza jurídica* (*recht-sähnliche*) y la *consustancialidad de los casos* (*wesensgleiche Fälle*), cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 366, donde se define lo que se entiende por analogía a través del concepto de *semejanza* (*Ähnlichkeit*), como la transposición de una regla existente para una *fattispecie* o casos similares, a otras *fattispecie* semejantes no reguladas por la ley. Cfr., asimismo, para los conceptos de *extensión* como *Ausdehnung*, de *clase primaria* como *Obersatz*. Véase también L. Enneccerus - H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I Teil, Mohr Siebeck, Tübingen, 1952, § 58.

207. 592 F.2d 197 (3d Cir. 1979) (*per curiam*). Cfr., en primer lugar, el mismo A. M. Adams - C. J. Emmmerich, *A Nations Dedicated to Religious Liberty. The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, University of Pennsylvania Press, 1990. Cfr. asimismo S. Chananie, “Belief in God and Transcendental Meditation: The Problem of Defining Religion in the First Amendment”, en 3 *Pace L. Rev.* 147, 1982, p. 147 y ss.

208. Allí donde la estructura argumentativa y decisoria del caso *Torcaso* había sido aplicada plenamente, es decir, en las distintas instancias de *Founding Church of Scientology v. United States*, 133 U.S. App. D.C. 229, 409 F. 2d 1146, (*Certiorari rechazado*), 396 U.S. 963, 90 S. Ct. 434, 24 L. Ed.2d 427 (1969).

209. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 771, atribuye la primacía de la aplicación del método analógico al caso *Malnak*.

o creencias están confrontándose con las mismas problemáticas, o sirviendo a las mismas finalidades, así como hacen las religiones incuestionadas y aceptadas”.

La premisa metodológica, el concepto sobre el que se cree poder iniciar el proceso normativo analógico, en cuanto derivado de las *religiones familiares*, se divide en tres elementos, reputados como “indicios útiles que son básicos en nuestras religiones tradicionales y que son en sí mismos conectados a los valores que soportan la Primera Enmienda”. Debe tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, se aclara que la analogía fundada abstractamente en ellos no constituye la expectativa de un *test* definitivo sobre la cuestión conceptual, y que ellos deben considerarse más bien como tres directrices, tal como se afirma en *Malnak*:<sup>210</sup> “Definir la religión es un delicado e importante deber legal. Son necesarias la flexibilidad y la consideración cuidadosa de cada uno de los sistemas de creencias. Además, es importante tener algunas guías objetivas para evitar una justicia *ad hoc*”.

El primer indicio se refiere a la naturaleza de las ideas examinadas: para un discernimiento adecuado y para evitar que se asuma a esta clase –por ejemplo– una “empresa comercial”, se plantea un *test de coherencia* (*test of consistency*) del objeto de la temática con la religión definida por parte del sujeto mismo, sin que esto se transforme en una actividad de acierto por parte de los tribunales, los cuales tienen prohibida cualquier *quaestio veritatis* en cuanto a la religión como tal definida. A fines probatorios, la pesquisa debe limitarse a averiguar que el sujeto ponga en práctica el tipo de membresía que define “religiosa” y que exista una congruencia entre esta última y una esencia de religiosidad. En definitiva, se debe comprobar en qué medida las cuestiones tratadas son *fundamentales y definitivas*, pero asumiendo la advertencia de que se está en presencia de un límite dado por un sustrato *profundo e imponderable*, no detectable desde el exterior en una forma objetiva.

En cambio, como elemento identificador se pretende que estas ideas estén dotadas, como las religiones reconocidas, de teorías constituyentes relativas a la naturaleza del Hombre o a su lugar en el Universo. En la definición de este primer indicio se reconoce un elemento que tiene expectativa esencial y que mantiene una relevancia autónoma en la doctrina, la llamada

210. *Malnak v. Yogi*, cit., 210.

*preocupación última*.<sup>211</sup> Independientemente de sus raíces en la tradición o la modernidad, se consideran *intensamente personales* y, por lo tanto, fundamentales para el creyente temas como el significado de la vida y la muerte, el papel del Hombre en el Universo, un código moral adecuado con respecto de lo que es justo o injusto.

El segundo indicio es la *exhaustividad (comprehensiveness)*. Este implica que una determinada creencia sea clasificable con valor religioso solo en cuanto presente la verdad a la cual está dirigida como última y exhaustiva, no como un asunto o una teoría aislados o meramente morales, sino insertada en un “sistema de creencias opuesto a una enseñanza aislada”.

El tercer indicio se refiere a los aspectos simbólicos. Aquí la analogía opera asumiendo, por ejemplo, “la liturgia, funciones ceremoniales, la existencia de un sacerdocio, estructura y organización, esfuerzos de proselitismo, la observancia de Fiestas y otras manifestaciones similares asociadas con las religiones tradicionales”.<sup>212</sup> A este último carácter, sin embargo, no se atribuye naturaleza esencial.

El mismo *Circuit*, aplicando dichos cánones, tiempo después enfrenta el caso *Africa v. Commonwealth of Pennsylvania*.<sup>213</sup> Un sujeto convicto declaraba su filiación religiosa y, por lo tanto, requería un tipo particular de dieta alimentaria como exención a lo establecido en el régimen de detención carcelaria. El reconocimiento de esta filiación como recayente en la Primera Enmienda fue denegado. El MOVE (así se definía el movimiento al cual el convicto declaraba pertenecer), por cómo fue descrito por el mismo *appellant*, en su esencia no aparecía coligado a ninguna idea trascendental o “una fuerza todopoderosa”, y carecía de adherencia al criterio de *preocupación última*.

En un examen crítico, este caso pone de relieve un uso conceptual taxonómico de lo que, al contrario, se había calificado como criterios-guía, puesto

211. *Ultimate Concern*, Cfr. J. H. Choper, “Defining Religion”, cit., p. 594; B. Clements, “Defining ‘Religion’ in the First Amendment: A Functional Approach”, en 74 *Cornell L. Rev.*, 1989, p. 540 y ss.; J. Sexton, “Note, Toward a Constitutional Definition of Religion”, en 91 *Harv. L. Rev.*, 1978, p. 1056; *Mason v. General Brown Central School District*, 851 F.2d 47 (2d Cir. 1988); *Lewis v. Sobol*, 710 F. Supp. 506 (S.D.N.Y. 1989).

212. *Malnak v. Yogi*, cit., 209.

213. 662 F.2d 1025 (3d Cir. 1981). Cfr. A. M. Adams - C. J. Emmmerich, *op. cit.*, p. 88 y ss.

que los cánones fueron adoptados *ad excludendum* sin ninguna adaptación al caso concreto. Ello así, por la ausencia de una *preocupación fundamental*, la ausencia de una posición valorativa con respecto a la moral personal, por la mortalidad del hombre, por el sentido y el significado de la vida. En el marco de evaluación, proporcionado por el mismo sujeto recurrente, se identificó una especie de grado fundado sobre el arraigado principio analógico. En otras palabras, el texto de la motivación reflejaba una asunción de analogía por grados (“no suficientemente análoga”): “Africa insiste en que él ha descubierto una forma deseable para conducir su vida; él no contesta, de todos modos, que este régimen sea necesario o impuesto. Dado esta carencia de compromiso con principios supremos, la filosofía MOVE no es suficientemente análoga a teologías más tradicionales”.<sup>214</sup>

## **XII. Evolución del proceso de identificación analógica del concepto. Desde el enfoque de factor único hacia el de multifactores. Incompatibilidad**

La doctrina observa cómo, al variar los criterios empleados, las propuestas metodológicas resaltadas hasta aquí resultan *sobreinclusivas* (*overinclusive*) o, al contrario, *poco inclusivas* (*underinclusive*). El método analógico con un *factor único* ha sido criticado destacando las incompatibilidades que produce.<sup>215</sup> La lógica inductiva constitutiva del enfoque de *factor único* recibe, como crítica fundamental, la refutación al principio de que un único elemento tenga aptitud constitutiva y taxonómica con respecto, por ejemplo, a múltiples afiliaciones religiosas que parecen *a priori* merecer la inclusión en dicho ámbito, a pesar de ser excluidas por enfoques *de factor único*. Esto es así para la actitud demarcante de la creencia en *consecuencias extratemporales*,<sup>216</sup> para los criterios definidos como *preocupación última*

214. Cfr. también E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, cit., p. 792.

215. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, *passim*; *Idem*, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 129 y ss. Cfr., asimismo, P. Horwitz, “The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond”, en 54 *U. T. Fac. L. Rev.*, 1996, p. 1.

216. J. H. Choper, *Securing Religious Liberty: Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

y *realidad más alta*.<sup>217</sup> El mencionado límite impuesto a la actividad cognitiva del intérprete, en relación con la materialidad concreta de la *fattispecie*, inhibe la opción que estaría directamente conexas con el pluralismo de valores (según la hipótesis planteada *supra* de un *test negativo de coherencia*) y que, por lo tanto, no aparece examinada cuando se argumenta sobre las alternativas al “método analógico”.<sup>218</sup>

Al contrario, un primer elemento importante en este proceso, en la versión denominada *estrategia multifactorial*, es la privación del carácter de esencialidad de los elementos que deben constituir el concepto abstracto,<sup>219</sup> incluso aquellos estratificados por la jurisprudencia, ya resumidos. En dicha variante teórica, a nivel normativo opera *de residuo* un principio de contención que se compone de características variables según la *fattispecie*. El proceso se caracteriza también por una serie de elementos calificados como *suficientes pero no constituyentes*, y está conectado en términos de *esencialidad* a solo uno de entre ellos, aunque no individuado, ya que este elemento puede ser variable.<sup>220</sup> Así se configura un método por el cual “instancias de lo que es indisputablemente religioso”, cuya conexión mutua se define como *semblanza familiar*, constituirían la estructura paradigmática por la cual los exámenes a nivel concreto pueden “considerar algo religioso [...] sobre la base de cuán cercanamente la combinación de los elementos presente una semblanza de las instancias paradigmáticas, juzgado a la luz de la razón particular por la cual se investiga”.<sup>221</sup>

El carácter de esencialidad no está atribuido a un elemento identificado sino a una especie de *elemento flotante*, dotado con unicidad y extemporaneidad, desprovisto de identificabilidad *ex ante*, incluso en términos de clase; reconocido en razón de una propiedad verificable solo *ex post* y

217. *Idem*, “Defining Religion”, cit., p. 592, y 597 y ss.

218. F. A. Hayek, “Rules and Order”, cit., p. 110; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 140, n. 58.

219. “Ningún factor considerado individualmente es fundamental” (“...no single factor is essential”). *Idem*, p. 137.

220. *Idem*, “Religion as a Concept in Constitutional Law”, cit., p. 771.

221. Sobre las *beliefs, practices y organizations* sintomáticas de lo que es *indisputably religious*, cfr. *Idem*, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 139. Los llamados *Six Criteria* son mencionados en p. 142 y ss.

que, por tanto, puede variar de acuerdo a la *fattispecie* concreta.<sup>222</sup> Por consiguiente, decae la posibilidad de formular la estructura conceptual sobre la base de elementos constituyentes,<sup>223</sup> y al mismo tiempo no es posible identificar –al menos– una formación binaria de elementos definientes apta para reducir el *empleo diferenciado* de clases terminológicas identificadas solo nominalmente.<sup>224</sup>

El método “analógico” *multifactorial*, aquí brevemente esbozado, en su fundamento epistemológico parece incompatible con respecto al proceso de formación conceptual para el cual está propuesto. Desde el principio abdica –es forzado a abdicar– a la fundación sobre elementos que sean múltiples e invariantes.<sup>225</sup> Para ello, *a priori* es preciso considerar desprovista de esta función la serie de elementos clasificada sin tal connotación y operante en un plan puramente indicativo: la llamada *semblanza familiar*.<sup>226</sup> Por su parte, la idea de que un elemento único y variable resuma las instancias conceptuales hace que el “proceso analógico” sea desprovisto de cualquier aptitud clasificatoria en cuanto la extensión normativa, como se entiende, puede recurrir *ad libitum*.<sup>227</sup>

222. *Idem*, p. 140: “Ninguna característica es indispensable por la religión; y dos cosas pueden ser religiosas sin compartir alguna característica en común”.

223. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 194. Para el proceso analógico en el derecho penal, véase G. Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010, p. 147 y ss.

224. Sobre el *terme commun* en la analogía conceptual, cfr. C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, § 83, p. 505.

225. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, *loco*: “La definición por analogía también se configura por factores relevantes, pero declina afirmar que una precisa serie de estos es esencial”.

226. R. Nozick, *Invariances. The Structure of Objective World*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001, p. 79. Sobre la aplicación en sentido crítico de la analogía basada sobre la llamada *Family Resemblance*, cfr. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *cit.*, p. 680 y ss., donde se señala que el concepto podría extenderse, por ejemplo, a la *Washington Ethical Society*, a los *Alcoholics Anonymous*, al *Communist Party*, al *Ku Klux Klan*.

227. Para tratar de superar tal problema, se considera remediar a la carencia de unitariedad en la clase normativa con una llamada *uniform strategy*, que parece ponerse en un nivel descriptivo más abstracto; al respecto, K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 143: “...el enfoque analógico no debería ser unitario en el sentido que cualquier cosa que constituya religión en un contexto automáticamente lo constituya en otro. Pero el enfoque es unitario en el sentido más útil, que las cortes empleen una estrategia uniforme para hacer



### XIII. Definición por medio del tipo. Incompatibilidades de los procesos inspirados en la semejanza

Fuera de las hipótesis doctrinales conocidas, parece correcto intentar un enfoque sobre el problema en discusión recurriendo al método tipológico en lugar de la fundación conceptual, debido a algunas de sus propiedades que resultan más compatibles con el fenómeno. Sin embargo, también de este breve experimento se consiguen resultados contradictorios, derivados esencialmente de la ausencia de una serie definible de hechos recurrentes —incluso en su abstracción— adecuados para establecer la *estabilidad* y *recurrencia* de una noción y un fin —aunque considerado en abstracto— jurídicamente relevante.

Dando por cierto que las cuestiones principales relacionadas con la *libertad de religión* se generan como resultado de procesos interpretativos, más que de opciones legislativas, es decir, sobre nociones que “no fueron inventadas sino descubiertas”,<sup>228</sup> cabe considerar —aunque aquí brevemente— la hipótesis de la fundación de una *fattispecie* a través de un proceso que se alinee con los datos teóricos y la *forma de pensamiento* del tipo normativo.<sup>229</sup>

Como puede observarse a partir de los enfoques sistemáticos esbozados, más allá del resultado que pueda atribuírseles y de la evaluación en términos de rigor metodológico, lo que la doctrina y la jurisprudencia intentan fundar mediante la interpretación es el perfil abstracto orientado al marco sistémico de una fisonomía compleja y heterogénea de prácticas y factualidades relevantes, surgidas sobre todo en la jurisprudencia de las Cortes y adscritas a la tutela jurídica sobre la base de la Primera Enmienda. El camino interpretativo marcado por la *forma de pensamiento* del tipo normativo, aunque parezca no haber sido corrientemente asumido por la doctrina estadounidense, resulta implícito en la secuencia problemática y en su fisonomía, aspectos repetidamente percibidos por la propia doctrina.

---

determinaciones concernientes a la religión”. Sin embargo, no parece corroborada la aptitud limitativa a la expansión de la *fattispecie* trazada *Idem*, p. 140 y ss.

228. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 449.

229. J. Braun, *Leitbilder im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, p. 32 y ss.; K. Larenz, *op. cit.*, *ivi*, sobre los *Typen subjektiver Rechte*.

Esta opción metodológica puede justificarse al relevar la gran variabilidad de las factualidades y, a pesar de esto, las afinidades interocurrentes entre ellas y las relaciones que expresan sintomáticamente sus conexiones. Al mismo tiempo, en la opción del tipo se constata la capacidad de captar los factores relacionados al pluralismo a través del reconocimiento no solo de la importancia de las afinidades, sino también del carácter individual e inconmensurable (*aptitud a la descomposición*) que connota en forma determinante los elementos constitutivos de la fenomenología.<sup>230</sup>

El método es apto para mantener unidos los caracteres que se producen con mayor frecuencia, a través del “resumen de las características esenciales de los fenómenos”, y sentar las bases para clasificar las fenomenologías dentro de esquemas unificadores, aunque por medio de grados solo intermedios de abstracción.<sup>231</sup> De este modo se llega al resultado final que permite la formulación normativa a través de la interpretación, es decir, la abstracción que sigue a la selección realizada sobre los datos empíricos.<sup>232</sup> Acotando la investigación a las *fattispecie* más relevantes,<sup>233</sup> el modelo teórico que reviste mayor interés en términos de coherencia para el problema en cuestión parece ser el llamado *tipo integral* o *tipo-forma*. Cuando este se centra en la perspectiva jurídica, a diferencia de la opción del *tipo jurídico-estructural*, es identificado como *tipo real-normativo*, en cuanto su formación se produce por la asociación de elementos normativos y empíricos.<sup>234</sup>

230. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring Verlag, Berlin, 1914, p. 27 y ss.; especialmente, p. 29.

231. *Idem*, p. 30 y ss.

232. *Idem*, p. 36: “El tipo empírico difiere del tipo ideal principalmente en que no pretende representar una esencia objetiva superior. Es un resumen de las características esenciales de los fenómenos que dependen completamente desde el punto de vista del investigador. Ordena la multiplicidad de las figuras poniendo de relieve lo que es lógicamente común. Por lo tanto, es atraído por una abstracción que tiene lugar en la mente del investigador, para quien la realidad sigue siendo la abundancia ininterrumpida de fenómenos”.

233. H. J. Wolff, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in *Studium Generale*, 1952, Viertes Heft, p. 14 y ss.; K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, cit., *passim*.

234. Sobre la designación del tipo (*Typenbezeichnung*) y los conceptos mencionados cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 448.

La congruencia teórica parece destacable dado que los problemas puestos de relieve se centran principalmente sobre la hipotética función normativa de elementos caracterizados por la heterogeneidad, y puesto que, en correspondencia, en el ámbito de la *determinación del tipo* los elementos constitutivos del *tipo real-normativo* reciben un tratamiento particular en cuanto a su relevancia. Estructuralmente, de acuerdo con un enfoque sobre estos elementos que sirven para la descripción del tipo, algunos de ellos pueden ser contenidos en forma no esencial, así que pueden faltar sin que sea alterada la legitimidad del recurso a la figura. También la medida de ellos puede ser distinta, y su frecuencia, graduable.<sup>235</sup> Por último, pueden ser, aunque parcialmente, intercambiables, por lo cual se dice que ellos se encuentran, así como en la realidad, sujetos a *transiciones fluidas*.<sup>236</sup>

En primer lugar, la pertinencia a la *fattispecie* puede asumir diferentes grados de concretización, por lo que no está metodológicamente sujeta a vínculos de abstracción y generalidad. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando entran en juego designaciones como “sacerdote”, “fiel”, “creyente” o similares. Se trata de hipótesis que conllevan, caso por caso, diferentes grados de pertinencia, que no presentan las mismas notas esenciales, o al menos no en el mismo grado de concreción, y que deben su asociación clasificatoria por pertenecer a la misma *figura fenoménica*.

En segundo lugar, el método empírico-inductivo puede presentar actitud definitoria. Esta *figura (o imagen) fenoménica* resulta como abstracción de la experiencia y puede proporcionar el modelo-base del tipo poniendo en segundo plano la incidencia constitutiva sobre la *fattispecie* de los caracteres específicos.<sup>237</sup> Así, por ejemplo, la noción de “sacerdote” puede ser relevada –aunque con diferentes elementos caracterizantes– por cuanto el titular de esta posición se porte como tal dando sermones para los adeptos y siendo por ellos reconocido en la posición misma por el seguimiento que le dan.

Por último, como resultado de lo antedicho, un *modus eligendi* que prevé que no opere la subsunción sino más bien la selección (“no subsumido, más bien clasificado”) resulta compatible frente a las *fattispecie* que

235. Para este concepto de *gradualidad (abstufbares Merkmal)*, vease Ivi, p. 199.

236. K. Engisch, *Die Idee*, cit., p. 242 y n. 22. para el concepto de *fließende Übergänge*.

237. L. Kuhlen, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 92 y ss., sobre el concepto de *figura (imagen) fenoménica, Erscheinungsbild*.

presentan carácter de unicidad. Sin embargo, el problema de la carencia de noción surge tan pronto como el proceso alcanza la etapa fundamental del reconocimiento normativo. Es decir, cuando es esencial identificar y delimitar ciertas características a un nivel más concreto, tales como las *fenomenologías* más relevantes. También ocurre cuando se procede a la demarcación del tipo de acuerdo con una mayor concretización, a fin de convertir su valor en la sede normativa –abstracta–, según dos perspectivas relevantes simultáneamente: la *abstracción negativa*, como procedimiento de abstracción que separa el objeto concreto para no tenerlo en cuenta, y la *abstracción positiva*, como procedimiento de abstracción que se atiene a cuanto empíricamente es dado en general.<sup>238</sup>

La relevancia de una multitud de elementos se inscribe dentro de un marco integralmente abstracto-normativo, incluso si es caracterizado por diferentes grados cualitativos y cuantitativos relativos a los elementos esenciales. Esto es así porque el proceso de formación del tipo a una cierta etapa debe adoptar criterios de esta naturaleza para seleccionar algunos de los elementos y convertirlos en un *fin normativo*. Para ello, es preciso adherir a la *ratio* que gobierna la disciplina concreta y a la *ratio* que preside la disciplina abstracta, en otras palabras, para alcanzar un cierto grado de permanencia y estabilidad de la serie de caracteres constituyentes.<sup>239</sup>

Si bien el pensamiento según el *tipo real-normativo* no presupone que haya elementos de la figura en forma esencial, sino que se pueda definir una *imagen total* de esta, siempre se necesitarán, a nivel praxeológico, *hechos recurrentes*, que muchas veces se encuentran en la realidad social. Esto es porque, más allá de la finalidad clasificatoria, el relieve normativo que a

238. Se necesita esta simultaneidad para dar forma a la función antagónica del tipo con respecto al *concepto general abstracto* (*abstrakt-allgemeine Begriff*) y al *Sistema lógico* (*logische System*), y es justificada solo en cuanto el primero esté orientado con mayor eficiencia al reconocimiento de una fenomenología vital o de una conexión de sentido según la plenitud de sus elementos o de sus sentidos. Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 432. Ivi también para la función indicada en el texto de la *negative Abstraktion* (“*Absehen von dem konkreten Gegenstand*”) y la función de la *positive Abstraktion* (“*Festhalten des im empirisch Gegebenen Allgemeinen*”). Asimismo, sobre la dicotomía *concreto/abstracto*, cfr. K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 24.

239. K. Larenz, *op. ult. cit.*, cit., p. 447 y ss.; C. Beduschi, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Cedam, Padova, 1995, p. 33.

ellos se conecta refleja la *ratio* de una consecuencia jurídica que se tiene que asignar según un *pensamiento de orientación valorial*.<sup>240</sup>

En síntesis, se puede detectar el relieve del principio de *semblanza* y cómo este está reconocido en la sede interpretativa de la *libertad de religión*, es decir, en orden a la fundación del concepto en sí. Mediante este principio está prospectada la operatividad de la llamada *semblanza familiar* y es propuesta una fundación conceptual a partir de la *extensión* por “analogía” de un reconocimiento existente a *fattispecie* clasificables según tal prospectiva. Siempre sobre la base de la *semblanza*, aunque en presencia de elementos esenciales sometidos a un diferente régimen de relevancia, se clasifican *fattispecie* diferentes entre ellas dentro de la misma *imagen total* que reasume el tipo.<sup>241</sup>

Lo que cabe destacar es la naturaleza de los límites que encuentran los *iter* fundativos aplicados en carencia de la noción cardinal. La recurrencia de elementos en la praxis –como en la aplicación de las normativas sobre la *religión*– no resulta suficiente para alcanzar reconocimiento.<sup>242</sup> Es necesario, además, elegir las consecuencias jurídicas que se deben reconducir a tal relevancia. Entonces, tanto el legislador que reconoce el fenómeno como la jurisprudencia que concurre en su fundación conceptual realizan elecciones que garantizan coherencia entre el sistema jurídico existente y estas consecuencias.<sup>243</sup>

En otros términos, es preciso asumir el valor de la interpretación jurisprudencial a nivel de *coherencia* con el sistema en su conjunto. Esto ocurre, además, cuando se detecta en vía puramente formal la existencia –o no– de límites a la interpretación dados por el sentido meramente literal de la norma, y se asume que la *fluidez del lenguaje* pueda comportar intervenciones de tipo reductivo sobre la teleología de la regla.<sup>244</sup> Asimismo, también cuando se releva que, más allá del *fin normativo*, la interpretación pueda operar

240. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 201, especialmente para el sentido conceptual de *imagen total* (*Gesamtbild*) y de *wertorientiertes Denken*; G. Orrù, *I criteri extralegali*, cit., p. 83 y ss.

241. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 200.

242. *Idem*, p. 201.

243. *Idem*, p. 202 y ss.

244. *Idem*, p. 377 y ss., especialmente por la llamada *fluidez del lenguaje*, *flüssig Grenze*.

en el mismo sentido por la presencia de otros elementos que justifiquen una *reducción*, como otro fin normativo contenido en otra norma concurrente, por la *naturaleza de las cosas* o por la incidencia de otro principio de rango superior.<sup>245</sup>

Revalidar el valor de la interpretación jurisprudencial (o de la elección del legislador) es reflexionar sobre un principio de orden sistemático reflejado por la *teleología inmanente* del sistema. El reconocimiento de situaciones subjetivas –como se ha repetido– tiene que responder a una *ratio iuris* que refleja no solo una naturaleza lógico-formal sino sobre todo material. Tiene que reflejar un principio de *racionalidad de los fines* reconocidos por el ordenamiento y, por lo tanto, normalmente, asumir en el mismo régimen jurídico *fattispecie* caracterizadas por semejanza.

A tal lógica parece responder, *prima facie*, el “proceso analógico” de la *semblanza familiar*, pero este procedimiento carece, en forma esencial, del elemento comparativo primario. Esto, más allá de ser esencial al fin de la técnica analógica, contiene un valor sistemático en cuanto califica el *fin* reconocido por el ordenamiento, es decir, el concepto normativo desde el cual establecer la *extensión* disciplinaria en vía “analógica”, en aplicación del principio de semejanza a *fattispecie* carentes del mismo reconocimiento.

Valga como dato de cierre sobre el tema comentar que en la argumentación de la doctrina sobre la *semblanza familiar* no se individualizan elementos de un concepto o un concepto en sí, sino que se tiene la necesidad de recurrir a una perífrasis (“instancias de lo que es indisputablemente religioso”). Por lo tanto, la incompatibilidad se produce en relación con el sistema de Estado de Derecho en general, y no solo en cuanto a la elaboración de la técnica analógica.

#### **XIV. Libertad de conciencia. Efectos de la asimetría taxonómica sobre las situaciones subjetivas. Compromiso de conciencia y facultad**

La relación entre *religión* y *conciencia* hace emerger algunos datos relevantes a nivel interpretativo. El problema de la carencia surte efectos

245. C. Fischer, *Topoi verdeckter. Rechtsfortbindungen im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 49 y ss.

no previstos en el sistema, ubicados en el contexto de la aplicación y los supuestos de igualdad a los que se dirige. La falta de definición de los ámbitos normativos y la latencia de una fenomenología que puede extenderse indefinidamente en el contexto de interpretación y calificación produce un doble efecto. Por un lado, la absorción de *fattispecie* similares, y por otro, la impropia conformación de estas a través de elementos generados en la *fattispecie* primaria (como el *status*). De este modo, el concepto se modifica en un sentido esencial y es desplazado desde su ámbito teórico. La clasificación de las distintas situaciones subjetivas, de acuerdo con la clara diversidad de sus caracteres, proporciona en este sentido una herramienta interpretativa adecuada para corroborar este asunto crítico.

Algunas recientes *decision* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, relevantes por el tipo de exégesis histórica que proponen, permiten ilustrar otra área problemática asociada con la *actividad eximida*. En los frecuentes recursos a la *comprensión original* se recuerda cómo en los trabajos previos a la compilación y a la promulgación de la Primera Enmienda en el Senado de Estados Unidos se discutió, además de un *ejercicio libre de la religión*, esencialmente vinculado al cristianismo, la protección de los “plenos e iguales derechos de conciencia”, según la propuesta de James Madison.<sup>246</sup>

Desde el 3 al 9 de septiembre de 1789, tales derechos fueron objeto, al mismo tiempo, de un examen independiente dentro de un *Borrador*, y de un examen conjunto en otro, junto con la libertad religiosa. Este acontecimiento parece dar fe tanto de la demarcación mutua como del igual reconocimiento en el marco axiológico presente ante los Fundadores,<sup>247</sup> si bien el reconocimiento a favor de la *conciencia* decayó en la emanación del texto final, mientras que se mantuvo a favor de la *religión*.<sup>248</sup> De aquí surge la suposición, en el derecho positivo, de que la relación sistémica de los orígenes pueda desempeñar un valor hermenéutico esencial en la actualidad. El campo problemático sería la composición normativa que cruza otras disciplinas

246. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 97 y ss.

247. *Contra* D. Laycock, “Religious Liberty as Liberty”, *cit.*, p. 338 ss., que apoya la tesis de la intercambiabilidad de los dos conceptos.

248. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *op. cit.*, p. 54.



del *Bill of Rights* a menudo superpuestas a las cuestiones del reconocimiento de la *conciencia*.<sup>249</sup>

Por lo tanto, se destacan las conclusiones que ubican como efectos de este reconocimiento selectivo a favor de la *conciencia* datos críticos e hipótesis de resolución. Estos evidenciarían, por ejemplo, la falta de igualdad en cuanto resultado de un privilegio en favor del *compromiso religioso*, el supuesto renacimiento de la *libertad de conciencia* en un nivel más general, como concepto primordial, o la confluencia de cuestiones relativas a la misma *conciencia* dentro de las Cláusulas de Libertad de Expresión o de Prensa como demostración de una *especialidad* de la *libertad de religión*.<sup>250</sup>

Este nivel metodológico no proporciona una relevancia adecuada a la raíz de la actual diferenciación en situaciones subjetivas distintas que los *iter* disciplinarios han trazado, ni tampoco a los cánones arraigados dentro de los respectivos perfiles interpretativos adoptados en la Corte Suprema. Al contrario, parecen ponerse en resalto, al menos, dos áreas críticas de naturaleza estructural.

La primera se refiere a la definición precisa de los límites a las hipótesis de composición. Por consiguiente, se plantea la cuestión de la carencia de protección en el marco de la Cláusula de Libre Ejercicio de los “compromisos de conciencia que no asumen una forma religiosa” en términos de equivalencia disciplinaria. Al mismo tiempo, al detectarse, *sic et simpliciter*, la cuestión de la *igualdad* con respecto a la *conciencia* a nivel de principio, se abarca el dato efectual pero se subestima la naturaleza esencial de la función realizada, en la *aplicación*, por el elemento subjetivo *status* a nivel de reglas concretas.

La segunda se refiere a las amplias diferencias interpretativas de la jurisdicción en relación con asuntos de *conciencia* y *religión*. La simple comparación subestima los efectos que, en cambio, la perspectiva iusprivatística de la situación jurídica focaliza en una taxonomía de contenidos asimétricos, según las dos distintas áreas normativas.<sup>251</sup> Una mirada conjunta de las dos disciplinas hace emerger niveles de complejidad diferentes y notorias

249. W. P. Marshall, “The Case against the Constitutionality Compelled Free Exercise Exemption”, cit., p. 364 y ss.

250. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 59 y ss.

251. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 102.

diferenciaciones de las situaciones subjetivas, en particular al enfocar las *fattispecie* que surgen del reconocimiento autónomo de los derechos de conciencia.

Aparte de la cuestión debatida acerca de poderes creativos de la Corte sobre *derechos fundamentales no enumerados* mediante la adopción de la perspectiva *sustantiva* de la Cláusula del Debido Proceso, las últimas *decision* en materia de libertad personal, de acuerdo con la Decimocuarta Enmienda, han mantenido en la estructura de las motivaciones la fórmula que la Corte Suprema ha proporcionado en *Planned Parenthood v. Casey*.<sup>252</sup> En esta *decision* se ha dado énfasis al *dictum* que reconoce áreas tales como la del caso (interrupción del embarazo):

...materias que involucran las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en el curso de la vida, elecciones fundamentales para la dignidad personal y la autonomía, son centrales en la libertad protegida por la Enmienda Decimocuarta. En el corazón de la libertad está el derecho a definir su propio concepto de existencia, de sentido, del universo y del misterio de la vida humana. Las creencias acerca de estas materias no pueden definir los atributos de la personalidad cuando son formadas bajo la compulsión del Estado.

Contrariamente a lo afirmado en la doctrina, parece dudoso que tal reconocida “zona de conciencia y creencia” pueda representar la base para una posible absorción en el plan operativo de la *libertad de religión* por parte de un *derecho de conciencia*, supuestamente “más abarcativo” o que, aunque presentando autonomía conceptual, sea capaz de disciplinar situaciones similares para todos los ámbitos aplicativos de la *libertad de religión*.

La diferente actitud taxonómica de la jurisprudencia genera que el ámbito normativo con estructura conceptual más precisa, *conciencia* —más allá del *intento original* y a pesar de su aplicación en *fattispecie* dotadas de semejanza—, mantenga una relación de equivalencia con la *religión*, aunque con ámbitos aplicativos más estrictos debido a esta asimetría de naturaleza

252. 505 U.S. 833, 1992. Cfr. C. B. Whitman, “Looking Back on Planned Parenthood v. Casey”, en 100 *Mich. L. Rev.*, 7, 2002, p. 1980.

taxonómica. En este sentido, es necesario superar la ilusión sinóptica a que puede dar lugar el uso homogéneo del concepto de *derechos* (*derechos de conciencia, derechos de religión*), y examinar las fisonomías concretas trazadas por la interpretación judicial con referencia a las respectivas situaciones subjetivas al momento de su *ejercicio*.

Concretamente, por ejemplo, la configuración proporcionada por la Corte Suprema de la elección asociada a la interrupción del embarazo es precisa en determinar cómo esta, aunque enraizada en la conciencia individual, es ejercicio de una situación clasificable como *operatio qua est ad alterum*.<sup>253</sup> Se trata de una situación subjetiva cuyos elementos estructurales, ejercicio y efectos son legitimados en cuanto estén fundados en la ley, no por efecto de aplicación directa de un principio constitucional, aunque el hecho constituyente, en este caso en términos de voluntad subjetiva, es decir, la elección de interrumpir el embarazo, pertenezca al individuo.<sup>254</sup>

Emblemática es la descripción dada por la Corte Suprema al respecto:

...no obstante la decisión de abortar pueda originarse al interior de la zona de conciencia y creencia [*zone of conscience and belief*], ella es más que un ejercicio filosófico. El aborto es un acto único. Es un acto cargado de consecuencias hacia otros: para la mujer que debe vivir con las implicaciones de su decisión; para las personas que lo realizan y asisten al proceso; para el esposo, la familia y la sociedad que debe confrontarse con el conocimiento de que estos procesos existen, procesos que algunos consideran nada menos que un acto de violencia contra una vida humana inocente; y, según las creencias de cada uno, para la vida o la vida poten-

253. F. A. Hayek, *Rules and Order*, cit., p. 101.

254. P. Roubier, *Droits subjectifs*, cit., p. 66 y ss.; S. M. Griffin, *American Constitutionalism*, cit., p. 209: "...la *Casey opinion* ayuda a comprender el rol de la Corte en el constitucionalismo norteamericano contemporáneo. En *Casey* la Corte es agresiva en la protección de su rol institucional, pero vacila cuando viene el momento de implementar los derechos fundamentales según el *Warren Court-style*. La Corte asume una postura firme mientras eviscera el derecho a terminar un embarazo como un derecho *fundamental*, así rompe con la tradición del *substantive due process* en cuanto maniobra para protegerse de un fuerte contrataque político. La Corte en *Casey* no pudo evitar ser influenciada de la tormenta política sobre el aborto, más allá de sus afirmaciones en sentido contrario".

cial que fue abortada. Aunque el aborto es un comportamiento, de ello no se deriva que el Estado tenga título para prohibirlo en todas las circunstancias. Esto es porque la libertad de la mujer está en juego en un sentido único en su condición humana e igualmente único frente al derecho.<sup>255</sup>

El ámbito relevante de incidencia de los efectos del acto de autonomía constituye un valor de balanceo identificado en su amplitud y demuestra que se reconoce que “el destino de la mujer debe configurarse por una amplia extensión sobre su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad”, aunque reconociendo la asunción en términos relacionales de la libertad individual como *autonomía*.<sup>256</sup> Destacando los ámbitos de incidencia y reconociendo su relevancia, no solo se establece el término comparativo (*degree*),<sup>257</sup> sino que también se prefiguran posiciones cuya naturaleza es relativamente distinta: el Estado no tiene derecho a definir los “atributos de la personalidad” ni a prohibir la actividad en cuestión “en todas las circunstancias”, pero es un sujeto que no ha renunciado ni está desprovisto de tal último poder, y el campo de eficacia de la *libertad, como autonomía*, tiene carácter taxativo: por ejemplo, tipologías relacionadas con la vida conyugal, aborto o igualdad de género.<sup>258</sup>

Desde esta *decision* hacia adelante, evocándola expresamente, se reconoce la misma *autorrestricción* sobre la libertad relativa al “código moral”, como en el caso de conductas homosexuales prohibidas por la ley.<sup>259</sup> Sin embargo, al mismo tiempo se reitera cómo se está protegiendo la “autonomía de la persona en tomar estas decisiones”, y dichas opciones son aún, de acuerdo con las bases reguladoras del caso *Casey*,

255. Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 852.

256. T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law*, cit., *passim*. Para el contexto jurídico entre el cual se desenvuelve el aborto desde *Roe v. Wade* en adelante, véase K. Greenawalt, “Individual conscience and how it should be treated”, cit., p. 314 y ss.

257. J. Raz, *The Morality of Freedom*, cit., p. 154 y ss.

258. Sobre las mutaciones desde el caso *Roe v. Wade* (410, U.S. 113, 1973) hasta el caso *Casey*, cfr. D. P. Kommers - J. E. Finn - G. J. Jacobsohn, *American Constitutional Law*, vol. 1, *Governmental Powers and Democracy*, Rowman & Littlefield, Plymouth, 2010, p. 67 y ss.; C. B. Whitman, “Looking Back”, cit., p. 1986.

259. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574, 2003.

“matrimonio, procreación, anticoncepción, relaciones familiares, crianza de hijos y educación”.

La *libertad de conciencia* basada en la doctrina *Casey* está reconocida recientemente en *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*,<sup>260</sup> tomando prestado desde el *precedent* un inciso sobre el control de la reproducción por parte de las mujeres como un factor de facilitación de su participación en la vida económica y social del país. Aunque en un sentido crítico, la naturaleza *sustantiva* de lo que está reconocido en *Casey* se encuentra aún más recientemente reiterada en *Obergefell v. Hodges*,<sup>261</sup> que formula la conocida *doctrine* sobre la protección constitucional del matrimonio homosexual. El *Justice* Thomas, a quien adhiere el *Justice* Scalia, remarca en su *dissenting opinion* las fuentes de la libertad y de la *innata dignidad humana*, es decir, la Constitución y la *Declaration*, excluyendo de estas fuentes al *Government*, como la mayoría de los Jueces ha fallado. Esto implica la inversión de la relación entre el individuo y el Estado. También denuncia la “ficción peligrosa” inherente a la perspectiva del derecho al *Debido Proceso* como apto para constituir *derechos sustantivos* desconocidos en el contexto de la Carta, destacando críticamente, en este sentido, la continuidad de esta *decision* con la doctrina formulada en *Casey*.

Se puede llegar a la conclusión de que el ámbito reconocido como *sustantivo* de la *descomposición* de la *libertad de conciencia*, siguiendo a *Casey* –más allá de la Cláusula del Debido Proceso y de las formas de reconocimiento vinculadas por la concurrencia de otras disciplinas del *Bill of Rights*–, presenta una concretización relacionada al objeto y a la taxatividad en cuanto al ámbito de eficacia del reconocimiento. Esto constituye un límite que parece insuperable para la doctrina, que al contrario sostiene un valor general de esta configuración.

La calificación de la situación subjetiva demuestra que, aunque el reconocimiento relacionado a la fórmula “zona de conciencia y creencia” conecte el *ejercicio* a un elemento subjetivo desprovisto de la connotación de *status* según la definición actual, en su concretización no es corroborable la supuesta mayor generalidad, debido a los límites existentes en el ámbito apli-

260. 134 S. Ct. 2751, 2014.

261. 135 S. Ct. 2071, 2015.

cativo dados por las diferentes notas distintivas.<sup>262</sup> En una mirada conjunta, al contrario que en la Primera Enmienda y al margen de las peculiaridades evocadas por las distintas *fattispecie* (como puede ser el elemento de la edad en las hipótesis aquí ejemplificadas en términos de *conciencia*), la situación subjetiva es calificable en su abstracción como *facultad*, como *prerrogativa condicionada*, y por ende distinta de la *libertad* que califica a la *religión*. En cuanto tal, es sujeta a condiciones de ley que, al variar en función de las circunstancias, conforman la figura de acuerdo con la situación jurídica final. El elemento regulador común es la voluntad subjetiva que se sitúa como principio constitutivo de la situación, pero a la cual son sustraídos las modalidades de ejercicio y sus efectos, cuya evaluación es de pertinencia exclusiva de la ley.<sup>263</sup>

## **XV. Exención y legitimación. Configuración del desplazamiento conceptual. Principio de coherencia y contradicción de los resultados teóricos**

La evolución jurisdiccional parece poner en evidencia también, dentro de otro prisma, cómo los casos *Seeger* y posteriormente *Welsh* han constituido en forma irrefleja un modelo normativo que opera con eficacia absorbente con respecto a *fattispecie* conceptualmente externas a la Primera Enmienda. De este modo, se genera una cuestión sistémica en la interpretación de la relación entre diferentes principios del *Bill of Rights*.

En cuanto al perfil subjetivo y a la composición entre el *status* y la *creencia*, la perspectiva probatoria revela una mutua autonomía de los dos elementos. El *status*, insistiendo en este ámbito carente de conceptualización, asume en algunos casos valor constitutivo y, en otros, residual. Mientras con *Seeger* desaparece el elemento del deísmo por la definición de la clase “religiosa” (aunque *hecha por sí mismo*), con *Welsh* se interviene directamente en la estructura normativa y se modifica radicalmente su naturaleza.

262. Sobre la *Gesetzesanwendung*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 255 y ss., especialmente a p. 260 en tema de “derivación de la consecuencia jurídica mediante la conclusión”.

263. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, cit., p. 164 y ss.

Además de separar ontológicamente la titularidad de la *libertad de religión* de la raíz religiosa, se confirma la equivalencia funcional de las *creencias* “que resultan puramente éticas o morales en la fuente y el contenido”. En otras palabras, puede argumentarse que estas ordenan, aunque según otro origen, la vida del sujeto *sicut religio*, reconociendo en los procedimientos la configuración deducida por el *appellant* de creencias que resultan “ciertamente religiosas en el sentido ético de la palabra”,<sup>264</sup> y luego consagrando en la *decision* que “dichas creencias ciertamente ocupan en la vida de aquel individuo ‘un lugar paralelo a aquello llenado por... Dios’ en las personas religiosas según la tradición”.

A partir de la evolución de los dos principios, el ámbito normativo presenta una composición regida por efectos irreflejos de las respectivas dinámicas regulativas y también opuesta a múltiples hipótesis formuladas en la materia. Al contrario que la *libertad de conciencia*, marcada por un perímetro taxativo de eficacia, el efecto de la carencia taxonómica de la *libertad de religión* es el *desplazamiento* de la primera disciplina, independientemente de cualquier *lógica aplicativa*,<sup>265</sup> con respecto a un ámbito de común relevancia práctica que resulta atraído a esta última disciplina como resultado de las opciones interpretativas de la Corte. De acuerdo con esta perspectiva, en la doctrina se pueden constatar elementos críticos adicionales.

Desde la perspectiva horizontal, *rectius* de *efecto horizontal débil*,<sup>266</sup> estos se pueden detectar enfocando la cuestión de la *igualdad aplicativa* cuando el análisis excluya sus raíces en el pluralismo de valores. Tal análisis lleva al tema prioritario de la extensibilidad de la exención de acuerdo con la doctrina *Welsh* a *fattispecie* de similar –si no mayor– correspondencia, como por ejemplo –si se quiere– la *libertad de conciencia*, para que la interpretación opere de acuerdo con la *coherencia* de la regla, cuando sea establecida su compatibilidad sistemática.

Una vez excluido el prisma del *pluralismo de valores*, la doctrina sintetiza la cuestión en un llamado “asunto más amplio” (*larger issue*)

264. Cfr. *United States v. Welsh*, cit., p. 339 y ss.

265. Sobre la *Anwendungslogik* y su conexión con la relevancia práctica común como *Gleichartigkeit*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, cit., p. 192 y ss.

266. D. Friedmann - D. Barak-Erez, “Introduction”, en AA.VV., *Human Rights in Private Law*, cit., p. 6, sobre el *weak horizontal effect*.



que tiene lugar integralmente dentro del marco de la *libertad de religión*. Este sintagma –*larger issue*– formula la asunción de tal normativa a *fattispecie* general: “Si los creyentes religiosos son exentos del reclutamiento, ¿esto habilita a Welsh una demanda legitimada en la moral (o en la Constitución) para ser similarmente exento?”.<sup>267</sup> Así es que este planteo confluye en el problema de si “una práctica enraizada culturalmente es suficientemente basada en la religión para ser calificada como ‘religiosa’”.<sup>268</sup>

Una perspectiva pluralista, en cambio, subraya la contradicción interpretativa. Una hipótesis coherente sería la exención de la regla adoptada a otro ámbito connotado por semejanza, aunque correspondiente a otro principio, sobre la base de la *igualdad aplicativa*. Al contrario, dada la carencia taxonómica en materia de *libertad de religión*, se propone interpretar el *mismo principio* según una fisonomía *más amplia*, apta para incluir *fattispecie* concretas normativamente, axiológicamente heterogéneas aunque similares bajo un perfil praxeológico.<sup>269</sup>

El efecto sistémico emerge más claramente cuando el problema *igualdad aplicativa* se examina con respecto a los sujetos no religiosos, en cuyo caso el método propuesto para la extensión de la regla replica la estructura normativa elaborada en el ámbito de la *religión* y sigue la asunción de

267. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 226. Sobre la extensión de la *exención fundada sobre la acción*, plantea el problema como de mera *equidad*. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 304, n. 14.

268. *Idem*, p. 318.

269. M. O. DeGirolami, “The Tragedy of Religious Freedom”, cit., p. 28. Cfr. asimismo el análisis de M. J. Sandel, “Religious Liberty - Freedom of Conscience or Freedom of Choice?”, en 1989 *Utah L. Rev.*, p. 614 ss., sobre una “La tendencia de las cortes de asimilar la libertad de religión a la libertad en general [...] confunde el perseguimiento de preferencias con el ejercicio de deberes y por lo tanto se olvida de la especial preocupación de la libertad religiosa con las demandas de seres gravados concienzudamente”. Cfr. además W. P. Marshall, “What Is the Matter with Equality?: An Assessment of the Equal Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence”, en 75 *Ind. L. J.*, 2000, p. 197 y ss. El problema está resaltado también en K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, *ivi*: “Una excepción otorgada exclusivamente sobre la base de la actividad no está en tensión con el Estado de Derecho, siempre que cualquier persona pueda participar de la actividad que merece la excepción. Pero las excepciones otorgadas sobre la base de creencias o *status* amenazan la realización de este ideal”.

los elementos subjetivos como en el esquema aquí ilustrado. Así se llega a soluciones parcialmente compatibles cuando, siempre manteniendo el enfoque sobre el elemento *religión*, se hipotetiza configurar o se crea artificialmente un *status* (por ejemplo, el ateísmo, el agnosticismo) de supuesta equivalente relevancia para el derecho. Por el contrario, se llega a soluciones de clara antítesis cuando este supuesto no es identificable y el esquema resulta no aplicable, como ocurre en las *fattispecie* donde, por hipótesis, entre *religión* y *conciencia* haya combinación (*conflation*) o superposición (*overlapping*).<sup>270</sup>

Desde la perspectiva vertical, los datos críticos emergen cuando la exención debe justificarse con respecto a *ratio legis* connotadas por imperatividad, como en las hipótesis de leyes penales —ámbito en el cual se encuentra prohibida la analogía en la interpretación—. <sup>271</sup> Aquí se evoca una calificación *ad excludendum* de las *preferencias fuertes*, advirtiendo a fin de la exención “que las preferencias fuertes en cuestión no sean inmorales, ni autodestructivas ni desarrolladas en una forma que perpetúe la inequidad social”,<sup>272</sup> o se establecen criterios, siempre *ad excludendum*, tales como los casos de “abuso y exenciones negligentes”.<sup>273</sup> Sin embargo, al hacerlo se incurre en otra contradicción interpretativa: se asume en el campo constitutivo el tipo de resultado (eventual) de una evaluación *ex post* sobre la *fattispecie* concreta, pero esto es precisamente lo que se da por prohibido a la cognición de las Cortes y protegido por cualquier “interferencia” externa.

270. *Idem*, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 151 ss. R. Heß, *Grundrechtskonkurrenzen*, cit., p. 30: En el caso de una *conexión entre alternativas* (*Entweder-oder-Verknüpfung*) que tenga naturaleza de técnica normativa, es imposible separar cada norma sobre el lado de las consecuencias jurídicas. La definición de la norma jurídica requiere que haya sido formulado un enunciado vinculante de que una conducta es prohibida u obligatoria. Una regla de derecho debe ser establecida. En cualquier caso, con la conexión de una *fattispecie* abstracta con dos consecuencias de derecho alternativas, no se obtiene una regla jurídicamente vinculante, en cuanto una consecuencia jurídica interviene solo si la otra es excluida.

271. J. Waldron, “One Law for All?”, cit., p. 5 con referencia a *State v. Kargar*, 679 A. 2d 81 (Me. 1996).

272. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 307.

273. A. C. Carmella, “Exemptions and the Establishment Clause”, cit., p. 1744.

El nivel horizontal ilustra igualmente la naturaleza anómala de los elementos epistemológicos en el *desplazamiento conceptual* en cuestión.<sup>274</sup> La primera anomalía se deriva de la falta de correspondencia entre normas y voluntad expresada por los constituyentes siguiendo el evento histórico de la formación original de la Constitución para los *Framers*. Con respecto a la *intención original* que contenía una relación normal de *especialidad* entre *libertad de conciencia* como *lex generalis* y *libertad de religión* como *lex specialis*, la decadencia dentro de la elaboración textual constitucional de la primera ha dejado a la segunda un *spatium iuris* que, en un ordenamiento dirigido a una sociedad pluralista, no puede ser desempeñado por el principio correlativo, debido a la coesencialidad de sus elementos constitutivos, así como se fueron desarrollando en la jurisprudencia, principalmente pensando en el *status*.

La segunda anomalía se deduce de la primera, y se deriva de la combinación del dato omisivo, la carencia con respecto a la *fundación conceptual* y al tratamiento interpretativo de los casos que se caracterizan por semejanza. Así, la falta de justificación para el tratamiento excepcional garantizado a la *religión* se une al intento de asumir la disciplina a *fattispecie* general, invirtiendo en la interpretación lo que está enraizado en el contexto normativo, al no poder contar con elementos proporcionados con certidumbre clasificatoria y normativa, como sería por ejemplo el concepto de *individuo*. Por lo tanto, se debe asimilar en otras *fattispecie* el elemento constitutivo *status*, además, recurriendo a categorías elaboradas no sin cierta artificialidad.

El punto de observación de las situaciones subjetivas pone de manifiesto que, relevando cómo la “*Supreme Court* [...] ha quedado relativamente en silencio”<sup>275</sup> sobre el problema de la fundación conceptual, hay que destacar también que tal omisión crónica produce una combinación de efectos irreverlejos relacionados con distintas hipótesis de *desplazamiento conceptual*, destacando el caso concreto en su anomalía y en su relevancia, aunque debida a una mera identificación factual.

Las hipótesis, en la doctrina y en la jurisprudencia, de inversión del ámbito aplicativo en términos de generalidad, el llamado *asunto más amplio*, y luego la asunción a este grado de la *libertad de religión*, están empleadas no

274. K. Larenz - M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 320.

275. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 125.

solo a través de la construcción artificial de los elementos estructurales, sino también sin el examen relativo al elemento funcional que caracteriza normalmente un desplazamiento de este tipo: la función de especialidad cubierta por un concepto está conectada a una *modificación teleológica* restrictiva del sistema normativo, y por lo tanto no legitima la construcción inversa, es decir, que desde la función especial se genere una extensión de la estructura a un ámbito general.<sup>276</sup>

La misma inversión del ámbito aplicativo, como se mencionaba antes, es incompatible incluso si –por una prosecución lógica– hubiera una elaboración en términos de aplicación para “fines normativos iguales” consecuente con el principio de igualdad aplicado a “formas de vida que aparecen sustancialmente idénticas”, y que, además, justo debido a su carácter cumulativo y no alternativo, esta elaboración no tuviera naturaleza de desplazamiento causado por concurrencia de normas.<sup>277</sup> Esa incompatibilidad, de hecho, resulta siempre por el valor de esencialidad del elemento *status* que hace inaplicable la hipótesis teórica.

## **XVI. Conclusiones. Desplazamiento conceptual como efecto irreflejo de la interpretación. Incompatibilidad con el Estado de Derecho**

Una máxima que debería ser compartida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia afirma que “De *concepto* en sentido estricto se puede hablar solo cuando es posible definirlo claramente indicando todos los elementos distintivos que lo caracterizan”.<sup>278</sup> Asumiendo esta máxima para examinar el *statu quo*, se destaca que sigue siendo caracterizado por los efectos de la carencia conceptual: incoherencia estructural y terminológica en las decisiones de las Cortes, secuencias de *decision* carentes de *coherencia* con los precedentes, contradicciones de análisis doctrinales, falta de

276. Sobre el *Zweck der verdrängenden Norm* cfr. K. Larenz - M. Wolf, cit., *ivi*, también para la hipótesis paralela, es decir, que “En general, el desplazamiento de una norma por otra puede resultar por el fin (*Zweck*) de la norma que desplaza, sin que esta tenga que ser una *lex specialis*”.

277. Sobre el concepto de *gleiche Anspruchsziele*, cfr. *Ibidem*, p. 322.

278. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 194.

previsibilidad y estabilidad de la regla, entre otros. Esto es así a tal punto que se puede afirmar que “La Corte ha perdido cualquier predictibilidad, no atenderá sus propios precedentes y está virando desde una posición insostenible a otra”.<sup>279</sup>

Sin embargo, aquí se desea focalizar otro efecto que ya se ha mencionado, más precisamente un efecto irreflejo, clasificable entre los aspectos críticos generados por las decisiones jurisprudenciales en torno a la Primera Enmienda. Desde la doctrina del caso *Ballard* (que lleva el profético *caveat* del *Justice Jackson*) hasta al caso *Hobby Lobby*, a través del caso *Thomas* y las cuestiones relativas a la interpretación de la *sinceridad de la creencia*,<sup>280</sup> se identifica el comienzo de la obsecuente *autorrestricción* que la Corte Suprema impuso en cuanto a la interpretación de la factualidad con respecto a la *libertad de religión*. Así se destaca la paradoja de un acertamiento *sine regulis* ya en el nivel de la interpretación y calificación de las circunstancias de hecho (la *cuestión de hecho*),<sup>281</sup> actividad a menudo delegada a otros organismos de las propias Cortes, generando que el efecto teórico de este *vacuum* permee en forma esencial el modelo pluralista de la *Constitution*.

El primer elemento constitutivo de este efecto irreflejo es identificable en los procesos de formación del concepto, cuando la relación entre *cuestión de hecho* y *cuestión de derecho*<sup>282</sup> es caracterizada por un límite contundente inherente a la cognición del primer elemento, estratificado entonces en el vértice del sistema decisorio. Así se produce un efecto en el proceso complementario y siguiente de reconocimiento, conceptualización y clasificación normativa: es decir, la *alineación conceptual* concebida y consiguientemente asumida como *función fundamental de la comprobación factual*.<sup>283</sup>

Otro elemento de igual valor constitutivo es identificable en el efecto adicional de la consolidación del principio de *autorrestricción*, recurrente en los análisis de doctrina y jurisprudencia, entre *libertad de religión* y li-

279. R. Redwood French, “From Yoder to Yoda: Models of Traditional, Modern, and Post-modern Religion in U.S. Constitutional Law”, in 41 *Ariz. L. Rev.*, 1999, p. 54 y ss.

280. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 127.

281. J. A. Goldstein, “Is There A ‘Religious Question’ Doctrine?”, cit., p. 503 y ss.

282. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 294 y ss.

283. Sobre la *begriffliche Angleichung* como *Grundfunktion der Tatbestandsfeststellung* cfr. W. A. Scheurle, “Beiträge zum Problem”, cit., p. 22.

*bertad de conciencia*, es decir, la aparición de una taxonomía asimétrica en la aplicación de los dos principios normativos. Cuando la *cuestión de hecho* mantiene los límites indicados, los asuntos relacionados con los dos principios y los ámbitos disciplinarios que los contienen demuestran cómo entre ellos hay un *concurso normativo* peculiar, generado por la asimetría que las disciplinas presentan en las respectivas aplicaciones y connotado como resultado de alternativas de consecuencias muy distintas.<sup>284</sup>

Por ello, es esencial individualar el canon interpretativo en torno a los *efectos directos* –y, por el perfil sistémico, a los *efectos irreflejos*– que el *concurso normativo alternativo, in subiecta materia*, extrae de tal carencia conceptual. Este marco problemático es definido por una configuración de efectos distintos que no se excluyen mutuamente, pero generan el desplazamiento de unos con respecto a los otros en cuanto al perfil teleológico.

Deslindando este *concurso normativo*, la peculiaridad se sitúa en el hecho de que *in limine* de todos los criterios que pueden regular el fenómeno,<sup>285</sup> por ejemplo la hipótesis de una relación de especialidad,<sup>286</sup> en el régimen de aplicación desarrollado aparece consolidado un desplazamiento disciplinario resultante por su homólogo fenómeno a nivel conceptual,<sup>287</sup> no comprobado ni motivado como tal. El efecto de la carencia conceptual es la absorción en el ámbito de la Primera Enmienda, más allá de cualquier lógica aplicativa pluralista, de *fattispecie* que regulan supuestos de hecho en parte o a veces plenamente calificables por semejanza.<sup>288</sup> De este *efecto irreflejo*, la perspectiva derivada del *principio de igualdad* solo proporciona una mirada parcial, mientras que las situaciones subjetivas que se pueden delinear bajo el enfoque de la *igualdad aplicativa* son un reflejo más completo.

284. Sobre la *alternative Konkurrenz* cfr. R. HEß, *Grundrechtskonkurrenzen*, cit., p. 29.

285. L. Enneccerus - H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I Teil, cit., § 60; K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 250.

286. V. Epping, *Grundrechte*, cit., p. 126.

287. R. Heß, *Grundrechtskonkurrenzen*, cit., p. 59 y ss.

288. E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, cit., p. 798: “El test de posición paralela, entonces, es más apropiado para una definición de conciencia que de religión. Pese a esta aparente superposición, la Corte reafirmó sustancialmente (o incluso expandió) la definición de *Seeger* en *Welsh v. United States*”.

En los casos *Seeger* y *Welsh*, la dinámica probatoria que han promovido y el reconocimiento de naturaleza casi épica de fenomenologías *paralelas* a la religión,<sup>289</sup> se han constituido condiciones para que los términos objetivos de la *exención*, las *actividades*, sean absorbidos por la lógica subjetiva del *status*, conforme a la vaguedad intrínseca de la noción y ante la falta del necesario concepto relacional. Aunque se aparte de la consideración común en términos de *creencia*, a partir del principio de la esencialidad de la calificación de la *creencia* como *religiosa* (siendo *religiosa* el paradigma normativo, por lo que se designa como *paralelismo*),<sup>290</sup> se producen inestables e impredecibles motivaciones relacionadas con la cronicidad de la carencia conceptual.

Es posible concluir que no son cumplidos los corolarios de legitimación de las *decision* en un Estado de Derecho pluralista, es decir, la *aplicación* justificada por la *coherencia*, aquí examinada desde la perspectiva de la situación subjetiva.<sup>291</sup> El desplazamiento analizado demuestra que la *religión* ha absorbido el ámbito que, de acuerdo con un diseño teórico ideal relativo a un concepto primordial, pertenecía a la *conciencia*, siendo la primera una posible fuente entre muchas otras. Además, la *coherencia* de las situaciones que reconoce está imposibilitada por el valor constitutivo del *status*, que no es un elemento conectado exclusivamente a la sede peculiar genético-normativa, sino también esencial a nivel estructural y funcional. Así se contradice la generalidad del elemento *actividad* admitido en el sistema a través de la *exención*.<sup>292</sup>

Al colocarse los perfiles de justificación fuera del Estado de Derecho, se deriva la estable, inmanente negación de la *igualdad en la aplicación*, pero no exclusivamente en razón de tal antagonismo. Si bien no se encuentra *decision* que legitime ni motive una posición preeminente de la *libertad de*

289. Cfr. en *Welsh*, *Justice Black, Opinion of the Court*, 340-341, en donde se acuerda en que *Welsh* originariamente caracterizó sus creencias como no religiosas y luego declaró que sus creencias eran “ciertamente religiosas en el sentido ético de la palabras”.

290. E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, cit., p. 797: “Lo que la corte quiso decir con ‘paralelo’ no es enteramente claro, pero ella parece haber tenido en mente la fuerza por la cual un individuo es obligado a su propio sistema de creencia”.

291. F. A. Hayek, “Rules and Order”, cit., p. 94 y ss.; *Idem*, “The Mirage of Social Justice”, cit., p. 15 y ss.

292. *Idem*, *The Constitution of Liberty*, cit., p. 154.



*religión* entre las disciplinas del *Bill of Rights* relativas a las libertades, es un reconocimiento de hecho que esta posición está asumida en el complejo del ordenamiento. Igualmente, la carencia conceptual, como se demuestra, al mismo tiempo no solo produce una función normativa primaria externa a las fuentes, identificable en el recurso a la *deferencia*, sino también el debilitamiento del principio justificativo en sí.<sup>293</sup> Como tales, las contradicciones en la legitimación de la *exención* de acuerdo con la Primera Enmienda ponen de relieve la incompatibilidad con respecto al Estado de Derecho, hasta los diferentes niveles aquí evidenciados, y la dependencia de la institución *exención* de procesos de otra naturaleza.<sup>294</sup>

## Bibliografía

- AA.VV., *Religious Exemptions*, edited by K. Vallier, M. Weber, New York, 2018.
- Adams, A. M., Emmerich, C. J., *A Nations Dedicated to Religious Liberty. The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, University of Pennsylvania Press, 1990.
- Aleinikoff, T. A., “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en 96 *Yale L. J.*, 1987, p. 943.
- Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden Baden, 1994.
- Allan, T. R. S., *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

293. E. Sherwin, “Legal Taxonomy”, cit., p. 29: “Si la prescripción es demasiado vaga o controvertida para ser coherentemente comprendida y aplicada, ella no puede operar como una regla establecida sino solamente como una justificación de fondo para reglas más concretas establecidas por otros”.

294. R. Navarro Valls, “Prólogo”, en J. H. Matlary, *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2008, p. 13; M. Olson, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) - London, 1965, p. 160, n. 2; A. D. Hertzke, “The globalization of religious advocacy: implication for US foreign policy”, in AA.VV., *The Politics and Practice of Religious Diversity. National contexts, global issues*, ed. A. Dawson, Routledge, Abingdon - New York, 2016, p. 157; G. Macri, “Lobbies”, in *Digesto, Disc. Pubbl., Aggiornamento*, UTET, Torino, 2012, p. 474.

- Bader, V., "Taking religious pluralism seriously. Arguing for an institutional turn. Introduction", en *Ethical Theory Moral Pract.*, 6, 2003, p. 3.
- Bailyn, B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap Press, Cambridge, (Mass.), 1992.
- Baker, E., "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", en *62 Iowa L. Rev.*, 1976, p. 1.
- Barak, A., "Constitutional Human Rights and Private Law", en AA.VV., *Human Rights in Private Law*, edited by D. Friedmann and D. Barak-Erez, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, p. 13.
- Barnett, R. E., "Interpretation and Construction", en *34 Harv. L. J. & Pub. Pol'y*, 2011, p. 65.
- Beduschi, C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Cedam, Padova, 1995.
- Beever, A. Rickett, C., "Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer", en *Modern L. Rev.*, 68 (2), 2005, p. 320.
- Berns, W., *Democracy and the Constitution*, AEI Press, Washington, 2006.
- Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed., Giuffrè, Milano, 1971.
- "Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva", in *Idem, Diritto, metodo, ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 523.
- Birks, P., *English Private Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Bogen, D., "Generally Applicable Laws and the First Amendment", en *26 SW. U. L. Rev.*, 1997, p. 201.
- Bork, R., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- Braun, J., *Leitbilder im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984.
- Brox, H., Walker, W. D., *Allgemeiner Teil des BGB*, Carl Heymans Verlag, Köln, 2009.
- Bruhl, A. A. P., "Hierarchically Variable Deference to Agency Interpretations", en *89 Notre Dame L. Rev.*, 2013, p. 727.
- Brütt, L., *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, J. Guttentag, Berlin, 1907.
- Bucher, E., *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.
- Caiani, L., voce "Analogia" (Teoria generale), en *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 348.

- Calabresi, S. G., Salander, A., "Religion and the Equal Protection Clause", en *Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers*, n° 213, 2012, p. 118 ss.
- Campbell Black, H., *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, St. Paul, 1911.
- Canaris, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Duncker und Humblot, Berlin, 1983.
- *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, de Gruyter, Berlin, New York, 1999.
- "L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco", en *Studium Juris*, 1999, p. 359.
- Carmella, A. C., "Exemptions and the Establishment Clause", en 32 *Cardozo L. Rev.*, 2011, p. 1731.
- Chananie, S., "Belief in God and Transcendental Meditation: The Problem of Defining Religion in the First Amendment", en 3 *Pace L. Rev.* 147, 1982, p. 147.
- Chavez, R. B., "The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes", en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 63.
- Chen, A. K., "Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose", en 38 *Harv. C. R., C. L. L. Rev.*, 2003, pp. 31-90.
- Choper, J. H., "Defining Religion in the First Amendment", en *U. Ill. L. Rev.*, 1982, pp. 579-613.
- *Securing Religious Liberty: Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
- Christandl, G., *La risarcibilità del danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Cisneros, L. A., "The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction", en 27 *Const. Commentary*, 2010, p. 71.
- Clements, B., "Defining 'Religion' in the First Amendment: A Functional Approach", en 74 *Cornell L. Rev.*, 1989, p. 532.
- Conkle, D. O., "The Path of American Religious Liberty: From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future", en 75 *Ind. L. J.*, 1, 2000, p. 1.

- *Religion, Law, and the Constitution*, Foundation Press, St. Paul, 2016.
- Cornell, N., “Overbreadth and Listeners’ Rights”, en *Harv. L. Rev.*, 123, 2010, p. 1.
- Craswell, R., “Incommensurability, Welfare Economics, and the Law”, en *U. Pa. L. Rev.*, 146, n° 5, 1998, p. 1419.
- Cross, F. B., *Constitutions and Religious Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Curry, T. J., *The First Freedoms. Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1986.
- Crusmac, O., “A defence of gender-based affirmative action grounded on a comparison of the United States and of the European Union models”, en *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, 19, 1, 2019, p. 35 y ss.
- Dagan, H., “Legal Realism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, edited by C. Rickett & R. Grantham, Hart, Oxford, Portland, 2008, p. 147.
- Daly, P., *A Theory of Deference in Administrative Law. Basis, Application and Scope*, Cambridge, 2012.
- DeGirolami, M. O., *The Tragedy of Religious Freedom*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 2013.
- Dilthey, W., *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, en *Gesammelte Schriften*, VII Band, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1992.
- Donati, A., *Rule of Law. Common Law. Lineamenti*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Dürig, G., “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en AA.VV., *Vom Bonner Grundgesetz zum gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift für Hans Nawiasky zum 75 Geburtstag*, herausgegeben von T. Maunz, Isar, München, 1956, p. 157.
- Eckert, A., “Der Begriff der Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen”, en *JuS*, 1994, p. 625.
- Eisgruber, C. L., Sager, L. G., “The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct”, en *U. Chi. L. Rev.*, 1994, 61, 4, p. 1245.
- *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2007.

- Eisler, K. I., "William J. Brennan Jr.: Judicial Architect of Affirmative Action", en *Journal of Blacks in Higher Education*, 17, 1997, p. 110.
- Emmerich, V., *BGB, Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015.
- Engisch, K., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Universitätsverlag Carl Winter, Heidelberg, 1953.
- Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Enneccerus, L., Nipperdey, H. C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I Teil, Mohr Siebeck, Tübingen, 1952.
- Epping, V., *Grundrechte*, Springer, Heidelberg, 2015.
- Epstein, R. A., *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2014.
- Estreicher, S., Revesz, R. L., "Nonacquiescence by Federal Administrative Agency", en 98 *Yale L. J.*, 1989, p. 679.
- Evans, B. N., *Interpreting the Free Exercise of Religion. The Constitution and American Pluralism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill-London, 1997.
- Fallon Jr., R. H., "Making Sense of Overbreadth", en 100 *Yale. L. J.*, 1991, p. 853.
- "The 'Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse", en 97 *Colum. L. Rev.*, 1997, p. 1.
- Feldman, N., *Divided by God. America's Church-State Problem and What We Should Do About It*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005.
- "The Framers' Church-State Problem, and Ours", en AA.VV., *The Constitution in 2020*, edited by, J. M. Balkin & R. B. Siegel, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 221.
- Fischer, C., *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Fiss, R., *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, 1999.
- Frankel, G. S., "Note, Untangling First Amendment Values: The Prisoner's Dilemma", en 59 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1991, p. 1614.
- Freeman, III, G. C., "The Misguided Search for the Constitutional Definition of 'Religion'", en 71 *Geo. L. J.*, 1983, p. 1519;
- Fried, C., *Saying what the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2004.

- Friedmann, W. G., “Some Reflections on Status and Freedom”, en R. A. Newman (edited), *Essays in jurisprudence in honor of R. Pound*, The Bobs-Merrill Co. Inc., New York-Indianapolis, 1962, p. 222.
- Fuller, L., *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven and London, 1964.
- Gebauer, M., *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Gedicks, F. M., Berg, T. C., “Religion”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, edited by K. L. Hall, J. W. Ely Jr., J. B. Grossman, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 836.
- Gedicks, F. M., “An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions”, en 20 *U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 1998, p. 555.
- Gey, S. G., “Reconciling the Supreme Court’s Four Establishment Clauses”, en 8 *U. Pa. J. Const. L.*, 2006, p. 725.
- Gellman S. & Looper-Friedman S., “Thou Shalt Use The Equal Protection Clause For Religion Cases (Not Just The Establishment Clause)”, en *U. Pa. J. Const. L.*, (2008), p. 665.
- Giegerich, T., *Privatwirkung der Grundrechte in den USA. Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes*, Heidelberg, 1992.
- Goldsmith, A. E., “The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited”, en 30 *Am. J. Crim. L.*, 2002-2003, p. 279.
- Goldstein, J. A., “Is There A ‘Religious Question’ Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs”, en 54 *Cath. U. L. Rev.*, 2005, p. 497.
- Gray, J., *Isaiah Berlin*, Princeton, 1997.
- Graveson, R. H., *Status in Common Law*, Athlone Press, London, 1953.
- Greenawalt, K., “Religion as a Concept in Constitutional Law”, en 72 *Cal. L. Rev.*, 1984, p. 753.
- *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995.
  - *Religion and the Constitution*, 1, *Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
  - *Religion and Constitution*, 2, *Establishment and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
  - “Individual conscience and how it should be treated”, en *Journal of Law and Religion*, 31, 3, 2016, p. 306.

- Grice, P., *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1991.
- Griffin, S. M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996.
- Grüneberg, C., “sub § 253”, in AA.VV., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Auflage, C. H. Beck, München, 2012.
- Gutmann, T., “Säkularisierung und Normenbegründung”, en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, herausgegeben von N. Jansen, P. Oestmann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 221.
- Halleve, G., *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010.
- Hayek (von), F. A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.
- *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London, 1998.
- Hamburger, P. A., “A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective”, en *60 Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, p. 915.
- Hamilton, M. A., “Religious Institutions, the No-Harm Doctrine, and the Public Good”, en *4 BYU L. Rev.*, 2004, p. 1099.
- *God vs. the Gavel. Religion and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 2005.
- Hammen, H., “Die Forderung, ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. I BGB?”, en *AcP*, Bd. 199, 1999, p. 591.
- Harris, N., *Law in a Complex State. Complexity in the Law & Structure of Welfare*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013.
- Heck, P., “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, en *AcP*, Bd. 112, 1914, p. 1.
- Heinrich, C., *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.
- Helfand, M. A., “Litigating Religion”, en *93 B.U. L. Rev.*, 2013, p. 493.
- Hertzke, A. D., “The globalization of religious advocacy: implication for US foreign policy”, in AA.VV., *The Politics and Practice of Religious Diversity. National contexts, global issues*, edited by A. Dawson, Routledge, Abingdon-New York, 2016, p. 155.



- Herz, M., “Deference Running Riot: Separating Interpretation and Lawmaking Under Chevron”, en 6 *Admin. L. J. Am. U.*, 1992, 1993, p. 187.
- R. Heß, R., *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- Hills Jr., R. H., “The Pragmatist’s View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning”, en 119 *Harv. L. Rev. F.*, 2005, p. 173.
- Horan, M. J., “Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals”, in 25 *Int’l & Comp. L.Q.*, 1976, p. 848.
- Horwitz, P., “The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond”, en 54 *U. T. Fac. L. Rev.*, 1996, p. 1.
- “Three Faces of Deference”, en 83 *Notre Dame L. Rev.*, 2008, p. 1061.
- Huber, C., “Die Neuordnung des Schmerzensgeldanspruchs”, en AA.VV., *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Müller, Heidelberg, 2002, p. 480.
- Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring Verlag, Berlin, 1914.
- Khakzadeh-Leiler, L., *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, Springer, Wien-New York, 2011.
- Kohler, J., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906.
- Kommers, D. P., Finn, J. E., Jacobsohn, G. J., *American Constitutional Law*, vol. 1, *Governmental Powers and Democracy*, Rowman & Littlefield, Plymouth, 2010.
- Kornhauser, L. A., “The Analysis of Courts in the Economic Analysis of Law”, en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 698.
- Kuhlen, L., *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1975.
- “Zur Struktur ‘subjektiver Rechte’”, en AA.VV., *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1977, p. 129.
- Larenz K., Wolf M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck, München, 2004.
- Lash, K. T., “The Second Adoption of the free Exercise Clause: Religious Exemptions under the Fourteenth Amendment”, en 88 *Nw. U. L. Rev.*, 1993-1994, p. 1106.

- “The Second Adoption of the Establishment Clause: The Rise of the Non-Establishment Principle”, en 27 *Ariz. St. L. J.*, 1995, p. 1085.
- Laycock, D., “A Survey of Religious Liberty in the United States”, en 47 *Ohio St. L. J.*, 1986, p. 409.
- “Religious Liberty as Liberty”, en 7 *J. Contem. Legal Issues*, 1996, p. 313.
- Leenen, D., *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht*, Duncker & Humblot, 1971.
- Leinemann, W., *Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB*, N. G. Elwert, Marburg, 1969.
- Lengauer, A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Springer, Wien-New York, 2011.
- Lorenzen, E. G., Heilman, R. J., “Restatement of the Conflict of Laws”, en 83 *U. Penn. L. Rev.*, 1935, p. 555.
- Lucas, J. R., *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1966.
- Lüderitz, A., *Auslegung von Rechtsgeschäften. Vergleiche Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Verlag Müller, Karlsruhe, 1966.
- Luhmann, N., *System und Umwelt*, in *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.
- Lupu, I. C., “Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion”, en 102 *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 933.
- Macri, G., “Lobbies”, in *Digesto, Disc. Pubbl., Aggiornamento*, UTET, Torino, 2012, p. 474.
- Maine, H. J. S., *Ancient Law*, Henry Holt and Company, New York, 1906.
- Manning, J. F., “Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules”, en 96 *Colum. L. Rev.*, 1996, p. 612.
- Markesinis, B., “Comparative Law, A Subject in Search of an Audience”, in 53 *Mod. Law Rev.*, 1990, p. 1.
- Marshall, W. P., “The Case against the Constitutionality Compelled Free Exercise Exemption”, en 40 *Cas. W. Res. L. Rev.*, 1989, p. 357.
- “What Is the Matter with Equality?: An Assessment of the Equal Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence”, en 75 *Ind. L. J.*, 2000, p. 193.
- Mattei, U., “Stare decisis negli Stati Uniti”, en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 14.

- McConnell, M. W., “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, en 103 *Harv. L. Rev.*, 1990, p. 1409.
- “Free Exercise Revisionism and the Smith Decision”, en 57 *U. Chi. L. Rev.*, p. 1109.
- “The Problem of Singling Out Religion”, en 50 *DePaul L. Rev.*, 2000, p. 1.
- McConnell, M. W., Berg, T. C., Lund, C. C., *Religion and the Constitution*, 4<sup>th</sup> edition, Wolters Kluwer, New York, 2016.
- Medicus, D., *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010.
- Medicus, D., S. Lorenz, S., *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 2010.
- Menger, C., *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883.
- Mengoni, L., “L’argomentazione orientata alle conseguenze”, en AA.VV., *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, G. Giappichelli, Torino, 1999, p. 179.
- Merel, G., “The Protection of Individual Choice: A Consistent Understanding of Religion Under the First Amendment”, en 45 *U. Chi. L. Rev.*, 1978, p. 805.
- Michaels, R., “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, en 51 *Wayne L. Rev.*, 2005, p. 1209.
- Mills, A., *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Moretti, F., “Il precedente giudiziario nel sistema inglese”, en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 4.
- Müller, F., *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966.
- Mushlin, M. B., *Rights of Prisoners*, Thomson Reuters, New York, 2009.
- Nagel, T., “Equal Treatment and Compensatory Discrimination”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 4, 1973, p. 348.
- Navarro Valls, R., “Prólogo”, en Matlary, J. H., *Derechos humanos depre-dados. Hacia una dictadura del relativismo*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2008, p. 11.

- Neben, G., *Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem: ein Beitrag zur Grenzziehung zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- Nipperdey, H. C., “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, in *RdA*, 1950, p. 121.
- Nozick, R., *Invariances. The Structure of Objective World*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001.
- Nussbaum, M. C., *Liberty of Conscience. In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008.
- Olson, M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1965.
- Orrù, G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 1989.
- Pattaro, E., “Dualism and Interaction between the Reality that ought to be and the Reality that is: Validity as a Pineal Gland”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed. E. Pattaro, vol. 1, *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2005, pp. 13-34.
- Peñalver, E. M., “The Concept of Religion”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 727, 1997, p. 791.
- Perelman, C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1978.
- Perelman, C., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1988.
- Poscher, R., *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- Posner, R. A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.
- Post, R. C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, 88 *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 1.
- Postema, G., “Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, edited by E. Pattaro, vol. 11, Springer, Dordrecht - Heidelberg, 2011.
- Quint, P. E., “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, en 48 *Md. L. Rev.*, 1989, p. 247.
- Raiser, L., “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, en *JZ*, n. 15/16, 1961, p. 465.

- Rawls, J., *Justice as Fairness. A Restatement*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001.
- Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Redwood French, R., “From Yoder to Yoda: Models of Traditional, Modern, and Postmodern Religion in U.S. Constitutional Law”, in 41 *Ariz. L. Rev.*, 1999, p. 49.
- Rescigno, P., “Situazione e status nell’esperienza del diritto”, en *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209.
- Voce “Status”, I) Teoria generale, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 1.
- Richards, D. A. J., *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- *Conscience and the Constitution: History, Theory and Law of Reconstruction of Amendments*, Princeton University Press, Princeton, 1993.
- Robbins, I. P., *The Prisoners’ Mail Box and the Evolution of Federal Inmate Rights*, en 144 *Federal Rules Decision*, 1993.
- Robertson, G. S., *The Law and Practice of Civil Proceedings by and against the Crown and Departments of the Government*, Steven & Sons, London, 1908.
- Rosenfeld, M., “Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal”, en *Ohio St. L. J.*, 46, 4, 1985, p. 845.
- Röthel, A., *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968.
- Roubier, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005.
- Rückert, J., “Abwägung, die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normstrenge und Abwägung im Funktionswandel”, en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, herausgegeben von N. Jansen, P. Oestmann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 181.
- Saba, R. “(Des)igualdad structural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 2005, p. 123.
- Sandel, M. J., “Religious Liberty, Freedom of Conscience or Freedom of Choice?”, en 1989 *Utah L. Rev.*, p. 597.
- Schapp, J., *Methodenlehre und System des Rechts. Aufsätze 1992-2007*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

- Schauer, F., *Introduction*, en Llewellyn, K. N., *The Theory of the Rules*, University of Chicago Press, Chicago, 2011.
- *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Scheurle, W. A., “Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage”, en *AcP*, 157, *Heft 1*, 1958-59, pp. 1-85.
- Schmitt, C., *Der Hüter der Verfassung*, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Schulev-Steindl, E., *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer Verlag, Wien, New York, 2008.
- Schwartzman, M., “What If Religion Is Not Special?”, en 79 *U. Chi. L. Rev.*, 2012, p. 1351.
- Sexton, J., Note, “Toward a Constitutional Definition of Religion”, en 91 *Harv. L. Rev.*, 1978, p. 1056.
- Sherwin, E., “Legal Positivism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, edited by C. Rickett & R. Grantham, Hart, Oxford, Portland, 2008, p. 103.
- “Legal Taxonomy”, en *Legal Theory*, 15, 2009, p. 25.
- Shetreet, S., “The Model of State and its Impact on the Protection of Freedom of Conscience and Religion: A Comparative Analysis and a Case Study of Israel Church Relations”, en AA.VV., *Religion in the Public Sphere: a Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, editado por W. Brugger, M. Karayanni, Berlin, Heidelberg, New York, 2007, p. 87.
- Shiffrin, S. H., “The Pluralistic Foundations of the Religion Clauses”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1273, 2004, p. 9.
- “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, en 78 *Nw. U. L. Rev.*, 1983, p. 1212.
- Simpson, A. W. B., “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, en AA.VV., *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 148-175.
- Smith, R. M., *Liberalism and American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990.
- Smith, S. D., “The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse”, en 140 *U. Pa. L. Rev.*, 1991, p. 149.

- Smith, S. R., *Equality and Diversity. Value incommensurability and the politics of recognition*, Policy Press, Bristol, 2011.
- Solove, D. J., “The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights”, en 84 *Iowa L. Rev.*, 1999, p. 947.
- Stone, J., *Legal System and Lawyers’ Reasoning*, Stanford University Press, Stanford, 1968.
- Stone, G. R., Seidman, L. M., Sunstein, C. R., Tushnet, M. V., *Constitutional Law*, 4th edition, Aspen, Gaithersburg, New York, 2001.
- Stoner Jr., J. R., “Religious Liberty & Common Law: Free Exercise Exemptions & American Courts”, en *Polity*, vol. XXVI, n° 1, 1993, p. 1.
- Strauss, D. A., “Common Law Constitutional Interpretation”, en 63 *U. Chi. L. Rev.*, 1996, p. 878.
- Tacke, S. C., *Medienpersönlichkeitsrecht. Das System der Rechtsfolgen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien*, W. Hopf, Berlin, 2009.
- Tedeschi, M., *La libertà religiosa nel pensiero di John Locke*, Giappichelli, Torino, 1990.
- Thomas, J. H. , Fraser, J. F., *The Reports of sir Edward Coke*, vol. IV, J. Butterworth & Son, London, 1826.
- Thomson, J. J., “Preferential Hiring”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 4, 1973, p. 364.
- Tigar, M. E., “Conscientious Objection”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, edited by K. L. Hall, J., W. Ely Jr., J. B. Grossman, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 206.
- Tolone, S., *Diritto privato globale, Objective Pluralism e libertà di religione*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2006.
- Touchie, J. C. W., *Hayek and Human rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law*, Edgar Elgar, Cheltenham, Northampton, 2005.
- Tuckness, A., *Locke and the Legislative Point of View. Toleration, Contested Principles, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2002.
- Tushnet, M. V., “Marbury v. Madison Around the World”, en 71 *Tenn. L. Rev.*, 2004, p. 251.
- Twining, W., *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London, 2000.
- Underkuffler, L., “The Separation of the Religious and the Secular: A Foundational Challenge to First Amendment Theory”, en 36 *Wm. & Mary L. Rev.*, 1995, p. 844.



- Veitch, S., *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Oxford, 1999.
- Vermeule, A., "Deference and Due Process", en *Harv. L. Rev.*, 129, 2016, p. 1890.
- Vickers, L., *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2008.
- Wach, J., *Das Verstehen. Grundzüge eine Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, 3 Bände, Georg Olms, Hildsheim, Zürich, New York, 1984.
- Waldron, J., "One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation", en *59 Wash. & Lee L. Rev.*, 3, 2002, p. 3.
- West, E., "The case against a right to religion-based exemptions", en *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y*, 4, no. 3, 1990, p. 591.
- Weiss, J., "Privilege, Posture and Protection: "Religion" in the Law", en *73 Yale L. J.*, 1964, p. 593.
- Whitman, C. B., "Looking Back on Planned Parenthood v. Casey", en *100 Mich. L. Rev.*, 7, 2002, p. 1980.
- Wilburg, W., *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Kienreich, Graz, 1950.
- Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Julius Buddeus, Düsseldorf, 1875.
- Witte Jr., J., Nichols, J. A., "Religion and the American Constitutional Experiment", third edition, Westview Press, Philadelphia, 2011, p. 71.
- Wolf, E., "Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", in *AA.VV., Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von J. Esser, H. Thieme, Mohr, Tübingen, 1967, p. 665.
- Wolff, H. J., "Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft", in *Studium Generale*, 1952, Viertes Heft, p. 14.
- Zitelmann, E., *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903.