



Jurisdicción multicultural en el Estado liberal: Una visión crítica*

Jean L. Cohen

Columbia University, New York. Estados Unidos

jlc5@columbia.edu

Resumen

Este trabajo sostiene una actitud crítica respecto al llamado “nuevo pluralismo jurídico”. Comienza situando este concepto en una perspectiva histórica, para luego analizar los argumentos feministas a favor de la “acomodación transformativa” de la diversidad religiosa en un pluralismo jurídico basado en el estatus religioso. La aportación de la autora no se ciñe a identificar los fallos del pluralismo jurídico, sino que ofrece además un modelo diferente de acomodación transformativa, que descansa en una mezcla de enfoques jurídicos respecto a los problemas que afrontan las mujeres religiosas en una democracia constitucional.

Palabras clave

Igualdad de género, minorías religiosas, multiculturalismo, pluralismo jurídico, constitucionalismo, derecho personal y de familia.

Multicultural jurisdiction in the liberal state: A critical Assesment

Abstract

This paper defends a critical view about the so called “new legal pluralism”. It begins by placing this concept in an historical perspective, and then analyzing feminist arguments for the “transformative accommodation” of religious diversity in the form of status based legal pluralism. The author’s contribution is not only the assessing of the flaws in the legal pluralist solution, but also the offering of a different model of transformative accommodation that rests on a mix of legal approaches to the problems faced by religious women in a constitutional democracy.

Keywords

Gender equality, religious minorities, multiculturalism, legal pluralism, constitutionalism, personal and family law.

* Traducción de Mariano Melero de la Torre

Los debates sobre cómo debería figurar el género en la construcción de la igual ciudadanía han resurgido en nuestros días debido a la creciente inmigración y al *revival* religioso. Cuestiones como la de si la igualdad se promueve mejor mediante un enfoque centrado en las diferencias de género o mediante una aproximación ciega al género, o la de si es posible abstraerse de las perspectivas marcadas por el género, son siempre polémicas¹. En la actualidad afrontamos una nueva versión de este dilema: ¿cómo podemos lograr la igualdad de género, ignorando o reconociendo las diferencias religiosas de género?²

Según algunos, ser sensible a las perspectivas y experiencias de las minorías religiosas que viven en las democracias occidentales requiere desprenderse del “liberalismo basado en derechos abstracto e individualista”, junto con la idea secular y republicana de otorgar el monopolio legislativo al Estado, en la medida en que ambos elementos tienden a homogeneizar y nivelar las diferencias cultural-religiosas. Nuevas formas de pluralismo religioso y religión pública desafían los viejos modelos asimilacionistas (Casanova, 1994). En ningún otro sitio la uniformidad jurídica se cuestiona con mayor virulencia en nombre de la acomodación de la diferencia que en el dominio del derecho personal (familiar)³. El viejo modelo del “muro de separación” entre Iglesia y Estado, supuestamente vinculado a la privatización de la religión, así como el monopolio del Estado laico en el ámbito del derecho de familia, no se consideran adecuados para las necesidades de una sociedad plural con muchos grupos religiosos, múltiples minorías y “minorías dentro de minorías”⁴. De hecho, se cuestiona el carácter secular del derecho personal de origen estatal que existe en las democracias occidentales, afirmando que a pesar de que la ley de matrimonio civil es formalmente secular y neutral, resulta evidente la influencia de las normas religiosas sobre dicha ley. Si las comunidades religiosas dominantes (cristianas) fueron capaces de lograr la congruencia entre la religión y el derecho en las democracias occidentales, esto se debe a que tales comunidades pudieron votar en su contexto cultural, siendo este contexto el que el derecho codificaba y hacía respetar (Witte, 1997; Teitelbaum, 2007; Grossberg, 1985)⁵. Ahora, sin embargo, que la diversidad de las sociedades occidentales se está haciendo más profunda (y que los grupos religiosos se hacen oír más), parece que la equidad requiere un nuevo “modelo de igualdad” sensible a la diferencia respecto a esa zona de intersección entre religión y Estado que es el derecho personal⁶.

El lema hoy es el “pluralismo jurídico” –es decir, el reconocimiento por parte del Estado de que hay una pluralidad de religiones con normas de familia que deberían acomodarse legalmente, delegando y/o compartiendo con las autoridades religiosas el poder para crear derecho vinculante en el ámbito de la intimidad.

¹ El primer paso hacia la resolución de este dilema es la deconstrucción de la dicotomía ideológica: igualdad/diferencia. El opuesto a igualdad es desigualdad; el contrario de diferencia es similitud. Por tanto, la auténtica cuestión es si es el trato diferente o idéntico del derecho lo que promueve la igualdad de género y cuáles son los estándares que dan forma a la línea de salida. Véase MacKinnon (1989) y Cohen (2002).

² La primera ronda de debates sobre este asunto se produjo a partir del artículo de Susan M. Okin (1999). La siguiente se compuso de respuestas a otro artículo de Okin (2005), publicado póstumamente.

³ El otro terreno igualmente polémico es la educación.

⁴ Véase los debates en Eisenberg y Spinner-Halev (2005).

⁵ Sin embargo, la génesis no es estructural: si pueden ofrecerse justificaciones no religiosas independientes para el derecho de familia, entonces las raíces religiosas o la mayor compatibilidad de las normas con unas religiones que con otras no determina o socava su legitimidad.

⁶ Eisgruber y Sager (2007) critican el análisis basado en la separación y lo sustituyen por un análisis basado en la igualdad.

Algunas feministas afirman hoy que un estatus religioso bien diseñado a partir del pluralismo jurídico puede resolver los dilemas de la diferencia que plantea la mujer religiosa en nuestra sociedad.

Esta cuestión ha cobrado recientemente una especial atención debido a casos de arbitraje en el ámbito del derecho de familia de raíz islámica en Canadá, así como al infame discurso del reverendo Rowan Williams, arzobispo de Canterbury en 2008, donde defendía que el Estado liberal debía reconocer, en “algunas áreas del derecho” y para algunas comunidades religiosas minoritarias, una “jurisdicción suplementaria” que derivase del derecho religioso⁷. Como consecuencia, cuando trate con comunidades religiosas con normas de intimidad e identidades comprehensivas fuertemente enraizadas, el Estado debería compartir su soberanía y aceptar un pluralismo jurídico en función del estatus. Aunque este argumento se pensó para las minorías musulmanas, es pertinente para otras minorías religiosas –como los judíos ortodoxos– y potencialmente también para las religiones mayoritarias. De hecho, la derecha cristiana de los EEUU ha adoptado recientemente el discurso del pluralismo jurídico, defendiendo leyes matrimoniales “de diferentes niveles” a escala estatal, en un velado intento por recuperar la santidad del matrimonio en el derecho (contra el divorcio fácil y libre). Este movimiento ha logrado que se reconozca legalmente un matrimonio y un divorcio de dos niveles, mediante leyes de “pacto de matrimonio”, en Arizona, Arkansas y Luisiana⁸. Aunque esto no equivale a compartir jurisdicción con las autoridades religiosas, sus defensores invocan el discurso del pluralismo jurídico con la esperanza de deshacer la uniformidad del derecho secular en este ámbito⁹.

En este artículo me centraré en esa forma de pluralismo jurídico que consiste en delegar o compartir el poder del Estado con autoridades religiosas. Mi argumentación irá en contra de la introducción de cualquier versión de pluralismo jurídico en función del estatus religioso en el ámbito del derecho personal de las actuales democracias constitucionales occidentales. Rechazo el “grupismo jurídico” que se agazapa tras estas demandas, junto con la reificación del pluralismo sectario, la fragmentación de la ciudadanía y la soberanía, así como la amenaza a los derechos humanos individuales y a los principios democráticos que el pluralismo jurídico en función del estatus religioso reforzaría o crearía (Baer, 2010). En aquellas democracias constitucionales no occidentales donde ya existe un pluralismo jurídico en función del estatus religioso, lo considero más un *faute de mieux* que un modelo normativamente atractivo.

⁷ Rowan Williams, “Civil and Religious Law in England: a Religious Perspective”, Conferencia dictada en el Royal Courts of Justices, Londres, Inglaterra, el 7 de febrero de 2008. Disponible en la siguiente dirección electrónica <http://www.archbishopofcanterbury.org/1575> (fecha de consulta 5 de junio de 2011). Véase Phillips, (2007, pp. 166, 176) para una discusión sobre los esfuerzos en Canadá (Ontario) y Gran Bretaña para lograr el reconocimiento oficial de un sistema separado de derecho de familia islámico y/o otorgar fuerza legalmente vinculante a los tribunales de arbitraje que aplican derecho musulmán. Ambas empresas fracasaron tras la movilización en su contra de feministas y otros grupos. Hasta la fecha, ninguna decisión de los tribunales religiosos, sean islámicos, católicos o judíos, tiene de por sí el más mínimo valor legal en Canadá, Gran Bretaña o, para esta cuestión, en los tribunales estadounidenses. Véase Eisenberg (2006).

⁸ Véase Arizona *REV. STAT. ANN.* &25-901 a 906 (2006); Arkansas *CODE ANN.* &9-11-801 a 811 (2006); *LA. REV. STAT. ANN.* &9:272 (2006). El propósito del pacto de matrimonio es hacer más difícil el divorcio e implicar a las autoridades religiosas en la tarea de preservar los matrimonios. Esto se refleja en una disposición de la ley de Luisiana, según la cual sólo las autoridades religiosas pueden realizar el preceptivo asesoramiento prematrimonial estipulado para aquellos que opten por las reglas del pacto de matrimonio y se salgan de la legislación estatal del divorcio sin culpa. Nichols (1998, 2007). Véase McClain (2010) para una crítica.

⁹ Spaht (1998) argumenta que uno de los propósitos de estipular un asesoramiento prematrimonial, por parte de autoridades religiosas, es volver a traer la religión a la plaza pública con el objeto de realizar una función que es específica de ella: preservar los matrimonios.



Comienzo situando el concepto de pluralismo jurídico en una perspectiva histórica. La historia es instructiva, y deberíamos saber de qué estamos hablando cuando se coloca un vino viejo (el pluralismo jurídico en el derecho personal en función del estatus religioso) en odres nuevos (“jurisdicción multicultural” dentro de las democracias constitucionales) (1). A continuación se analizan los argumentos feministas a favor de la “acomodación transformativa” de la diversidad religiosa en un pluralismo jurídico basado en el estatus religioso (2). La tercera sección ofrece una crítica que toma en serio los dilemas subyacentes de la diferencia que identifican tales argumentos al tiempo que se valoran los fallos del pluralismo jurídico (3). Concluyo con un modelo diferente de acomodación transformativa que descansa en una mezcla de enfoques jurídicos respecto a los problemas que afrontan las mujeres que tratan de reconciliar su religión y sus derechos (4). El enfoque jurídico multidimensional que definiendo no es hostil a la religión, sino a las estructuras de poder patriarcal, las prácticas discriminatorias y las reglas que perpetúan la dominación masculina en nombre de la autonomía religiosa y la acomodación de la diferencia¹⁰. Dada la desastrosa privatización de gran parte del Estado, local y globalmente, y dados los peligros del *revival* religioso para la legitimidad democrática y la igualdad de las mujeres, este no es el momento de coger el carro del pluralismo jurídico basado en el estatus religioso. Existen mejores formas de reconocer la diferencia religiosa de género que no pasan por cosificar los grupos, atrincherar la autoridad de las élites masculinas dentro de ellos, o congelar en el derecho las identidades y las preferencias adaptativas.

1. ¿Qué es el pluralismo jurídico?

El pluralismo jurídico hace referencia al hecho de una multiplicidad de órdenes legales dentro del mismo espacio social¹¹. El concepto surgió a principios del siglo XX cuando los antropólogos del derecho que estudiaban los imperios basados en el territorio descubrieron costumbres locales o derechos religiosos que parecían más importantes en la vida de los individuos que el derecho estatal¹². Los europeos que llevaron el imperialismo a ultramar también encontraron un “derecho” indígena que consideraron invariable y como una “tradicición” atrasada –juzgando sus propios sistemas jurídicos como civilizados y “modernos”. Cuando impusieron sus sistemas jurídicos coercitivos sobre las colonias, trataron el “derecho indígena” sobre la base del principio de repugnancia: en tanto que una “costumbre” –regla, norma o práctica— no era repugnante para la justicia natural tal y como ellos la definían, los colonizadores la respetaban y dejaban a los líderes locales su administración (Merry, 1988: 872-879). Esto fue particularmente cierto respecto al

¹⁰ Además, es igualmente hostil a las normas patriarcales que persisten en el derecho secular. Dichas normas deben ser atacadas sobre la base de los principios de igual libertad individual e igualdad de género que subyacen a los estados democráticos constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos.

¹¹ Merry (1988): 207; Moore (1973) argumenta que el derecho estatal depende de, e interactúa con, otros sistemas normativos, y que como tal está “incrustado” en otros ámbitos normativos; Griffiths (1986) ofrece una panorámica crítica de las teorías existentes del pluralismo jurídico.

¹² Eugene Erlich (1913), un antropólogo del derecho, encontró que en una provincia del Imperio de los Habsburgo, Bukowina, el derecho consuetudinario local tenía un efecto mayor en las vidas de la gente que el derecho del Estado imperial. Este “descubrimiento” fue eclipsado por la crítica contra el pluralismo jurídico por parte del iuspositivismo de Hans Kelsen, pero fue “redescubierto” por Leopold Pospisil (1972). El artículo de Sally Falk Moore, “Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study” (Moore, 1973), también jugó un papel crucial en el *revival* del pluralismo jurídico. Véase Gunther (2008). Otra fuente de estudio del pluralismo jurídico fue Figgis (1913). Para desarrollos históricos, véase Merry (1988) y Griffiths (1986). Lo que se llama el “nuevo” pluralismo jurídico aplica este enfoque al contexto internacional o transnacional. Uno de los primeros en hacerlo fue de Sousa Santos (1995), junto con Teubner (1997). Véase Berman (2009) y Tamanaha (2008).

derecho personal y religioso (Merry, 1988: 872-879)¹³. Sin embargo, los colonizadores no consideraron las normas o costumbres religiosas de los indígenas como un verdadero “derecho”, en el sentido soberanista fuerte del derecho estatal. Una vez que el sistema de estados soberanos se estableció en Europa, sólo el Estado soberano podía legislar en el sentido estricto de la palabra. Desde entonces, el significado y la referencia del término “derecho” han sido ambiguos en el discurso del pluralismo jurídico.

Todavía hay confusión en la literatura actual sobre el pluralismo jurídico. Algunos usan el término para referirse a una amplia gama de órdenes normativos superpuestos, mientras que otros lo restringen a la interacción del derecho estatal con otros órdenes. Como descripción de una multiplicidad de órdenes normativos, el pluralismo jurídico está en todas partes y no reporta demasiadas complicaciones. Conviene señalar que los órdenes normativos no estatales pueden ejercer una poderosa influencia sobre los miembros de la comunidad: las normas consuetudinarias y jerárquicas pueden ser muy coercitivas. Pero los analistas contemporáneos del pluralismo jurídico, global o nacional, presuponen el éxito de la construcción estatal y, al mismo tiempo, atacan la hegemonía del paradigma soberanista. Consideran que en la actualidad el pluralismo jurídico es un hecho objetivo que el discurso de la soberanía estatal es incapaz ya de ocultar. Muchos lo ven como un ideal normativamente deseable, por cuanto que la multiplicidad de órdenes normativos que sólo de forma parcial son penetrados o controlados internamente (e internacionalmente) por el Estado, ofrece supuestamente lugares de resistencia, lucha y experimentación, creando una variedad de puertos de entrada e influencia sobre el derecho estatal para actores individuales y grupales, promoviendo así un diálogo entre el Estado y aquellos que de otro modo carecerían de voz¹⁴. Otros defienden la disgregación del monopolio jurisdiccional del Estado sobre la producción de leyes públicamente ejecutables, de modo que se comparta tal facultad con las autoridades religiosas, como un modo de acomodar la diversidad normativa. La creación de jurisdicciones múltiples (y/o híbridas) sobre ciertos temas dentro de una comunidad política supuestamente proporcionaría a las minorías religiosas y culturales más libertad para ordenar sus vidas a su manera, y por ende mejoraría la equidad y la igualdad.

En lo que sigue voy a restringir mi análisis al concepto de pluralismo jurídico en función del estatus religioso dentro del Estado moderno, es decir, a cuestiones de jurisdicción nacional. El pluralismo jurídico basado en el estatus religioso consiste en que el Estado soberano adscribe/delega a grupos religiosos su poder coercitivo para hacer leyes vinculantes, de modo que se concede a las órdenes y decisiones normativas de las autoridades religiosas la producción de efectos legales como parte del derecho estatal, respaldado por el poder coercitivo y la autoridad simbólica del Estado.

En los años 70, el análisis del pluralismo jurídico, en el sentido indicado, se hizo más sofisticado y reflexivo. Los antropólogos críticos del derecho se dieron cuenta de que las religiones, costumbres y tradiciones indígenas que encontraron los colonizadores occidentales en Asia, África y el Oriente Medio se habían formado durante siglos a través de las conquistas y las migraciones. En realidad, lo que se había etiquetado como “derecho” consuetudinario e indígena era, en gran medida, el producto del encuentro colonial europeo (Merry, 1988: 875). Fueron los administradores coloniales quienes codificaron, autorizaron y atrincheraron los

¹³ Véase también Chatterjee (2010).

¹⁴ Parafraseando a Berman (2009: 237-238). Krisch (2009) y Berman (2007). Pero en última instancia es el Estado el que determina los parámetros de la delegación y la acomodación.



sistemas y poderes legales de los líderes locales, capacitándoles para ejercer un control completo, especialmente en el derecho personal y familiar, sobre los miembros de su grupo. En el proceso, los líderes locales reforzaron su propio poder, aunque quedaron subordinados a, y dependientes de, el poder y el derecho jerárquicamente superior de los colonizadores (Merry, 1988: 875)¹⁵. Desde esta perspectiva, un sistema jurídico es pluralista cuando la soberanía ordena diferentes cuerpos jurídicos para diferentes grupos de población, dependiendo de la etnicidad, la religión, la nacionalidad o la tribu. Al adscribir o delegar la producción legislativa a las autoridades de los grupos culturales relevantes, se crearon regímenes jurídicos paralelos que dependían en última instancia del sistema jurídico estatal (Merry, 1988: 817). Los “nuevos” pluralistas jurídicos reconocieron estas complejas interrelaciones entre órdenes normativos y las políticas jurisdiccionales que implicaban (Merry, 1988: 817)¹⁶.

Pero el pluralismo jurídico en función del estatus no fue una invención del colonialismo occidental de ultramar. Como es bien sabido, el Imperio Otomano adscribió jurisdicción legal sobre educación, religión, derecho personal y familiar a cada una de las comunidades religiosas no musulmanas —estableciendo así unas entidades comunitarias rigidamente separadas (Barkey, 2008). Su famoso sistema de los *millet* fue una herramienta imperial para gestionar la diferencia. Los no musulmanes estaban protegidos y podían vivir bajo el derecho de sus propias religiones siempre que reconociesen la superioridad del Estado y el lugar privilegiado del Islam —el principal rasgo de inclusión en la comunidad política. El impacto del pluralismo jurídico en la relación entre el grupo musulmán dominante y los grupos no musulmanes subordinados ha sido descrito como “separados, desiguales y protegidos” (Barkey, 2008: 120)¹⁷.

Más allá de lo que cada uno piense sobre este “prodigio de control flexible sobre la complejidad”, una cosa está clara: el pluralismo jurídico basado en el estatus religioso de los *millet* puso a las élites intermediarias en el control de los miembros del grupo y dotó a la ortodoxia religiosa de una participación real en el *statu quo* —con su poder ahora legalmente atrincherado, y externamente garantizado, para administrar sus comunidades semiautónomas (Barkey, 2008: 294)¹⁸. Más aún, la codificación y delegación del control sobre el derecho personal a las autoridades de los distintos grupos religiosos no implicó únicamente la acomodación de la “diferencia”. También ayudó a construir y dar forma a esa diferencia, junto con su marco religioso y su jerarquía de género. El resultado fue la creación de un sistema legal de pluralismo sectario de grupos, que interesaba especialmente a las élites masculinas por cuanto que su poder, estatus y autoridad dependían de su porción de poder jurisdiccional del Estado¹⁹.

Los derechos personales que regulaban el matrimonio, el divorcio, la custodia de los hijos y la propiedad familiar llegaron a ser potentes herramientas

¹⁵ Véase también Mamdani (1996).

¹⁶ Describe este entendimiento reflexivo como el “nuevo pluralismo jurídico” (Merry, 1988: 872-879). El término “nuevo pluralismo jurídico” también se usa para referirse al surgimiento del pluralismo jurídico global y la interacción multidireccional entre normas locales, nacionales e internacionales. Berman (2009: 229-233).

¹⁷ Los actores podían, a decir verdad, como en cualquier otro sistema, participar en un *forum shopping* o hacer un uso estratégico de la complejidad legal.

¹⁸ Barkey se refiere al sistema otomano como un prodigio de flexibilidad. Aunque su libro es excelente no estoy segura del atractivo de este modelo de pluralismo jurídico para las democracias constitucionales contemporáneas.

¹⁹ Esta es una característica del pluralismo jurídico en todas partes. Véase Chatterjee (2010: 528 y 550-551).

disciplinarias para la vigilancia de los límites entre comunidades religiosas y para el refuerzo de las jerarquías de género. Los líderes de cada grupo podían defender su autoridad para gobernar a los miembros de su comunidad argumentando que este derecho era un derecho religioso autorizado por el Estado (Chatterjee, 2010: 551). La función de demarcación del derecho familiar (determinando los miembros a lo largo del tiempo) a través de requisitos religiosos cuya interpretación recaía en una atrincherada élite masculina, jugó un papel crucial en la perpetuación de las jerarquías, al subordinar la sexualidad de la mujer a la función reproductiva del grupo, unido a las desigualdades distributivas internas por razón de género. A decir verdad, los contextos en los que se atrincheraron estas formas de pluralismo jurídico en función del estatus no fueron repúblicas, ni democracias constitucionales, sino imperios autocráticos y/o asentamientos coloniales de ultramar. Aun así, en la medida en que estos sistemas han permanecido o se han reintroducido en las repúblicas democráticas post-coloniales o post-imperiales –India, Sudáfrica e Israel— las consecuencias para la igual ciudadanía y para la igualdad de las mujeres no han sido tranquilizadoras²⁰. Aunque los arreglos institucionales difieren, y aunque el pluralismo jurídico basado en el estatus fue, en cada caso, el producto de un compromiso pragmático circunstancial del Estado y la construcción nacional y/o constitucional, todos ellos atrincheraron las jerarquías sociales de género dentro de los grupos religiosos y/o tribales relevantes²¹. No puedo profundizar aquí sobre esto. Baste decir que no se debería hacer una virtud normativa de una necesidad estratégica²². Debería resultar obvio a partir de lo dicho que el pluralismo jurídico en función del estatus religioso (y de otros tipos) debe entenderse en el marco de la política jurisdiccional y de las luchas por el poder, y no simplemente en términos de acomodación de diversos órdenes normativos.

2. El más reciente pluralismo jurídico: ¿Acomodación transformativa?

Actualmente el pluralismo jurídico reclama el reconocimiento de diferentes sistemas de derecho personal para las comunidades religiosas dentro de las democracias constitucionales occidentales consolidadas. El argumento es que el pluralismo jurídico en función del estatus acomodaría creencias y prácticas profundamente asumidas por grupos minoritarios en sociedades crecientemente diversas, constituyendo así una alternativa deseable al poder soberano y homogeneizador del Estado laico. Éste no sólo debería reconocer la autonomía de las comunidades religiosas en áreas cruciales para su propia definición y reproducción –derecho de familia y educación— según el viejo modelo del “muro de separación” que relegaba la diferencia religiosa a la esfera privada²³. Por el contrario, el Estado tendría que dar efecto legal a las decisiones de las autoridades de tales comunidades y de sus tribunales de arbitraje en dichos ámbitos. Aparentemente, el tiempo ha venido a demostrar la pluralidad de formas familiares

²⁰ Helen Irving (2008: 21) señala que cuando las mujeres han participado en el proceso constitucional siempre han defendido la plena igualdad y la supremacía de la constitución sobre el derecho consuetudinario tribal o religioso. Véase también Hassim (2006); Nussbaum (2005); Hirschl y Shachar (2005); Jagwanth y Murray (2005); y Agnes (1999). Pero véase también Subramanian (2008).

²¹ Esto es así incluso allí donde la constitución prioriza la igualdad de género sobre el derecho consuetudinario y donde existe una alternativa civil. Andrews (2009) discute las tensiones entre los reclamos de igualdad civil y el respeto hacia el derecho indígena.

²² En Sudáfrica y la India los compromisos estratégicos estuvieron claramente en cuestión, pero habría sido mucho mejor si las cláusulas de suspensión respecto al derecho religioso y consuetudinario hubieran sido incluidas en la constitución. En Israel se preservó el sistema de los *millet* con objeto de crear una identidad judeo-israelí monolítica y dominante (etnonacionalismo) y para diferenciar las identidades no-judías. En otros contextos post-coloniales estuvieron implicados otros propósitos. Pero en todos los casos se sacrificaron los derechos humanos de las mujeres. Véase Sezgin (2010).

²³ La metáfora del “muro de separación” la hizo famosa Jefferson en su muy citada carta a los baptistas de Danbury, Connecticut, afirmando que la Constitución había “levantado un muro de separación entre la Iglesia y el Estado”. Véase Dreisbach (2002).



correspondiente a las muchas comunidades religiosas que viven entre nosotros, y a ofrecer alternativas al único modelo que encaja con el sistema de derecho estatal “secular y absolutista” que se da en la mayoría de las democracias occidentales (Witte y Nichols, 2011).

De hecho, se argumenta que debido a su función de demarcación, el control sobre el derecho de familia es central para la identidad y perpetuación de los grupos religiosos. Rechazar el reconocimiento legal de las normas de matrimonio y divorcio de los grupos religiosos supone erosionar el “... poder del grupo para preservar el carácter distintivo de su cultura mediante la demarcación de sus miembros” (Shachar, 2001: 72). La falta de una acomodación legal supuestamente pone a las minorías religiosas en una posición de desventaja injusta dado que o bien llegaron al juego después de que éste hubiese empezado (los grupos inmigrantes), o bien tuvieron poca influencia en el contexto cultural que configura los estándares de las instituciones sociales a pesar de haber estado presentes todo el tiempo (minorías o grupos indígenas). Ciertamente el papel de la religión mayoritaria (el cristianismo) en la configuración del trasfondo cultural y el derecho de familia en Occidente es indiscutible (Shachar, 2001: 73-74). La influencia de facto que esta cultura de trasfondo continúa teniendo en el Estado secularizado y en su monopolio sobre el derecho personal implica, según los defensores del pluralismo jurídico, que el Estado laico no es neutral en sus efectos. El remedio es entonces, supuestamente, la des-monopolización: por razones de equidad e igualdad, las tradiciones religiosas minoritarias deberían tener un efecto legal para sus miembros en el ámbito de la intimidad (Shachar, 2001: 73-76).

Pero este pluralismo jurídico en función del estatus religioso podría crear un ámbito impenetrable para los derechos constitucionales y humanos que protegen la igualdad de género y la autonomía personal de las mujeres (Baer, 2010). Las feministas han sido muy críticas con las estructuras patriarcales instaladas en el derecho personal de todas las principales religiones, por no mencionar el derecho consuetudinario tribal de los pueblos indígenas²⁴. Muchas han criticado los derechos de ciudadanía en función del grupo cultural como un camino erróneo para acomodar la multiculturalidad y en especial las diferencias religiosas, adoptando para ello precisamente la perspectiva de los miembros vulnerables dentro de dichos grupos, los cuales están ya relativamente discapacitados y en peligro de quedar encerrados en estructuras jerárquicas de gobierno (Okin, 1999). Es sorprendente ver cómo algunas feministas intentan diseñar y promover, en el ámbito del derecho personal, un pluralismo jurídico basado en el estatus religioso supuestamente benigno para las mujeres en las democracias constitucionales liberales donde todavía no existe²⁵. ¿Por qué una feminista defendería una versión del pluralismo jurídico que otorga la autoridad del derecho público a las decisiones de las autoridades y/o tribunales privados (típicamente masculinos y sin rendimiento de cuentas) de comunidades religiosas y sobre un área tan crucial para las mujeres? Aquí sólo puedo referirme a

²⁴ La literatura al respecto es demasiado extensa para hacer una breve referencia. Véase Phillips (2007) y Song (2007) para una discusión reciente.

²⁵ En los EEUU, los indígenas americanos son la gran excepción al monopolio de los Estados sobre el derecho personal. Esto se debe a la herencia de dependencia o cuasi-soberanía que se atribuyó a las tribus indígenas desde mediados del siglo XIX. La muy discutida sentencia de la Corte Suprema, *Santa Clara Pueblo v. Martínez*, 436 US 49 (1978) afirmó la jurisdicción de la tribu sobre el derecho personal correspondiente a la condición de miembro (permitiendo reglas discriminatorias de género por las cuales los hijos de los miembros masculinos de la tribu, pero no de los miembros femeninos, que se casen fuera de la tribu retienen su condición de miembros independientemente de su lugar de residencia). Véase Resnik (1989).

los argumentos procedentes de las representantes más talentosas de esta posición (Shachar, 2001)²⁶.

El esfuerzo por descubrir un pluralismo jurídico en función del estatus, pero benigno con las mujeres, parece estar motivado por la intención de ser sensible hacia la vida de las mujeres religiosas y de aceptar la importancia de la función de demarcación de la familia para el mantenimiento de las comunidades religiosas. El razonamiento es que cuando se configura adecuadamente, la “jurisdicción multicultural”, por usar el término de Shachar, podría ayudar a las mujeres religiosas a escapar del dilema en el que se encuentran dentro de las democracias constitucionales seculares cuando se trata del derecho de familia: “tu religión o tus derechos”²⁷. Una versión feminista del pluralismo jurídico podría resolver la “paradoja de la vulnerabilidad multicultural” –que sobreviene cuando el Estado liberal erige un régimen de derechos de ciudadanía diferenciados por grupos con objeto de acomodar las diferencias religiosas, pero termina permitiendo un grado de control grupal que puede implicar graves injusticias para los miembros más vulnerables dentro del grupo (Shachar, 2001: 3). En tales contextos de “diversidad privatizada”, la carga de hacer efectiva la justicia de género recae enteramente en los hombros de la mujer individual, la cual se arriesga al ostracismo y a la pérdida de su grupo de origen al invocar sus derechos constitucionales o humanos en el ámbito del derecho personal ante los tribunales civiles, evitando a las autoridades del grupo y su “derecho” religioso²⁸. La alternativa es fomentar la “acomodación transformativa” –una estrategia que toma en serio las creencias de las mujeres religiosas, su interés en formar parte del grupo y la importancia de la función de demarcación del derecho de familia para la supervivencia del grupo, al tiempo que ofrece incentivos para que las autoridades religiosas tomen decisiones distributivas más igualitarias (Shachar, 2010: 406-407)²⁹.

43

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no es sorprendente que la versión feminista del pluralismo jurídico rechace los dos enfoques alternativos de los dilemas de género de la ciudadanía religiosa. El primero, denominado el modelo “secular absolutista”, típico de la mayoría de las democracias liberales occidentales, permite el libre ejercicio del pluralismo normativo religioso e incluso en algunos casos (en EE.UU.) deja que los líderes religiosos oficien en las bodas como representantes del Estado. No obstante, este modelo reserva al Estado las decisiones sobre las cuestiones legales acerca de quién se pueda casar con quién, el divorcio, la custodia de los hijos, las condiciones económicas de liquidación, etc. El Estado democrático secular mantiene el monopolio sobre el derecho personal y familiar. Su código civil y sus tribunales seculares establecen una relación directa con el ciudadano individual, ofreciendo así una opción real para salir del orden privado de normas familiares del grupo (así como un derecho a optar por él). El miembro de la comunidad religiosa puede escapar del poder regulatorio del grupo, pero con el coste potencial de sufrir ostracismo por parte de dicho grupo. Este enfoque, por tanto, no parece hacer nada para resolver los dilemas de género de la vulnerabilidad multicultural (Shachar, 2001: 72-78). O aún peor. Según sus críticos, el modelo “secular absolutista” erosiona el poder de los grupos religiosos para preservar su diferencia cultural (Shachar, 2001: 73).

De ahí que se vuelva a reclamar un pluralismo jurídico en función del estatus religioso como una forma de corregir las desigualdades entre los grupos religiosos

²⁶ Otras defensoras son McClain (2010), que asume el modelo de Shachar y Eisenberg (2005). Para una matizada discusión véase Macklin (2009).

²⁷ Shachar (2001: 1-10) lo expresa como “tu cultura o tus derechos”, pero refiriéndose a la religión.

²⁸ El caso más notorio es el de *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum*, AIR 1985 SC 945.

²⁹ *Ibid.*:127-145



dominantes y minoritarios, haciendo que el Estado promueva la auto-regulación, la autonomía y la supervivencia de los últimos. Este modelo de “particularismo religioso” implicaría una forma de síntesis de lo público y lo privado mediante la delegación de los poderes soberanos a las respectivas autoridades religiosas. El Estado acomoda la diversidad de comunidades religiosas dando fuerza legal a las decisiones de los tribunales de arbitraje y/o las autoridades religiosas en materia de estatus personal, distribución de la propiedad, matrimonio, divorcio, custodia de los hijos y otros asuntos de derecho personal (Shachar, 2001: 78-85)³⁰. Pero Shachar señala acertadamente que tal descentralización de los poderes jurisdiccionales del Estado hacia los grupos religiosos tampoco hace nada para mejorar la subordinación intragrupal y el maltrato de las mujeres en el ámbito del derecho personal, puesto que a pesar de que tal subordinación suele estar ya codificada en la tradición del grupo, ahora resulta reforzada por el Estado (Shachar, 2001: 61).

El riesgo de esta forma de acomodación de la pluralidad religiosa en las democracias constitucionales es obvio: las mujeres ponen en peligro sus derechos individuales como ciudadanos iguales, tan duramente ganados, cuando deben presentarse ante un tribunal religioso que no asume las normas de la igualdad de género. En algunas versiones del “modelo privatizado de diversidad”, desaparece enteramente la opción de salida, por cuanto que no hay un derecho civil alternativo, o si lo hay, no se mitiga la carga que ha de asumir la mujer individual al “elegir” sus derechos sobre su cultura. Tampoco se plantea ningún tipo de exigencia por parte de la sociedad en general (presumiblemente más igualitaria y democrática) de una reforma interna de los grupos religiosos. Por el contrario, esta versión hace al Estado cómplice de la violación de los derechos de igual ciudadanía de las mujeres, reforzando el poder privado de las élites masculinas.

La alternativa que ofrece es, supuestamente, un pluralismo jurídico basado en el estatus y benigno para las mujeres, diseñado con el objetivo de crear incentivos para que los grupos religiosos respeten las normas de igualdad de género de la sociedad en general, y para que transformen en este sentido sus propias normas religiosas internas en el ámbito del derecho personal (Shachar, 2001: 117-145; 2010: 405-410). En lugar de cargar a la mujer individual con la tarea de gestionar la vulnerabilidad multicultural, y evitando otorgar un monopolio incondicional de jurisdicción a los líderes religiosos en nombre de la acomodación de la diversidad, este modelo propone una jurisdicción condicional y compartida entre el Estado y las autoridades religiosas. El *quid pro quo* es el siguiente: las autoridades del grupo religioso obtienen una porción del poder legislativo del Estado, así como el prestigio que eso conlleva, a condición de acordar por anticipado una forma parcial de salida para los miembros del grupo (su derecho a acudir a los tribunales estatales) en caso de que las autoridades del grupo no respeten el convenio (Shachar, 2010). Dicho convenio implica un acuerdo *ex ante* por el cual las autoridades religiosas se comprometen a ajustar sus decisiones a unos mínimos de igualdad de género en asuntos como la distribución posterior al

³⁰ Donde Shachar discute este modelo tal y como funciona principalmente en países no occidentales. Entre los defensores de alguna versión del pluralismo jurisdiccional en el ámbito del derecho de familia cabe citar a Nichols (2007), que defiende otorgar autonomía jurisdiccional a los tribunales religiosos con una mínima supervisión del Estado; Zelinsky (2006), que exige al Estado que se deshaga de su monopolio respecto al matrimonio a favor de un mercado matrimonial en el que el matrimonio civil compita con otros modelos procedentes de instituciones religiosas o de otro tipo; y Crane (2006), que demanda que el derecho civil permita a las parejas hacer contratos civiles atribuyendo jurisdicción sobre su matrimonio a las autoridades religiosas. Para una panorámica crítica véase McClain (2010). Debe recordarse que mientras los católicos, los musulmanes y los judíos tienen sus propios tribunales religiosos para resolver las disputas matrimoniales, los protestantes carecen de ellos.

divorcio, los derechos matrimoniales futuros, la custodia, etc. (Shachar, 2010: 117-145). Las autoridades del grupo obtienen así el reconocimiento y la ejecución legal de sus decisiones, al tiempo que el Estado conserva el poder de declarar un divorcio civil y de ejercer una revisión *ex post* cuando así lo reclame un demandante individual o un grupo de interés público.

En suma, esta forma de pluralismo jurídico implica una interacción regulada y una jurisdicción conjunta entre las autoridades religiosas y los tribunales civiles. Otorga a las primeras un poder legalmente sancionado sobre los miembros del grupo. A cambio, las autoridades del grupo asumen una regla de "no-monopolio", aceptando formas preestablecidas de salida parcial del grupo, así como una división del trabajo jurisdiccional en relación a las funciones distributiva y de demarcación del derecho personal. El Estado conserva el control final de las cuestiones distributivas mientras las autoridades religiosas asumen una jurisdicción exclusiva sobre la determinación del estatus. El Estado, por tanto, también renuncia a su monopolio sobre el derecho personal. El reconocimiento de una opción de salida parcial por parte de las autoridades del grupo realza supuestamente la voz de los miembros más débiles (las mujeres podrían intentar que las autoridades religiosas se sometan a sus acuerdos públicos). La jurisdicción conjunta supone, en teoría, un fuerte incentivo para transformar las normas distributivas discriminatorias que violan los derechos de ciudadanía igual de las mujeres a cambio de una sumisión obligatoria por parte de los miembros del grupo a los procedimientos de divorcio regulados por las normas religiosas. Supuestamente, el atractivo de los poderes legislativo y regulatorio bastarían para mejorar los aspectos transformativos de la salida: el peligro de que las mujeres acudan a los tribunales civiles y que éstos anulen las decisiones de las autoridades religiosas sería un incentivo suficiente para socavar las normas patriarcales dentro de estos grupos (Shachar, 2010: 125).

3. Las trampas del pluralismo jurídico en función del estatus

Aunque los argumentos a favor de jurisdicciones plurales y compartidas entre el Estado laico y los grupos religiosos en el ámbito del derecho personal parecen preocuparse por los intereses de las mujeres, se conducen por imperativos contradictorios que en última instancia los condenan a no lograr su propósito. O aún peor. Se desvían de otros tipos de acomodación transformativa en los que el Estado podría facilitar que se respetase el ejercicio de la libertad religiosa, pero priorizando la igualdad de género y sin correr el riesgo de establecer oficialmente una (o varias) religión(es) mediante la excesiva implicación del Estado con las autoridades religiosas y la privatización parcial que propone Shachar. Haré aquí únicamente tres comentarios críticos y sugeriré una alternativa.

En primer lugar, no es convincente la idea de que los líderes religiosos reformarán los aspectos patriarcales de sus reglas comunitarias para evitar una salida masiva y/o para otorgar un efecto legal a sus decisiones. De hecho, las versiones ortodoxas o fundamentalistas de las religiones tienden a definirse por encima y contra el feminismo y los movimientos liberales o reformistas disidentes, sin importarles el coste en el número de miembros (Reitman, 2005). La fidelidad a lo que consideran normas constitutivas y prácticas ortodoxas fundamentales tiene prioridad sobre el número de verdaderos creyentes. Más aún, los líderes religiosos podrían jugar con el sistema: esto es, aceptar como una cuestión formal una opción parcial de salida (el uso de los tribunales estatales) a cambio de su porción de la tarta regulativa, al tiempo que continúan de manera informal haciendo que dicha opción sea muy poco atractiva para las mujeres del grupo (Reitman, 2005: 203). El Estado no puede ilegalizar la expulsión o el ostracismo. La estrategia particularista propuesta por Shachar implica un precio demasiado alto: la sumisión obligatoria a



un sistema de divorcio patriarcal al menos en la primera vuelta (Reitman, 2005: 204)³¹.

Otro rasgo de la acomodación transformativa de este modelo es incluso más inquietante. Tiene un propósito doble: promover la igualdad de género dentro del grupo (la parte transformativa) y prevenir la erosión de la diferencia del grupo religioso (la parte de acomodación) (Shachar, 2001: 73). Shachar pretende hacer la cuadratura del círculo mediante el uso creativo del derecho estatal. Pero los medios socavan los fines al menos en lo que se refiere al primer objetivo. Incluso aunque tuviera algún efecto el incentivo para crear resultados menos discriminatorios por razón de género en el ámbito del derecho personal religioso, las principales estructuras patriarcales de los grupos religiosos se mantendrían intactas. El control exclusivo por parte de las élites masculinas sobre el derecho religioso relativo a las cuestiones de demarcación del estatus implica una injusticia de género que no se reduciría por medio de este tipo de acuerdos. En realidad, la autoridad de los líderes (masculinos) del grupo se reforzaría y posiblemente aumentaría con la propuesta de esta autora. Es llamativo el que no haya nada en su propuesta que desafíe el desequilibrio de poder que es inherente en la división de género de la típica autoridad jerárquica de muchos grupos religiosos. En otras palabras, la exclusión formal de la mujer de las jerarquías y posiciones de poder religiosas en, digamos, el judaísmo ortodoxo, el islamismo y el catolicismo (las mujeres no pueden ser rabinos ortodoxos, imanes o sacerdotes, ni pueden sentarse en los tribunales de arbitraje), se reforzaría aún más cuando las autoridades religiosas adquiriesen el poder legislativo del Estado, y sus decisiones en las cuestiones de familia se ejecutasen por el Estado. A buen seguro, la mejora del poder coercitivo y del prestigio de los líderes religiosos masculinos sería contraproducente desde el punto de vista de la igualdad de género. Es harto difícil que las autoridades religiosas existentes estén dispuestas a participar en un esquema de jurisdicción conjunta que quebranta su poder. En realidad, la idea es seducirles para hacer asignaciones distributivas más justas en los divorcios ¡ofreciéndoles un poder jurisdiccional incluso mayor! Los tribunales religiosos, compuestos típicamente por hombres, no tendrán el más mínimo incentivo para desafiar estos rasgos estructurales de jerarquía de géneros, incluso aunque rebajen las desigualdades, por ejemplo, en los acuerdos de divorcio. Como en el caso de otras formas de pluralismo jurídico en función del estatus, el Estado que delega su poder legislativo se convierte en un cómplice de las jerarquías de género dentro de los grupos religiosos. Los efectos simbólicos secundarios dentro de la sociedad en general no son triviales. Ninguna forma preacordada de salida será lo suficientemente transformativa como para aminorar este problema³².

Ni es la tarea propia del Estado laico asegurar la supervivencia de ninguna religión protegiéndola de las vicisitudes del mercado de valores religiosos o seculares³³. Lo cual no significa que defienda el modelo tendenciosamente

³¹ Tampoco ayudaría considerar las reglas de demarcación discriminatorias por razón de género según la versión de las que se vieron en el caso Martínez. Véase Pierik (2004).

³² Ésta es la razón por la que las feministas de Ontario lucharon tan duro contra tales propuestas. Véase Eisenberg (2006); Macklin (2009), y Philips (2007: 169-180), que discuten las protestas en Canadá y Gran Bretaña.

³³ Véase la opinión de Black en nombre de la mayoría tanto en *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*, et al. 330 U.S. 1;67 S.Ct.504 (1947), como en *McCullum v. Board of Education* 333 U.A. 203 (1948). La excepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema es el razonamiento en *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972), que permitió que la comunidad Amish quedara exenta, sobre la base del libre ejercicio de su religión, del pleno cumplimiento de una ley sobre la asistencia obligatoria al colegio, con objeto de asegurar en última instancia la supervivencia de la comunidad. Estoy de acuerdo con los que piensan que ésta fue una decisión errónea. La opinión disidente de

denominado “secular absolutista”, puesto que no creo que sea posible hoy en día, si alguna vez lo fue, la absoluta separación de la religión y el Estado³⁴. La interrelación entre las diferentes esferas, junto con algún grado de regulación por parte del Estado de la autorregulación de los grupos religiosos, fue y sigue siendo indispensable. Pero las alternativas no se restringen a los modelos del “particularismo religioso” o el “gobierno conjunto”.

Antes de pasar al tercer conjunto de argumentos críticos basados en razones republicanas y democráticas, es necesario hacer algunas distinciones conceptuales posteriores³⁵. Como ya se ha dicho, el pluralismo jurídico en el sentido difuso de una multiplicidad de órdenes normativos que coexisten en un espacio social ha existido siempre. Pero el pluralismo jurídico en el sentido de una multiplicidad de poderes jurisdiccionales dentro de un Estado democrático constitucional soberano adopta alguna de estas tres formas ideales típicas: federal, consociacional, o jurisdicción en función del estatus personal sobre ciertos temas específicos³⁶. Es importante comprender la diferencia entre estas formas.

4. Excursos sobre las formas de pluralismo jurídico interno

El principio federal acomoda la diversidad local permitiendo a las minorías localizadas territorialmente que se gobiernen por su cuenta en asuntos clave, al tiempo que permite a las mayorías organizarse en el centro (Elazar, 1987: 1-80, 263). Los acuerdos federales pueden también ayudar a proteger las minorías contra la opresión local, si la constitución federal incorpora los derechos individuales básicos. De este modo, los principios federales pueden militar contra la tiranía de la mayoría simple (local o federal) mientras favorecen la diversidad y la experimentación jurídicas. Si los intereses de los ciudadanos se localizan según las subunidades políticas territoriales, entonces el gobierno local mejorará la voz de los ciudadanos acomodando las diferentes preferencias locales. Aunque los arreglos federales se ajusten a las divisiones de lengua, cultura, etnicidad o religión, tales divisiones no llegarán a cosificarse dado que en un sistema federal bien ordenado los individuos pueden inmigrar y emigrar a través de las fronteras estatales, quedando garantizados los derechos constitucionales para todos a nivel federal³⁷. Todo esto es bien conocido. Pero quiero subrayar que los arreglos federales tratan sobre *la división del poder público jurisdiccional, y no sobre la mezcla de las autoridades públicas y privadas*. En un Estado democrático constitucional, los acuerdos constitucionales estipulan en ambos niveles la misma forma de gobierno: democrático, constitucional y republicano. Es, por tanto, una forma de pluralismo legal o constitucional dentro de una comunidad política que no socava los principios

Douglas, por el contrario, es acertada, al señalar que debería haberse tenido en cuenta el interés de los alumnos en desarrollar su capacidad de elección, y no sólo el interés de sus padres.

³⁴ Según Shachar (2001: 72), el “modelo secular absolutista” está “... basado en la estricta separación de Iglesia y Estado. Bajo este modelo, el Estado tiene la última palabra para definir legalmente lo que constituye la familia y para regular su creación y disolución”. La argumentación de la autora es tendenciosa porque habla del derecho secular como algo impuesto sobre los ciudadanos con independencia de su afiliación religiosa. Esto implica que sólo los ciudadanos no religiosos tienen buenas razones para aceptar la separación y el principio anti-establecimiento, y que los ciudadanos religiosos no tienen ninguna buena razón para aceptar un código civil uniforme para el derecho de familia. Sin embargo, en los siglos XVIII y XIX, los disidentes baptistas y las iglesias evangélicas reclamaron, por razones religiosas, una versión fuerte de la separación del derecho estatal y la religión. Witte (2005: 21-41).

³⁵ Para el mejor desarrollo de la justificación de los estados seculares a partir de los principios del republicanismo crítico, véase Laborde (2008).

³⁶ Dejo a un lado las divisiones jurisdiccionales que implica la separación constitucional de poderes.

³⁷ Esto es cierto en los modelos de EE.UU. y Alemania. Para un defensa del federalismo asimétrico en el que no se mantendría tal condición, véase Stepan, Linz y Yadav (2011: 201-276) y Stepan (1999). En tales casos los arreglos federales pueden ajustarse a identidades étnicas, lingüísticas o religiosas territorialmente localizadas, y cosificarlas.



constitucionales o democráticos: el poder en ambos niveles es público, representativo y responsable (los oficiales públicos locales y nacionales y los legisladores son responsables ante el pueblo que los eligió), la soberanía jurídica no está parcelada en grupos privados particulares organizados sobre bases no democráticas, y los derechos individuales constitucionales limitan todos los niveles del gobierno.

No puede decirse lo mismo de las otras dos alternativas contemporáneas para gestionar la diversidad: la democracia consociacional o el pluralismo jurídico en función del estatus religioso (Lijphart, 1969, 1977). El primero, basado también en mayorías organizadas en su centro y con recursos para construir consensos más sustantivos que los sistemas de mayoría simple, promueve la autonomía de las unidades autogobernadas. La democracia consociacional implica mayorías concurrentes no territoriales³⁸. Se caracteriza por un pluralismo grupal sectario y grandes coaliciones que a menudo implican principios de proporcionalidad y vetos en las decisiones de política nacional y en la legislación (Elazar, 1987: 23). Este tipo de arreglos se caracterizan por dos rasgos. En primer lugar, enfatizan (y cosifican) la existencia supuestamente permanente de identidades de grupo religiosas, étnicas o culturales, sobre el supuesto de que la sociedad está tan profundamente dividida que no hay otro modo de lograr el consenso. En segundo lugar, la partición del poder entre los grupos autónomos sectariamente diferenciados está típicamente unida al control y la negociación de las élites (Elazar, 1987)³⁹.

La jurisdicción multicultural, como los arreglos consociativos, implica garantizar la autonomía jurídica en función del estatus personal y no de la división territorial (Kelsen: 2008: 305). Sin embargo, esta forma de acomodar la diversidad cede el control público del derecho personal y familiar a las autoridades privadas, y públicamente irresponsables, eximiendo con frecuencia a los miembros de su comunidad de las leyes generales relevantes de la comunidad política (códigos civiles y derechos humanos)⁴⁰. El resultado es la cosificación de identidades segmentadas junto con el atrincheramiento de las jerarquías privadas. Las autoridades religiosas privadas ejercen un poder público, pero, a diferencia de las subunidades federales, no tienen que ajustar sus formas de organización para que resulten congruentes con los principios republicanos o democráticos que estructuran la democracia constitucional en la que se encuentran. Como consecuencia, desde una perspectiva democrática y republicana, no es normativamente deseable una jurisdicción basada en el estatus religioso (híbrida o total) en el ámbito del derecho personal. No existe ninguna razón normativamente apelante para introducir esta forma de jurisdicción dentro de las democracias constitucionales consolidadas. Los costes son demasiado elevados: fragmentación de la comunidad política, privatización de los elementos clave del poder político, cosificación y segmentación de las identidades de grupo a expensas de las múltiples alianzas superpuestas, atrincheramiento de las jerarquías religiosas respaldadas por el poder del Estado y disminución del sentido de ciudadanía compartida y de pertenencia a la sociedad en su conjunto.

Aunque la soberanía estatal les parezca aberrante a los pluralistas jurídicos, porque piensan que es necesariamente homogeneizante hacia el interior y belicosa

³⁸ Los grupos identitarios también pueden estar concentrados territorialmente, lo cual supone una determinada forma de arreglo para compartir el poder. Para una valoración crítica véase Elazar (1987: 19-26).

³⁹ Esto puede implicar, aunque no necesariamente, una jerarquía interna dentro de cada grupo.

⁴⁰ Esto es cierto en los modelos del particularismo religioso y de la jurisdicción conjunta. (Shachar, 2001: 78-85, 88-140).

ESTUDIOS

hacia el exterior, no es en absoluto deseable la alternativa de la desmonopolización de la competencia legislativa del Estado a través de una jurisdicción privatizada o conjunta. Dados los riesgos de conflicto violento y fragmentación política que acarrea la politización del pluralismo religioso en cualquier sociedad, el control del Estado laico sobre la soberanía legal y política, así como los vigorosos principios contra la adopción de una (o varias) religión(es) oficial(es) son, como ya señaló Hobbes hace mucho tiempo, la solución, no el problema (lo cual no significa de ningún modo que debamos aceptar su modelo político autoritario). Los fundadores norteamericanos tenían razón cuando crearon una república democrática que protegía la diversidad religiosa y la libertad de conciencia individual mediante unos derechos de libre ejercicio individual garantizados constitucionalmente, y rechazando la adopción de una religión oficial⁴¹.

Como consecuencia, el derecho personal en los EE.UU. ha estado durante más de tres siglos exclusivamente en el dominio público civil. Este monopolio público se caracteriza incorrectamente como un absolutismo secular bajo el supuesto de que descansa en una doctrina comprensiva secular y por tanto hostil a la religión⁴². Es todo lo contrario: junto con las cláusulas de la Primera Enmienda (de libertad religiosa y contra la adopción de una religión oficial), el monopolio del Estado sobre el poder legislativo es la condición necesaria para la igual libertad de los diferentes individuos y grupos religiosos y no religiosos que componen nuestra sociedad. El principio de no adopción de una religión oficial ofrece la base institucional para la transición desde la tolerancia de las minorías religiosas por parte de la religión mayoritaria políticamente establecida, hasta la igualdad de trato de todas las religiones y el respeto de la conciencia religiosa/moral de todos los individuos por igual. La libertad de conciencia puede por sí misma garantizar la tolerancia de los grupos religiosos minoritarios, pero no protege contra el atrincheramiento estatal de los privilegios y desigualdades que existen entre ellos y dentro de ellos⁴³.

El “absolutismo secular”, como forma institucionalizada del principio de no establecimiento, lejos de ser hostil a la religión, se ha defendido en los EE.UU. no sólo a partir de razones republicanas y liberales, sino también por razones religiosas. Muchos grupos religiosos temen la corrupción o la cooptación a través del uso del poder coercitivo del Estado por parte de las mayorías religiosas. Los demócratas republicanos y liberales tratan de proteger las esferas públicas comunes (civiles, políticas y jurídicas) de la comunidad política y los derechos individuales de los ciudadanos contra los efectos totalitarios, intransigentes, corruptos y divisorios de la politización de las facciones religiosas (Witte, 2005: 21-39). Ambos ven el no establecimiento de una religión oficial como la condición necesaria de un Estado democrático constitucional secular e imparcial. Los primeros defienden dicho principio porque consideran que el Estado es incompetente en el terreno

⁴¹ La sección relevante de la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense afirma que “El Congreso no aprobará ninguna ley que aboque al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma”. Los documentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan la libertad de conciencia y la libertad religiosa, aunque por motivos obvios no recogen ningún principio de no establecimiento.

⁴² Para una distinción entre las doctrinas comprensivas religiosas y los principios políticos seculares, cuyo carácter intencionadamente incompleto los hace propicios para servir de marco en el que poder crear un terreno común y acomodar la individualidad y la pluralidad, véase Eisgruber y Sager (2007). Para la idea de que el republicanismo no necesita asumir una concepción comprensiva del secularismo, véase la defensa de Laborde (2008).

⁴³ El modelo alternativo de “establecimiento múltiple” que implica la jurisdicción multicultural ni trae igualdad ni evita el riesgo de fragmentación al que se ha aludido arriba. Para una defensa del establecimiento múltiple, véase Modood (2003: 164). Para una crítica véase Laborde (2008).



religioso/espiritual y una amenaza para libertad religiosa individual. El principio de no establecimiento requiere distinguir entre los poderes temporal y espiritual, y prohíbe al Estado laico el uso de la verdad religiosa como justificación de sus leyes o directrices políticas –es decir, implica también una división epistemológica del trabajo (Witte, 2005).

Para los segundos, el principio de no establecimiento es crucial precisamente por la importancia de la religión para los creyentes. Las religiones son redes comprensivas de creencias y conductas que tratan sobre las cuestiones últimas acerca del significado y el valor de la vida. Los grupos religiosos implican típicamente la distinción de los estatus de miembros y extraños. La participación en los ritos y la obediencia de las normas religiosas determinan quién es miembro del grupo, con consecuencias importantes para el creyente. La función de demarcación del estatus que es inherente a la religión hace que la diferencia religiosa sea un blanco primordial de la discriminación injusta⁴⁴. Sin embargo, debido a su carácter comprensivo y al poder que pueden generar la creencia y la organización religiosas, existe un riesgo de conflicto social cuando, en una sociedad religiosamente plural, las religiones compiten por el poder jurisdiccional o político del Estado. Desde la perspectiva de una república democrática constitucional, la esencia de un principio de no establecimiento reside en evitar la amenaza que la división religiosa supone para la ciudadanía común y la unidad política, localizando el monopolio de los poderes legislativo y ejecutivo en manos del Estado laico, y prohibiendo el uso de dichos poderes para propagar, defender o privilegiar ninguna Iglesia o doctrina religiosa. La premisa de una democracia constitucional es que la legitimidad política deriva de principios sociales y políticos inmanentes, incompletos y falibles, y de leyes que nosotros mismos nos damos, pero nunca de verdades religiosas o legisladores trascendentes⁴⁵. Ningún estado democrático puede delegar, sin contradicción, a autoridades religiosas –es decir, soberanos competidores— el poder legal sobre un área tan vital como el derecho de familia. El estatus de un ciudadano democrático, sus derechos y libertades, no pueden depender de las decisiones de unas autoridades que carecen de las restricciones procedimentales de un tribunal estatal⁴⁶. Los ideales de imparcialidad e igualdad de ciudadanía requieren una república políticamente secular que rechace la implicación ideológica (justificatoria) e institucional excesiva del Estado con la religión.

Aunque es una cuestión abierta determinar cuál es el grado excesivo de implicación, los principios de no establecimiento y legitimidad democrática excluyen la jurisdicción híbrida entre autoridades religiosas y seculares que defienden Shchar y otros multiculturalistas. De hecho, en los tribunales de EE.UU. se han

⁴⁴ Eisgruber y Sager (2007: 208-211) discuten estos rasgos de la religión y los distinguen correctamente de las doctrinas seculares.

⁴⁵ Eisgruber y Sager (2007) tienen razón en insistir sobre la distinción cualitativa entre el carácter incompleto de los principios políticos, o incluso visiones del mundo, seculares y las religiones, que han de ser comprensivas y abordar las cuestiones del sentido último y las verdades trascendentes. Es, pues, falso el supuesto según el cual podemos equiparar las religiones y las “doctrinas comprensivas” seculares. Una doctrina secular puede casi llegar a ser totalmente comprensiva, pero esto es raro e innecesario. La legitimidad democrática, que las doctrinas seculares no discuten, presume que la ciudadanía es la fuente del derecho, y que por tanto el derecho público y las directrices políticas no pueden adscribirse a la voluntad divina o considerarse como leyes naturales “dadas” por una divinidad.

⁴⁶ Parafraseo aquí la descripción de Witte y Nichols (2010) del argumento pluralista, que no comparten. Defiendo que aunque el grupo o tribunal religioso no discrimine en función del género, su legitimidad no puede ser democrática. La religión implica heteronomía en relación a las normas y el derecho, mientras que la democracia implica autonomía –la idea de que los ciudadanos son la fuente del derecho público.

impugnado con éxito varios intentos de jurisdicción compartida⁴⁷. Ciertamente la jurisprudencia de la Primera Enmienda es variada y polémica. Hago referencia a ella simplemente con objeto de subrayar las razones para resistir la senda del pluralismo jurídico (o cualquier otra) de restablecer la religión (o las religiones).

La respuesta adecuada a la objeción de que la neutralidad del derecho civil que regula la asociación íntima es un mito, puesto que ha sido durante mucho tiempo congruente con el cristianismo occidental, es hacer que ese derecho sea más secular y más imparcial. Éste ha sido el camino que ha seguido la transformación del derecho de familia desde el siglo XIX en EE.UU. y en todas partes. Las críticas como la feminista a las reglas que regulan la intimidad desde premisas cristianas o patriarcales han conseguido hacer que las leyes del Estado sean más seculares y más justas desde una perspectiva de género⁴⁸. Siempre se comienza *in media res*. Desvelar las bases religiosas de un determinado estándar jurídico y criticarlo como una violación de la igual libertad no significa que el ideal de estándares imparciales o seculares sea una farsa, sino que la imparcialidad, la justicia y la secularidad son siempre una verdad por construir. En lugar de invocar la jurisdicción conjunta, la desmonopolización y lo que equivale al establecimiento de múltiples religiones oficiales, con objeto de acomodar las tradiciones minoritarias de derecho de familia que no se alinean con las prácticas religiosas de la mayoría, la respuesta adecuada es asegurar que el ámbito de la intimidad se regula por leyes congruentes con las protecciones constitucionales de la igual ciudadanía, la anti-discriminación, los derechos humanos, la libertad personal y la igualdad de género⁴⁹.

5. ¿Acomodación transformativa sin pluralismo jurídico?

El problema del “modelo secular absolutista” no es el monopolio estatal del poder legislativo o su carácter secular, sino el mito que lo acompaña de un “muro de separación” entre Iglesia y Estado. Si la separación significa una auto-regulación sin límites, y si la acomodación según el modelo separatista implica la exención de las leyes y reglas constitucionales que garantizan la igual ciudadanía, entonces se trata sin duda de una metáfora problemática. El derecho de salida vinculado al modelo de estricta separación no mitiga por sí mismo la desigualdad de género dentro de las organizaciones religiosas, y no alivia al individuo de la carga de tener que elegir entre su religión (ortodoxa) y sus derechos.

La solución no es terminar con el monopolio estatal de la soberanía legal sobre la base del dudoso supuesto de que el señuelo del poder coercitivo público jurisdiccional será un incentivo para que las autoridades religiosas masculinas cumplan con las normas de igualdad de género⁵⁰. Por el contrario, el remedio es abandonar la metáfora del muro de separación puesto que la regulación estatal de la

⁴⁷ *Larkin v. Grendel's Denn* 459 U.S. 116 (1982) anula una ley estatal que otorgaba a las iglesias un poder de veto respecto a la cesión de licencias de venta de alcohol en un radio de 500 pies de la iglesia en cuestión, al considerarlo como una delegación inadecuada del poder civil que viola la cláusula anti-establecimiento de la Primera Enmienda. *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994) anula la creación por parte del Estado de un distrito escolar único dentro de una comunidad del movimiento judío Satmar Hasidic, al considerarlo una delegación inadecuada del poder civil que viola la Primera Enmienda.

⁴⁸ Lo cual no implica simplemente sustituir estatus por contrato, sino criticar los distintos regímenes de estatus con su propia forma de desigualdad de género. Véase Siegel (1997: 1116-1119).

⁴⁹ El hecho de que estos principios puedan estar más en sintonía con una determinada religión o que la separación de Iglesia y Estado tuvo su origen en una u otra cosmovisión religiosa no viene al caso. Que el origen no implica estructura significa que es suficiente con que podamos ofrecer, para justificar tal distinción, razones seculares relativas a los principios de igual libertad.

⁵⁰ Este proyecto crea extraños compañeros de cama. Witte y Nichols (2010), en absoluto feministas, defensores acérrimos de los matrimonios pactados, y claramente alineados con la derecha cristiana, defienden un modelo de jurisdicción conjunta bastante similar al que propone Shachar.



religión es inevitable y deseable. La cuestión es qué tipo de regulación y qué forma de acomodación reconcilia mejor la libertad de asociación religiosa con el interés público en la igual libertad, la anti-discriminación y la ciudadanía democrática, al tiempo que se evita una excesiva implicación que equivaldría al establecimiento. Lo que aquí me preocupa es dónde trazar la línea cuando surgen las cuestiones de igualdad de género. Estoy de acuerdo en que la acomodación transformativa es necesaria para complementar la auto-regulación con respecto a las jerarquías sociales de género institucionalizadas en las organizaciones religiosas, pero no en la forma de un pluralismo jurídico o una jurisdicción híbrida. Debería vincularse, por el contrario, a una serie de incentivos estatales basados en un análisis de igualdad que se focalice en el individuo, en lugar de en el grupo, y que priorice los principios democráticos y anti-discriminatorios.

Sabemos que esto último es intervencionista: su aplicación requiere una acción efectiva del Estado (Olsen, 1985: 835, 836-837)⁵¹. Por otro lado, una regulación estatal completa, que pretenda conseguir la plena congruencia de las estructuras de gobierno y de las reglas de pertenencia de los grupos religiosos con las normas democráticas y liberales, socavaría los principios constitucionales de libertad religiosa y asociación voluntaria (Rosenblum, 1998). ¿Cómo podemos entonces promover el respeto a la igual ciudadanía y la igualdad de género, manteniendo la prioridad constitucional de igual libertad para todo individuo, sin una coerción indebida por parte del Estado?

Debemos pensar en los términos de un enfoque con tres vertientes. Una opción fuerte de salida del tipo que ya existe en EE.UU. y otras democracias constitucionales occidentales, basado en localizar el derecho de familia vinculante exclusivamente en las manos del Estado, es la condición necesaria para reconciliar los principios públicos de igualdad de género e igual ciudadanía con la libertad de religión y el pluralismo normativo⁵². Esto es lo que se ajusta a la lógica de la separación y la auto-regulación⁵³. También ha habido siempre prácticas que, aunque religiosas, se han considerado incompatibles con los propósitos públicos y los principios constitucionales y, por tanto, se han criminalizado por las democracias constitucionales (por ejemplo, los sacrificios humanos, el matrimonio forzoso, o entre menores, o plural). Lo cual implica regulación de arriba a abajo, directa y coercitiva. Cualquier prohibición puede impugnarse democráticamente y las autoridades públicas deben justificar por qué es imposible la deferencia hacia las normas de la comunidad religiosa debido a un interés público superior y/o el criterio preeminente de la igual libertad. Una tercera vertiente trae consigo la regulación indirecta de la auto-regulación. Lo cual implica incentivos por parte del Estado y/o la obtención de beneficios públicos para estimular el cumplimiento de los principios constitucionales básicos de la igual ciudadanía (Cohen, 2002: 151-179). La regulación indirecta de la auto-regulación no supondría ni el reparto del poder legislativo del Estado con los grupos religiosos ni la abolición de su autonomía para crear y vivir bajo sus propias

⁵¹ Pero esto no implica que no se diferencie la familia del Estado. Véase Cohen (2002, pp. 28-76).

⁵² Una opción robusta de salida presupone una república democrática en la que hay una relación directa entre el individuo y el Estado. Los derechos individuales de ciudadanía y la regulación del Estado de los sujetos a su derecho no están mediatizados por grupos. Que las repúblicas democráticas constitucionales realmente existentes se toman en serio la igualdad de género es, por supuesto, un supuesto bastante heroico. Sin embargo, los principios democráticos y las normas constitucionales anti-discriminatorias que excluyen la discriminación por razón de género y de sexo, junto con las normas de los derechos humanos, siguen siendo nuestra mejor apuesta.

⁵³ Abandonar la metáfora del "muro de separación" no significa que pueda existir una república democrática sin un concepto de separación en absoluto, ya que tal concepto se presupone en el principio de anti-establecimiento. No puedo bajar aquí a los detalles respecto a los requisitos institucionales de la separación básica ligada a dicho principio.

normas religiosas. En este sentido, el pluralismo normativo puede ser objeto de reconocimiento, pero no el pluralismo jurídico en el sentido de una jurisdicción multicultural o híbrida, que debe evitarse.

La vertiente de la regulación indirecta no sería directamente coercitiva. Pero vendría a complementar las estrategias liberales de elección y salida. Estas últimas son indispensables pero insuficientes cuando nos enfrentamos a las preferencias adaptativas de los miembros y a estructuras jerárquicas de organizaciones que discriminan por razón de género⁵⁴. ¿Por qué? Las instituciones religiosas, particularmente los colegios y la familia (religiosa), son agencias de socialización primaria de los niños. Por eso sus normas y desigualdades de género internas, basadas en la religión, perpetúan los prejuicios dentro y a través de las generaciones. En la socialización primaria, la pertenencia a las asociaciones religiosas no es voluntaria sino por adscripción. Dado que las religiones hacen aseveraciones sobre las vidas completas de sus miembros, y dado que la socialización primaria religiosa es tan potente, la salida es costosa y difícil. Por eso son necesarias las estrategias de regulación indirecta por parte del Estado democrático constitucional, las cuales mandan un fuerte mensaje relativo a las normas de igualdad de género y ayudan a ampliar la voz de los miembros desaventajados de tales grupos.

Esto traerá consigo algún tipo de implicación del Estado con la religión, pero no necesariamente excesiva. No estoy sugiriendo que el gobierno ilegalice directamente las prácticas discriminatorias de los grupos religiosos relativas a la contratación o la demarcación de sus miembros, o que regule directamente las reglas de demarcación y distribución de los matrimonios y divorcios religiosos. Estoy de acuerdo en que, "El gobierno no puede decir a la Nación del Islam ("Black Muslims") que admitan a blancos; no puede decir a una iglesia mayoritariamente blanca que admita negros. No puede decir a la Iglesia Católica romana que debe tener mujeres sacerdotes"⁵⁵. Los tribunales estadounidenses han declinado consistentemente aplicar leyes anti-discriminatorias con respecto al género en la contratación del clero y algunas otras posiciones de liderazgo⁵⁶. Pero hay otras formas de "decir", esto es, de mandar el mensaje de la igualdad, además de la prohibición pura y simple mediante leyes y decisiones legales. Los tribunales estadounidenses han denegado algunos beneficios públicos de derecho civil en casos de severa discriminación de género por motivo de las reglas religiosas relativas al divorcio⁵⁷. Han retirado exenciones fiscales federales a una universidad

⁵⁴ Sobre las preferencias adaptativas véase Elster (1983: 123 ss.). Véase también Laborde (2008: 119, 120) con respecto a las preferencias adaptativas de género en la socialización religiosa.

⁵⁵ Greenawalt (2006: 378-379). La Iglesia Católica, los judíos ortodoxos y la mayoría de los grupos musulmanes no permiten la entrada de las mujeres en el clero.

⁵⁶ El Título VIII de la Civil Rights Act, que prohíbe la discriminación en el empleo, cubre las organizaciones religiosas, con la excepción explícita que permite la discriminación en las asociaciones e instituciones educativas de carácter religioso con respecto a sus actividades religiosas. En 1972 se amplió para cubrir todo tipo de actividades. 42 U.S.C. & 2000e-1. Para una discusión sobre este asunto véase Greenawalt (2006: 382-387).

⁵⁷ El Estado de Nueva York promulgó una serie de leyes para deshacer una determinada desigualdad derivada de la disponibilidad universal del divorcio civil con respecto a maridos judíos ortodoxos que se negaban a conceder a sus mujeres un divorcio religioso, asegurando a ambos un divorcio religioso y civil. Estos maridos pueden volverse a casar siempre que prevengan a sus mujeres de hacerlo dentro de la comunidad religiosa. Las leyes de Nueva York deniegan a estos hombres el beneficio del divorcio civil salvo que acudan a un tribunal religioso y un rabino certifique que han tomado las medidas necesarias para no impedir a sus mujeres unas segundas nupcias. Véase Greenawalt (2008), el cual respalda el esfuerzo del Estado para eliminar un obstáculo a la igualdad respecto a la capacidad para divorciarse y volverse a casar, pero considera inconstitucional que se delegue a un rabino la autoridad absoluta para bloquear el divorcio civil. Esta medida podría corregirse si los tribunales otorgasen a la certificación del rabino un valor presuntivo, pero no concluyente.



religiosa que practicó discriminación racial en la matriculación y contratación por razón de convicciones religiosas⁵⁸. Por tanto, el Estado democrático liberal interviene indirectamente, y tiene la obligación de hacerlo, para regular los costes de salida, como en el primer caso, y los costes de la exclusión discriminatoria, como en el segundo, de acuerdo con los principios de la igual ciudadanía. Aunque no puedo entrar al detalle aquí, generalizaría a los asuntos de igualdad de género el enfoque indirecto que adoptó la Corte Suprema de los EE.UU. con respecto a la raza en el caso de *Bob Jones University v. United States*⁵⁹. Según dicho enfoque, ningún grupo corporativo que discrimina sistemáticamente contra las mujeres en sus jerarquías internas, decisiones de contratación, normas familiares, etc. debería disfrutar, simplemente porque se califica como religioso, de exenciones fiscales, subsidios o cualquier otro privilegio otorgado por el Estado⁶⁰. Ciertamente tales grupos no deberían ser un poder legislativo delegado. Aun así, su poder legislativo no vinculante jurídicamente, pero internamente coercitivo, requiere una intervención indirecta y una regulación de su auto-regulación. Lo cual es deseable y preferible tanto al estricto enfoque separatista (libertario) como a la jurisdicción multicultural⁶¹. El razonamiento aquí es sencillo: la complicidad del Estado con instituciones que discriminan contra las mujeres envía un mensaje incorrecto y minusvalora los efectos corrosivos que dicha discriminación produce en todos, niños y adultos, dentro y fuera de la organización. Ni el poder ni los fondos públicos deberían estar a disposición de aquellas organizaciones jerárquicas que incumplen los principios básicos de la igual ciudadanía.

Debemos separar la libertad religiosa de los individuos y la libertad de asociación religiosa –derechos básicos individuales que protegen la autonomía y la autodeterminación espiritual— de la privacidad de las organizaciones usada como un instrumento para escudar a las élites del cumplimiento de los derechos básicos. Las feministas han hecho un buen trabajo desacreditando la privacidad de las organizaciones y de las familias⁶². Es tiempo de hacer el mismo trabajo respecto al pluralismo jurídico religioso. Como críticos del discurso multicultural respecto a las comunidades no estales generadoras de “nomos”, debemos evitar suponer un significado unitario de las normas relevantes o la ausencia de interpretaciones y narrativas en conflicto (Resnick, 2005: 17, 27). La única forma de descubrir si hay voces disidentes es garantizar a todos los individuos los mismos derechos y escuchar la voz de los miembros desaventajados. Nada de esto significaría para los individuos la pérdida de su libertad de asociación religiosa, o para los grupos religiosos la privación de sus derechos como comunidades autogobernadas –al contrario, disfrutarían de las protecciones jurídicas que el Estado ha de ofrecer a todos estos colectivos. Lo que se prohibiría es la complicidad del Estado, mediante

⁵⁸ *Bob Jones University v. United States* 461 US 574 1983.

⁵⁹ En este caso la Corte Suprema respaldó una decisión del IRS (Internal Revenue Service). La Bob Jones University no admitió alumnos negros hasta 1971 y posteriormente prohibió las parejas y matrimonios interraciales. Estoy de acuerdo, sin embargo, con Robert Cover y con Paul Schiff Berman en que la Corte debería haber hecho explícitas las razones basadas en principios en que basaron su decisión, es decir, su compromiso con la erradicación de la discriminación racial y su rechazo a ser cómplice con la política racista de una universidad privada garantizando a dicha institución exenciones fiscales. También me gustaría ver un compromiso explícito con la erradicación de la injusticia de género. Cover (1983: 64-68); Berman (2010: 26).

⁶⁰ Lupu (1987: 391, 395-399), argumenta que una vez que las instituciones religiosas admiten individuos como miembros, deben estar obligados a respetar las leyes antidiscriminatorias con respecto al trato que otorgan a sus miembros.

⁶¹ Estoy de acuerdo con Okin (1999, 2005) y Reitman (2005).

⁶² Comenzando con las críticas al estatus que tenía la mujer casada en el derecho común inglés y estadounidense (*the doctrine of coverture*). Para una discusión sobre este tema véase Cohen (2002: 22-78).

exenciones fiscales y otros beneficios, con jerarquías sociales de género y prácticas discriminatorias justificadas en nombre de la religión, que suponen la violación de las premisas igualitarias básicas de las democracias constitucionales así como de los derechos humanos de sus miembros⁶³.

La regulación de la auto-regulación debe matizarse y existe el riesgo de que ciertas mayorías xenófobas o intolerantes se apropien de la lucha contra la desigualdad de género ocultando sus verdaderos objetivos bajo el disfraz de una preocupación por los derechos de las mujeres. También puede ocurrir que el Estado se equivoque (Reitman, 2005: 204-208). Pero el miedo a estos riesgos no es razón suficiente para evitar la tarea de diseñar leyes y directrices políticas de intervención indirecta democráticamente justificables cuando están en peligro los principios constitucionales y los derechos humanos. Si la combinación de estos enfoques jurídicos socava las estructuras patriarcales de los grupos religiosos que están basados, en el fondo, en polémicas interpretaciones de la ortodoxia religiosa, tanto mejor.

Bibliografía

- AGNES, F. (1999), *Law and Gender Inequality*, Oxford University Press, New Delhi.
- ANDREWS, P. E. (2009), "Who's Afraid of Polygamy? Exploring the Boundaries of Family, Equality and Custom in South Africa", *Utah Law Review*, pp. 351-379.
- BAER, S. (2010), "A Closer Look a Law: Human Rights as Multi-Level sites of struggle over Multi-Dimensional Equality", *Utrecht Law Review*: vol. 6, núm. 2, pp. 56-76.
- BARKEY, K. (2008), *Empire of Difference: The Ottomans in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BERMAN, P. S. (2007), "Global Legal Pluralism" *Southern California Law Review*: vol. 80, pp. 1155-1238.
- BERMAN, P. S. (2009), "The New Legal Pluralism" *Annual Review of Law and Social Science*: vol. 5, pp. 225-242.
- BERMAN, P. S. (2010), "Toward a Jurisprudence of Hybridity", *Utah Law Review*: núm. 1, pp. 11-29.
- CASANOVA, J. (1994), *Public Religion in the Modern World*, University of Chicago Press, Chicago.
- CHATTERJEE, N. (2010), "English Law, Brahmo Marriage and the Problem of Religious Difference: Civil Marriage Laws in Britain and India", *Comparative Studies in Society and History*: núm. 52, pp. 524-552.
- COHEN, J. L. (2002), *Regulating Intimacy*, Princeton University Press, Princeton.
- COVER, R. (1983), "The Supreme Court, 1982 Term--Foreword: Nomos and Narrative" *Harvard Law Review*: núm. 97, pp. 4-68.
- CRANE, D. A. (2006), "A 'Judeo-Christian' Argument for Privatizing Marriage" *Cardozo Law Review*: vol. 27, núm. 3, pp. 1221-1259.
- DEVEAUX, M. (2005), "A Deliberative Approach to Conflicts of Culture". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1995), *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the New Paradigmatic Transition*, Routledge, Nueva York.
- DREISBACH, D. L. (2002), *Thomas Jefferson and the Wall of Separation between Church and State*, New York University Press, Nueva York.

⁶³ Respaldo la defensa de aumentar la voz de las mujeres religiosas cuando el Estado actúa sobre asuntos que les atañen, consultando no sólo a las autoridades (masculinas) sino también a las mujeres miembros del grupo afectado. Véase Deveaux (2005).



- EISENBERG, A. (2005), "Identity and Liberal Politics: the Problem of Minorities within Minorities". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- (2006) "The Debate over Sharia Law in Canada". En ARNEIL, B., DEVEAUX, M., DHAMOON, R. y EISENBERG, A. (eds.), *Sexual/Cultural Justice*, Routledge, Londres.
- EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J. (2005), *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- EISGRUBER, C. L. y SAGER, L. G. (2007), *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma.
- ELAZAR, D. J. (1987), *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa y Londres.
- ELSTER, J. (1983), *Sour Grapes*, Cambridge University Press, Cambridge.
- EUGENE, E. (1913), *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker and Humboldt, Berlín.
- FIGGIS, J.N. (1913), *Churches in the Modern State*, Longmans, Green, Londres.
- GREENAWALT, K. (2006), *Religion and the Constitution*, vol. I, Princeton University Press, Princeton.
- GREENAWALT, K. (2008), *Religion and the Constitution*, vol. 2, Princeton University Press, Princeton.
- GRIFFITHS, J. (1986), "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*: núm. 24, pp. 1-50.
- GROSSBERG, M. (1985), *Governing the Hearth: Law and Family in 19th Century America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- GUNTHER, K. (2008), "Legal Pluralism or a Uniform Concept of Law?", *NoFo*: núm. 5, pp. 5-21.
- HASSIM, S. (2006), *Women's Organizations and Democracy in South Africa*, University of KwaZulu Natal Press, Scottsville, Sudáfrica.
- HIRSCHL, R. y SHACHAR, A. (2005), "Constitutional Transformation, Gender Equality and Religions/National Conflict in Israel". En BAINES, B. y RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- IRVING, H. (2008), *Gender and the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JAGWANTH, S. y MURRAY, C. (2005), "No Nation can be Free When One Half of it is Enslaved: Constitutional Equality for Women in South Africa". En BAINES, B. y RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KELSEN, H. (2008), *General Theory of Law and the State*, Transaction Pub., New Brunswick, NJ.
- KRISCH, N. (2009), "The Case for Pluralism in Post-National Law", *Law, Society and Economy Working Papers*: núm. 12.
- LABORDE, C. (2008), *Critical Republicanism*, Oxford University Press, Oxford.
- LIJPHART, A. (1969), "Consociational Democracy", *World Politics*: vol. 21, núm. 2.
- LIJPHART, A. (1977), *Democracy in Plural Societies*, Yale University Press, New Haven.
- LUPU, I. (1987), "Free Exercise Exemptions and Religious Institutions", *Boston University Law Review*: núm. 67, pp. 391 ss.
- MACKINNON, C. A. (1989), *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge.
- MACKLIN, A. (2009), "Particularized Citizenship: Encultured Women and the Public Spheres". En BENHABIB, S. y RESNIK, J., (eds.), *Migrations and Mobilities*, New York University Press, Nueva York.

- MAMDANI, M. (1996), *Citizen and Subject*, Princeton University Press, Princeton.
- McCLAIN, L. C. (2010) "Marriage Pluralism in the United States: On Civil and Religious Jurisdiction and the Demands of Equal Citizenship", *Boston Univ. School of Law Working Paper*. Disponible en internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1614843#. Revisado el 5 de junio 2011.
- MERRY, S. E. (1988), "Legal Pluralism", *Law & Society Review*: vol. 22, núm. 5, pp. 869-896.
- MODOOD, T. (2003), *Multiculturalism, Muslims and the British State*, British Association for the Study of Religion, Londres.
- MOORE, S. F. (1973), "Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review*: vol. 7, núm. 4, pp. 719-746.
- NICHOLS, J. A. (1998), "Louisiana's Covenant Marriage Statute: A First Step toward a More Robust Pluralism in Marriage and Divorce Law?", *47 Emory Law Journal*: vol. 47.
- NICHOLS, J. A. (2007), "Multi-Tiered Marriage: Ideas and Influences from New York and Louisiana to the International Community", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*: vol. 40, núm. 1, pp. 135-196.
- NUSSBAUM, M. C. (2005), "India, Sex Equality and Constitutional Law". En BAINES, B. y RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- OKIN, S. M. (1999), "Is Multiculturalism Bad for Woman?" En COHEN, J., HOWARD, M., NUSSBAUM, M. C., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton.
- OKIN, S. M. (2005), "Multiculturalism and Feminism: No Simple Question, No Simple Answers". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., eds., *Minorities within Minorities* Cambridge University Press, Cambridge.
- OLSEN, F. E. (1985), "The Myth of State Intervention in the Family", *University of Michigan Journal of Law Reform*: núm. 18, pp. 835 ss.
- PHILLIPS, A. (2007), *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, Princeton.
- PIERIK, R. (2004), "Review of Multicultural Jurisdictions", *Political Theory*: núm. 32, núm. 4, pp. 585-589.
- POSPISIL, L. (1972), *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Yale University Press, New Haven.
- REITMAN, O. (2005), "On Exit". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- RESNIK, J. (1989), "Dependent Sovereigns: Indian Tribes, States and the Federal Courts", *The University of Chicago Law Review*: núm. 56, pp. 671-759.
- RESNIK, J. (2005), "Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts and Robert Cover", *Yale Journal Law & the Humanities*: núm. 17, pp. 17-53.
- ROSENBLUM, N. (1998), *Membership and Morals*, Princeton University Press, Princeton, NJ.
- SEZGIN, Y. (2010), "How to Integrate Universal Human Rights into customary and Religious Legal System?", *Journal of Legal Pluralism*: vol. 60, pp. 5-40.
- SHACHAR, A. (2001), *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SHACHAR, A. (2010), "Faith in Law? Diffusing Tensions Between Diversity and Equality", en *Philosophy and Social Criticism*: vol. 36, núm. 3-4, pp. 395-411.
- SIEGEL, R. (1997), "Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action", *Stanford Law Review*: núm. 49, pp. 1111-1148.
- SONG, S. (2007), *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press, Cambridge.



- SPAHT, K. S. (1998), "Louisiana's Covenant Marriage: Social Analysis and Legal Implications", *Louisiana Law Review*: núm. 59, pp. 63-130.
- STEPAN, A. (1999), "Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model", *Journal of Democracy*: vol. 10, núm. 4, pp. 19-34.
- STEPAN, A. et al. (2011), *Crafting State-Nations: India and other multinational democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- SUBRAMANIAN, N. (2008), "Legal Change and Gender Inequality: Changes in Muslim Family Law in India", *Law & Social Inquiry*: vol. 33, núm. 3, pp. 631-672.
- TAMANAH, B. (2008), "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review*: vol. 30, pp. 375-411.
- TEITELBAUM, L. (2007), "Religion and Modernity in American Family Law". En BROWNING, D. S. y CLAIRMONT, D. A., eds., *American Religions and the Family*, Columbia University Press, Nueva York.
- TEUBNER, G. (1997), "Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society". En TEUBNER, G., ed., *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth.
- WITTE, J. Jr. (1997), *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*, Westminster John Knox Press, Louisville, Ky.
- WITTE, J. Jr. (2005), *Religion and the American Constitutional Experiment*, Westview Press, Boulder, CO.
- WITTE, J. Jr. y NICHOLS, J. A. (2010), "Faith Based Family Laws in Western Democracies?", *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*: pp. 119-132.
- ZELINSKY, E. A. (2006), "Deregulating Marriage: The Pro-Marriage Case for Abolishing Civil Marriage", *Cardozo Law Review*: vol. 27, núm. 3, pp. 1161-1220.