
Crónica judicial de Derecho eclesiástico en los Estados Unidos de Norteamérica (2021-2023)

RECIBIDO: 28 DE SEPTIEMBRE DE 2023 / ACEPTADO: 30 DE OCTUBRE DE 2023

José Ignacio RUBIO LÓPEZ

Profesor Estable Adjunto a Cátedra
Universidad Eclesiástica San Dámaso (UESD). Facultad de Derecho Canónico. Madrid
orcid 0000-0002-0289-5907
frjoseignaciorubio@gmail.com

Resumen: Esta crónica judicial sobre libertad religiosa en los Estados Unidos de Norteamérica da cuenta de las controversias llegadas a su Tribunal Supremo en esta materia durante los dos últimos años judiciales (2021 y 2022).

Palabras clave: Crónica judicial, Libertad religiosa, Derecho eclesiástico, Estados Unidos de Norteamérica.

Abstract: This judicial chronicle on religious freedom in the United States of America reports on the controversies that have reached its Supreme Court in this area during the last two terms (OT 2021 and OT 2022).

Keywords: Judicial Chronicle, Religious Freedom, Law & Religion, USA.

SUMARIO: I. Crónica judicial de los dos últimos años (OT 2021 y OT 2022). II. Casos decididos por el Tribunal Supremo en materia religiosa. III. Más adaptación religiosa y libre ejercicio de la religión en la Corte Roberts.

Recordemos que toda referencia al sector del derecho constitucional que regula el hecho religioso en los Estados Unidos debe respetar la estructura federal del país en cada uno de sus tres poderes. Al tratarse aquí de una crónica jurisprudencial, los tiempos vienen marcados por el año judicial del Tribunal Supremo federal que comienza cada primer lunes de octubre, en nuestro caso el 4 de octubre de 2021 (*October Term –OT– 2021*) y el 3 de octubre de 2022 (OT 2022). Por razones de espacio, el estudio sólo puede ocuparse del Supremo federal.

I. CRÓNICA JUDICIAL DE LOS DOS ÚLTIMOS AÑOS (OT 2021 Y OT 2022)

A juzgar por los datos siguientes, las controversias sobre libertad religiosa continuaron afectando principalmente al libre ejercicio de la religión de internos en ciertas instituciones, sobre todo en centros penitenciarios. Es decir, el objeto de la segunda cláusula (sección 3) de la ley federal *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) del 2000. Pero es verdad que a esta cuestión se han ido añadiendo con el tiempo los problemas planteados por las personas transgénero en distintos ámbitos, así como las restricciones surgidas para el libre ejercicio religioso ante la situación creada durante la COVID-19, además de las controversias suscitadas en el caso del aborto, en especial tras la decisión del Supremo del 24 de junio de 2022 (*Dobbs v. Jackson*) que negara la existencia de un derecho constitucional a él, anulando así los precedentes *Roe* y *Casey*.

Sirviéndonos del buscador jurídico *Westlaw* (entre el 4 de octubre del 2021 y el 3 de octubre del año siguiente), es decir, el primer año judicial de esta crónica (OT 2021), 818 sentencias citaron de algún modo las cláusulas de libertad religiosa, 602 en el caso del libre ejercicio y 216

en el de no establecimiento. Comenzando por la *free exercise clause*, la inmensa mayoría de las federales (508 de las 577) se dieron en los tribunales de distrito, 58 en los de apelación (circuitos), 10 en el Tribunal Supremo (*Does 1-3 v. Mills*, el 29 de octubre de 2021, en el voto particular del juez Gorsuch en contra de la decisión adoptada por el Tribunal; *Dr. A. v. Hochul*, el 13 de diciembre de 2021, también en el voto particular del juez Gorsuch frente a la decisión del Tribunal; *FBI v. Fazaga*, el 4 de marzo de 2022; *Ramirez v. Collier*, el 24 de marzo de 2022; *Austin v. U.S. Navy Seals 1-26*, el 25 de marzo de 2022, en los votos de los jueces Kavanaugh (coincidente) y Alito (disidente); *Shurtleff v. Boston*, el 2 de mayo de 2022; *Carson v. Makin*, el 21 de junio de 2022; *Kennedy v. Bremerton*, el 27 de junio de 2022; *Dr. A. v. Hochul*, el 30 de junio de 2022, en el parecer contrario del juez Thomas; y *Yeshiva University v. YU Pride Alliance*, el 14 de septiembre de 2022, en el voto contrario del juez Alito), y una en un tribunal federal de quiebra de Florida; las demás (25) en distintos tribunales de 18 Estados. Por su parte, en el no establecimiento (*establishment clause*), 165 (de las 199 federales) tuvieron lugar en tribunales de distrito, 28 en circuitos, y 6 en el Supremo (*FBI v. Fazaga*; *Shurtleff v. Boston*; *Carson v. Makin*; *NY State Rifle and Pistol Association v. Bruen*, el 23 de junio de 2022, en una referencia del juez Thomas, ponente de la sentencia, aludiendo también en otro momento al libre ejercicio de la religión, como también lo hizo el juez Breyer en su opinión disidente; *Dobbs v. Jackson*, en un par de referencias del juez Alito, ponente de la sentencia, y del juez Breyer en su voto disidente; y *Kennedy v. Bremerton*); el resto (17) en 11 Estados.

Por su parte, los casos que citaron la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993, o alguna de las estatales (*state* RFRA), fueron 289. De ellos, 233 en tribunales federales de distrito, 41 en circuitos de apelación y 5 en el Supremo (*FBI v. Fazaga*; *Wooden v. United States*, el 7 de marzo de 2022, en una mención del voto particular de la juez Barrett; *Ramirez v. Collier*; *Austin v. US Navy Seals 1-26*, en una referencia del juez Kavanaugh en su voto coincidente y en otra del juez Alito en su voto en contra; y *Garland v. Aleman Gonzalez*, el 13 de junio de 2022, en el voto parcialmente coincidente y disidente de la juez Sotomayor). Las diez restantes se dieron en 7 tribunales estatales y en DC. Finalmente, se plantearon 542 litigios en los que se hizo referencia a la RLUIPA: 470 en los tribunales federales de distrito, 58 en los circuitos

de apelación y dos en el Supremo (*Ramirez v. Collier*; y *Austin v. US Navy Seals 1-26*, en el voto contrario del juez Alito). A estos habría que añadir los 12 surgidos en 10 Estados.

Si ahora buscamos casos relativos a la sección sobre ordenación urbana de esta ley (*zoning law*) encontramos 39: 27 en tribunales federales de distrito; 9 en circuitos de apelación; y 3 más en tres Estados. Pero, cuando la afectada fue la de los internos en centros penitenciarios (*prisons*), el número se eleva a 167 controversias: 144 en tribunales federales de distrito, 18 en circuitos de apelación, dos en el Tribunal Supremo (*Ramirez v. Collier* y *Austin v. US Navy Seals 1-26*) y el resto (3) en tres Estados. Por último, si incluimos las necesidades religiosas de la dieta (*religious diet*) surgen 32 casos: 31 en tribunales federales de distrito y uno en circuitos de apelación; y, si añadimos la regulación sobre aseo o aspecto físico (*grooming rules*) de los presos, el balance es de 13 casos: 10 en tribunales federales de distrito y 3 en circuitos.

A todo ello habría que sumar los 5 casos, de los 252 que citaron la *Obamacare* (es decir, la *Affordable Care Act* [ACA] del 2010), que abordaron el mandato contraceptivo de la ley (3 en tribunales federales de distrito y 2 en circuitos); los 73 que trataron asuntos relativos al *same-sex marriage* (45 en tribunales federales y 28 en los estatales); las 521 controversias sobre cuestiones acerca de personas transgénero, en el ámbito de la educación, del trabajo, o del ejército (425 en tribunales federales de distrito, 44 en circuitos, uno en el Supremo –*Gordon College v. DeWeese-Boyd*, el 28 de febrero de 2022, en el parecer contrario del juez Alito–, otro en un tribunal militar (“United States Navy-Marine Corps Court of Criminal Appeals”), 49 más en 20 Estados, además del Distrito de Columbia, y uno más en el territorio de las Virgin Islands); y los 72 casos que trataron la cuestión del abuso sexual del clero (38 en tribunales federales y 34 en estatales) de los que 7 afectaron a sacerdotes católicos (4 en tribunales federales y 3 en estatales, aunque en otros dos más federales se hizo referencia a esto).

Finalmente, los tribunales se enfrentaron a otros dos grandes asuntos relativos al aborto y a las restricciones o exigencias de vacunación surgidas durante la COVID-19. Por lo que se refiere al primero, 576 casos se ocuparon del aborto: 402 en tribunales federales, 173 en estatales, y uno más en Puerto Rico. El Supremo federal se ocupó directamente del aborto en tres casos de Texas, Kentucky y Mississippi (en el

caso de la constitucionalidad de la ley de Texas sobre latido fetal (SB8) que prohibía el aborto después de la sexta semana, en *United States v. Texas*, el 22 de octubre de 2021, en *Whole Woman's Health v. Jackson*, el 10 de diciembre de 2021 y en *In re Whole Woman's Health*, el 20 de enero de 2022; en el caso de la ley de Kentucky que prohibía el método abortivo por dilatación y evacuación a partir de la semana once de gestación en *Cameron v. EMW Women's Surgical Center*, el 3 de marzo de 2022; y en el litigio planteado por la ley de Mississippi que prohibía el aborto después de la semana 15 de gestación en *Dobbs v. Jackson*, haciendo referencia al mismo en estos otros (como en los votos contrarios del juez Gorsuch en relación con el mandato de vacunación contra la COVID-19 para el personal sanitario en los Estados de Maine (*Does 1-3 v. Mills*, el 29 de octubre de 2021) y de New York (*Dr. A. v. Hochul*, el 13 de diciembre de 2021); o en el parecer contrario del juez Thomas en este otro caso relativo a la libertad de expresión en *City of Austin, TX v. Reagan National Advertising of Texas*, el 21 de abril de 2022). Y en relación con las restricciones o exigencias surgidas durante la COVID-19, se plantearon estas cuestiones en 301 casos en tribunales federales (259 en tribunales de distrito y 37 en circuitos) y 26 en tribunales de 15 Estados. Por su parte, el Supremo federal trató este asunto en dos casos estatales de Maine y New York, además de uno federal (ante el mandato de vacunación para personal sanitario en Maine (*Does 1-3 v. Mills*) y en New York (*Dr. A. v. Hochul*, el 13 de diciembre de 2021 y el 30 de junio de 2022); y ante la exigencia de vacunación para los marines de la Armada (*Austin v. US Navy Seals 1-26*), haciendo alguna referencia a la situación surgida por el SARS-CoV-2 en el caso de libertad de expresión de una ciudad de Texas (*City of Austin, TX v. Reagan National Advertising of Texas*).

Pasando ahora al segundo año judicial (OT 2022), *Westlaw* (entre el 3 de octubre de 2022 y el 3 de julio de 2023 tras las últimas decisiones de este año y el inicio del receso de verano) refiere 508 casos con alguna alusión a las cláusulas de libertad religiosa, 366 a la de libre ejercicio y 142 a la de no establecimiento. En relación con la *free exercise clause*: 293 en los tribunales federales de distrito; 33 en los federales de apelación (circuitos); uno en un tribunal militar (“US Army Court of Criminal Appeals”); y el resto (37) en diferentes tribunales de 18 Estados. Si vamos al no establecimiento: 102 en tribunales federales de dis-

trito; 20 en circuitos de apelación; dos en el Tribunal Supremo federal (*City of Ocala, FL v. Rojas*, el 6 de marzo de 2023, en la opinión del juez Gorsuch relativa al rechazo del recurso; y *Groff v. DeJoy*, el 29 de junio de 2023); tres más en tribunales de quiebra; y el resto (15) en 8 Estados.

Además, la RFRA, la federal y/o las estatales, fue citada en 158 casos: a nivel federal, 130 en tribunales de distrito, 17 en circuitos de apelación, uno en un tribunal militar, y uno más en el Supremo en *Groff v. DeJoy* (nota a pie de página 14 de la sentencia del Tribunal); y en 8 Estados. Por su parte, la RLUIPA fue citada en 361 casos: 312 en los tribunales federales de distrito; 39 en los circuitos de apelación; uno en un tribunal de quiebra; así como en 8 Estados. De todos esos casos, 16 tuvieron por objeto la sección sobre regulación del suelo de esta ley: 9 en tribunales federales de distrito; 4 en los circuitos de apelación; uno en un tribunal de quiebra; y dos más en dos Estados. Por su parte, la situación de los internos en centros penitenciarios apareció en 104 casos: 89 en tribunales federales de distrito; 14 en circuitos de apelación; y uno más en un Estado. De ellos, 18 fueron sobre las necesidades religiosas de la dieta, todos en tribunales federales de distrito, salvo uno en el undécimo circuito. Las controversias sobre aseo de los presos fueron 3: una en el cuarto circuito y otra en el circuito de DC.

Finalmente, por completar el cuadro de este año: 2 tribunales federales de distrito, de los 172 casos que incluyeron en sus textos la ACA del 2010 (uno en el Supremo federal, *Biden v. Nebraska*, el 30 de junio, en el voto coincidente de la juez Barrett; 24 en circuitos; 114 en tribunales de distrito; 15 en otros tribunales federales; y 18 en tribunales estatales), trataron el asunto del mandato contraceptivo; 40 más hablaron del *same-sex marriage* (27 en tribunales federales –entre ellos, el caso *303 Creative LLC v. Elenis* del Supremo el 30 de junio– y 13 en estatales); y 406 se ocuparon de la cuestión polémica de las personas transgénero (358 en tribunales federales –entre ellos, en el Supremo federal, el caso de una persona transgénero de Guatemala solicitante de asilo en *Santos-Zacaria v. Garland*, el 11 de mayo; el de la diseñadora de páginas web que se oponía a prestar sus servicios a celebraciones de parejas del mismo sexo en *303 Creative*; y el caso de otra persona transgénero detenida que reclamaba haber sido acosada y sufrido retraso en el tratamiento médico por su disforia de género en *Kincaid v. Williams*, el 30 de junio– y el resto, 48, en 23 tribunales estatales). Por otra parte, en 36

casos se trató el abuso sexual del clero, afectando 7 de ellos a sacerdotes católicos (4 en tribunales federales y 3 en estatales, uno de ellos el caso de un anterior obispo de Guam).

Y también en este año OT 2022 los tribunales se enfrentaron a esos dos grandes asuntos relativos al aborto y a las restricciones o exigencias de vacunación surgidas durante la COVID-19. En cuanto al primero, 391 casos se ocuparon del aborto: 279 en tribunales federales, y 112 en estatales. El Supremo federal trató el aborto en el caso de una menor que no obtuvo en su Estado la autorización judicial para abortar sin el conocimiento de sus padres (*Chapman v. Doe*, el 20 de marzo) y en otra referencia marginal del juez Kavanaugh en su voto parcialmente coincidente y disidente en un litigio suscitado por una ley de California que prohibía la venta de carne de cerdo procedente de animales confinados sin respetar los estándares de ese Estado (*National Pork Producers Council v. Ross*, el 11 de mayo). Y en relación con las restricciones surgidas por la COVID-19, se planteó esta cuestión en 157 casos en tribunales federales (259 en tribunales de distrito y 37 en circuitos) y 25 en tribunales de 12 Estados.

Al ser imposible ofrecer una relación completa de este tipo de casos, nos contentaremos con indicar aquí los casos resueltos por el Supremo, tanto a través de sus fallos como de ciertos recursos rechazados en los veintiún meses que van de octubre de 2021 a julio de 2023. Las apelaciones (*writs of certiorari*) no admitidas, en casos directa o indirectamente relacionados con el derecho de libertad religiosa, fueron 34: 19 en el año judicial 2021-2022 y los 15 casos restantes en el siguiente¹.

¹ En el OT 2021: *Calvary Chapel of Bangor v. Mills*, 142 S.Ct. 71 (October 4, 2021); *Chaplaincy of Full Gospel v. Department of Navy*, 142 S.Ct. 312 (October 4, 2021); *Schmitt v. Reproductive Health Services of Planned Parenthood of the St. Louis Region Inc., et al.*, No. 21-3, 2021 WL 4509073 (October 4, 2021); *Pasadena Republican Club v. Western Justice Center*, 142 S.Ct. 337 (October 12, 2021); *Dignity Health v. Minton*, 142 S.Ct. 455 (November 1, 2021), aunque los jueces Thomas, Alito y Gorsuch hubieran admitido la apelación; *Horizon Christian School v. Brown*, 142 S.Ct. 489 (November 15, 2021); *Trustees of New Life In Christ Church v. City of Fredericksburg, Virginia*, 142 S.Ct. 678 (January 18, 2022), con el parecer contrario del juez Gorsuch; *Doe v. San Diego Unified School District, et al.*, 142 S.Ct. 1099 (February 18, 2022); *Does 1-3 v. Mills*, 142 S.Ct. 1112 (February 22, 2022); *Gordon College v. DeWeese-Boyd*, 142 S.Ct. 952 (February 28, 2022), con una advertencia del juez Alito, a la que se unieron los jueces Thomas, Kavanaugh y Barrett, nota en la que rechazaba la comprensión del tribunal

Catorce vinieron de los circuitos segundo, sexto, octavo y undécimo (tres casos del sexto y octavo; cuatro del segundo y undécimo); nueve más llegaron de los circuitos primero, séptimo, noveno y décimo (dos de cada uno de estos circuitos, menos del noveno que fueron tres); un recurso fue planteado frente a una decisión del quinto circuito, otro frente a un fallo del cuarto, y otro frente a otra sentencia del circuito de DC. Los demás fueron en apelación de sentencias estatales: o bien de los Tribunales Supremos de Massachusetts y de Virginia, o bien de otras cortes de apelación (California y New York).

Pero, antes de entrar en estos recursos, el Supremo emitió diversas órdenes en el OT 21, con implicaciones religiosas o de conciencia más o menos directas: o bien anulando la suspensión de las ejecuciones previstas en el caso de un par de presos afroamericanos condenados a muer-

estatal en materia de educación religiosa en un caso de despido laboral en el que estaba implicada la doctrina de la *ministerial exception*; *Seattle's Union Gospel Mission v. Woods*, 142 S.Ct. 1094 (March 21, 2022), con una declaración del juez Alito relativa al rechazo del recurso a la que se unió el juez Thomas, advirtiendo de la necesaria autonomía de los empleadores religiosos a la hora de contratar a sus empleados; *Brysk v. Herskovitz*, 142 S.Ct. 1369 (March 21, 2022); *F.F. v. New York*, 142 S.Ct. 2738 (May 23, 2022); *Gerber v. Herskovitz*, 142 S.Ct. 2714 (May 16, 2022); *Community Baptist Church v. Polis*, 142 S.Ct. 2753 (May 31, 2022); *St. Augustine School v. Underly*, 142 S.Ct. 2804 (June 6, 2022), sin que la juez Barrett tomara parte en esta decisión; *Roman Catholic Bishop of Oakland v. Superior Court of the State of California*, 142 S.Ct. 2851 (June 21, 2022); *Coral Ridge Ministries Media, Inc. v. Southern Poverty Law Center*, 142 S.Ct. 2453 (June 27, 2022), con el parecer contrario del juez Thomas; *Dr. A., et al. v. Hochul*, 142 S.Ct. 2569 (June 30, 2022), con el parecer contrario de los jueces Thomas, Alito y Gorsuch. Y en el OT 2022: *Church of Scientology v. Bixler*, 143 S.Ct. 280 (October 3, 2022); *Zhang Jingrong v. Chinese Anti-Cult World Alliance, Inc.*, 143 S.Ct. 90 (October 3, 2022) y *Chinese Anti-Cult World Alliance, Inc. v. Zhang Jingrong*, 143 S.Ct. 91 (October 3, 2022); *Resurrection School v. Hertel*, 143 S.Ct. 372 (October 31, 2022); *Barbee v. Collier*, 143 S.Ct. 440 (November 16, 2022); *Arkansas Times LP v. Waldrip*, 143 S.Ct. 774 (February 21, 2023); *City of Ocala, Florida v. Rojas*, 143 S.Ct. 764 (March 6, 2023), con el voto en contra del juez Thomas y una advertencia del juez Gorsuch acerca de la correcta interpretación de la cláusula de no establecimiento; *Keister v. Bell*, 143 S.Ct. 1020 (March 20, 2023); *Jusino v. Federation of Catholic Teachers, Inc.*, 143 S.Ct. 1056 (March 27, 2023); *Jane Doe No. 1 v. Rokita*, 143 S.Ct. 2437 (May 1, 2023); *Synod of Bishops v. Belya*, 143 S.Ct. 2609 (June 12, 2023); *Faith Bible Chapel International v. Tucker*, 143 S.Ct. 2608 (June 12, 2023); *The School of the Ozarks v. Biden*, 143 S.Ct. 2638 (June 20, 2023); *Charter Day School, Inc. v. Peltier*, 143 S.Ct. 2657 (June 26, 2023); *Kincaid v. Williams*, 143 S.Ct. 2414 (June 30, 2023); *Barber v. Ivey*, 143 S.Ct. 2545 (July 21, 2023).

te por asesinato en primer grado en Oklahoma, suspensiones que había adoptado el décimo circuito²; o bien decidiendo el sobreseimiento de la causa por acuerdo de las partes conforme a la *Rule 46* del Tribunal Supremo³; o bien evitando la suspensión de las decisiones recurridas del segundo circuito y de un tribunal de apelación de New York que habían fallado en contra de las objeciones religiosas presentadas respectivamente por unos trabajadores de centros de salud y por profesores frente al mandato de vacunación contra la COVID-19 en la ciudad de New York⁴; o bien concediendo la suspensión parcial de la orden de un tribunal federal de distrito que impedía a la Armada tener en cuenta el estatus de vacunación de una serie de marines para decisiones de empleo, de asignación de labores o de otras actividades mientras el caso estuviera en apelación ante el quinto circuito⁵; o bien dejando inicialmente en suspenso la medida cautelar adoptada por un tribunal de New York en el caso de la organización estudiantil homosexual que pedía ser registrada en la universidad judía Yeshiva de NYC, para días después levantar esa suspensión y enviar el caso a los tribunales estatales, con la opo-

² Cfr. *Crow v. Jones*, 142 S.Ct. 417 (October 28, 2021).

³ Cfr. *Carmack v. Janney*, 142 S.Ct. 878 (January 26, 2022).

⁴ Cfr. *We The Patriots USA INC., et al., v. Hochul*, 142 S.Ct. 734 (December 13, 2021) y *Keil v. City of New York*, 142 S.Ct. 1226 (March 7, 2022). El Supremo rechazó finalmente el recurso de apelación frente a la sentencia del segundo circuito: *We The Patriots USA INC., et al., v. Hochul*, 17 F.4th 266 (2nd Cir., November 4, 2021).

⁵ Cfr. *Austin v. U.S. Navy Seals 1-26, et al.*, 142 S.Ct. 1301 (March 25, 2022). El juez Thomas hubiera rechazado la solicitud sin más, mientras que los jueces Alito y Gorsuch se opusieron a la decisión mayoritaria del Tribunal y el juez Kavanaugh ofreció una opinión sumándose a la decisión de la mayoría. En agosto de 2021, el secretario de la Armada exigió la vacunación contra la COVID-19 amenazando de graves consecuencias a quien se resistiera; aunque más tarde parece que la Armada sí que permitió exenciones religiosas, la realidad es que casi todas las solicitudes fueron denegadas. Ante la demanda presentada, el juez O'Connor del tribunal federal de distrito del norte de Texas concedió la petición que le presentaron los demandantes que pedían la suspensión de la medida por entender que esta violaba su libertad religiosa bajo la RFRA: *U.S. Navy Seals 1-26, et al. v. Biden*, 578 F.Supp.3d 822 (ND TX, January 3, 2022). Más tarde, el gobierno pidió al quinto circuito la suspensión de la orden del tribunal de distrito mientras estuviera el caso en apelación, lo que no logró: *U.S. Navy Seals 1-26, et al. v. Biden*, 27 F.4th 336 (5th Cir., February 28, 2022). La Armada dejó de tener en cuenta esa exigencia de vacunación contra la COVID para su personal en febrero de 2023, mientras que el gobierno federal dejó de aplicar las medidas anti-COVID en abril de 2023.

sición de los jueces Alito, Thomas, Gorsuch y Barrett, indicando que la cláusula de libre ejercicio religioso protegía la capacidad de las escuelas religiosas a la hora de educar conforme a la fe que profesaban⁶.

Y al año siguiente, en el OT 22, el Supremo, en la controversia sobre las píldoras abortivas aprobadas por la agencia federal del medicamento (FDA) en el 2000⁷, suspendió las órdenes judiciales que un tribunal federal de distrito de Texas había emitido en contra de la FDA⁸, mientras durara el recurso en el quinto circuito y a la espera de un escrito de apelación ante el Supremo; estas peticiones de suspensión habían sido presentadas al juez Alito que manifestó su desacuerdo con la mayoría del Tribunal, así como también el juez Thomas⁹. Y al mes siguiente, el 18 de mayo, el Supremo anuló la orden dada por el circuito

⁶ Cfr. *Yeshiva University, et al., v. YU Pride Alliance, et. al.*, No. 22A184, 2022 WL 4127422 (September 9, 2022); 143 S.Ct. 1 (September 14, 2022). Finalmente, el tribunal estatal de apelación confirmó la decisión del tribunal inferior y exigió a la Universidad que reconociera al grupo LGBT: *YU Pride Alliance v. Yeshiva University*, 211 A.D.3d 562 (NY App. Div., December 15, 2022).

⁷ La píldora mifepristona había sido aprobada por la FDA en el 2000, pero en el 2016 y 2021 se hicieron cambios en las condiciones de su uso, permitiendo que el fármaco fuera empleado hasta la semana 10 de gestación, no hasta la semana 7, autorizando al personal sanitario no médico a prescribir la píldora, pudiendo hacerlo por medio de citas telemáticas y enviando el producto por correo. Todo esto es lo que el grupo de doctores denunciantes consideraban inseguro.

⁸ Cfr. *Alliance for Hippocratic Medicine, et al., v. U.S. Food and Drug Administration, et al.*, No. 2:22-CV-223-Z, 2023 WL 2825871 (ND TX, April 7, 2023). Esta decisión fue recurrida ante el quinto circuito el 10 de abril, resolviendo dos días después a favor de la suspensión pedida durante la apelación sólo en parte: *Alliance for Hippocratic Medicine, et al., v. U.S. Food and Drug Administration, et al.*, No. 23-10362, 2023 WL 2913725 (5th Cir., April 12, 2023). El 14 de abril fue solicitada la suspensión de las órdenes del tribunal federal de distrito al Supremo, lo que fue concedido primero hasta el día 19 (2023 WL 2942264 y 2023 WL 2942266) y luego hasta el día 21 (2023 WL 2996931 y 2023 WL 2996932). El 16 de agosto de 2023, el quinto circuito reconoció en parte las pretensiones de los demandantes porque las acciones de la FDA fueron arbitrarias, pero se atuvo a la orden dada por el Supremo el 21 de abril por lo que mantuvo la suspensión de la orden del tribunal de distrito: *Alliance for Hippocratic Medicine, et al., v. U.S. Food and Drug Administration, et al.*, No. 23-10362, 2023 WL 5266026 (5th Cir., August 16, 2023). El 8 de septiembre la farmacéutica Danco y el Departamento de Justicia recurrieron esta decisión al Supremo.

⁹ Cfr. *Danco Laboratories, LLC v. Alliance for Hippocratic Medicine, et al.*, No. 22A901; *Food and Drug Administration, et al. v. Alliance for Hippocratic Medicine, et al.*, No. 22A902, 143 S.Ct. 1075 (April 21, 2023).

de DC que negaba la intervención de una veintena de Estados (Arizona, entre ellos) como demandantes en un caso en el que unos solicitantes de asilo habían denunciado al secretario del departamento de seguridad nacional (“Homeland Security”) por las órdenes emitidas por el gobierno federal bajo el Título 42 por las que se restringía la inmigración a fin de prevenir la expansión de la COVID-19, lo que sucedió entre marzo de 2020 y abril de 2022, por lo que esta controversia debía ser sobreseída al no haber caso ya¹⁰. El juez Gorsuch aprovechó la ocasión para ofrecer su reflexión sobre lo sucedido durante la pandemia.

Por otra parte, el Supremo sí garantizó sin más los recursos presentados, anulando las decisiones recurridas, y remitiendo los casos a sus tribunales de origen para que resolvieran conforme a lo dispuesto en casos resueltos por él (es lo que se conoce como órdenes GVR, *granted, vacated, remanded*). Así sucedió en el OT 21 en un par de litigios: el primero, cuando se remitió a lo dispuesto meses atrás en *Fulton* sobre la cuestión que se le planteaba acerca del precedente *Smith*, en el caso de un litigio que afectaba a la diócesis católica de Albany y a otras organizaciones religiosas de New York que denunciaron la exigencia impuesta a las aseguradoras de incluir servicios de aborto en las pólizas de salud¹¹; y el segundo, en un litigio presentado por un trabajador adventista frente al comercio Walmart que no había querido conceder una adaptación laboral para respetar su descanso sabático, y sin que el séptimo circuito le permitiera intervenir para recurrir la sentencia que fallaba en su contra, ordenando ahora el Supremo que el séptimo circuito procediera según lo decidido en *Cameron*, caso en el que el Supremo sí permitió la intervención del nuevo fiscal general de Kentucky para defender una ley estatal como veremos después¹².

¹⁰ Cfr. *Arizona, et al. v. Mayorkas*, 143 S.Ct. 1312 (May 18, 2023). La decisión del tribunal de apelación de DC: *Nancy Gimena Huisha-Huisha, and her minor child, et al. v. Mayorkas*, No. 22-5322, 2022 WL 19653946 (DC Cir., December 16, 2022). Este último tribunal sí permitió que los Estados intervinieran como *amici curiae*.

¹¹ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Albany et al. Vullo*, 185 A.D.3d 11 (NY App. Div., July 2, 2020); *Roman Catholic Diocese of Albany et al. v. Emami*, 142 S.Ct. 421 (November 1, 2021). Los jueces Thomas, Alito y Gorsuch hubieran aceptado sin más el recurso para que el Supremo se pronunciara sobre esa cuestión que se le planteaba en la que pedían la anulación de *Smith*, si es que, bajo esta sentencia, los Estados pudieran exigir a las entidades religiosas opuestas al aborto que lo subvencionara.

¹² Cfr. *Hedican v. Walmart Stores East, L.P., et al.*, 142 S.Ct. 1357 (March 21, 2022).

Y en el OT 22 el Supremo también emitió una serie de órdenes GVR: en el caso de una secretaria de un tribunal de Missouri que había gestionado una petición de autorización judicial para que una joven de 17 años pudiera abortar sin la notificación a sus padres, anulando ahora el Supremo la decisión recurrida del octavo circuito que no le había reconocido a esa funcionaria la inmunidad cualificada que exigía, y ordenándole a este circuito que sobreseyera el caso según la doctrina *Munsingwear*, con el parecer en contra de la juez Jackson¹³; en el caso de finalización de un acuerdo de prestación de servicios bajo el programa de *Medicaid* entre el Estado de South Carolina y la “Planned Parenthood” a causa de los servicios de aborto que esta organización ofrecía, anulando ahora el Supremo la decisión recurrida del cuarto circuito y remitiéndose a lo que había decidido en *Health and Hospital Corporation of Marion County*¹⁴; y en una antigua controversia suscitada por las objeciones religiosas de una repostera de Oregon que no quería servir un pastel de bodas a una pareja del mismo sexo para que el tribunal estatal de Oregon procediera ahora según lo dispuesto por el Supremo en *303 Creative LLC*, según veremos después¹⁵.

Volviendo ahora a los recursos de apelación, el repaso de todos estos, de los rechazados y también de los admitidos sobre los que el Supremo se pronunciará el próximo año judicial (OT 2023)¹⁶, así como de los presentados sin haberse pronunciado aún el Tribunal sobre

¹³ Cfr. *Chapman v. Jane Doe*, 143 S.Ct. 887 (March 20, 2023). Según la doctrina *Munsingwear*, doctrina que recibe su nombre de una decisión del Supremo en 1950 [*United States v. Munsingwear, Inc.*, 340 U.S. 36 (1950)], cuando un litigio pierde su razón de ser durante la apelación, el tribunal superior anula la sentencia del inferior.

¹⁴ Cfr. *Kerr v. Planned Parenthood, et al.*, 143 S.Ct. 2633 (June 20, 2023). El caso del Supremo al que se remitía la orden GVR era *Health and Hospital Corporation of Marion County v. Talevski*, 143 S.Ct. 1444 (June 8, 2023). Aquí se trataba de los derechos concedidos a los internos en residencias de ancianos que recibían financiación bajo el programa de *Medicaid*.

¹⁵ Cfr. *Klein v. OR Bureau of Labor*, 143 S.Ct. 2686 (June 30, 2023). Con antelación, el Supremo había dispuesto también que el juicio del tribunal estatal fuera anulado y el caso decidido según lo dispuesto en su decisión *Masterpiece Cakeshop* del 2018: *Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries*, 139 S.Ct. 2713 (June 17, 2019).

¹⁶ Cfr. *Muldrow v. St. Louis, Mo., et al.*, 143 S.Ct. 2686 (June 30, 2023), frente a una sentencia del octavo circuito: *Muldrow v. City of St. Louis, State of Missouri*, 30 F.4th 280 (8th Cir., April 4, 2022).

ellos¹⁷, revela la evolución de la jurisprudencia federal y estatal en nuestra materia, al tiempo que ofrece una interesante radiografía de las controversias sociales, culturales y religiosas que se han ido desarrollando en los Estados Unidos durante estos últimos años.

Por orden cronológico, el Supremo no quiso pronunciarse en el OT 2021 sobre: las órdenes ejecutivas del gobernador de Maine frente a la difusión de la COVID-19 que prohibían reuniones de más de 10 personas en eventos religiosos y que, a juicio de la demandante, violaba las dos cláusulas religiosas de la Primera enmienda, así como la cláusula de libertad de expresión y de reunión de la misma Enmienda (*Calvary Chapel of Bangor*); un viejo litigio de más de 20 años en el que una clase de capellanes protestantes denunciaban la discriminación que decían haber sufrido por parte de los comités de selección que controlaban los ascensos y las jubilaciones anticipadas en los capellanes de la Armada (*Chaplaincy of Full Gospel*); diversas leyes de Missouri que prohibían el aborto después de distintas semanas antes de la viabilidad del no nacido y que impedían también el aborto cuando el motivo fuera el sexo, la raza o la perspectiva de un síndrome Down del nasciturus (*Schmitt v. Reproductive Health Services*); un caso de discriminación religiosa por parte de una entidad no lucrativa (“Western Justice Center, WJC”) que se había negado a alquilar un edificio histórico de Pasadena para que el club republicano de esa ciudad pudiera ofrecer un discurso a cargo del presidente de una organización (“National Organization for Marriage, NOM”) contraria al matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción de niños por parejas homosexuales, o los derechos de los transexuales, todo esto en contra de la agenda que defendía el WJC (*Pasadena Republican Club*); o la negativa de un hospital católico a permitir que un médico practicara una operación de histerectomía a una persona transgénero (*Dignity Health*).

¹⁷ Cfr. *Tingley v. Ferguson*, No. 22-942, Certiorari to the Ninth Circuit (filed, March 27, 2023) [*Tingley v. Ferguson*, 47 F.4th 1055 (9th Cir., September 6, 2022)]; *FDA et al. v. Alliance for Hippocratic Medicine, et al.*, No. 23-235, Certiorari to the Fifth Circuit (filed, September 8, 2023) y *Danco Laboratories, LLC, v. Alliance for Hippocratic Medicine, et al.*, No. 23-236, Certiorari to the Fifth Circuit (filed, September 8, 2023) [*Alliance for Hippocratic Medicine, et al., v. U.S. Food and Drug Administration, et al.*, No. 23-10362, 2023 WL 5266026 (5th Cir., August 16, 2023)]; y *Vitagliano v. County of Westchester, NY*, No. 23-74, Certiorari to the Second Circuit (filed, July 21, 2023) [*Vitagliano v. County of Westchester*, 71 F.4th 130 (2nd Cir., June 21, 2023)].

El Tribunal también rechazó, en ese año judicial 2021-2022, el recurso de apelación: en el caso de las restricciones impuestas en Oregon por la COVID-19 en materia de asistencia escolar, oponiéndose algunas escuelas religiosas y los padres de sus alumnos a las limitaciones sobre enseñanza presencial (*Horizon Christian School*); en otro en el que no se había concedido a una iglesia presbiteriana la exención fiscal pedida de “residencia ministerial” porque los ministros que vivían en esa casa no eran clérigos ordenados, sin que figuraran en la lista de esa iglesia como sus pastores principales (*Trustees of New Life in Christ Church*); en el caso de la exigencia de un distrito escolar de California que imponía la vacunación anti-COVID-19 a los alumnos, oponiéndose a ello uno de esos estudiantes de instituto y sus padres por sus convicciones religiosas (*San Diego Unified School District*); en otro caso en el que el gobierno de Maine impuso la vacuna contra la COVID-19 al personal que trabajaba en centros de salud (*Does 1-3*); o en el litigio de una profesora contra un *College* cristiano de Massachusetts por no haberla promovido, según ella, a causa de sus puntos de vista contrarios al ideario del centro, no considerando el tribunal estatal que su posición fuera ministerial, por lo que el centro religioso no gozaba de esa exención en materia laboral (*Gordon College*).

Y el Supremo tampoco quiso entrar en el OT 21: en el litigio planteado por un trabajador frente a una organización religiosa del Estado de Washington que no quiso contratarle en una posición directiva a causa de su relación homosexual (*Seattle’s Union Gospel Mission*); en el caso de los miembros de una sinagoga de Michigan, en Ann Arbor, que denunciaban las manifestaciones anti-Israel que se venían produciendo frente al edificio cada semana desde 2003 (*Brysk v. Herskovitz* y *Gerber v. Herskovitz*); en otra controversia en la que un conjunto de padres se opusieron a la exigencia estatal de New York en materia de vacunación escolar, antes de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2 (*F.F. v. New York*); en un litigio planteado por dos iglesias y un pastor frente a diversas restricciones que Colorado había impuesto para frenar la expansión de la COVID-19 (*Community Baptist Church*); en el caso de una escuela católica “tradicional” de Wisconsin y los padres de sus alumnos que exigían transporte escolar o un beneficio equivalente (*St. Augustine School*); en un caso en el que el gobernador de California, con el aparente deseo de imponer un castigo añadido por hechos pasados a las

diócesis católicas, quería reabrir ahora reclamaciones por abusos sexuales que ya habían sido cerrados tiempo atrás a finales de 2003, después de que se les concediera entonces a los posibles afectados un año más para plantear sus denuncias, aunque ya hubieran prescrito esas acciones (*Roman Catholic Bishop of Oakland*); en un litigio llevado por una entidad cristiana contra Amazon y una organización progresista (“Southern Poverty Law Center”) por haber sido etiquetada como “grupo de odio” a causa de su oposición a la conducta homosexual, algo difamatorio, sufriendo por ello discriminación religiosa (*Coral Ridge Ministries Media*); o, finalmente, en el caso planteado por un conjunto de sanitarios de New York que no deseaban ser vacunados contra la COVID-19 por sus objeciones religiosas (*Dr. A., et al. v. Hochul*).

En el último año (OT 2022), el Supremo tampoco admitió los recursos presentados en los casos de: las denuncias de antiguos miembros de la Cienciología contra esa organización (*Church of Scientology*); las mesas y carteles puestos por el grupo chino Falun Gong en un paseo de Queens en NYC (*Chinese Anti-Cult World Alliance*); las mascarillas exigidas en las aulas de las escuelas de primaria en Michigan, incluidas las escuelas religiosas (*Resurrection School*); la ejecución de un preso de Texas que pedía que su consejero espiritual rezara en voz alta con él en el momento de su muerte y le cogiera la mano (*Barbee v. Collier*); la validez de una ley de Arkansas que exigía la inclusión en todo contrato público de una cláusula en la que el contratista se obligaba a no boicotear a Israel (*Arkansas Times LP*); la vigilia de oración organizada y promovida por el jefe de policía en la plaza de una ciudad de Florida después del tiroteo que hirió a diversos niños en el año 2014 (*City of Ocala, Florida*); el discurso religioso de un evangelista itinerante en una universidad pública de Alabama (*Keister v. Bell*); la denuncia interpuesta por un profesor de una escuela católica en Staten Island (NY) contra su sindicato al no haber planteado en la mediación las alegaciones de discriminación que quería incluir el docente en un caso en el que había sido sancionado tras una polémica sobre actitudes racistas (*Fusino v. Federation of Catholic Teachers*); o la validez de la ley de Indiana que obligaba a los abortorios a enterrar o incinerar los restos fetales (*Jane Doe No. 1 v. Rokita*).

El Tribunal evitó también otros casos en este año 2022-2023: el litigio de difamación planteado por quien se presentaba como un obispo

ortodoxo siendo acusado públicamente de haber falsificado una serie de cartas relativas a su nombramiento como obispo de Miami (*Synod of Bishops v. Belya*); otra controversia en la que un profesor, capellán y administrador de un instituto fue despedido después de oponerse a la discriminación racial que decía seguía la escuela cristiana (*Faith Bible Chapel International*); un caso en el que una universidad cristiana de Missouri con residencias de un solo sexo exigía en su código de conducta la aceptación del principio de que el sexo biológico es el que determinaba el género de la persona, por lo que sólo se admitirían en las residencias a personas del sexo correspondiente (*School of the Ozarks*); otro en el que una escuela de North Carolina que recibía financiación pública deseaba imponer un código de vestimenta que obligaba a las alumnas a llevar falda al entender que las niñas eran “vasos frágiles” que merecían un trato “delicado” por parte de los niños (*Charter Day School, Inc. v. Peltier*); el caso planteado por una persona transgénero que había sido detenida y encarcelada con hombres en un centro de detención de un condado de Virginia, sufriendo acoso y retraso en el tratamiento médico de su disforia de género (*Kincaid v. Williams*); y, finalmente, ese otro caso en el que se pedía para un preso de Alabama la suspensión de su ejecución (*Barber v. Ivey*).

En cambio, el Supremo, por ahora, sí ha dicho que entrará en un caso de discriminación por razón de sexo y de represalias en el ámbito laboral (*Muldrow v. St. Louis, Mo*), en violación del Título VII de la *Civil Rights Act*, que también puede tener sus consecuencias en el campo religioso. Confirmando la decisión recurrida del tribunal de distrito, el octavo circuito no consideró que el traslado de una agente de policía a otro puesto supusiera una acción laboral adversa, por lo que no había discriminación. El Supremo, al aceptar el recurso, ha limitado este a la cuestión de si el Título VII prohíbe esa clase de discriminación en el caso de que no exista una resolución judicial de otro tribunal que disponga la existencia de una desventaja significativa en esa decisión de traslado laboral.

Pero habrá que esperar al resultado de las conferencias del OT 2023 para saber si el Supremo querrá entrar o no, o si lo hará en todas las cuestiones planteadas o sólo en parte, en el caso *Tingley v. Ferguson*. Aquí el terapeuta cristiano Brian Tingley demandó al fiscal general del Estado de Washington, Robert Ferguson, además de a otros funciona-

rios estatales, por entender que la ley de ese Estado que prohibía las terapias de conversión de orientación sexual sobre menores (“Sexual Orientation Change Efforts, SOCE”) era inconstitucional. A su juicio, esa ley del 2018 (*An Act relating to restricting the practice of conversion therapy*, SB 5722) violaba sus derechos de libertad de expresión y de libre ejercicio religioso de la Primera enmienda, así como los derechos de sus clientes, siendo además inconstitucional por su imprecisión. El tribunal federal de distrito había fallado en contra del demandante, así como el noveno circuito que consideró la ley referida racionalmente al legítimo interés estatal de proteger el bienestar físico y psicológico de los menores, siendo una ley neutral y de general aplicación, sin que fuera nula por ambigua bajo el *due process*. Lo más interesante del recurso presentado por la ADF (*Alliance Defending Freedom*) es la petición al Supremo, una vez más, de considerar la derogación del precedente *Smith*.

Y, en otro orden, habrá que ver si finalmente el Tribunal quiere entrar en un par de casos relativos al aborto. En el primero, el caso de las píldoras abortivas (mifepristona) que había llevado la *Alliance for Hippocratic Medicine* y que había resuelto parcialmente a su favor el quinto circuito, los recursos fueron planteados tanto por un laboratorio farmacéutico como por la FDA. Y, en el segundo de los casos (*Vitagliano v. County of Westchester, New York*), el segundo circuito había resuelto en contra de las pretensiones de libertad de expresión de una activista provida católica que denunciaba la política seguida en un condado de New York que la impedía, siendo ella terapeuta, acercarse a las mujeres que acudían a los abortorios en un radio de ocho pies, cerca de dos metros y medio (*bubble zone*). En este caso se busca la revisión del precedente *Hill v. Colorado* (2000) del Supremo.

Pasando ahora a los casos resueltos por el Supremo en el tiempo que nos ocupa (OT 2021 y OT 2022), este Tribunal ha decidido algunas controversias que, por importantes que sean, sólo afectan tangencial o marginalmente al derecho de libertad religiosa. Serían casos como los decididos en materia de aborto: cuando el Supremo, en *Whole Woman’s Health v. Jackson*, negó que unos proveedores de servicios de aborto de Texas que habían procedido en contra de un juez estatal y del secretario de un tribunal de ese Estado buscando garantías frente a la ley estatal de latido fetal que permitía acciones civiles contra las personas que procuraran el aborto de un no nacido a partir del momento en

el que fueran audibles los latidos de su corazón, salvo en caso de urgencia médica, tuvieran legitimación procesal para actuar contra un particular, sin que existiera además un caso o controversia federal en sus acciones contra el juez y secretario estatales, y sin que la excepción de inmunidad estatal (es decir, la doctrina *Ex parte Young*) pudiera aplicarse a reclamaciones como estas¹⁸; o cuando el Supremo, en *EMW Women's Surgical Center v. Cameron*, permitió al fiscal general de Kentucky intervenir en defensa de la validez de una ley estatal que prohibía el aborto por dilatación y evacuación (D&E) después de la semana 11 de gestación cuando se realiza antes de la muerte del no nacido, algo que el sexto circuito no se lo había permitido después de que un tribunal de distrito y el sexto circuito hubieran fallado en contra de la ley¹⁹; o cuando, en *Dobbs v. Jackson*, el Supremo finalmente anuló los precedentes *Roe* y *Casey*, negando entonces que existiera un derecho constitucional al aborto²⁰.

Pero el aborto no fue el único de los asuntos tratados por el Supremo con repercusiones en materia religiosa. Así, por ejemplo, el Supremo, en contra del parecer del noveno circuito, decidió, en *FBI v. Fagaza*, que una ley federal de 1978 en materia de seguridad no desplazaba el privilegio de secretos de Estado que pedía el FBI en un caso en el que tres musulmanes residentes en California habían denunciado a la agencia federal por haberles investigado ilegalmente a causa de su religión²¹. Poco después, en un caso de libertad de expresión, el Supremo sostuvo, en *City of Austin v. Reagan National Advertising*, que la regulación de publicidad en las ordenanzas municipales que distinguen las que tienen lugar dentro y fuera de los locales era aparentemente neutral, quedando sujeta entonces, en ausencia de un propósito inadmisibles, al

¹⁸ Cfr. *Whole Woman's Health v. Jackson*, 142 S.Ct. 522 (December 10, 2021).

¹⁹ Cfr. *Cameron v. EMW Women's Surgical Center, P.S.C, et al.*, 142 S.Ct. 1002 (March 3, 2022). Después de la decisión del Supremo en *Dobbs*, el sexto circuito garantizó el 21 de julio de 2022 la petición del fiscal general a intervenir en el caso, anulando su decisión anterior y enviando el caso al tribunal de distrito para considerar la suspensión permanente de la orden dada ante esta última sentencia del Supremo (2022 WL 2866607), lo que este hizo al anular su decisión y juicio de mayo de 2019: *EMW Women's Surgical Center, P.S.C, et al. v. Cameron*, No. 3:18CV-00224-DJH, 2022 WL 19560712 (WD KY, August 17, 2022).

²⁰ Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

²¹ Cfr. *Federal Bureau of Investigation v. Fagaza et al.*, 142 S.Ct. 1051 (March 4, 2022).

examen intermedio de su validez, no a la operación de estricto escrutinio²². Y más tarde, el Supremo: dijo, en *Garland v. Aleman*, que la legislación federal en materia de inmigración (“Immigration and Nationality Act, INA”) privaba a los tribunales de distrito de jurisdicción para conocer las solicitudes colectivas de medidas cautelares por parte de no nacionales²³; sostuvo que la tenencia de armas de autodefensa, también fuera de casa, era algo exigido por la Segunda enmienda, sin que la petición de New York de una “causa justa” para la concesión de la licencia de armas pudiera negársela, como aseguró en *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. et al. v. Bruen*²⁴; indicó, en *Santos-Zacaria v. Garland*, que la exigencia de la INA de agotar la vía administrativa antes de recurrir al tribunal de justicia en el caso de una orden definitiva de expulsión no era algo “jurisdiccional” (lo que supondría la necesidad de ajustarse el tribunal absolutamente a ellas y cumplirlas *sua sponte*, es decir, por su propia cuenta), sin que además la necesidad de agotar la vía administrativa antes de iniciar la judicial exigiera agotar un recurso discrecional como era la reconsideración del caso²⁵; o finalmente, en *Haaland v. Brackeen*, mantuvo la validez constitucional de la *Indian Child Welfare Act* (ICWA) de 1978²⁶, una ley que había sido impugnada por entender que empleaba clasificaciones raciales que impedían ilegalmente a familias no indias, como los Brackeen, cristianos evangélicos, acoger o adoptar a niños indios.

Otras decisiones sí que tienen mayor relevancia. Los siete grandes casos de estos dos últimos años en nuestra materia tuvieron que ver con las exigencias impuestas en materia de salud (vacunación contra la COVID-19 y empleo de mascarillas en el lugar de trabajo) a los trabajadores de ciertas empresas (*NFIB v. OSHA*), con el modo de oración permitida en la cámara de ejecución a los presos condenados a muerte (*Ramirez v. Collier*), con los símbolos autorizados en el ayuntamiento de

²² Cfr. *City of Austin, Texas v. Reagan National Advertising of Austin, LLC, et al.*, 142 S.Ct. 1464 (April 21, 2022).

²³ Cfr. *Garland v. Aleman Gonzalez, et al.*; *Garland v. Flores Tejada, et al.*, 142 S.Ct. 2057 (June 13, 2022).

²⁴ Cfr. *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. et al. v. Bruen*, 142 S.Ct. 2111 (June 23, 2022).

²⁵ Cfr. *Santos-Zacaria v. Garland*, 143 S.Ct. 1103 (May 11, 2023).

²⁶ Cfr. *Haaland v. Brackeen*, 143 S.Ct. 1609 (June 15, 2023).

Boston (*Shurtleff v. City of Boston*), con las ayudas estatales a las escuelas privadas de carácter religioso (*Carson v. Makin*), con las oraciones personales en voz baja y arrodillado de un entrenador de fútbol en el campo del instituto tras los partidos (*Kennedy v. Bremerton*), con la adaptación religiosa a un trabajador de correos evangélico que pedía descansar los domingos (*Groff v. DeJoy*), y con la libertad de expresión de una diseñadora gráfica en la prestación de servicios de su empresa (*303 Creative v. Elenis*).

En todo caso, al margen de su mayor o menor importancia, como una crónica no es terreno apropiado para ofrecer un comentario extenso de las sentencias, nos limitaremos aquí a dejar constancia de estos casos principales durante los dos últimos años judiciales. Lo haremos por orden cronológico. Y, al final, este recorrido será el que nos permitirá esbozar la imagen actual del Tribunal Supremo, tras la última entrada de la juez Jackson, con la amplia mayoría de seis jueces conservadores a la que se llegó después de la incorporación de la juez Barrett. En estos años, el juez Alito se ha ido convirtiendo en uno de los jueces más decisivos del ala conservadora del Tribunal junto con Thomas, en particular durante el OT 21 cuando el Supremo revocó el precedente *Roe v. Wade*. Por su parte, el *Chief Justice* Roberts ha vuelto a recuperar protagonismo en su búsqueda pragmática de equilibrio y legitimidad institucional durante este último año 2022-2023 en el que la prensa liberal no ha dejado de censurar a los jueces Alito y Thomas por sus decisiones, cuestionado su imparcialidad y erosionando la imagen pública del Tribunal. Todo esto en un tiempo complejo, con Biden en la Casa Blanca, con Trump imputado en varias causas y subiendo en la intención de voto para las próximas elecciones presidenciales de 2024, y con un Congreso dividido con mayoría republicana en la Cámara de Representantes y demócrata en el Senado, tras las últimas elecciones de 8 de noviembre de 2022.

II. CASOS DECIDIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA RELIGIOSA

En *National Federation of Independent Business v. Department of labor, Occupational Safety and Health Administration (OSHA)*, 142 S.Ct. 661 (January 13, 2022), el Supremo, en opinión conjunta (*per curiam*) para

una mayoría de 6 a 3, sostuvo, contra el parecer del sexto circuito, que una agencia dependiente del Departamento de Trabajo se había excedido en su autoridad al exigir la vacunación contra la COVID-19 de todos los trabajadores en las empresas de más de 100 empleados o, en otro caso, la obligación de evaluaciones semanales y mascarillas para los no vacunados, eso sí, costado por ellos (“COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard, 86 Fed.Reg. 61402, November 5, 2021”). No existía en el caso una clara delegación del Congreso y no se ajustaba de modo apropiado a los riesgos que tuvieran las diferentes clases de trabajadores y los distintos lugares de trabajo. La medida afectaba a unos 84 millones de trabajadores y fue denunciada por un conjunto de Estados, empresas y organizaciones no lucrativas. El quinto circuito suspendió la medida, pero cuando los casos surgidos en casi todos los circuitos fueron agrupados en el sexto circuito, este tribunal levantó la suspensión y permitió la aplicación de esa exigencia. Fue entonces cuando los demandantes se dirigieron al Supremo en búsqueda de una medida cautelar urgente por considerar que el gobierno se había excedido en sus facultades y que la medida era claramente ilegal.

El juez Gorsuch ofreció un voto particular sumándose a la decisión adoptada por el Tribunal, opinión a la que se le unieron los jueces Thomas y Alito. Gorsuch planteó claramente los términos de la controversia: «La única cuestión es si una agencia del gobierno en Washington, encargada de supervisar la seguridad en el trabajo, puede ordenar la vacunación o la realización de pruebas periódicas a 84 millones de personas. O sí, como sostienen 27 Estados ante nosotros, esa labor corresponde a los gobiernos estatales y locales de todo el país, así como a los representantes elegidos por el pueblo en el Congreso. Este Tribunal no es una autoridad en materia de salud pública, pero sí está encargado de decidir qué autoridades tienen el poder de hacer las leyes que nos gobiernan bajo la Constitución y las leyes del país»²⁷. Parece que estos tres jueces y sus colegas conservadores lo tenían bastante claro, resolviendo la cuestión del lado de los Estados y del Congreso, no de la agencia gubernamental, a diferencia del bloque liberal que ofreció un escrito del juez Breyer, al que se unieron las jueces Sotomayor y Kagan. Aunque,

²⁷ Cfr. *National Federation of Independent Business v. Department of labor, Occupational Safety and Health Administration (OSHA)*, 142 S.Ct. 661, at 667 [Gorsuch, J., concurring].

eso sí, cuando se examinó el mandato de vacunación de la administración Biden para el personal sanitario en los hospitales y demás centros de salud (unos diez millones) que recibían financiación federal sí era legal, votando en esta ocasión el juez Kavanaugh y el *Chief Justice* Roberts con el ala liberal en *Biden v. Missouri* (2022)²⁸.

En cualquier caso, días después de *NIFB v. OSHA*, el Supremo dispuso que fueran desestimados los recursos en los que se le pedía la suspensión de la exigencia de la OSHA en 13 casos, dos de ellos por instituciones religiosas con objeciones de carácter religioso (“Southern Baptist Theological Seminary” y “Word of God Fellowship”), a la luz de lo que ya había dispuesto el Tribunal el 13 de enero²⁹.

En *Ramirez v. Collier*, 142 S.Ct. 1264 (March 24, 2022), ocho jueces del Tribunal fallaron a favor de un preso baptista que pedía, en el momento de su ejecución y en la cámara prevista al efecto, la presencia cercana de su pastor a fin de que pudiera imponerle las manos y rezara con él en voz alta. El Estado de Texas donde se encontraba Ramirez sí permitía la presencia de un consejero espiritual en ese delicado espacio, pero no permitía ningún contacto físico por razones de seguridad, ni discurso alguno a fin de que los funcionarios pudieran supervisar la condición del preso durante la ejecución por medio de un micrófono suspendido del techo. Ni el tribunal de distrito ni el quinto circuito accedieron a la petición del preso por entender que la política penitenciaria se ajustaba correctamente a las peculiares circunstancias del caso. Ahora en el Supremo, el *Chief Justice* Roberts, encargado de redactar la opinión del Tribunal, dijo que la RLUIPA del 2000 exigía respetar las necesidades religiosas de los presos que no podían ser substancialmente lesionadas sin la presencia de un apremiante interés estatal que no

²⁸ Cfr. *Biden v. Missouri*; *Becerra v. Louisiana*, 142 S.Ct. 647 (January 13, 2023). Los jueces Thomas y Alito hicieron constar su oposición en sendos votos particulares. Para el primero, la agencia gubernamental CMS (“Centers for Medicare and Medicaid Services”) del HHS (“Department of Health and Human Services”) carecía de la autoridad legal para imponer una medida como esa, porque el Congreso no se la había dado. Para Alito, además, esa agencia, en el caso de que tuviera esa autoridad, que no tenía, no lo podía hacer del modo como lo hizo, no respetando los trámites administrativos previstos. Cada uno de estos dos jueces se unió al otro en su voto particular como lo hicieron también los otros dos jueces Gorsuch y Barrett.

²⁹ Cfr. *Southern Baptist Theological Seminary, et al. v. OSHA*, 142 S.Ct. 890 (January 24, 2022); *Word of God Fellowship, Inc. v. OSHA*, 142 S.Ct. 891 (January 24, 2022).

podiera lograrse por otro medio menos lesivo, es decir, el *Sherbert test*. Recurriendo a los precedentes en la materia (como las decisiones *Cutter v. Wilkinson* del 2005 y *Holt v. Hobbs* del 2015), el Supremo no creyó que esa absoluta prohibición de sonido en la cámara de ejecución fuera la medida menos restrictiva de las posibles, cuando en otros Estados sí se permitía hablar en ella y no constaba que el pastor fuera a aprovechar la ocasión para otra cosa distinta, como hacer comentarios a los testigos o funcionarios, pero es que tampoco se veía el riesgo que supondría acercarse o tocar al preso condenado cuando este se encontraba inmovilizado, había un escolta de seguridad en el lugar dispuesto a intervenir, y no corría riesgo la vía intravenosa que se encontraba lejos. Finalmente, Ramirez fue ejecutado en los primeros días de octubre de 2022 con el pastor baptista a su lado, tocándole y rezando en voz alta.

En *Shurtleff v. City of Boston*, 142 S.Ct. 1583 (May 2, 2022), el Supremo dijo por unanimidad que la ciudad de Boston había violado la libertad de expresión de un grupo al no permitirle colocar una bandera que contenía una cruz en el tercero de los tres mástiles existentes en su ayuntamiento, algo que venía concediendo a diversos grupos privados con ocasión de sus celebraciones (unas cincuenta banderas diferentes había sido permitidas entre el 2005 y el 2017; incluso una vez el ayuntamiento de la ciudad autorizó una bandera muy similar a la ahora prohibida, aunque entonces la solicitud viniera de un grupo no religioso).

En este caso de ahora, el grupo “Camp Constitution” sí que era religioso. Se trataba de una organización sin ánimo de lucro que buscaba reivindicar la herencia judeocristiana de los Estados Unidos, para lo que había planeado una celebración el 17 de septiembre del 2017, con ocasión del día de la Constitución o de la Ciudadanía, en la que se reconociera la especial contribución de la comunidad cristiana de Boston al crecimiento económico, intelectual y cultural de la ciudad. Para ello pensaron en izar una bandera blanca con un cuadro azul en su extremo izquierdo que contenía en el centro una cruz en rojo. Pues bien, Boston dijo que esa bandera no se colocaría en su ayuntamiento porque sólo se permitían las no religiosas, siendo este un discurso del gobierno no posible por la separación exigida en la *establishment clause*. Tanto el tribunal federal de distrito como el primer circuito decidieron a favor de la ciudad, pero cuando el caso llegó al Supremo, ninguno de los jueces lo vio así citando los precedentes más recientes en la materia (*Plea-*

sant Grove City v. Summum del 2009, *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans* del 2015, o *Matal v. Tam* del 2017).

Para los nueve jueces del Tribunal, unas banderas izadas en el ayuntamiento no era un discurso gubernamental y, en cambio, prohibir una de ellas por su contenido religioso sí que era una clara violación de la libertad de expresión del solicitante al que de este modo se discriminaba por su punto de vista (como el Supremo había sostenido veinte años atrás en *Good News Club v. Milford Central School*, 2001). Lo más interesante del caso vino del juez Gorsuch que, en su voto particular al que se le unió Thomas, no perdió la ocasión de censurar el *Lemon test* con el que los tribunales, y hasta el mismo Supremo en el pasado, habían intentado resolver los casos de no establecimiento religioso. Gorsuch dijo: «Para justificar una política discriminatoria contra la religión, Boston trató de sacar a *Lemon* una vez más de su tumba (...) *Lemon* ignoró el significado original de la cláusula de no establecimiento, hizo caso omiso de montañas de precedentes, y sustituyó una rigurosa investigación constitucional por un juego de adivinanzas. Este Tribunal enterró a *Lemon* hace mucho tiempo, y ya es hora de que los funcionarios locales y los tribunales inferiores lo dejen en paz»³⁰.

Al final, la broma les costó a los contribuyentes de Boston más de dos millones de dólares que la ciudad tuvo que pagar a “Liberty Counsel” por los costes de los cinco años del litigio, según el acuerdo al que llegaron las partes el 8 de noviembre de 2022³¹.

En *Carson v. Makin*, 142 S.Ct. 1987 (June 21, 2022), el Tribunal Supremo dijo que el Estado de Maine no podía excluir de sus programas de ayuda escolar a las escuelas privadas que ofrecieran instrucción religiosa, cuando ese programa de asistencia incluía a todos los estudiantes de instituto, fuera público o privado, en los que sus distritos escolares no tuvieran un instituto público o contrataran con una escuela de otro distrito. Según este programa, en el caso de que los padres eligieran un instituto privado, debían dirigirse al departamento estatal de

³⁰ *Shurtleff v. City of Boston*, 142 S.Ct. 1583, at 1610 [Gorsuch, J., concurring].

³¹ Cfr. *Shurtleff v. City of Boston*, Case No. 1:18-cv-11417-DJC (D MA, November 11, 2022), en <https://lc.org/110822ShurtleffBostonFlagSettlement.pdf>. Tanto este caso como las demás referencias a sitios de internet que aparezcan en esta crónica fueron consultados en agosto y septiembre de 2023.

enseñanza para que esa escuela fuera aprobada y, una vez autorizada, el distrito escolar de los padres pagaría, hasta un cierto límite (la tasa establecida legalmente), los gastos de matrícula de sus hijos directamente a la escuela. Desde 1981, Maine había limitado esas ayudas a escuelas no religiosas. Pues bien, en este caso, se trataba de unos padres residentes en un distrito escolar sin instituto los que deseaban enviar a sus hijos a dos escuelas privadas de ideario cristiano (“Bangor Christian Schools” y “Temple Academy”). Solicitaron entonces la aprobación correspondiente al departamento de enseñanza que, por su carácter religioso, no les fue concedida. El tribunal de distrito falló a favor del programa estatal de Maine basándose en un precedente del primer circuito (*Eulitt ex rel. Eulitt v. Maine Department of Education* de 2004), algo que vino a confirmar después este circuito en un esfuerzo infructuoso por distinguir este caso de los precedentes en la materia del Tribunal Supremo. Cuando el caso llegó al Supremo, una mayoría de 6 a 3 dijo que el programa no respetaba la garantía constitucional de libre ejercicio. Como ya lo hiciera dos años antes en *Espinoza*, el *Chief Justice* Roberts, ponente de la sentencia, recurriendo a los precedentes (*Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer* de 2017 y *Espinoza v. Montana Department of Revenue* de 2020), dijo que si las ayudas contemplaban a todo instituto público o privado, no podían quedar fuera los de carácter religioso, porque supondría un atentado contra el libre ejercicio religioso que no sobreviviría el estricto escrutinio, sin que esto afectara al no establecimiento. Los tres jueces liberales se opusieron a la mayoría del Tribunal.

El fiscal general de Maine reaccionó inmediatamente a esta sentencia advirtiendo que muchas de las escuelas religiosas no serían capaces de participar del programa estatal porque no querían admitir a alumnos homosexuales o transgénero, al tiempo que discriminaban abiertamente en la contratación de profesores y personal directivo, no cumpliendo así con las exigencias de la *Maine Human Rights Act*³². Y es que, justo después de que los padres del caso *Carson* presentaran el recurso ante el Supremo, Maine había corregido esta ley para evitar el envío de fondos públicos a las escuelas religiosas que no siguieran un criterio de neutralidad religiosa o discriminaran de algún modo, quitando

³² Cfr. *Statement of Maine Attorney General Aaron Frey on Supreme Court Decision in Carson v. Makin*, June 21, 2022, en <https://www.maine.gov/ag/news/article.shtml?id=8075979>.

a las escuelas que quisieran beneficiarse del programa de ayudas estatal las exenciones que había permitido hasta entonces a todas las escuelas religiosas para adaptarse a sus creencias sobre orientación sexual o identidad de género. Esto llevó a la presentación de dos nuevas demandas, una en marzo de 2023 por la iglesia cristiana que dirigía una de las escuelas demandantes en *Carson (Crosspoint Church v. Makin)* y otra en junio de 2023 por una escuela católica y padres de sus alumnos (*St. Dominic Academic v. Makin*)³³. Ahora, además de las garantías constitucionales del libre ejercicio religioso y del no establecimiento, estaría en juego la de libertad de expresión.

En *Kennedy v. Bremerton School District*, 142 S.Ct. 2407 (June 27, 2022), una nueva mayoría de jueces de 6 a 3 sostuvo que el distrito escolar, al sancionar al entrenador de fútbol americano de Washington por rezar después de los partidos en el campo, había violado sus derechos de libre ejercicio religioso y de libertad de expresión. Se trataba de un viejo caso sobre el que ya se había pronunciado el Supremo en el pasado cuando negó un recurso de apelación en enero de 2019, momento en el que los jueces Alito, Thomas, Gorsuch y Kavanaugh, coincidiendo con la decisión de la mayoría del Tribunal, pero no con la sentencia recurrida del noveno circuito, habían manifestado su deseo de volver al caso en el futuro cuando se hubieran despejado las cuestiones de hecho que impedían admitir la apelación en ese momento³⁴. El grave delito que parecía haber cometido ese asistente de fútbol cristiano en un instituto de la costa oeste era arrodillarse y rezar en voz baja en la línea de las 50 yardas del campo de juego al final de tres partidos en octubre de 2015, eso sí, sólo él sin los jugadores. En el 2016 Joseph Kennedy fue expedientado por ello con una baja retribuida, además de una evaluación negativa de su rendimiento, algo que él reclamó como contrario a sus derechos de libre ejercicio religioso y de libertad de expresión. No volvió a presentarse como entrenador al año siguiente. El tribunal de distrito y el noveno circuito fallaron en contra de sus pre-

³³ Cfr. *Crosspoint Church v. Makin*, Case No. 1:23-cv-00146-JAW (D ME, filed, March 27, 2023), demanda presentada por el “First Liberty Institute”; *St. Dominic Academy et al. v. Makin*, Case No. 2:23-cv-00246-JAW (D ME, filed, June 13, 2023), por la “Becket Fund for Religious Liberty”.

³⁴ Cfr. *Kennedy v. Bremerton School District*, 139 S.Ct. 634, at 635-637 (January 22, 2019) [Alito, J., concurring].

tensiones por entender primero que su acción se realizaba dentro de su condición de empleado público, y segundo que su práctica comprometía la separación exigida por la cláusula de no establecimiento.

Para el juez Gorsuch, la política seguida por el distrito escolar ni era neutral ni de general aplicación (según lo dispuesto en la decisión *Smith* de 1990). Por otra parte, el entrenador no rezaba en el marco del cumplimiento de sus deberes como entrenador, por lo que no se trataba de un discurso gubernamental atribuible al distrito escolar sino un discurso privado. Pero, más aún, este caso no debía ser resuelto según el *Lemon test* abandonado desde hacía tiempo por el Supremo como abstracto, ni según su vástago del *endorsement test*. Gorsuch dijo que el criterio debería seguir siendo el ofrecido por el Supremo en *Town of Greece v. Galloway* (2014), cuando indicó el camino del significado original y de las prácticas históricas para comprender el alcance de la cláusula del no establecimiento. Por otra parte, en este caso, Gorsuch no veía coacción gubernamental alguna en una simple y privada práctica religiosa como esta. Al contrario, «aprender a tolerar discursos u oraciones de todo tipo es “parte de aprender a vivir en una sociedad pluralista” (...) No conocemos ninguna interpretación históricamente sólida de la cláusula de no establecimiento que comience a “hacer necesario que el gobierno sea hostil hacia la religión” de esta manera»³⁵. Como era previsible, los tres jueces liberales disintieron. Finalmente, el entrenador pudo volver a su puesto de trabajo después de ocho años, pero sólo permaneció en él un partido, resignando a su posición por motivos personales, aunque denunciaba también represalias sufridas al marginarle disminuyendo su labor.

En *Groff v. DeJoy*, 143 S.Ct. 2279 (June 29, 2023), los nueve jueces del Supremo ofrecieron la correcta interpretación del criterio que una antigua decisión del Tribunal (*TWA v. Hardison* en 1977) había ofrecido para juzgar los casos de razonables adaptaciones religiosas en el campo del trabajo. Entonces el Supremo había dicho que exigir a la empresa la asunción de más de un coste mínimo (*de minimis cost*) para la concesión de la adaptación pedida sería una carga excesiva dentro del sentido del Título VII de la *Civil Rights Act*³⁶. Esa regla del “coste mí-

³⁵ *Kennedy v. Bremerton School District*, 142 S.Ct. 2407, at 2431 [Gorsuch, J.].

³⁶ Cfr. *Trans World Airline v. Hardison*, 432 U.S. 63, at 84 (1977) [White, J.].

nimo” es la que sirvió para que los tribunales fueran restringiendo el espacio de las posibles adaptaciones religiosas de los trabajadores. Y así sucedió cuando un tribunal federal de distrito de Pennsylvania y el tercer circuito rechazaron la petición de un trabajador de correos que, como cristiano evangélico que era, decía no poder trabajar los domingos. Tras recibir cartas de advertencia y suspensiones por negarse a ello, Groff dejó finalmente su trabajo.

El juez Alito, encargado de la redacción de la decisión de la mayoría del Tribunal, dijo que ese criterio del “*de minimis cost*” no era suficiente para establecer una carga excesiva (“*undue hardship*”) como exigía el Título VII. Para este juez, la decisión del Supremo de 1977 no podía reducirse a esa frase, pues en la sentencia eran muchas las referencias que se hacían a una “carga sustancial”, expresión que reflejaba mejor el sentido de la decisión. Por eso, sólo cuando la adaptación religiosa supusiera una carga *sustancial* en el contexto global del negocio del empleador se estaría ante una carga excesiva que justificaría la no adaptación religiosa. Y aquí la carga excesiva no podía ser la animosidad hacia la religión en general o hacia una práctica religiosa en particular, pues si así fuera entraría en contradicción con el sentido mismo de la adaptación razonable que garantizaba el Título VII. Por otra parte, una adaptación razonable, en un caso como este, hubiera supuesto considerar otras opciones distintas a la que parecía contemplar el servicio postal (horas extraordinarias para otros trabajadores), como podría haber sido el cambio voluntario de turno. Si los tres jueces liberales se unieron a la decisión de la mayoría fue porque se respetó el *stare decisis* y el precedente *Hardison* no fue revocado como pedía Gerald Groff.

Aún es pronto para calibrar el alcance de esta decisión, pero al mes siguiente tuvimos al séptimo circuito anulando una decisión que había adoptado en el mes de abril y que ahora enviaba al tribunal de distrito para su reconsideración, tras esta decisión del Supremo³⁷. *Kluge v. Brownsburg Community School Corporation* (2023)³⁸ era un caso en el que el séptimo circuito había sostenido el despido de un profesor de música.

³⁷ Cfr. *Kluge v. Brownsburg Community School Corp.*, Case No. 21-2475, 2023 WL 4842324 (7th Cir., July 28, 2023).

³⁸ Cfr. *Kluge v. Brownsburg Community School Corp.*, 64 F.4th 861 (7th Cir., April 7, 2023).

ca en un instituto de Indiana que se negaba, por razones religiosas, a cumplir con la política escolar de nombres que exigía llamar a los alumnos transgénero por el nombre registrado en la base de datos oficial de la escuela, pidiendo entonces una adaptación religiosa en el marco del Título VII.

Y, finalmente, en *303 Creative LLC v. Elenis*, 143 S.Ct. 2298 (June 30, 2023), una mayoría de 6 jueces a 3 sentenció, en contra de lo dicho por el décimo circuito, que la legislación contra la discriminación en la prestación de servicios del Estado de Colorado no podía ser empleada contra la diseñadora gráfica Lorie Smith y su empresa “303 Creative LLC”, un negocio que ofrecía páginas de internet para bodas, violando sus garantías de libre expresión. En este caso, la empresa se negaba a prestar sus servicios en caso de celebraciones de matrimonios del mismo sexo como algo contrario a sus convicciones religiosas. No era la primera vez que el Supremo se enfrentaba a esta cuestión. Ya lo había hecho con anterioridad con negocios de repostería (como el de Colorado en *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, o el de Oregon en *Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries*), de flores (como el de Washington en *Arlene’s Flowers v. Washington*, no deseando entrar en este caso en julio de 2021 cuando rechazó el recurso presentado³⁹), o de fotografía (como cuando el Supremo tampoco quiso entrar en el caso de una empresa de New Mexico en *Elane Photography, LLC v. Willock*)⁴⁰, todos ellos de ideario cristiano.

Para Gorsuch, conforme a los claros precedentes del Supremo sobre libertad de expresión (desde los más antiguos como *Whitney v. California* de 1927, *West Virginia Board of Education v. Barnette* de 1943 y *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* de 1969, a los más recientes de *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* de 1995, *Boy Scouts of America v. Dale* del 2000, *Snyder v. Phelps* de 2011, y *McCullen v. Coakley* de 2014, además de *NIFLA v. Becerra* y *Masterpiece Cakeshop* del 2018), no se podía forzar a nadie a hablar en contra de sus convicciones, pues sería tanto como obligar a un director de cine musulmán a hacer una película con una mensaje sionista, a un muralista ateo a hacer una obra evangélica, o a un ho-

³⁹ Cfr. *Arlene’s Flowers Inc. v. Washington*, 141 S.Ct. 2884 (July 2, 2021).

⁴⁰ Cfr. *Elane Photography, LLC v. Willock*, 134 S.Ct. 1787 (2014).

mosexual casado con otro hombre a diseñar la página web de una organización contraria al *same-sex marriage*, sólo por el hecho de que sus servicios se ofrecieran al público y estuvieran abiertos a distintos mensajes.

Gorsuch, recordando lo que el Supremo había mantenido de modo constante en *Barnette*, *Hurley* o *Dale*, dijo que «la oportunidad de pensar por nosotros mismos y expresar estos pensamientos libremente es una de nuestras libertades más preciadas y forma parte de lo que mantiene fuerte a nuestra República. Por supuesto, acatar el compromiso de la Constitución con la libertad de expresión significa que todos nos encontraremos con ideas que consideraremos “poco atractivas” (...) “equivocadas o incluso hirientes” (...) Pero la tolerancia, no la coacción, es la respuesta de nuestra nación. La Primera enmienda concibe a los Estados Unidos como un lugar rico y complejo en el que todas las personas son libres de pensar y hablar como deseen, no como lo ordene el gobierno»⁴¹. El bloque liberal se opuso en el voto particular de la juez Sotomayor.

Un mes después de esta sentencia, el fiscal general de New Jersey y la división de derechos civiles de este Estado hizo pública una guía en materia de discriminación que interpretaba la decisión del Supremo de modo restrictivo. Según estas directrices, cualquier empresa que deseara beneficiarse de una exención religiosa frente a la legislación antidiscriminatoria debería probar: (1) que sus servicios creativos eran “originales” y “personalizados”, es decir, adaptados a cada cliente; (2) que la creación tenía carácter “expresivo”, como discurso propio del creador protegido por la garantía de libertad de expresión de la Primera enmienda; y (3) que la negativa del creador a prestar el servicio requerido no era por la identidad del cliente o por alguna característica de este, sino por el mensaje que la empresa transmitiría, contrario a sus creencias. Con ello, New Jersey advertía que la ley estatal sobre derechos civiles seguiría aplicándose a una amplia gama de empresas que vendían innumerables bienes y servicios⁴².

⁴¹ Cfr. *303 Creative LLC v. Elenis*, 143 S.Ct. 2298, at 2321-2322 [Gorsuch, J.].

⁴² Cfr. OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, NJ, *Guidance on the New Jersey Law Against Discrimination Following the U.S. Supreme court's Decision in 303 Creative LLC v. Elenis*, July 31, 2023, <https://n9.cl/uf97l>.

III. MÁS ADAPTACIÓN RELIGIOSA Y LIBRE EJERCICIO DE LA RELIGIÓN EN LA CORTE ROBERTS

El juez Breyer dejó el Tribunal Supremo el 30 de junio de 2022, siendo sustituido por una juez afroamericana del circuito de DC, Ketanji Brown Jackson. Esto no alteró la composición del Tribunal que siguió siendo de mayoría conservadora, con los jueces Roberts y Kavanaugh en el centro y Thomas en el extremo. El liderazgo del ala conservadora lo ha defendido brillantemente el juez Alito, mientras que, en el caso de los otros tres jueces, las posiciones liberales más extremas han sido sostenidas por la juez Sotomayor.

Por lo que se refiere a la adscripción religiosa de los nueve jueces, la salida de un judío liberal ha supuesto la llegada al Supremo de una cristiana protestante no denominacional (según su propia confesión durante el proceso de confirmación en el Senado)⁴³, sin grandes diferencias en la filosofía judicial entre uno y otra, sí parece que originalista en el caso de Jackson, como muchos otros en el actual Tribunal⁴⁴, aunque ya sabemos que esto no supone demasiado por el modo tan distinto como se entiende y aplica este enfoque, desde el intento original en clave iusnaturalista hasta otras posiciones textualistas que lo contradicen como la de Gorsuch en *Fulton v. City of Philadelphia* (2021)⁴⁵. Dicho esto, con la salvedad de Gorsuch que parece frecuentar una iglesia episcopaliana, aunque fue educado dentro del catolicismo, siguen en el Supremo seis bautizados en la Iglesia católica en los que se perciben también las distintas “sensibilidades” existentes dentro de ella⁴⁶. Así pues,

⁴³ Cfr. <https://youtu.be/AEAnlTRsLys> (23-34 segundos).

⁴⁴ Ese gusto de los jueces por la historia lo hemos podido ver en estos dos años judiciales en muchas ocasiones. Sirvan, como ejemplo, la opinión del Tribunal en el caso *Dobbs* a cargo de Alito, lo dicho por Thomas y Barrett en *New York State Rifle*, o por Gorsuch y Thomas en el caso de los nativos americanos en *Haaland*.

⁴⁵ Para un examen crítico del originalismo: A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition* (Medford, MA: Polity Press, 2022) 91-116; H. ARKES, *Mere Natural Law. Originalism and the Anchoring Truths of the Constitution* (Washington DC: Regnery Gateway, 2023) 14-20; J. MIKHAIL, *Does Originalism Have a Natural Law Problem?*, 39 *Law and History Review* 361 (2021).

⁴⁶ Tal vez resulte de interés ofrecer aquí algún breve apunte sobre ciertos hechos relevantes que afectaron a la Iglesia católica estadounidense en estos dos últimos años. En primer lugar, las diócesis que fueron a la quiebra (Chapter 11) por sus maltrechas economías (bien como consecuencia de las reclamaciones de abusos sexuales

pasó el Tribunal en estos dos años de seis jueces católicos, dos judíos y un protestante, a seis católicos, un judío y dos protestantes.

como el último caso de San Francisco el 21 de agosto de 2023, o bien por necesidades de reorganización) fueron: las archidiócesis de New Orleans en Louisiana y de San Francisco en California; las diócesis de Rockville y de Albany en New York, de Oakland y Santa Rosa en California, de Harrisburg en Pennsylvania, de Santa Fe en New Mexico, o de Camden en New Jersey. Precisamente, en relación con los abusos sexuales en la Iglesia católica, los fiscales generales de Georgia (marzo de 2023), Maryland (abril de 2023) e Illinois (mayo de 2023) hicieron públicos los informes que recogían las investigaciones realizadas en esta materia, mientras que la archidiócesis de Philadelphia publicó el 2 de junio de 2022 un informe propio sobre este asunto. Y por seguir con esto, un tribunal federal de New York rechazó la demanda de una víctima de abusos por un sacerdote católico que había presentado contra la Santa Sede por la inmunidad de la que gozaba según la FSIA (*Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976): *Robles v. Holy See (State of Vatican City)*, Case No. 1:20-cv-02106-VEC, 2021 WL 5999337 (SD NY, December 20, 2021); el fiscal general de Wisconsin el 17 de abril de 2023 anunció que el nonagenario McCarrick volvía a ser acusado de agresión sexual en cuarto grado por unos hechos ocurridos en 1977. Pasando ahora a otros temas, un caso interesante surgió cuando al grupo católico “Church Militant”, bastante crítico con la deriva de la Iglesia en ciertos temas, no se le permitió protestar durante la asamblea general de la Conferencia episcopal en Baltimore en noviembre de 2021, fallando un tribunal federal de distrito de Maryland a favor de sus derechos de libertad de expresión y de reunión: *St. Michael’s Media, Inc. v. Mayor and City Council of Baltimore*, No. 21-2337, 2023 WL 2743361 (D MD, March 31, 2023). Por otra parte, en diciembre de 2022 se hizo pública la sanción impuesta al sacerdote Frank Pavone, el fundador de los “Priests for Life”. Pero, tal vez, el más llamativo de todos los casos fue el provocado por el deseo de católicos pro-*choice*, como Biden y Pelosi, de acercarse a recibir la comunión sacramental y la intervención del arzobispo de San Francisco Salvatore Cordileone negándoselo a la anterior *Speaker* de la Cámara de Representantes del Congreso el 20 de mayo del 2022, en cumplimiento de la legislación de la Iglesia (canon 915). Por último, un par de casos atrajeron también la atención nacional durante el 2023. El primero fue la aprobación en Oklahoma, el 5 de junio de 2023, de la primera escuela religiosa subvencionada (*charter school*) con fondos públicos, la “St. Isidore of Seville Catholic Virtual School” fruto de los esfuerzos de la archidiócesis de Oklahoma City y de la diócesis de Tulsa y que planea abrir sus puertas en agosto de 2024, si la AU (“Americans United for Separation of Church and State”) no consigue impedirlo. Y el segundo fue la investigación que el FBI parece hizo sobre católicos tradicionalistas, a la vista de un documento fechado en Richmond el 23 de enero de 2023 (filtrado en <https://n9.cl/h8w3q>), buscando agentes extremistas, lo que provocó el 10 de abril de 2023 la intervención del Comité Judicial de la Cámara de Representantes pidiendo información de tales hechos a la agencia federal, como antes las reacciones de diversos obispos por el riesgo que suponía para la libertad religiosa.

Pero tal vez lo más serio que ha sucedido en estos dos últimos años en el Supremo ha sido la reacción que provocaron algunas de las decisiones del Tribunal en el primero de estos años (OT 21), en especial cuando derogó un precedente tan arraigado en el ánimo de muchos como era *Roe v. Wade* y su progenie. Desde que fuera filtrado el borrador de la opinión mayoritaria confiada al juez Alito en mayo del 2022, la prensa liberal ha cuestionado la integridad de dos de los jueces que más se significaron en este asunto, el juez ponente y el juez Thomas por un *dictum* de su voto particular en el que animaba al Tribunal a replantearse toda la agenda liberal de derechos decretados al amparo de la doctrina del *substantive due process*⁴⁷. Esto está siendo una auténtica caza de brujas como se puede constatar fácilmente con una simple búsqueda en el *New York Times*, cuestionando la integridad de estos jueces y otros, por regalos recibidos, vacaciones, ingresos por ventas de libros o conferencias impartidas, o amistades influyentes. Todo esto ha llevado al Congreso a querer intervenir en el asunto con un código ético de conducta que quisiera imponer al Supremo (S 359, *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* de 2023)⁴⁸, algo que Alito, entre otros, ha cuestionado, porque nada en la Constitución per-

⁴⁷ Thomas dijo en *Dobbs*: «As I have previously explained, “substantive due process” is an oxymoron that “lack[s] any basis in the Constitution”. (...) For that reason, in future cases, we should reconsider all of this Court’s substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*. Because any substantive due process decision is “demonstrably erroneous,”...», *Dobbs v. Jackson*, at 2301 [Thomas, J., *concurring*]. Que el juez Thomas, censurando la doctrina del *substantive due process*, aludiera a otros derechos, desde la contracepción a los relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo, encendió todas las alarmas y provocó que los demócratas presentaran en julio una iniciativa legal (*Respect for Marriage Act*, HR 8404, S 4556) para extender los beneficios federales a esas parejas del mismo sexo, revocando la *Defense of Marriage Act* (DOMA) de 1996, asegurando así el reconocimiento federal de los matrimonios entre personas del mismo sexo e interraciales, exigiendo entonces a todos los Estados la aceptación de aquellos celebrados en otros Estados. Tras su aprobación por las dos Cámaras del Congreso, con ciertas enmiendas, Biden firmó la ley el 13 de diciembre.

⁴⁸ El 9 de febrero los demócratas introdujeron este proyecto de ley en el Senado (otro idéntico en esa fecha en la Cámara de Representantes, HR 926), enviándolo al Comité Judicial de la Cámara el 14 de junio, votándolo a su favor el 20 de julio. Su texto e historia en la *website* del Congreso: <https://www.congress.gov/118/bills/s359/BILLS-118s359is.pdf> (el texto).

mitiría tal cosa⁴⁹, además de sus escasas posibilidades de éxito por el fuerte rechazo de los republicanos, de modo que es muy poco probable que se convierta en ley. Lo único que logran los demócratas con ello es reavivar una de las viejas tensiones del sistema jurídico norteamericano entre el poder legislativo y el judicial, erosionando la legitimidad de la más alta instancia judicial.

Ahora bien, lo cierto es que no parece que nada de lo dicho y hecho haya afectado lo más mínimo al ánimo de jueces como Alito y Thomas que seguirán enfrentándose a los casos que vendrán en los próximos meses o años, por controvertidos que estos sean en las guerras culturales presentes y futuras (por ejemplo, en materia escolar, el despido de profesores y empleados de escuelas católicas por no cumplir el ideario del centro, las exigencias de vacunación para escuelas o lugares de reunión pública, el acceso a programas estatales de financiación pública para escuelas católicas, o la asistencia religiosa voluntaria en las escuelas públicas; en relación con otros derechos y libertades constitucionales, como el uso de armas, o en lugares de culto, o por personas con órdenes de alejamiento por violencia doméstica; en el caso de objeciones religiosas, como las de los jueces de paz a celebrar matrimonios del mismo sexo, las del acceso por correo a las píldoras abortivas, la cobertura en planes de salud de servicios contrarios a las creencias de las empresas que los contraten, o las que surjan ante leyes sobre suicido asis-

⁴⁹ Alito concedió una entrevista al WJS en la que negó que fuera el Congreso el que creara el Tribunal Supremo, sino la Constitución, sin que esta le otorgue la autoridad para regularlo, *Samuel Alito, the Supreme Court's Plain-Spoken Defender*, July 28, 2023, en "The Wall Street Journal", en <https://n9.cl/8vx59>. Pues bien, la entrevista de Alito al WJS supuso que el senador demócrata Richard Durbin por Illinois, al frente del Comité Judicial del Senado desde el 2021, dirigiera el 3 de agosto de 2023 una carta al *Chief Justice* Roberts pidiendo que tomara las acciones necesarias para asegurar que el juez Alito se abstuviera de decidir casos futuros en los que él se había pronunciado ya sobre las acciones del Congreso y un recurso de apelación frente a una decisión del noveno circuito, provocando una declaración de Alito negándose a la recusación por no existir razón alguna y ser su deber entrar a conocer el caso, cfr. *Statement of Justice Alito en Charles G. Moore, et ux. v. United States*, No. 22-800 (September 8, 2023). Por otra parte, un senador demócrata por Rhode Island le envió a principios de septiembre al *Chief Justice* Roberts una carta denunciando al juez Alito por violación de diversos cánones de la ética judicial, al opinar sobre una cuestión legal que pudiera llegar al Tribunal, entre otras cosas (la carta en: <https://n9.cl/e5g1e>).

tido; en el caso de la orientación sexual por la terapias de conversión en los menores (SOCE); y en los múltiples casos planteados por personas con problemas de identidad de género, como las políticas escolares que tratan a los menores según sus deseos sin consentimiento o conocimiento de los padres, el uso de pronombres en las escuelas y el modo como dirigirse a los alumnos, el adoctrinamiento de los niños en las escuelas, la retirada de la custodia a los padres de menores transexuales, la emisión de certificados de nacimiento o pasaportes no binarios, la oposición de centros hospitalarios que rechazan operaciones o tratamientos de género por razones de conciencia, las objeciones religiosas de médicos que se oponen –en contra del criterio del hospital en el que trabajan– a tratar a los pacientes conforme a un sexo distinto del biológico, la participación de personas transgénero en competiciones deportivas o en concursos de belleza, el uso de taquillas o el acceso a los baños en las escuelas o empresas por personas de sexo distinto al reservado para el sexo biológico, o la prohibición de terapia hormonal, bloqueadores de hormonas o cualquier intervención quirúrgica sobre menores con disforia de género en 22 Estados). Así, recordemos que, durante estos dos años, Alito y Thomas, con la ayuda al menos de otros tres conservadores, han derogado los clásicos precedentes en materia de aborto (*Dobbs*), han mantenido el derecho de todo norteamericano a llevar armas como viene garantizado en la Segunda enmienda (*New York Rifle*), han revocado las cuotas raciales (*affirmative action*) en las universidades privadas como Harvard o públicas como la University of North Carolina (*Students for Fair Admissions, Inc.*)⁵⁰, o le han dicho a Biden que eso de querer perdonar más de 400 mil millones de dólares de deuda estudiantil no estaba autorizado por el Congreso (*Biden v. Nebraska*)⁵¹.

Así pues, en esta segunda etapa de la Corte Roberts en la que seguimos (tras la salida de Scalia y Kennedy), podemos decir que el Tribunal mantiene el perfil conservador de años anteriores, pero sin el centrista Kennedy y con la presencia de cinco jueces más a la derecha de Roberts. Si en el OT 21, el *Chief Justice* no logró el equilibrio que pretendía, yendo el ala más conservadora del Tribunal mucho más lejos

⁵⁰ Cfr. *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 143 S.Ct. 2141 (June 29, 2023).

⁵¹ Cfr. *Biden v. Nebraska*, 143 S.Ct. 2355 (June 30, 2023).

de lo que él hubiera deseado, en el siguiente año judicial OT 22 pudo recuperar la posición de centro votando con los liberales en ciertos casos, por su pragmatismo gradual y minimalista, así como por esa estrategia institucional de defensa de la autonomía judicial y de la legitimidad del Tribunal en tiempos de gran división social y de ataques a su independencia desde ambos lados del escenario político.

Por lo que se refiere a las cláusulas religiosas de la Primera enmienda, el Supremo en estos dos años consolida la tendencia durante la Corte Roberts, manteniendo una fuerte lectura del libre ejercicio religioso, en especial de aquellos cristianos que no renuncian a sus creencias, y una comprensión cada vez menos fuerte de la cláusula del no establecimiento. El Supremo hasta la fecha no ha derogado la decisión *Smith* del 90 que sigue siendo normativa en los casos de libre ejercicio religioso (aunque limitando su alcance como, por poner sólo un ejemplo, cuando el Tribunal constitucionalizó la excepción ministerial en *Hosanna-Tabor* del 2012), pese a las voces que vienen reclamando su revocación (como en el Supremo los jueces Alito, Thomas y Gorsuch dijeron en el caso *Fulton* del 2021), sin que hasta el momento el Tribunal haya conseguido una mayoría suficiente para ello. Lo que sí ha hecho una mayoría de jueces es terminar de enterrar el *Lemon test* en el caso del no establecimiento (algo que empezó claramente con *Town of Greece* en el 2014 y siguió con *American Legion* en el 2019, para acabar en *Kennedy v. Bremerton* de este año), sin que este fuera sustituido por esos criterios correctores del tripartito test de 1971, como el del respaldo (*endorsement test*) o el de la coacción (*coercion test*), prefiriendo, como hemos visto en estos dos años, una visión generosa que permita adaptaciones cuando respondan a la tradición histórica del pueblo norteamericano, aunque haya quien parezca no sentirse muy a gusto con esa tradición judeocristiana⁵².

Y así, en estos dos últimos años, el Supremo ha permitido el libre ejercicio religioso de un preso baptista que pedía alivio para su alma en el momento de su ejecución (*Ramirez*), así como la libertad de expresión religiosa de un grupo que pedía izar una bandera cristiana en el ayuntamiento de Boston (*Shurtleff*), de un entrenador de fútbol, también cristia-

⁵² Cfr. S. M. FELDMAN, *The Roberts Court's Transformative Religious Freedom Cases: The Doctrine and the Politics of Grievance*, 28 *Cardozo Journal of Equal Rights and Social Justice* 507, at 555-556 (2022).

no, que rezaba en el campo tras los partidos arrodillándose ante Dios en acción de gracias (*Kennedy v. Bremerton*), y de una diseñadora gráfica cristiana que por motivos religiosos no deseaba ofrecer sus servicios en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo (*303 Creative*), pero también ha protegido la conciencia de los trabajadores que no deseaban ser vacunados contra la COVID al condenar la extralimitación de una agencia del gobierno de Biden (*NIFB*), o el derecho de unos padres a no ser tratados de modo distinto porque hubieran elegido una escuela privada religiosa para sus hijos recibiendo la misma ayuda que el Estado dispensaba a la no religiosa (*Carson*), o por último el derecho de un trabajador a su descanso semanal si esa adaptación no supusiera una carga excesiva (que no mínima) a la empresa (*Groff*). En todos los casos, los demandantes eran cristianos que reivindicaban una lectura generosa de la cláusula de libre ejercicio frente al intento de imposición del credo liberal, del mismo modo que, en el pasado, fueron los grupos religiosos minoritarios, no cristianos, quienes recurrieron a esa cláusula del *free exercise*.

Pues bien, esta lectura generosa del libre ejercicio y restrictiva del no establecimiento que vemos en la Corte Roberts viene propiciada, como lo hemos sostenido siempre, por una lectura creyente de las cláusulas religiosas de la Primera enmienda que hace descansar todo el sistema en el libre ejercicio, no siendo el no establecimiento un objetivo en sí mismo, sino una condición de posibilidad de ese ejercicio libre. Así fue concebida la Primera enmienda y así lo va reconociendo el Tribunal, pese al escándalo que esto suponga para quien invirtió el orden e hizo del medio fin.

Finalmente, ni la sociedad norteamericana ni el mundo en general parecen gozar en nuestros días del sosiego necesario con el que afrontar los grandes desafíos presentes. Es evidente que el Supremo no vive al margen de estas tensiones, por lo que debe proceder con gran dosis de moderación y prudencia para no errar en el juicio. Por supuesto que sigue siendo crucial mantener su legitimidad, que es su poder, en estos tiempos en los que se agitan los espíritus para desafiar su autoridad, pero no es menos cierto que no puede dejar de buscar la solución justa en cada controversia presentada, por inconveniente que esta sea, con independencia de las reacciones sociales y políticas que esto pueda generar, dejando para otros los frágiles equilibrios de estos años. Si algo nos enseña la historia es que, por mucho que lo pretenda, el Supremo no puede evitar las cuestiones de fondo por mucho tiempo, porque más pronto que tarde llegan o regresan a él.

Por eso, siguen en lo cierto los jueces Thomas y Alito cuando creen que el Tribunal no debiera mostrar en su labor incertidumbre o falta de determinación, eludiendo esas grandes cuestiones y resolviendo los casos tímidamente con pocos pasos que, siendo suficientes para resolver correctamente el caso concreto, mantengan la situación de injusticia en tantos otros similares o en el juzgado de cambiar las circunstancias, haciendo de la decisión tomada algo inútil. Por otra parte, estos dos últimos años nos confirman en la idea de que la principal contribución del Tribunal Supremo al bienestar institucional, ese mismo que tantos invocan para silenciarle, es precisamente su adhesión inquebrantable a la justicia sin cálculos políticos. Y es que ya dijimos hace dos años que mientras el coraje del Tribunal en su defensa de la justicia fortalece las instituciones, su debilidad es la que las enferma.

Claro que para una empresa semejante se necesita una filosofía judicial realista que descansa en principios estables que no dependan del deseo de una voluntad caprichosa ajena a la dirección de la *recta ratio*. El recurso al intento original y al texto constitucional sirvió como dique de contención a esa voluntad desordenada de los liberales, sin lograr ir mucho más allá, por eso van cobrando cada vez más fuerza posiciones como las de Vermeule. Nos mantenemos con Finnis⁵³ cuando considera que ha llegado el momento de dar un paso más y regresar al derecho natural a fin de encontrar en él las fuentes y límites que permitan reconstruir al maltrecho sujeto moderno y a la sociedad enferma que ha generado. Si el derecho vive en el foro es por ser una realidad siempre viva que, como todas y en cualquier aspecto, o avanza o retrocede, perdiendo lo conseguido con tanto esfuerzo, sin que la ideología liberal vaya a detenerse en sus exigencias o a renunciar a sus logros. Y no olvidemos que la ley natural no es más que la participación de la ley eterna en la criatura racional, por lo que, sin Dios, el hombre desaparece y sus derechos serán conculcados por el primer tirano que se presente por muy dulce que suene su, sólo en apariencia, democrática voz en la nueva ortodoxia secular.

⁵³ Cfr. J. FINNIS, *Abortion is Unconstitutional*, 312 *First Things Journal* 29 (April 2021); J. I. RUBIO LÓPEZ, *Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como su primer derecho*, 63 *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (Iustel) 1-81 (octubre 2023).

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES
