
Un nuevo despertar de la libertad religiosa en Estados Unidos

A New Awakening of Religious Freedom in the United States

RECIBIDO: 26 DE FEBRERO DE 2024 / ACEPTADO: 9 DE ABRIL DE 2024

John WITTE, JR.

Catedrático de Derecho y Religión
Emory University School of Law, Atlanta
orcid 0000-0001-8929-0267
john.witte@emory.edu

Resumen: Hasta tiempos recientes, la libertad religiosa estadounidense estaba en apuros. El Tribunal Supremo de Estados Unidos había debilitado considerablemente la Primera Enmienda, y las reivindicaciones de libertad religiosa quedaban a menudo subordinadas al derecho a la libertad sexual y otros derechos. Los Estados denegaban sistemáticamente fondos y prestaciones a los partidos religiosos y eliminaban de la vida pública los símbolos y ceremonias religiosas tradicionales. Las cosas han cambiado radicalmente. La última década ha sido testigo de un gran despertar de la libertad religiosa estadounidense, liderado por un cambio de orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En más de dos docenas de casos desde 2012, el Tribunal ha reforzado la Primera Enmienda para anular normativas y políticas públicas que discriminaban la religión. Este artículo traza el mapa de este nuevo gran despertar de la libertad religiosa, pero también advierte sobre algunos de los amplios retos que quedan por delante.

Palabras clave: Libertad religiosa, Libertad de conciencia, Primera Enmienda, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Símbolos religiosos, Exenciones judiciales y legislativas.

Abstract: Until recent times, American religious freedom was in trouble. The United States Supreme Court had weakened the First Amendment considerably, and religious freedom claims were often subordinated to sexual liberty and other rights claimants. States routinely denied funds and benefits to religious parties and removed traditional religious symbols and ceremonies from public life. Leading academics castigated religious group rights claimants given recent charges of sexual abuse and financial fraud in some churches. No longer! The past decade has seen a great awakening of American religious freedom, led by the United States Supreme Court. In more than two dozen cases since 2012, the Court has strengthened the First Amendment to strike down public regulations and policies that discriminated against religion. This Article maps this new great awakening of religious liberty, but also warns about some of the ample challenges that remain.

Keywords: Religious Freedom, Religious Liberty, Religious Conscience, Religious Symbols, First Amendment, US Supreme Court, Judicial and Legislative Exemptions.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Respetar las decisiones democráticas históricas. 3. No a la coacción religiosa. 4. Igualdad, no sólo neutralidad. a) *Ayudas estatales a la enseñanza religiosa*. b) *Libertad de expresión e igualdad*. c) *Reglamentos Covid e igualdad*. d) *Ninguna hostilidad gubernamental contra la religión*. 5. Exenciones por motivos religiosos. 6. Separación entre la Iglesia y el Estado. 7. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La libertad religiosa ha vuelto a despertar en Estados Unidos en la última década, y la llamada de atención más sonora ha procedido de su propio Tribunal Supremo, a quien se debe una nueva orientación jurisprudencial en la interpretación del alcance de este derecho¹.

John Witte, Jr. es catedrático de derecho y religión, titular de las Cátedras Robert W. Woodruff y McDonald, así como director del Center for the Study of Law and Religion de la Universidad Emory en Atlanta (Estados Unidos). El texto contiene la lección inaugural de la Serie de Conferencias sobre cristianismo y derecho en honor a John Witte, Jr. (The John Witte, Jr., Lecture Series on Christianity & Law), organizadas por la Christian Legal Society. La lección inaugural fue pronunciada por John Witte, Jr. en un acto solemne celebrado el 26 de enero de 2024 en el National Press Club de Washington DC. Partes de este texto se han extraído de J. WITTE, JR. – E. WANG, *The New Fourth Era of American Religious Freedom*, *Hastings Law Journal* 74 (2023) 1813-1848; y J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS – R. W. GARNETT, *Religion and the American Experiment*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford 2022. El texto ha sido traducido y adaptado por Rafael Domingo Oslé, catedrático y titular de la Cátedra Álvaro d’Ors en el Instituto de Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra.

¹ Para una visión de conjunto, en español, sobre la libertad religiosa en Estados Unidos, véase J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS, *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, trad. Nicolás Zambrana Tévar, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2018. Para los fundamentos de la libertad religiosa, puede verse, también en castellano, J. WITTE, JR., *Raíces protestantes del derecho*, trad. Rafael Domingo Oslé, Aranzadi, Cizur Menor 2023, esp. 179-208; y R. DOMINGO OSLÉ, *Derecho y Trascendencia*, Aranzadi, Cizur Menor 2023, esp. 131-150. Merece destacarse el extraordinario trabajo de José Ignacio Rubio López para dar a conocer, especialmente entre el público de habla hispana, la jurisprudencia norteamericana sobre libertad religiosa a través de sus *Crónicas judiciales de Derecho eclesiástico en los Estados Unidos de Norteamérica*, que publica en esta revista desde el año 2010. Rubio López ha realizado un completo estudio en español de la libertad religiosa en los Estados Unidos, en sus obras *Hacia la primera libertad. La libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona 2011; y *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona 2006.

Hasta hace tan solo una docena de años, la libertad religiosa estadounidense estaba en apuros en varios estados y circuitos federales. Antiguos monumentos religiosos eran destruidos por ser considerados símbolos de intolerancia y favoritismo religioso². Se excluía a los grupos religiosos de las ayudas estatales y otros programas y beneficios públicos³. Las comisiones estatales de derechos civiles sancionaban a los comerciantes que se oponían, en conciencia, a prestar servicios en bodas entre personas del mismo sexo⁴; a farmacéuticos que, por motivos religiosos, no dispensaban recetas de abortivos⁵, a escuelas religiosas que no enseñaban una ética sexual *inclusiva* y a organizaciones benéficas, de inspiración religiosa, que establecían ciertas diferencias, consideraban discriminatorias, en la prestación de sus servicios⁶. Algunos críticos y legisladores pidieron que se despojara a las comunidades religiosas de sus exenciones fiscales, de los derechos a celebrar ritos matrimoniales, de las licencias de enseñanza y de ciertos contratos de servicios sociales⁷. Varios estados promulgaron nuevas medidas contra el derecho islámico (Sharía)⁸. A lo largo de las décadas de 1990 y 2000, el Tribunal

² Véanse ejemplos en *American Legion contra American Humanist Association*, 139 Supreme Court (en adelante S. Ct.) 2067, 2074-2079 (2019).

³ Véase, por ejemplo, *Locke contra Davey*, 540 U.S. 712, 715-717 (2004); *Christian Legal Society contra Martinez*, 561 U.S. 661, 672-673, 683 (2010).

⁴ Véase, por ejemplo, *State contra Arlene's Flowers, Inc.*, 441 P.3d 1203, 1209, 1237 (Wash. 2019) (que sostiene que la negativa de una floristería de bodas a prestar servicios a una pareja del mismo sexo violaba la Ley contra la discriminación de Washington), *cert. denied* (petición denegada) 141 S. Ct. 2884 (2021); *Elane Photography, LLC contra Willock*, 309 P.3d 53, 58 (N.M. 2013) (sostuvo que la negativa de un fotógrafo a prestar servicio a una pareja homosexual violaba la Ley de Derechos Humanos de Nuevo México). Pero véase la sentencia del caso *Masterpiece Cakeshop contra Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. __ (2018), que sostuvo que “la actuación de la Comisión de Derechos Civiles de Colorado vulneró la cláusula de libre ejercicio al evaluar las razones del propietario de una pastelería para negarse a hacer una tarta para la celebración de la boda de una pareja del mismo sexo”.

⁵ *Stormans, Inc. contra Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied*, 136 S. Ct. 2433 (2016).

⁶ Véanse ejemplos en *Fulton contra City of Philadelphia*, 141 S. Ct. 1868, 1874-1876 (2021).

⁷ Véanse ejemplos en J. WITTE, JR., *The Blessings of Liberty: Human Rights and Religious Freedom in the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, 196-226.

⁸ Véanse ejemplos en J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS, *Who Governs the Family? Marriage as a New Test Case of Overlapping Jurisdictions*, *Faulkner Law Review* 4 (2013) 321.

Supremo aplicó las disposiciones sobre libertad religiosa de forma relativamente débil, dejando la mayoría de las cuestiones de libertad religiosa para que los diversos estados y sus parlamentos las resolvieran de acuerdo con la “nueva orientación” del Tribunal Supremo a favor del federalismo y la separación de poderes.

Las causas de este giro contra la religión y la libertad religiosa son muy variadas: la preocupación por el islamismo militante tras el 11-S; el descubrimiento de escándalos sexuales masivos y encubrimientos en el seno de algunas iglesias; las nuevas revelaciones de los medios de comunicación sobre los lujosos estilos de vida de algunos líderes religiosos que ocupan grandes instituciones exentas de impuestos, y las conocidas maniobras políticas de algunos grupos religiosos⁹. Una razón aún más profunda y poderosa fue la firme oposición de algunas comunidades religiosas al matrimonio entre personas del mismo sexo como derecho constitucional, así como al derecho a la anticoncepción y el aborto¹⁰. Los académicos y los medios de comunicación se mostraron muy críticos y tacharon a la religión de enemiga de la libertad, y denunciaron la libertad religiosa como un lujo constitucional peligroso y obsoleto¹¹.

Todo eso ha cambiado radicalmente en la última década. Mientras las fuertes críticas a la religión siguen resonando en los medios de comunicación y en las revistas jurídicas, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha liderado un gran resurgir de la libertad religiosa estadounidense. En más de dos docenas de casos desde 2011, el Tribunal ha utilizado tanto la Primera Enmienda como las leyes federales para fortalecer los derechos de las organizaciones religiosas a tomar sus propias decisiones internas sobre el empleo y los beneficios de los empleados y que no le sean aplicables leyes que puedan vulnerar la libertad religiosa colectiva¹². El Tribunal Supremo ha sostenido que algunas formas de

⁹ Véase J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS, *Come Let Us Reason Together: Restoring Religious Freedom in America and Abroad*, Notre Dame Law Review 92 (2016) 427.

¹⁰ Véase Th. C. BERG, *Religious Liberty in a Polarized Age*, Eerdmans, Grand Rapids, MI 2022; W. N. ESKRIDGE, JR. – R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom, LGBT Rights, and the Prospects for Common Ground*, Cambridge University Press, Cambridge 2018; F. RAVITCH, *Freedom's Edge: Religious Freedom, Sexual Freedom, and the Future of America*, Cambridge University Press, Cambridge 2016.

¹¹ Véanse varios ejemplos en J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS, *Come Let Us Reason Together*.

¹² Véase *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School contra EEOC*, 565 U.S. 171 (2012); *Our Lady of Guadalupe School contra Morrissey-Berru*, 140 S. Ct.

ayuda gubernamental a la religión y la educación religiosa no solo son permisibles en virtud de la Cláusula de No-Establecimiento de una religión oficial, sino que también son necesarias en virtud de las Cláusulas de Libre Ejercicio y Libre Expresión¹³. El Tribunal ha utilizado la Cláusula de Libre Ejercicio para prohibir varias normativas y políticas públicas que discriminaban la religión, que penalizaban a las partes por adoptar posturas religiosas o que obligaban a las partes a actuar en contra de su conciencia¹⁴. El Tribunal Supremo ha reforzado tanto la Primera Enmienda como las reclamaciones legales de individuos y grupos religiosos para obtener exenciones de leyes generales que suponían una carga sustancial para su conciencia¹⁵. El Tribunal Supremo ha utilizado las leyes de libertad religiosa para otorgar nuevas garantías a los presos musulmanes¹⁶, y ha insistido en que los condenados a muerte tengan acceso a sus capellanes hasta el final¹⁷. Por último, el Tribunal Supremo

2049 (2020; *Burwell contra Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682, 688-691 (2014); *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home contra Pennsylvania*, 140 S. Ct. 2367, 2373 (2020).

¹³ *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. contra Comer*, 137 S. Ct. 2012 (2017); *Espinoza contra Montana Department of Revenue*, 140 S. Ct. 2246 (2020); *Carson contra Makin*, 142 S. Ct. 1987, 2002 (2022) *Shurtleff contra City of Boston*, 142 S. Ct. 1583 (2022).

¹⁴ Véanse los casos de la nota 12 y *Fulton contra City of Philadelphia*, 141 S. Ct. 1868, 1874, 1881-1882 (2021). Para una visión de conjunto de estas cláusulas, véase, en castellano, J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS, *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor 2018.

¹⁵ *Hobby Lobby*, 573 U.S. en 688-691; *Little Sisters of the Poor*, 140 S. Ct. en 2373; *303 Creative LLC contra Elenis*, 143 S. Ct. 2298, 2307-2308, 2312-2313 (2023); *Groff contra DeJoy*, 143 S. Ct. 2279 (2023); *EEOC contra Abercrombie & Fitch. DeJoy*, 143 S. Ct. 2279 (2023) (estimó la demanda por discriminación religiosa con base en el Título VII de un empleado obligado a trabajar en domingo sin que la empresa hiciera un esfuerzo de adaptación a sus requerimientos); *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. 768 (2015) (estimó un caso de trato discriminatorio con base en el Título VII en favor de una solicitante de empleo musulmana que llevaba un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos).

¹⁶ Véase *Holt contra Hobbs*, 574 U.S. 352 (2015) (en el que se sostuvo que la política de un Estado sobre el arreglo de la barba suponía una carga sustancial para el ejercicio religioso de un recluso musulmán en violación de la Ley de Uso de Suelo Religioso y Personas Institucionalizadas de 2000 (en adelante RLUIPA, por sus siglas inglesas), 42 U.S.C. §§ 2000cc a 2000cc-5).

¹⁷ *Ramirez contra Collier*, 142 S. Ct. 1264, 1272, 1277-1281 (2022) (donde se sostuvo que era probable que un condenado a muerte tuviera éxito en sus alegaciones de que

ha permitido incluso el cobro de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por funcionarios públicos que violaron las garantías legales de libertad religiosa de los individuos¹⁸.

Estas dos docenas de casos recientes muestran un claro retorno al axioma fundacional de Estados Unidos de que la libertad religiosa es la primera libertad de nuestro orden constitucional, y no un derecho de segunda clase en el que se estaba convirtiendo. La visión de los padres fundadores del siglo XVIII era que la religión es algo más que otra forma de expresión y asociación; merece un tratamiento constitucional separado y especial. Así, los fundadores antepusieron la garantía de la libertad religiosa a las libertades de expresión, prensa y reunión en la Primera Enmienda. Ello otorgó tanto a los individuos como a los grupos religiosos una protección especial para sus reivindicaciones relacionadas con su fe. Todas las expresiones pacíficas de la religión, ya sean individuales o corporativas, privadas o públicas, tradicionales o modernas, populares o vilipendiadas, merecen la debida protección de la Primera Enmienda¹⁹. El actual Tribunal Supremo se ha servido de esta doctrina tradicional con renovada presteza.

El Tribunal Supremo de nuestros días también ha adoptado cada vez más la opinión tradicional de que la Primera Enmienda proporciona un escudo entrelazado e integrado de libertades y derechos religiosos para todos. La Cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda prohíbe *las proscripciones* gubernamentales de la religión, es decir, las políticas o acciones gubernamentales que supongan una carga insoportable para la conciencia, restrinjan indebidamente la práctica religiosa, discriminen contra la religión o invadan la autonomía de las iglesias y otros organismos religiosos. A su vez, la Cláusula de No-Establecimiento de la Primera Enmienda prohíbe *las prescripciones* gubernamen-

la negativa de Texas a permitir que su pastor “le impusiera las manos y rezara por él” violaba sus derechos en virtud de la RLUIPA); *cfr.* *Dunn v. Smith*, 141 S. Ct. 725, 725-726 (2021) (Kagan, J., voto concurrente) (consideró que la “exclusión de todos los miembros del clero de la cámara de ejecución” de Alabama violaba la RLUIPA porque suponía una carga sustancial para el ejercicio de la religión del demandante y no superaba el escrutinio estricto).

¹⁸ *Tanzin contra Tánvir*, 141 S. Ct. 486, 489 (2020).

¹⁹ Véase J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS – R. W. GARNETT, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 35-128.

tales de carácter religioso, es decir, las acciones gubernamentales que coaccionan indebidamente la conciencia, imponen determinadas formas de ejercicio, discriminan a favor de la religión o alían injustamente al Estado con las iglesias u otros organismos religiosos.

La Primera Enmienda proporcionaba así garantías complementarias a los principios fundacionales del experimento estadounidense: libertad de conciencia, libre ejercicio, igualdad religiosa, pluralismo religioso, separación entre la Iglesia y el Estado, y no establecimiento gubernamental de una religión oficial²⁰. En la década de 1940, el Tribunal Supremo había confirmado todos estos principios al inaugurar la era moderna de la jurisprudencia sobre libertad religiosa. Pero en las décadas de 1980 y 1990, el Tribunal redujo gradualmente la Primera Enmienda a una mera garantía de neutralidad estatal hacia la religión²¹. Eso proporcionaba cierta protección, pero no mucha.

Los casos recientes del Tribunal no solo reactivan la visión de los fundadores. También ofrecen nuevas ideas y acentos que proporcionan un enfoque más integrador hacia la protección de la libertad religiosa en el futuro. Merece la pena destacar cinco manifestaciones.

2. RESPETAR LAS DECISIONES DEMOCRÁTICAS HISTÓRICAS

Una enseñanza de los casos recientes del Tribunal Supremo es que un régimen de libertad religiosa debe respetar los juicios democráticos históricos sobre la religión. En *Town of Greece contra Galloway* (2014), el Tribunal Supremo utilizó este argumento para defender la práctica habitual de una comunidad local de invitar a diversos clérigos para ofrecer plegarias al comenzar las sesiones del consejo municipal. Un contribuyente local pensó que esto constituía un establecimiento oficial de la religión, opuesto a la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo no refrendó esta opinión. La Primera Enmienda “debe interpretarse por referencia a prácticas y concepciones históricas”, escribió el magistrado

²⁰ *Ibid.*, especialmente 59-92, 109-128.

²¹ *Ibid.*, 171-177, 217-227, donde se analiza el desarrollo de la prueba de neutralidad prescrita para los casos de libre ejercicio en *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon contra Smith*, 494 U.S. 872, 877-879, 890 (1990) y para los casos de la cláusula de establecimiento en *Zelman contra Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

ponente Anthony Kennedy, en particular las que han “resistido el escrutinio crítico del tiempo y el cambio político”. “Una práctica que barriera lo que se ha establecido desde hace tanto tiempo [...] crearía una nueva controversia que volvería a generar las mismas divisiones sobre los límites de lo religioso que la Cláusula de No-Establecimiento busca prevenir”²².

En el caso de 2019 *American Legion contra American Humanist Association*, el Tribunal Supremo utilizó una lógica similar. Ese caso se refería a una gran cruz latina que se había erigido de forma privada en 1925 como monumento conmemorativo para los soldados locales que habían muerto en la Primera Guerra Mundial, pero ahora se encontraba en una intersección prominente de dos carreteras públicas principales que habían crecido alrededor del monumento en las décadas intermedias. La Asociación Humanista Americana consideró que este importante símbolo cristiano constituía un establecimiento oficial de la religión, contrario a la Primera Enmienda, y debía ser derribado. El Tribunal Supremo, en una sentencia en que el magistrado Samuel Alito actuó como ponente, rechazó por 7 votos frente a 2, esta alegación. El Tribunal estuvo de acuerdo en que una cruz es un símbolo cristiano conmovedor. Pero esta cruz latina, escribió Alito, en ese preciso lugar durante casi un siglo, había adquirido un valor independiente como “característica incrustada del paisaje y la identidad de la comunidad”. Para algunos, esta cruz era “un lugar de descanso simbólico para los antepasados que nunca regresaron a casa”. “Para otros, [era] un lugar donde la comunidad se reunía y honraba a todos los veteranos y sus sacrificios por nuestra nación. Para otros, era un hito histórico familiar”. Cuando el paso del tiempo “imbuye a un monumento, símbolo o práctica religiosamente expresivos” de “familiaridad y significado histórico”, concluyó la sentencia, eso “justifica una interpretación de la presunción de constitucionalidad en sentido restrictivo”²³.

El resultado de estos y otros casos recientes es que la Primera Enmienda no otorga a un ciudadano descontento un derecho de veto sobre las decisiones democráticas adoptadas hace tiempo por la comunidad local para crear y mantener un símbolo o ceremonia religiosa.

²² 572 U.S. 565, 576-577 (2014).

²³ 139 S. Ct. 2067, 2084-2085, 2090 (2019).

Puede que se produzca un cambio de criterio, pero este debe hacerse por vía legislativa, no judicial.

Este argumento es lo suficientemente sólido como para apoyar la continuación de capellanes y capillas en asambleas legislativas, bases militares, prisiones estatales, hospitales públicos o embajadas; antiguos decálogos, candelabros hebreos de siete brazos (menorás), hospicios y montículos ceremoniales indios en parques estatales; figuras, versos y dichos religiosos en monumentos y documentos públicos; cruces conmemorativas, estrellas y otros símbolos religiosos en cementerios estatales; ceremonias de juramentos, proclamas y promesas que invocan el nombre de Dios y otros lenguajes religiosos. Mientras no se coaccione a los particulares para que participen en esta iconografía religiosa o la respalden, y mientras el Gobierno no favorezca una religión sobre otras, según la Primera Enmienda no hay nada contrario a derecho en el hecho de que un gobierno democrático refleje y represente los valores y creencias religiosas tradicionales de su pueblo.

Es cierto que algunas viejas tradiciones, por muy veneradas que sean, tienen que desaparecer cuando dejan de representar los valores de una comunidad, como se ha visto en Estados Unidos con la retirada de las banderas confederadas de los capitolios sureños o el cambio de nombre de estructuras construidas sobre las espaldas de los esclavos y bautizadas con el nombre de sus abusivos amos. Pero muchos símbolos y prácticas religiosas antiguos, inocuos y contingentes pueden y deben permanecer.

3. NO A LA COACCIÓN RELIGIOSA

Una segunda enseñanza clave que se desprende de los casos recientes del Tribunal Supremo es que el Gobierno no puede coaccionar a las partes para que apoyen o participen en un acto de religión, ni siquiera en tradiciones y prácticas religiosas antiguas y venerables que puedan haber obtenido una amplia aprobación democrática.

Se trata, en parte, de una doctrina consagrada por la Primera Enmienda. La ley es “absoluta” en la prevención de la “imposición por vía legal de la aceptación de cualquier credo o práctica de cualquier forma de culto”, el magistrado Owen Roberts escribió en *Cantwell contra Connecticut*, el caso de 1940 que inauguró la era moderna de la libertad re-

ligiosa²⁴. Casos posteriores sobre libertad de culto anularon el juramento obligatorio a la bandera y los juramentos decisorios exigidos por el Estado como formas de coerción religiosa²⁵. Casos posteriores de libertad de expresión sostuvieron repetidamente que el Gobierno no puede inducir o coaccionar a particulares para que se expresen en contra de sus creencias religiosas²⁶. Esa proposición sirvió de base para el caso más reciente resuelto por el Tribunal Supremo sobre libertad de expresión, *303 Creative LLC contra Elenis*, que protegió a una diseñadora de páginas web que se negó a prestar sus servicios sobre bodas entre personas del mismo sexo a las que ella se oponía por motivos de conciencia. El argumento utilizado fue que no se puede obligar a una parte a operar en su actividad comercial haciéndole decir o mostrar algo que viole sus propias creencias religiosas²⁷.

Casos posteriores de la Cláusula de No-Establecimiento insistieron en que no se podía coaccionar a los jóvenes e influenciados estudiantes de escuelas públicas (estatales) para que asistan a clases de religión, oraciones, lecturas de la Biblia o momentos diarios de silencio como parte de su experiencia en el aula y el plan de estudios²⁸. Incluso una única invocación en la ceremonia de graduación de una escuela pública de enseñanza media se consideró coercitiva para un alumno que se graduaba²⁹.

²⁴ 310 U.S. 296, 303 (1940).

²⁵ Véanse, por ejemplo *West Virginia State Board of Education contra Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943) (en el que se determinó que los saludos a la bandera y los juramentos obligatorios violaban la Primera Enmienda); *Torcaso contra Watkins*, 367 U.S. 488, 496 (1961) (en el que se determinó que un examen religioso para ocupar un cargo público violaba la “libertad de creencia y religión del apelante”); *First Unitarian Church contra County Los Angeles*, 357 U.S. 545, 546-547 (1958) (en el que se determinó que el gobierno no puede exigir a una parte que se opone por razones de conciencia que jure lealtad a la ley). *County of Los Angeles*, 357 U.S. 545, 546-547 (1958) (en el que se determinó que el Gobierno no puede exigir a un grupo, que se opone en conciencia, la prestación de un juramento de lealtad como condición para recibir una exención fiscal).

²⁶ Véase, por ejemplo, *Wooley contra Maynard*, 430 U.S. 705 (1977); *Rumsfeld contra FAIR*, 547 U.S. 47, 61 (2006) (“Algunos de los principales precedentes de este Tribunal en relación con la Primera Enmienda han establecido el principio de que la libertad de expresión prohíbe que el Gobierno diga a la gente lo que debe decir”).

²⁷ 143 S. Ct. 2298 (2023).

²⁸ Véanse los casos analizados en J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS – R. W. GARNETT, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 232-242.

²⁹ *Lee contra Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

Los casos recientes del Tribunal Supremo han confirmado esta prohibición de la coacción religiosa. Pero el Tribunal Supremo también ha elevado el umbral de cuándo se puede alegar con éxito la libertad frente a la coacción religiosa en virtud de la Cláusula de No-Establecimiento. En el ya mencionado caso *Town of Greece*, el Tribunal Supremo dejó claro que la “breve, solemne y respetuosa oración” ofrecida por una serie de pastores locales antes de que el consejo municipal iniciara su reunión no constituía coacción religiosa. Fue, afirma la sentencia, simplemente una forma de “dar gravedad a los procedimientos públicos y reconocer el lugar que ocupa la religión en la vida de muchos ciudadanos particulares”. No se coaccionó ni obligó a ningún ciudadano “a participar en una práctica religiosa”. Podían saltarse la breve oración antes de entrar en la reunión, o simplemente ignorar impunemente cualquier oración que hubieran oído³⁰.

Sí, algunos ciudadanos laicistas pueden sentirse ofendidos por la mera presencia de estas antiguas ceremonias religiosas, continuó el juez Anthony Kennedy en el caso *Town of Greece*, del mismo modo que algunos ciudadanos religiosos pueden sentirse ofendidos por los nuevos mensajes laicistas y a veces antirreligiosos. Soportar blasfemias de diversa índole es el coste que todos debemos tolerar por una sólida protección de la libertad de expresión. Pero, continuó el Tribunal, la ofensa “no equivale a coacción. Los adultos se encuentran a menudo con discursos que les resultan desagradables; y no se produce una violación de la Cláusula de No-Establecimiento cada vez que una persona experimenta una sensación de afrenta por la expresión de opiniones religiosas contrarias”³¹.

Cinco años más tarde, el magistrado Neil Gorsuch presentó un argumento similar en su extenso voto concurrente en el caso *American Legion*. De hecho, argumentó que, sin pruebas de haber sido realmente coaccionados religiosamente, los “transeúntes ofendidos” ni siquiera deberían gozar de legitimación activa para litigar conforme a la Cláu-

³⁰ 572 U.S. en 588 (“El análisis sería diferente si los miembros de la junta municipal ordenaran al público que participara en las oraciones, señalaran a los disidentes oprobiosamente o indicaran que sus decisiones podrían verse influidas por la aquiescencia de una persona a la oportunidad de rezar. Nada de eso ocurrió en la ciudad de Greece”).

³¹ *Ibid.*, 589.

sula de No-Establecimiento por acciones o expresiones del gobierno que los hayan ofendido. “En un país grande y diverso, es fácil sentirse ofendido. En realidad, casi todas las acciones gubernamentales ofenden probablemente a alguien. No hay duda, también, de que la ofensa puede ser sincera, a veces bien entendida, incluso sabia. Pero la solución del desacuerdo y la ofensa no reside en plantear un litigio federal. En cambio, en una sociedad que tiene entre sus ambiciones más preciadas el respeto mutuo, la tolerancia, el autogobierno y la responsabilidad democrática”, un “espectador ofendido” puede “apartar los ojos”, “taparse los oídos” o “buscar una opción política”³².

En sus votos concurrentes tanto en *Town of Greece* como posteriormente en *American Legion*, el magistrado Clarence Thomas fue aún más lejos y exigió pruebas de “coacción legal real” para presentar un caso fundado prima facie en la Cláusula de No-Establecimiento. Con ello se refería a la “coacción de la ortodoxia religiosa y del apoyo financiero *por la fuerza de la ley y la amenaza de la sanción*”. Las “características de un establecimiento oficial de la religión tal como se entendía en la época de la fundación”, escribió, eran que “la asistencia a la iglesia oficialmente establecida era obligatoria y se cobraban impuestos para generar ingresos eclesiásticos. Los ministros disidentes tenían prohibido predicar y la participación política estaba limitada a los miembros de la iglesia oficialmente establecida”. Para el magistrado Thomas, *esa* era la coerción legal real que la Cláusula de No-Establecimiento debía evitar, y para la que fue creada y debería seguir siendo la norma utilizada por los tribunales hoy en día. El mero hecho de abrir las sesiones legislativas con oraciones que se pueden omitir, o de tener cruces en terrenos públicos que se pueden ignorar, no refleja “las características históricas de un establecimiento oficial de una religión”³³.

El voto concurrente del magistrado Brett Kavanaugh en *American Legion* propuso un nuevo escrutinio como una forma de combinar el doble deseo del Tribunal Supremo de respetar las tradiciones democráticas y prevenir la coerción:

³² 139 S. Ct. en 2067, 2102-2103 (2019) (Gorsuch, J., concurrente).

³³ *Town of Greece*, 572 U.S. en 608, 610 (Thomas J. concurrente); *American Legion*, 139 S. Ct. en 2095-2096 (Thomas, J., concurrente).

Si la práctica gubernamental impugnada no es coercitiva y si (i) está arraigada en la historia y la tradición; o (ii) trata a las personas, organizaciones, discursos o actividades religiosas de la misma manera que a las personas, organizaciones, discursos o actividades seculares comparables; o (iii) representa una adaptación legislativa permisible o una exención de una ley de aplicación general, entonces normalmente no hay violación de la Cláusula de No-Establecimiento³⁴.

Estos casos recientes no dejan claro si la coerción religiosa –dura o blanda, sola o combinada con otros factores– se convertirá en la prueba preferida del Tribunal para los futuros casos relacionados con la Cláusula de No-Establecimiento, o si simplemente formará parte de la llamada prueba del “perjuicio de hecho” necesaria para obtener la legitimación para presentar dichos casos. Tampoco está claro qué tratamiento se daría a las alegaciones de coacción religiosa si se basaran en la Cláusula de Libre Ejercicio.

Como veremos dentro de un momento, los casos recientes de libre ejercicio solo requieren una prueba mínima de trato desigual u hostilidad gubernamental hacia la religión para activar el análisis de escrutinio estricto, un umbral mucho más fácil de cumplir que el requisito de coacción más estricto de los casos recientes de la Cláusula de No-Establecimiento³⁵. Esto sugiere que las víctimas de la coerción gubernamental de la religión bien podrían tener mejores resultados hoy en día si demandan en virtud de la Cláusula de Libre Ejercicio (o una ley de libertad religiosa), en lugar de basándose en la Cláusula de No-Establecimiento.

4. IGUALDAD, NO SÓLO NEUTRALIDAD

Una tercera enseñanza clave de los casos recientes del Tribunal Supremo es que la religión merece no solo la neutralidad del Estado, sino

³⁴ 139 S. Ct. en 2019 (Kavanaugh, J. concurrente).

³⁵ Véase E. WANG, *To Prohibit Free Exercise: A Proposal for Judging Substantial Burdens on Religion*, *Emory Law Journal* 72, 2023, 723, 729-751 y tabla 1, donde se analizan los distintos tipos de “cargas sustanciales”, así como el trato discriminatorio contra la religión que desencadena el escrutinio estricto.

la igualdad de trato y protección por parte del Gobierno. El Tribunal Supremo no ha rechazado formalmente la doctrina de libre ejercicio exigida desde 1990 por el caso *Employment Division contra Smith*, a saber: que las leyes neutrales, de aplicación general, son constitucionales por muy pesada que sea la carga que impongan a la religión. Pero el Tribunal Supremo ha cambiado el prisma y considera ahora el trato desfavorable de la religión como una discriminación inaceptable en virtud de la Cláusula de Libre Ejercicio. Y el Tribunal Supremo ha rechazado repetidamente el argumento del Gobierno de que el trato diferenciado de la religión es necesario para evitar el establecimiento de la religión. El trato desfavorable de la religión por parte del Gobierno es discriminación inconstitucional en todo caso.

a) *Ayudas estatales a la enseñanza religiosa*

Este énfasis en la igualdad por encima de la neutralidad es más claro en los recientes casos del Tribunal Supremo sobre ayudas estatales a la educación religiosa. Estas ayudas han sido durante mucho tiempo un tema controvertido. Antes de 1940, treinta y cinco de los entonces cuarenta y ocho Estados habían aprobado prohibiciones constitucionales estatales sobre la financiación gubernamental de la educación religiosa³⁶. Después de 1940, cuando el Tribunal Supremo empezó a aplicar la Primera Enmienda a los Gobiernos estatales y locales, rechazó muchas formas de ayuda estatal directa e indirecta a las escuelas religiosas, a los padres y a los niños por considerar que violaban la Cláusula de No-Establecimiento³⁷.

Esto ha cambiado radicalmente en los casos más recientes. El Tribunal Supremo ahora sostiene que la ayuda estatal a la educación religiosa no solo es *permisible* en virtud de la Cláusula de No-Establecimiento, sino que a veces es *requerida* por la Cláusula de Libre Ejercicio para garantizar la igualdad de trato de la religión. *Trinity Lutheran*

³⁶ Véase J. WITTE, Jr. – J. A. NICHOLS, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford 2016, apéndice 2 (donde se enumeran todas las leyes estatales y disposiciones constitucionales pertinentes que prohíben la ayuda estatal a la religión anteriores a 1940).

³⁷ Véanse los casos en J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS – R. W. GARNETT, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 261-267.

Church v. Comer (2017) fue el primero de un trío de casos que inauguraron este nuevo régimen. Allí, el Estado de Misuri excluyó a una escuela religiosa de un programa estatal que reembolsaba a las escuelas los costos de repavimentar sus patios de recreo con una nueva superficie de caucho suministrada por los recicladores del Estado. La escuela religiosa presentó su solicitud a tiempo y cumplía todos los requisitos para recibir los fondos, pero el Estado se los denegó porque su Constitución prohibía financiar la educación religiosa. Esa había sido durante mucho tiempo la respuesta habitual a las escuelas religiosas que solicitaban financiación pública. La escuela religiosa presentó una demanda, alegando discriminación religiosa en violación de la Cláusula de Libre Ejercicio. El Tribunal Supremo le dio la razón. Como magistrado ponente, con una mayoría de 7-2, el presidente del Tribunal Supremo John Roberts concluyó que a la escuela religiosa “se le denegó una subvención simplemente por ser lo que es: una iglesia”. Las leyes estatales que imponen “incapacidades especiales basadas únicamente en la condición religiosa” solo son permisibles si el Estado tiene un “interés apremiante” para hacerlo. Una preocupación general por la violación de las prohibiciones estatales o federales sobre el no-establecimiento oficial de una religión no es suficientemente imperiosa³⁸.

Del mismo modo, en el caso *Espinoza contra Montana Department of Revenue* (2020), Montana ofrecía a sus ciudadanos créditos fiscales estatales por donaciones a organizaciones sin ánimo de lucro que concedían becas para la matrícula en colegios privados. Pero Montana no permitía que estas becas fueran a parar a estudiantes de escuelas religiosas, ya que ello violaría la prohibición constitucional del Estado de conceder ayudas estatales a la educación religiosa. Los padres cuyos hijos no podían obtener becas para asistir a una escuela cristiana presentaron una demanda al amparo de la Cláusula de Libre Ejercicio, alegando discriminación religiosa. El Tribunal Supremo les dio la razón. Este programa “excluye a las escuelas religiosas de los beneficios públicos únicamente por el carácter religioso de las escuelas”, y tal discriminación no puede justificarse por el “interés del Estado en separar Iglesia y Estado *más drásticamente* que la Constitución Federal”³⁹.

³⁸ 137 S. Ct. en 2012, 2017-2018, 2021-2024.

³⁹ 140 S. Ct. en 2246, 2251-2255, 2262-2263.

El caso *Carson contra Makin* (2022) repitió esta exigencia de igualdad. Maine permitía a los padres que vivían en distritos escolares rurales escasamente poblados sin su propia escuela secundaria pública utilizar fondos públicos para elegir una escuela pública o privada de su gusto, incluidas las escuelas fuera de Maine. Sin embargo, el Estado sólo proporcionaría esta ayuda si la escuela elegida no era “sectaria”, basándose en la revisión por parte del Estado del plan de estudios, las prácticas, el carácter y la misión de la escuela. El Tribunal Supremo anuló también esta política. Estas escuelas privadas fueron descalificadas de los fondos públicos estatales “únicamente porque son religiosas”, escribió de nuevo John Roberts, presidente del Tribunal Supremo, y esto constituía una discriminación religiosa inconstitucional. El Estado no puede “excluir a algunos miembros de la comunidad de un beneficio público generalmente disponible debido a su práctica religiosa”⁴⁰.

b) *Libertad de expresión e igualdad*

El Tribunal también ha utilizado recientemente el principio de igualdad en casos de libertad de expresión. En el caso *Reed v. Town of Gilbert* (2015), el Tribunal anuló una ordenanza municipal sobre señalización en Gilbert, Arizona, que imponía limitaciones más estrictas de tiempo, lugar y forma a los carteles que anunciaban servicios religiosos que a diversas señales y carteles de carácter políticos o ideológico. El Tribunal Supremo unánimemente, actuando como ponente el magistrado Clarence Thomas, sostuvo que “las leyes que regulan contenidos—aquellas que se dirigen a la expresión en función de su contenido comunicativo— son presuntamente inconstitucionales”, y que la violación era fácil de encontrar allí al no superar un escrutinio constitucional estricto independientemente del motivo benigno, la justificación neutral del contenido o la falta de animadversión hacia las ideas contenidas⁴¹.

En el caso *Shurtleff contra City of Boston* (2022), las autoridades municipales habían permitido a casi trescientos grupos privados durante los quince años anteriores reunirse en la plaza del Ayuntamiento para celebrar sus propios actos, y enarbolar sus propias banderas en uno de los

⁴⁰ 142 S. Ct. en 1987, 1993-1994, 1997-1998, 2000-2002.

⁴¹ 576 U.S. 155, 159, 163-165, 171 (2015).

mástiles de la ciudad durante estos eventos. Sin embargo, cuando Shurtleff y su grupo cristiano quisieron utilizar la plaza, el Ayuntamiento se negó a permitirles ondear su bandera cristiana por temor a infringir la Cláusula de No-Establecimiento. Shurtleff alegó discriminación religiosa en virtud de la Cláusula de Libertad de Expresión. El Tribunal Supremo, unánimemente, siendo ponente el magistrado Stephen Breyer, sentenció que Boston había incurrido en discriminación por causa religiosa⁴².

c) *Reglamentos Covid e igualdad*

La insistencia del Tribunal Supremo en la igualdad también ha guiado su revisión de los desafíos que conlleva el libre ejercicio con respecto a las regulaciones del COVID-19. A partir de la primavera de 2020, numerosas nuevas leyes de salud pública estatales y locales impusieron restricciones a las reuniones, movimientos y actividades públicas, incluidas las de grupos religiosos. El Tribunal Supremo confirmó las restricciones cuando afectaban por igual a los grupos religiosos y no religiosos, pero las prohibió cuando la religión recibía un trato desfavorable.

En el caso *Roman Catholic Diocese of Brooklyn contra Cuomo* (2020), por ejemplo, grupos católicos y judíos impugnaron una orden ejecutiva del Estado de Nueva York que creaba diferentes niveles de restricciones a las reuniones públicas, en función de los niveles locales de pandemia. Las “zonas rojas” restringían las reuniones de culto religioso a diez personas; las “zonas naranjas” fijaban el límite de aforo en veinticinco. Los demandantes alegaron que el Gobernador y otros funcionarios estatales habían hecho comentarios despectivos sobre las comunidades judías ortodoxas, y que habían manipulado las zonas restrictivas para asegurarse de que abarcaban a esas comunidades religiosas. Además, estas normativas no imponían límites de capacidad a las empresas de servicios supuestamente “esenciales”, que incluían explícitamente instalaciones de acupuntura, campings, garajes, instalaciones de transporte y plantas de fabricación, entre otras empresas. En una decisión de 5 votos a favor y 4 en contra, el Tribunal Supremo concluyó que esta ley “singularizaba los lugares de culto para darles un trato especialmente exigente” que no podía justificarse y, por tanto, dictó una orden judicial⁴³.

⁴² 142 S. Ct. en 1583, 1588-1589, 1593.

⁴³ 141 S. Ct. 63, 65-66 (2020) (per curiam).

Del mismo modo, el caso *Tandon contra Newsom* (2021) se refería a órdenes estatales y del condado que impedían de hecho que más de tres hogares se reunieran para rezar y estudiar la Biblia, aunque permitían reuniones más grandes para negocios y otros fines seculares. Los fieles de las iglesias domiciliarias impugnaron las órdenes. En una sentencia de 5 votos a favor y 4 en contra, el magistrado ponente Neil Gorsuch aplicó lo que ahora llama “la clara regla” de que “las regulaciones gubernamentales no son neutrales y generalmente aplicables... cuando tratan *cualquier* actividad secular comparable más favorablemente que la práctica religiosa”. Debido a que California impuso un límite fijo a las reuniones religiosas, pero permitió “innumerables excepciones y adaptaciones para actividades comparables”, el Tribunal Supremo anuló su normativa⁴⁴.

d) *Ninguna hostilidad gubernamental contra la religión*

Con la igualdad de trato como pieza central de su jurisprudencia sobre el Libre Ejercicio, el Tribunal Supremo ha sido especialmente sensible frente a la hostilidad estatal contra la religión. Por ejemplo, en *Masterpiece Cakeshop Ltd. contra Colorado Civil Rights Commission* (2018), Jack Phillips, propietario de una pastelería, se negó a hornear un pastel de bodas para una pareja del mismo sexo alegando que hacerlo violaba sus creencias religiosas. Como resultado, la Comisión de Derechos Civiles de Colorado determinó que Phillips violó la ley sobre antidiscriminación del Estado y lo sancionó. En una audiencia pública, uno de los miembros de la Comisión calificó las opiniones del panadero como “una de las piezas retóricas más despreciables que se pueden utilizar” y las comparó con los usos que se han hecho de la religión y la libertad religiosa “para justificar todo tipo de discriminación a lo largo de la historia, ya sea la esclavitud o el Holocausto”. El panadero alegó que se había vulnerado su derecho a la libertad de culto⁴⁵.

Una sentencia con 7 votos a favor y 2 en contra, de la que fue ponente el magistrado Anthony Kennedy, autor de varias de las opiniones del Tribunal en apoyo de la igualdad y el matrimonio entre personas del

⁴⁴ 141 S. Ct. 1294, 1296-1298 (2021) (per curiam).

⁴⁵ 138 S. Ct. en 1719, 1723-1729.

mismo sexo, determinó que las acciones de la Comisión en este caso violaron la Cláusula de Libre Ejercicio que prohíbe “la hostilidad religiosa por parte del propio Estado”. En este caso, la Comisión actuó con “una hostilidad clara e inadmisibles hacia las creencias religiosas sinceras que motivaron la objeción [de Phillips]”. Además, la Comisión “envió una señal de desaprobación oficial de las creencias religiosas de Phillips” al tratar desfavorablemente a los panaderos que se negaban a hornear pasteles con mensajes que la Comisión consideraba ofensivos. Esta animadversión contra Phillips, junto con el trato desigual de las demandas por discriminación presentadas contra otros panaderos, violó la Cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda⁴⁶.

La preocupación por la animadversión a la religión también influyó en la opinión del Tribunal Supremo en el caso *Kennedy contra Bremerton School District* (2022). En ese caso, el entrenador de un instituto público fue despedido por rezar en privado después de un partido de fútbol americano, a pesar de que se permitían todas las demás formas de expresión, incluidos los gritos de apoyo al equipo ganador. El entrenador alegó discriminación religiosa en violación de la Cláusula de Libre Ejercicio, y el Tribunal Supremo falló a su favor. El magistrado ponente Neil Gorsuch escribió:

El respeto a la expresión religiosa es indispensable para la vida en una República libre y diversa, ya sea cuando esas expresiones tengan lugar en un santuario o en un campo, y ya sea cuando se manifiesten a través de la palabra hablada o con la cabeza inclinada. En este caso, una entidad gubernamental trató de castigar a un individuo por participar en una breve, tranquila y personal práctica religiosa doblemente protegida por las Cláusulas de Libre Ejercicio y Libertad de Expresión de la Primera Enmienda. Y la única justificación significativa que el Gobierno ofreció para su represalia se basaba en una visión errónea de que tenía el deber de buscar y suprimir las prácticas religiosas, incluso cuando se permite un discurso secular comparable. La Constitución no impone ni tolera ese tipo de discriminación⁴⁷.

⁴⁶ *Ibid.*, 1724, 1729-1731.

⁴⁷ 142 S. Ct. 2407, 2415-2416, 2432-2433 (2022).

5. EXENCIONES POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Una cuarta enseñanza de estos casos es que a veces la igualdad no basta para garantizar la libertad religiosa. En esos supuestos, se necesitan aplicar exenciones tanto legislativas como judiciales al cumplimiento de las leyes generales.

Este modo de proceder constituía también una tradición constitucional. Ya los padres fundadores, en el siglo XVIII, reconocieron que las exenciones proporcionaban a los grupos religiosos un espacio adecuado para seguir los dictados de su conciencia o los mandamientos de su comunidad religiosa. Así, los padres fundadores concedieron a los grupos religiosos exenciones de impuestos religiosos, de requisitos de registro, de juramento y de servicio militar⁴⁸. Estas exenciones continuaron tanto en las leyes estatales como en las federales a lo largo de los siglos XIX y XX. Los tribunales tendieron a aplicar estas leyes favorablemente a quienes demandaban por motivos religiosos.

En el caso *Sherbert contra Verner*, de 1963, el Tribunal Supremo fue más allá al crear exenciones judiciales para aliviar a personas de fe de cargas sustanciales sobre su conciencia impuestas por leyes que, de otro modo, serían apropiadas. En ese caso, una adventista del séptimo día fue despedida de su trabajo privado por negarse a trabajar en sábado, su día de reposo. El Estado le denegó la indemnización por desempleo porque la ley aplicable no permitía prestaciones a los solicitantes despedidos por causa justificada. Sherbert interpuso una demanda amparándose en la Cláusula de Libre Ejercicio, alegando que esta sentencia la obligaba a elegir entre sus prestaciones estatales y su observancia religiosa. El Tribunal Supremo dio la razón a Shebert y le concedió una exención judicial de esta norma específica, aunque mantuvo en vigor la ley de desempleo⁴⁹. A partir de entonces, el Tribunal concedió exenciones judiciales de las leyes generales a los sabatarios, a los padres ascetas amish, a los pacifistas testigos de Jehová y a minorías similares a las que las legislaturas no habían dado cabida⁵⁰.

⁴⁸ Véase J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS – R. W. GARNETT, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 60-66, 104-109.

⁴⁹ 374 U.S. 398, 401-406 (1963).

⁵⁰ Véase J. WITTE, JR. – J. A. NICHOLS – R. W. GARNETT, *Religion and the American Constitutional Experiment*, 161-168.

El control de neutralidad exigido por la sentencia del caso *Smith* de 1990 cerró en gran medida la puerta a estas exenciones judiciales. Ello desencadenó una explosión de cientos de leyes y enmiendas federales y estatales que establecían exenciones para los grupos religiosos⁵¹. Recientemente, el Tribunal ha interpretado estos estatutos en sentido amplio para conceder exenciones tanto a individuos como a grupos religiosos. En particular, en el caso *Burwell contra Hobby Lobby*, de 2014, el Tribunal Supremo utilizó la Ley Federal de Restauración de la Libertad Religiosa para conceder a una empresa privada una exención del pleno cumplimiento de la Ley de Asistencia Sanitaria Asequible, que obligaba a los empleados a contratar un seguro que cubriera las prácticas abortivas. Dado que esto era contrario a las creencias religiosas de los propietarios sobre el carácter sagrado de la vida, se eximió a la empresa del pleno cumplimiento de la ley⁵².

Del mismo modo, el Tribunal Supremo interpretó generosamente la Ley Federal de Uso de Terrenos Religiosos y Personas que Residen en Instituciones (Religious Land Use and Institutional Persons Act, RLUIPA) para eximir a los presos musulmanes de los requisitos de aseo personal que suponían un incumplimiento de su religión⁵³, y para permitir que los capellanes impusieran las manos a los presos condenados a muerte en el momento de su ejecución, en contra de las normas habituales⁵⁴. El Tribunal ha utilizado además las prohibiciones de la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act) sobre Discriminación Religiosa

⁵¹ Véase, por ejemplo, J. E. RYAN, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, Virginia Law Review 78 (1992), 1407, 1445 (se estiman más de 2.000 exenciones religiosas en leyes estatales y federales); D. LAYCOCK, *Religious Liberty*, volumen 3: *Religious Freedom Restoration Acts, Same-Sex Marriage and Culture Wars*, Eerdmans, Grand Rapids, MI 2001; *Religious Freedom Restoration Acts, Same-Sex Marriage, and the Culture Wars*, Eerdmans, Grand Rapids, MI 2018; D. LAYCOCK, *Religious Liberty*, volumen 4: *Federal Legislation After the Religious Freedom Restoration Acts, with More on the Culture Wars*, Eerdmans, Grand Rapids, MI 2018.

⁵² 134 S. Ct. en 2751, 2779. Véase también *Little Sisters*, 140 S. Ct. en 2384, donde se sostiene que los organismos federales promulgaron correctamente exenciones religiosas y morales para los planes de salud que incluyen cobertura anticonceptiva en virtud de la Ley de Asistencia Sanitaria Asequible.

⁵³ *Holt*, 574 U.S. en 352. Se denomina “Persona institucionalizada, o en situación de especial sujeción” aquella persona que reside en una institución por algún motivo, debido, por ejemplo, a hospitalización, rehabilitación, cumplimiento de condena, etc.

⁵⁴ *Ramirez*, 142 S. Ct. en 1264.

para proteger a un solicitante de empleo musulmán de una práctica de contratación perjudicial⁵⁵ y a un trabajador que libraba el domingo de un despido como represalia por negarse a trabajar en sábado⁵⁶. En casos más recientes, el Tribunal Supremo ha retomado de nuevo la práctica de conceder exenciones judiciales a leyes generales.

En un mundo de creciente pluralismo religioso y animadversión antirreligiosa, las exenciones son herramientas importantes para la protección de la libertad religiosa. Sin embargo, durante mucho tiempo han sido controvertidas porque parecían favorecer a la religión frente a la no religión, protegiendo a los individuos o grupos religiosos más que a sus homólogos laicos a pesar de la insistencia del Tribunal Supremo en la igualdad. Las exenciones son más controvertidas cuando las confesiones mayoritarias las solicitan por vía judicial en lugar de hacerlo por vía legislativa. Las exenciones judiciales solían justificarse como un refugio adecuado para las minorías religiosas frente a la tiranía de la mayoría legislativa. Lo que también las ha hecho más controvertidas es que algunas exenciones pueden obligar a terceros a renunciar a servicios a los que desean acceder, ya se trate de diseños de páginas web o tartas para bodas entre personas del mismo sexo o procedimientos médicos de reproducción artificial o transición sexual, entre otros. Esas controversias se mitigan cuando se dispone fácilmente de proveedores de servicios alternativos y a igual precio. Pero se agudizan cuando no hay proveedores de servicios alternativos a mano o no hay tiempo o fondos para acceder a ellos. Se agravan aún más cuando el proveedor de servicios exento tiene licencia o financiación del Gobierno.

6. SEPARACIÓN ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO

Una enseñanza final de los casos recientes del Tribunal Supremo es que el principio de separación entre la Iglesia y el Estado ya no se considera desde una perspectiva secularista de la Primera Enmienda, como había llegado a ser en la última mitad del siglo XX. La separación entre la Iglesia y el Estado es, sobre todo y ante todo, un antiguo prin-

⁵⁵ *Abercrombie & Fitch*, 575 U.S. en 768.

⁵⁶ *Groff*, 143 S. Ct. en 2279.

cipio de libertad religiosa⁵⁷. Debe mantenerse, sobre todo por su perdurable eficacia a la hora de proteger a las comunidades y organizaciones religiosas de la intrusión y la injerencia políticas. Hoy en día, al igual que en el pasado, los funcionarios del gobierno no tienen ningún interés constitucional en interferir en la política interna y la propiedad de los grupos religiosos, determinar su membresía y liderazgo, o dictar sus doctrinas y liturgias.

El Tribunal Supremo adoptó firmemente esta visión de la separación entre la Iglesia y el Estado en el caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School contra EEOC* (2012). En ese caso, una escuela de una iglesia luterana había despedido de su empleo a una profesora de religión porque su conducta desafiaba los procedimientos internos de resolución de conflictos en la iglesia. La profesora alegó que se trataba de un despido improcedente, a modo de represalia. El Tribunal Supremo rechazó su petición. Con fundamento en el principio histórico y los precedentes de separación de la Iglesia y el Estado, que se remontan a la Carta Magna, el presidente del Tribunal Supremo John Roberts escribió como ponente de la sentencia: “La Cláusula de No-Establecimiento impide al Gobierno nombrar ministros, y la Cláusula de Libre Ejercicio le impide interferir en la libertad de los grupos religiosos para seleccionar a los suyos”⁵⁸. Casos posteriores sobre libre ejercicio de la religión en relación con la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa (Religious Freedom Restoration Act) han desarrollado este principio de separación en otros casos de empleo religioso⁵⁹.

El reciente Tribunal Supremo se ha retractado de su anterior insistencia en mantener “un alto e inexpugnable muro de separación entre la Iglesia y el Estado”, cuya “más mínima ruptura” se decía que provocaba una violación de la Cláusula de No-Establecimiento⁶⁰. Esta doctrina anterior no sólo se basaba en una historia selectiva y en una jurisprudencia sospechosa que ahora ha sido completamente desacredita-

⁵⁷ J. WITTE, JR., *Facts and Fictions About the History of Separation of Church and State*, *Journal of Church and State* 48 (2006), 15.

⁵⁸ 565 U.S. en 189, 702-703, 707-709.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Our Lady of Guadalupe*, 140 S. Ct. en 2060 (“Las Cláusulas de Religión protegen el derecho de las iglesias y otras instituciones religiosas a decidir cuestiones de fe y doctrina sin intromisión gubernamental”).

⁶⁰ *Everson contra Board of Education*, 330 U.S. 1, 18 (1947).

da por la mayoría de los magistrados. La separación absoluta entre la Iglesia y el Estado es imposible de poner en práctica hoy en día. El nuestro no es un Estado distante, un “vigilante nocturno”, que se contenta con limitar sus actividades a la defensa, la policía, el servicio postal y el mantenimiento de las carreteras.

El Estado moderno del bienestar de hoy es un soberano intensamente activo y ambicioso del que es imposible una separación completa para cualquier religión que forme incluso la comunidad más pequeña. Los gobiernos actuales no solo promulgan y hacen cumplir miles de leyes, sino que también conceden subvenciones, otorgan préstamos, conceden licencias, firman contratos y controlan el acceso a los ámbitos cívico y económico. Así pues, tanto la confrontación como la cooperación con el Estado del bienestar moderno son casi inevitables para cualquier institución religiosa. Cuando la regulación de un Estado impone una carga demasiado pesada a un grupo religioso en particular, la Cláusula de Libre Ejercicio debe proporcionar una vía de alivio. Cuando una asignación estatal otorga un beneficio demasiado generoso solo a los grupos religiosos, la Cláusula de No-Establecimiento de una religión oficial debería proporcionar una vía de disensión. Pero cuando un plan gubernamental general proporciona a los grupos y actividades religiosos públicos los mismos beneficios que a todos los demás beneficiarios, y cuando los gobiernos cooperan con organismos religiosos para lograr fines seculares y promover el bien común, las objeciones a la Cláusula de No-Establecimiento son infructuosas y se reivindican los derechos de libre ejercicio.

7. REFLEXIONES FINALES

“Las constituciones funcionan como los relojes”, nos recuerda John Adams, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos. Para funcionar correctamente, sus “péndulos deben oscilar hacia adelante y hacia atrás”⁶¹. Ciertamente hemos sido testigos de grandes oscilaciones pendulares en la jurisprudencia sobre la libertad religiosa recogida en la Primera Enmienda durante el siglo pasado. El Tribunal Supremo ha

⁶¹ Carta a William Pym (27 de enero de 1766), en G. W. CAREY (ed.), *The Political Writings of John Adams*, Regnery, Washington, DC 2000, 644, 647.

puesto fin silenciosamente a la larga oscilación constitucional de casos contrarios a la protección de la libertad religiosa de 1985 a 2010 y ahora está liderando una fuerte oscilación pendular hacia atrás. Desde 2010, casi cada una de las dos docenas de sentencias del Tribunal Supremo han promovido la causa de la libertad religiosa, y esos casos han tenido un fuerte eco social, han sido elaborados y a veces ampliados en decenas de casos de tribunales federales inferiores. El Tribunal Supremo no siempre ha producido una lógica de relojería precisa y pulcra, ni se ha decantado por una jurisprudencia unificada como algunos jueces y académicos pretendían. Pero ha producido un fuerte giro a favor de la libertad religiosa, aunque a veces esta se siga tambaleando.

Este movimiento pendular ha sido acertado. La religión es un pilar y un recurso demasiado vital para el orden democrático y el Estado de derecho como para pasarla por alto o expulsarla. La libertad religiosa es un fundamento de la libertad y de los derechos humanos demasiado importante como para eliminarla o destruirla. Y los litigios sobre libertad religiosa son un foro demasiado importante para la estabilidad social como para despreciarlos o ignorarlos. En siglos pasados –y todavía hoy en muchas regiones del mundo– las disputas sobre la religión y libertad religiosa han desembocado a menudo en violencia y, a veces, en guerras. En Estados Unidos, seguimos gozando del extraordinario privilegio de resolver nuestras disputas religiosas y reivindicar nuestros derechos y libertades religiosas con paciencia, deliberación, con plenas garantías procesales y completa claridad: con luz y taquígrafos. Haríamos bien en seguir abrazando este precioso patrimonio constitucional.

A medida que se desarrolla este resurgimiento de la protección de la libertad religiosa, es esencial, en mi opinión, que sigan vigentes todos los principios fundacionales de la libertad religiosa: libertad de conciencia, libre ejercicio de la religión, pluralismo religioso, igualdad religiosa, separación entre la Iglesia y el Estado, y el no establecimiento por ley de una religión oficial. Las normas de libertad religiosa no deben reducirse únicamente a las normas de neutralidad o igualdad, ni debilitarse con un escrutinio de control judicial demasiado débil o una ley de legitimación demasiado exigente.

Es esencial que Estados Unidos aborde los evidentes puntos ciegos de nuestra jurisprudencia en materia de libertad religiosa, en particular

el largo y vergonzoso tratamiento de las reclamaciones de los indios nativos americanos⁶². Es fundamental que Estados Unidos muestre su tradicional hospitalidad y caridad a los “forasteros que están a nuestras puertas”⁶³ –inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y otros– y que desista de algunos comportamientos de indignante nativismo y alarmante xenofobia que últimamente han marcado demasiado el discurso público y el debate político. Es crucial que los defensores de la libertad religiosa muestren compasión por otros demandantes de libertad, incluidos los que presionan por diversas libertades sexuales, y encuentren formas responsables de convivir con todos nuestros vecinos, recordando que, tantas veces, “las buenas vallas hacen buenos vecinos”.

Es de capital importancia que los cristianos de hoy, que hemos ganado la mayoría de los casos recientes, sigamos siendo clementes en la victoria, especialmente con quienes no comparten nuestra fe. No se trata solo de vivir de corazón de la Regla de Oro de “haz a los demás lo que quieres que ellos hagan contigo”. Los estudios sociológicos además dejan claro que los cristianos, que durante mucho tiempo han disfrutado de un estatus mayoritario, pronto serán minoría incluso en Estados Unidos⁶⁴. Puede que la libertad religiosa esté progresando, pero la práctica en el seno de la religión cristiana está disminuyendo rápidamente, al igual que ha ocurrido en Europa. No olvidemos que los precedentes y las políticas que elaboremos ahora para las minorías religiosas y culturales serán las normas que regirán la libertad religiosa de nuestros nietos. Hacer a los demás lo que es bueno y justo no sólo es correcto, sino también lo más conveniente. Por eso, los cristianos de hoy deben acercarse a la libertad religiosa como un precioso don de Dios que hay que proteger, y no como una prerrogativa de un partido político que hay que blandir. “No pongáis vuestra fe en los príncipes”, nos dice la Biblia⁶⁵, y por extensión no dejéis que la libertad religiosa se convierta en un juguete político.

⁶² Véase el análisis de casos en <https://n9.cl/hg1fi>; K. SANDS, *Territory, Wilderness, Property, and Reservation: Land and Religion in Native American Supreme Court Cases*, 36 Am. Indian L. Rev. 253 (2012).

⁶³ Éxodo 20,10.

⁶⁴ <https://n9.cl/pyter>; R. P. JONES, *The End of White Christian America*, Simon & Shuster, Nueva York 2016.

⁶⁵ Salmos 146,3.

Por último, y relacionado con lo anterior, los cristianos debemos utilizar nuestra libertad religiosa para cumplir con nuestras obligaciones más cardinales de predicar la palabra, administrar los sacramentos, catequizar a los jóvenes, atender a los pobres y necesitados, y profetizar contra la injusticia. Como todas las demás instituciones humanas, muchas iglesias cristianas estadounidenses han sido devastadas por el pecado humano. Pensemos en el abuso clerical de menores, la malversación de diezmos y donaciones, la degradación y el maltrato de las mujeres, la indiferencia hacia los pobres y necesitados, la falta de compasión en cuestiones de orientación sexual. Hemos visto congregaciones segregadas racial y económicamente, inhospitalidad hacia inmigrantes y extranjeros, complacencia política descarada. Nuestra incapacidad para vivir de acuerdo con nuestras propias verdades y valores no solo socava nuestra autoridad moral y eficacia espiritual a los ojos de los demás. También debilita los argumentos a favor de la libertad religiosa para todas las confesiones, incluida la nuestra.

Martin Luther King, Jr. afirmó en cierta ocasión que la Iglesia “no es el amo ni el siervo del Estado, sino más bien la conciencia del Estado”⁶⁶. Cuando sus propias casas están en orden, las iglesias siguen estando bien situadas para desempeñar este importante papel, incluso en nuestras sociedades más recientes, intensamente pluralistas. Citando de nuevo al Dr. King.

Si la Iglesia se libera de los grilletes de un statu quo mortificante y, recuperando su gran misión histórica, habla y actúa sin miedo y perseverantemente en términos de justicia y paz, encenderá la mente de la humanidad y las almas de los hombres, imbuyéndolas de un amor ardiente y resplandeciente por la verdad, la justicia y la paz. Los hombres de cerca y de lejos conocerán a la Iglesia como una gran comunidad de amor que proporciona luz y pan a los viajeros solitarios de la medianoche⁶⁷.

⁶⁶ M. LUTHER KING, JR., *A Knock at Midnight*, en J. M. WASHINGTON (ed.), *A Testament of Hope: The Essential Writings of Martin Luther King, Jr.*, Harper and Row, San Francisco 1986, 501.

⁶⁷ *Ibid.*

Bibliografía

- BERG, T. C., *Religious Liberty in a Polarized Age*, Eerdmans, Grand Rapids, MI 2022.
- DOMINGO OSLÉ, R., *Derecho y Trascendencia*, Aranzadi, Cizur Menor 2023.
- ESKRIDGE, JR., W. N. – FRETWELL WILSON, R. (eds.), *Religious Freedom, LGBT Rights, and the Prospects for Common Ground*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.
- LUTHER KING, JR., M., *A Knock at Midnight*, en J. M. WASHINGTON (ed.), *A Testament of Hope: The Essential Writings of Martin Luther King, Jr.*, Harper and Row, San Francisco 1986.
- RAVITCH, F., *Freedom's Edge: Religious Freedom, Sexual Freedom, and the Future of America*, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- RUBIO LÓPEZ, J. I., *Hacia la primera libertad. La libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona 2011.
- RUBIO LÓPEZ, J. I., *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona 2006.
- RYAN, J. E., *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, *Virginia Law Review* 78 (1992).
- WANG, E., *To Prohibit Free Exercise: A Proposal for Judging Substantial Burdens on Religion*, *Emory Law Journal* 72 (2023).
- WITTE, JR., J., *Raíces protestantes del derecho* (trad. Rafael Domingo Oslé), Aranzadi, Cizur Menor 2023.
- WITTE, JR., J., *The Blessings of Liberty: Human Rights and Religious Freedom in the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- WITTE, JR., J. – NICHOLS, J. A. – GARNETT, R. W., *Religion and the American Constitutional Experiment*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford 2016.
- WITTE, JR., J. – NICHOLS, J. A., *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor 2018.

- WITTE, JR., J. – NICHOLS, J. A., *Who Governs the Family? Marriage as a New Test Case of Overlapping Jurisdictions*, *Faulkner Law Review* 4 (2013).
- WITTE, JR., J. – NICHOLS, J. A., *Come Let Us Reason Together: Restoring Religious Freedom in America and Abroad*, *Notre Dame Law Review* 92 (2016).
- WITTE, JR., J., *Facts and Fictions About the History of Separation of Church and State*, *Journal of Church and State* 48 (2006).

